

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO – UFRJ
INSTITUTO DE ECONOMIA – IE
MESTRADO EM POLÍTICAS PÚBLICAS, ESTRATÉGIAS E
DESENVOLVIMENTO – PPEd

USOS TRANSFORMATIVOS NA OBRA AUDIOVISUAL DOCUMENTAL:
ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO CULTURAL E A PROTEÇÃO DOS
DIREITOS AUTORAIS.

Joana Campinho Rabello Corte Real Delgado

Rio de Janeiro
2015

Joana Campinho Rabello Corte Real Delgado

USOS TRANSFORMATIVOS NA OBRA AUDIOVISUAL DOCUMENTAL:
ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO CULTURAL E A PROTEÇÃO DOS
DIREITOS AUTORAIS.

Dissertação apresentada ao Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro como requisito para a conclusão da Pós-Graduação *stricto sensu*, em nível de Mestrado, do Programa de Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento, na área de concentração Inovação, Propriedade Intelectual e Desenvolvimento, na linha de pesquisa Políticas Públicas de Cultura.

Orientador: Prof. Dr. Allan Rocha de Souza

Rio de Janeiro
2015

FICHA CATALOGRÁFICA
UFRJ / REDE SIBI / BIBLIOTECA CCJE

D352 Delgado, Joana Campinho Rabello Corte Real.
Usos transformativos na obra audiovisual documental : entre a liberdade de expressão e a
proteção dos direitos autorais / Joana Campinho Corte Real Delgado. -- 2015.
184 f. ; 31 cm.

Orientador: Allan Rocha de Souza.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de
Economia,
Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento, 2015.
Referências: f. 170-184.

1. Usos transformativos. 2. Direito autoral. 3. Liberdade de expressão. I. Souza, Allan
Rocha de, orient. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Instituto de Economia. III.
Título.

Joana Campinho Rabello Corte Real Delgado

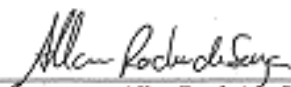
USOS TRANSFORMATIVOS NA OBRA AUDIOVISUAL DOCUMENTAL:

Entre a liberdade de expressão cultural e a proteção dos direitos autorais.

Dissertação apresentada ao Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro como requisito para a conclusão da Pós-Graduação *stricto sensu*, em nível de Mestrado, do Programa de Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento, na área de concentração Inovação, Propriedade Intelectual e Desenvolvimento, na linha de pesquisa Políticas Públicas de Cultura.

Orientador: Prof. Dr. Allan Rocha de Souza

Aprovada em 28 de outubro de 2015.



Allan Rocha de Souza
Prof. Dr. da Faculdade de Direito da UFRRJ



Leandro José Luiz Riudades de Mendonça
Prof. Dr. do Instituto de Artes e Estudos Culturais da UFF



Rafael dos Santos
Prof. Dr. do Instituto de Inclusão e Educação Continuada da UERJ

Rio de Janeiro
2015

CF – Constituição Federal
CC – Código Civil
CONFU – Conference on Fair Use
IAD – Institutional Analysis Development
LDA – Lei de Direitos Autorais
MINC – Ministério da Cultura
OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual
OMC – Organização Mundial do Comércio
PRONAC – Programa Nacional de Apoio à Cultura
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TJ – Tribunal de Justiça
TRIPS – Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
UNCTAD – United Nations Conference on Trade and Development

À minha mãe, ao meu pai, à minha irmã, ao meu avô e à minha avó pelo apoio, amor, paciência e confiança, sem os quais esse caminho seria impossível de trilhar.

Agradeço profundamente ao meu orientador Allan Rocha de Souza pelo apoio paciência e gentileza que, desde a graduação, me incentivou e ensinou a pesquisar e valorizar a academia. Sou especialmente agradecida ao professor Cláudio Lins de Vasconcelos, cujo significado para o meu processo de formação é imensurável, aos professores Leandro Mendonça, Cláudia Chamas e Denis Borges Barbosa que me influenciaram de forma positiva direta e indiretamente.

Aos professores do Programa de Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento, sou grata pelos valiosos ensinamentos que certamente ajudaram a estabelecer os padrões e objetivos da minha pesquisa e me transformaram como pessoa.

Aos meus queridos amigos e amores, Amanda Barreto, Laura Rougemont, Daniel Rosa, Leandro Barreto, Jasmine Sanz, Vitor Almeida, Maycon Muniz, Lorena Rodrigues, Rodolfo Azevedo, Paula Alexim, Patrícia Porto, Georges Ferzoli e Bonnie Azevedo agradeço pela paciência e compreensão com minha ausência e pelas valiosas sugestões. Vocês são ao mesmo tempo amigos, professores e colegas de pesquisa.

São a vocês que destino estes sinceros agradecimentos.

RESUMO

Este trabalho consiste em analisar as formas de realização dos direitos de propriedade a partir das transformações históricas de natureza socioeconômica e jurídica que levaram à compreensão da justificativa moderna dos direitos autorais. No que tange à história da propriedade, ela nos remete aos distintos modelos jurídicos construídos em torno da propriedade tais como a *common law* (base do copyright) ou a legislação romana (base do *droit d'auteur*) que refletem processos históricos específicos. Ressalta-se que o triunfo da propriedade moderna, exclusiva, livre, absoluta e perfeita tem aspectos jurídicos e políticos que vinculam a retórica proprietária a uma justificação que perpetua uma solução histórica dominante baseada na concepção de leis que foram empregadas na sociedade, direta e instrumentalmente, para a imposição de um poder de classe. Ressaltando o aspecto econômico que circunda as obras intelectuais, incorpora-se ao debate as reflexões sobre a propriedade privada e os comuns (*commons*), avultando as teorias da tragédia dos comuns, do *anticommons* e do quadro de feixes de direitos de propriedade calcado na análise institucional e desenvolvimentista da economia, identificando a maneira pela qual a construção plural e dinâmica da propriedade reflete a possibilidade de utilização das obras existentes para efetivação dos usos transformativos das obras protegidas por direitos autorais. Analisa-se o direito de propriedade brasileiro e seu reflexo nos direitos autorais a partir da perspectiva civil-constitucional, discutindo-se os conceitos de autoria, de originalidade, de obra artística, das limitações aos direitos de autor e a dificuldade de sua implementação no que tange aos usos transformativos na obra audiovisual documental. De forma transversal ao tema, debate-se de que forma a lei de direitos autorais privilegia o capital financeiro em detrimento do capital cultural e de que forma políticas públicas devem ser encaradas para efetivação dos usos transformativos, fato que nos remete à concretização dos direitos fundamentais ao acesso à cultura, à educação, à liberdade de expressão e criação cultural, à informação e ao conhecimento. Dessa forma, conclui-se que a construção de um mecanismo baseado em princípios que são informados e vinculados a

um exame das normas e práticas criativas de determinada comunidade criadora, com vocabulários e experiências específicas, como o Código de Boas Práticas, é um meio eficiente para efetivar a promoção de novas produções culturais, fornecendo esclarecimentos e oportunidades para outros criadores utilizarem materiais protegidos na construção de uma obra audiovisual documental nova.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to analyze the embodiments of property rights from the historical transformations of social, economic and legal nature that led to the understanding of modern justification of copyright. Regarding the history of the property, it refers us to the different legal models built around the property such as the common law (the basis of copyright) or the Roman law (base of the *droit d auteur*) that reflect specific historical processes. It is noteworthy that the triumph of modern property, exclusive, free, absolute and perfect has legal and political aspects linking proprietary rhetoric justification that perpetuates a dominant historic solution based on the conception of laws that have been employed in a company directly and instrumentally for the imposition of a class power. Emphasizing the economic aspect surrounding intellectual works, is incorporated to the debate reflections on private property and common (commons), looming theories of tragedy of the commons, anticommons and frame trampled property rights beams in the analysis institutional and developmental (IAD) of the economy, identifying the manner in which the plural construction and dynamics of the property reflects the possibility of using existing works for the execution of transformative uses of works protected by copyright. Analyzes the right Brazilian property and its reflection in the copyright from the civil and constitutional perspective, discussing the concepts of authorship, originality, artistic work, limitations to copyright and the difficulty of its implementation in the respect to transformative uses in the documentary audiovisual work. Transversely to the issue, debate is how the copyright law favors financial capital to the detriment of cultural capital and how public policy should be seen for the execution of transformative uses, a fact that leads us to the realization of fundamental rights access to culture, education, freedom of expression and cultural creation, information and knowledge. Thus, it is concluded that the construction of a mechanism based on principles that are informed

and linked to a review of standards and creative practices of certain creative community, with vocabularies and specific experiences, such as a Code of Practice, is an efficient means to effect the promotion of new cultural productions, providing insights and opportunities for other breeders to use protected materials in the construction of a new documentary audiovisual work.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I	16
1. História Social das Propriedades	16
1.1. História das Propriedades	16
1.2 Economia das Propriedades	32
1.3 Direitos de Propriedade	43
1.3.1 Direitos de Propriedade Intelectual	56
CAPÍTULO II	70
2. Conteúdo dos direitos autorais	70
2.1. Autoria, Genialidade e Titularidade	70
2.2. Obra e Originalidade.....	88
2.3. Obras Audiovisuais Coletivas, Derivadas e Transformadas.....	113
CAPÍTULO III	121
3. Usos Transformativos na Obra Audiovisual	121
3.1. Panorama das Limitações aos Direitos Autorais	121
3.2. Liberdade de Expressão Criativa, Direitos Autorais e Distinção Social	133
3.3. Usos Transformativos na Obra Audiovisual Documental	146
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	164
REFERÊNCIAS.	170

INTRODUÇÃO

Com o avançar do século XX e neste novo milênio, o domínio do conhecimento, da tecnologia e da informação modificou profundamente as características da produção e da geração de riquezas na sociedade. O desenvolvimento de novas tecnologias de comunicação digital propiciou a redução dos custos de produção e distribuição das obras artísticas e literárias em geral, oferecendo a um número cada vez maior de pessoas a oportunidade de falar e de ser ouvido, inclusive a partir da reutilização criativa de trabalhos preexistentes. No quadro sociotecnológico atual, o usuário das mídias digitais tem mais acesso às obras produzidas em diferentes épocas e territórios – muitas das quais protegidas por direitos autorais e outros direitos de propriedade intelectual – podendo não apenas interagir com todo esse conteúdo, como manipular alguns de seus elementos ou mesmo criar obras novas a partir de trabalhos preexistentes.

Derivado de mudanças no âmbito do conhecimento e da informação, o contexto sociotecnológico atual se baseia nesse novo paradigma que tem a informação como sua própria matéria prima, em que ela age sobre a tecnologia e vice-versa. Além disso, como parte integral de toda a atividade humana, a informação, influenciada pela conjuntura tecnológica, perpassa todos os processos de existência individual e coletiva, fazendo com que o poder criativo advindo da troca de informações constitua a força motriz da inovação, aspecto decisivo de uma sociedade em constante mudança. Entende-se, então, que essa nova economia organizada a partir da informação e de alcance global se estabeleceu e modificou as bases das estruturas da nossa sociedade. Nesse contexto, o conhecimento e sua respectiva comercialização movimentam parcela significativa da economia mundial em que a produção criativa, o desenvolvimento de tecnologias e a fixação de marcas e outros signos distintivos no mercado ganham importância nunca antes vista.

A valorização do conhecimento fortalece, conseqüentemente, as regras de sua proteção, motivando um comportamento mundial de acirramento da exclusividade e de controle do uso dos bens imateriais. Observa-se que a legislação que abrange a propriedade intelectual, hoje, se mostra extremamente rígida, tendente a desencorajar qualquer derrogação de suas normas. Ao passo que há uma maior possibilidade de interação dos indivíduos com os bens intelectuais em razão das novas tecnologias, os direitos autorais passaram a comprometer – e até mesmo impossibilitar – a legalidade das possíveis criações derivadas dentro desse novo contexto sociotecnológico. A partir de um repositório comum de significantes, o indivíduo/autor constitui sua própria personalidade intelectual, contribuindo, com sua criação, para a construção de um arcabouço cultural rico e diversificado, porém referenciado nos trabalhos que o antecedem. Dessa forma, não há como hesitar em reconhecer que o uso transformativo dos bens culturais existentes é um movimento desejável em uma sociedade democrática.

O processo de mudança social, econômica e política que advém desse contexto apresenta a contraposição entre a liberdade e o controle da informação e do conhecimento. Como efeito dessa dualidade, ressaltada pelas transformações tecnológicas, a linha que divide os direitos dos indivíduos e dos titulares de direitos morais e patrimoniais de autor, sempre tênue, tornou-se ainda mais complexa de delimitar. Sabe-se que, sob o fundamento de que a atribuição temporária de direitos exclusivos implica na restrição da liberdade de outros – uma vez que recompensaria o autor, estimulando sua criatividade – os direitos autorais passaram a ser vistos como um complexo harmônico, em que regras atributivas de direitos coexistem com restrições ao exercício destes mesmos direitos, uma vez que estas são fundamentadas por implicações de interesse público decorrentes de algum tipo de benefício, em longo prazo, da outorga temporária do exclusivo.

Como forma de incentivar a criação intelectual e garantir o acesso à cultura, à informação e ao conhecimento, os direitos autorais passaram por grandes transformações, mais visíveis nas últimas décadas, e a tutela concedida pelo ordenamento jurídico aos bens intelectuais passou a privilegiar os interesses dos titulares dos direitos autorais em detrimento de uma série de demandas de interesse público, tendo-se observado no último século, por exemplo, um sucessivo prolongamento do prazo de exploração dos direitos patrimoniais do autor. Dessa forma, pretende-se não só entender onde e como a história dos direitos autorais ocorreu, mas também de que forma as inflexões históricas forneceram as fontes para a estrutura

moderna desses direitos. Destaca-se, nesse contexto, os pontos-chave da história intelectual moderna dos direitos autorais: a invenção da impressora; o regime feudal de privilégios de impressão, as “empresas papelarias”, o *Statute of Anne* (Inglaterra em 1710) e o *droit d’auteur* (França em 1791).

Ressalta-se que, nas raízes históricas da construção dos direitos do autor, existem fundamentos associados a tradições filosóficas distintas, uma vez que o *copyright* se pretende orientado ao interesse público, calcado no utilitarismo e o *droit d’auteur* se caracteriza por uma vertente centrada no autor, refletindo valores filosóficos deontológicos (da personalidade, dos direitos naturais). Contudo, na essência, a legitimidade moral do direito de propriedade, baseada na justa remuneração do trabalho proposta por John Locke, está na base tanto do *droit d’auteur* quanto do *copyright*. Interessa, portanto, uma análise histórica, econômica e jurídica das teorias que afirmam – e contradizem – essas construções, uma vez que, forjados, em sua forma contemporânea, na realidade social do século XIX, os direitos autorais permanecem praticamente inalterados. Necessário, também, ilustrar a interação dos direitos autorais com os empreendimentos comerciais e estéticos que envolvem a criação, principalmente no sentido pelo qual a lei reagiu, e também afetou, as circunstâncias e práticas sociais. Dessa forma, ponderar – além das inflexões históricas – de que forma a nova conjuntura cultural e tecnológica modificou os principais fundamentos dos direitos autorais se faz essencial para entender como o direito autoral pode – e deve – evoluir em circunstâncias diferentes daquelas em que foi originalmente construído.

Pretende-se neste estudo, aprofundar a compreensão do que seria “uso transformativo” de uma obra audiovisual, mais precisamente na obra audiovisual documental. Sendo assim, discutir-se-á que elementos podem ser considerados transformadores ou modificativos da mensagem da obra, ou de seu sentido; até que ponto tais elementos serão capazes de conferir ou comprometer sua “originalidade expressiva” (ou “contributo mínimo”) e de que maneira é possível tornar efetiva a utilização de obras existentes como recurso criativo. O propósito da pesquisa é precisamente o de investigar e debater essa nova realidade a partir do marco normativo dos direitos autorais e dos efeitos da construção histórico-econômica do conceito de propriedade, enfatizando seus contornos mais modernos. Serão destacados os desafios impostos pela penetrabilidade social das inovações tecnológicas digitais; os impactos da apropriação privada por meio dos direitos autorais; a maneira pela qual a construção histórica, econômica e jurídica da propriedade privada impacta na fundamentação,

estrutura e função dos direitos autorais e nas suas limitações; a ascensão dos direitos culturais e o debate sobre os comuns (*commons*).

No primeiro capítulo, analisa-se as formas de realização dos direitos de propriedade a partir das transformações históricas de natureza socioeconômica e jurídica que levaram à compreensão da justificativa moderna dos direitos autorais. No que tange à história da propriedade, ela nos remete aos distintos modelos jurídicos construídos em torno da propriedade tais como a *common law* (base do *copyright*) ou a legislação romana (base do *droit d'auteur*) que refletem processos históricos específicos. Adverte-se que o triunfo da propriedade moderna, exclusiva, livre, absoluta e perfeita tem aspectos jurídicos e políticos que vinculam a retórica proprietária a uma justificação que perpetua uma solução histórica dominante baseada na concepção de leis que foram empregadas na sociedade, direta e instrumentalmente, para a imposição de um poder de classe. Ressaltando o aspecto econômico que circunda as obras intelectuais, incorpora-se ao debate as reflexões sobre a propriedade privada e os comuns (*commons*), avultando as teorias da tragédia dos comuns, do *anticommons* e do quadro de feixes de direitos de propriedade calcado na análise institucional e desenvolvimentista da economia, identificando a maneira pela qual a construção plural e dinâmica da propriedade reflete a possibilidade de utilização das obras existentes para efetivação dos usos transformativos das obras protegidas por direitos autorais. Analisa-se o direito de propriedade brasileiro e seu reflexo nos direitos autorais a partir da perspectiva civil-constitucional que, além de demonstrar a superação da compreensão do direito de propriedade como um direito absoluto, torna-se aporte teórico para se discutir os conceitos de autoria, de originalidade, de obra artística, das limitações aos direitos de autor e, por consequência, dos usos transformativos.

No segundo capítulo, discute-se de forma crítica a concepção moderna de “autor” como condição para a existência da criação intelectual, levando em consideração as concepções de genialidade, a construção dos direitos morais de autor e a discussão sobre a sua existência como direito natural ou direito fundamental. Além disso, ressalta-se a concepção de obra enfatizando os pressupostos legais para a sua proteção. A partir desse panorama, analisa-se o conceito de originalidade expressiva, absorvendo as questões sobre as teorias que explicam os direitos autorais e sua influência nos direitos morais e nos direitos patrimoniais do autor. Diferencia-se, ainda, as obras audiovisuais coletivas, das derivadas e das transformadas com o intuito de legitimar a obra audiovisual nova que, embora original para fins jurídicos, contenha

elementos transformados (ou reformulados, ou recontextualizados) de obras audiovisuais preexistentes, modificando sua mensagem ou sentido. Far-se-á, dessa forma, uma análise da utilização de obras existentes no contexto da obra audiovisual, focando no exame da produção de documentários.

A partir do entendimento de que os documentários são tanto forma de expressão social quanto registro de acontecimentos, enfatiza-se sua importância para divulgação e promoção do conhecimento. Esse caminho será percorrido por meio da compreensão da construção histórico-econômica do conceito de propriedade e seus impactos sobre a apropriação privada por meio dos direitos autorais e sobre o acesso e a difusão do conhecimento, da informação e da cultura. Além disso, verifica-se como o efeito da construção histórica, econômica e jurídica da propriedade privada impacta na fundamentação, estrutura e função dos direitos autorais e em suas limitações. Debate-se, ainda, de que forma a lei de direitos autorais privilegia o capital financeiro em detrimento do capital cultural e de que forma políticas públicas devem ser encaradas para efetivação dos usos transformativos, fato que nos remete à concretização dos direitos fundamentais ao acesso à cultura, à educação, à liberdade de expressão e criação cultural, à informação e ao conhecimento.

No terceiro capítulo, aprofunda-se a compreensão do que seria "uso transformativo" de uma obra audiovisual, mais precisamente nos documentários, questionando-se que elementos podem ser considerados transformadores ou modificativos da mensagem da obra, ou de seu sentido e até que ponto tais elementos serão capazes de conferir ou comprometer sua "originalidade expressiva" (ou "contributo mínimo"). Como parte integrante da discussão, faz-se um panorama das limitações aos direitos de autor – que abrangem direitos mais do que sensíveis para a construção de uma sociedade justa e solidária, tais como: o direito à educação, à informação, ao conhecimento, ao acesso à cultura e à liberdade de expressão e manifestação – enfatizando o inciso VIII do artigo 46 da Lei de Direitos Autorais que trata, especificamente, dos usos transformativos. O número de pessoas aptas a manipular obras abarcadas pelos direitos autorais e criar obras novas a partir destas aumenta vertiginosamente. Ponto primordial da discussão é a possibilidade de estabelecer uma alternativa para que a proteção, manipulação e transformação das obras artísticas seja possível. Trata-se de quais práticas devem ser adotadas e quais direitos devem ser valorizados em uma sociedade que pretende encorajar o uso transformativo e encará-lo como algo mais do que necessário.

A liberdade de expressão criativa é faceta fundamental da autonomia individual, assim como o resultado da transformação das obras existentes consagra a importância da promoção da diversidade. Dito isso, discorre-se sobre a liberdade de expressão criativa, os direitos autorais e a distinção social que advém de um ambiente de restrição do acesso à cultura e à informação, uma vez que é possível concluir que a informação tem direta ligação tanto com a criação de obras artísticas, quanto com a distinção social definida a partir do consumo delas. Sendo assim, não é possível perpetuar um contexto em que aqueles que criam detêm um direito absoluto de restringir o acesso às obras. Por isso, posiciona-se a liberdade de expressão criativa no centro do contexto social em que é possível delinear diferentes acepções culturais e instrumentalizá-las a partir dos direitos culturais. Dessa forma, conclui-se que a liberdade de expressão criativa e os direitos autorais são alimentados pelos direitos culturais.

Por fim, adentra-se a discussão sobre os usos transformativos no audiovisual documental que, ilustrado por questões que discutem os usos e a necessidade de um consenso quanto aos mesmos, acaba se tornando refém de uma cultura do *clearance* que impede e compele os criadores a pagarem montantes altíssimos pelos direitos – pois precisam diminuir ou se livrar do risco de um processo judicial por uso indevido caso queiram comercializar a produção – ou desistirem da produção. Fato é que esse contexto oculta qualquer tipo de alternativa para utilização de obras existentes em obra novas a partir do momento em que se entende que a forma mais consistente de criar está vinculada a uma série de licenças e permissões limita a criatividade. Dessa maneira, utiliza-se o exemplo do *Documentary Filmmaker's Statement of Best Practices in Fair Use*, que é informado tanto pela experiência dos criadores de documentários quanto por princípios éticos que embasam o direito dos documentaristas de terem o mesmo tipo de acesso a materiais protegidos por direitos autorais. O documento procura ressaltar a necessidade de implementação e consagração de declarações de melhores práticas como parte do desenvolvimento de um ambiente gerador de maior certeza e esclarecimento dos usos considerados justos de acordo com cada segmento artístico.

Embora o conceito e a estrutura de uma Declaração de Boas Práticas seja simples em sua essência e requeira tempo e rigor em sua criação, ela traduz princípios que são informados e vinculados a um exame das normas e práticas criativas de determinada comunidade criadora, utilizando-se de vocabulário e experiência da própria comunidade. Justamente por serem criados em um ambiente em que as partes conhecem a prática, as Declarações de Boas Práticas são mais compreensíveis e menos abstratas

para a comunidade que as utilizará, diferentemente de explicações que simplesmente caminham por meio dos quatro fatores e de alguns exemplos casuísticos, como no caso do *fair use*, ou por meio de algumas hipóteses elencadas que, além de se utilizarem de expressões de difícil conceituação e delimitação, tendem a ser lidas restritivamente, como no caso das limitações aos direitos de autor.

Dessa forma, a experiência derivada do *Documentary Filmmakers' Statement* pode dar fôlego à procura por uma solução para o efeito paralisante, aqui no Brasil, em que as artes audiovisuais absorvem de uma forma mais intensa o receio de utilizar – e até captar acidentalmente – qualquer trecho de obras existentes. Dito isto, pode-se perceber que o mencionado *Documentary Filmmakers' Statement* traz consigo a necessidade de estimular os documentaristas a confiar no recurso às limitações, a convencer os veículos de comunicação quanto à desnecessidade de autorização para determinados usos, a buscar um consenso entre os detentores de direitos autorais e os utilizadores para que se reduzam as iniciativas judiciais e proporcionar aos documentaristas a possibilidade de se defenderem quando entenderem que o uso do material foi feito com base em fundamentos racionais, razoáveis e na mais estrita boa-fé.

Sendo assim, finaliza-se com a constatação de que os usos transformativos de obras existentes são benéficos para a sociedade, uma vez que democratizam o discurso social por meio da liberdade de expressão criativa, promovem o acesso à cultura e à informação e contribuem para a construção de um arcabouço cultural rico e diversificado. Analisar o exemplo do *Documentary Filmmaker's Statement of Best Practices in Fair Use* é indispensável para a compreensão de que estabelecer um maior equilíbrio nas relações entre os personagens que compõem o contexto do direito autoral brasileiro e alcançar a segurança jurídica almejada nas produções criativas é possível. Ademais, possibilita a transcendência dos estreitos limites das decisões judiciais, uma vez que sua configuração se deu a partir de uma negociação ampla incentivada pela necessidade de uma referência comum de princípios para cineastas e titulares de direitos de autor. O intuito maior é a promoção do esclarecimento e da capacidade de barganha para aqueles que desconhecem a lei ou que não entendem como ela pode ser aplicada em sua realidade, o que, na prática, tende a promover o acesso ao conhecimento – tanto para aquele que produz a obra quanto em relação aos efeitos dela na sociedade – e expande as barreiras da criatividade.

CAPÍTULO I

1. História Social das Propriedades

1.1. História das Propriedades

Como já ensinou Eric Hobsbawn (1997), analisar a especialidade de um instituto significa buscar sua formação histórica, não para reafirmar a sua continuidade, mas para compreender e se pautar na “diferença de circunstâncias”¹, fazendo com que o passado deixe de ser visto como um mero precursor do que viria depois. Dessa forma, o passado continua a ser ferramenta analítica mais do que útil para lidar com a mudança constante, a partir do momento em que ele se converte na descoberta de um sentido do passado transformado, já que tem na mudança sua própria legitimação². A história, entretanto, não tem nenhuma fórmula simples para descobrir as consequências exatas das mudanças ou as soluções para os questionamentos derivados delas, mas pode definir uma dimensão urgente do problema (HOBSBAWN, 1997, p. 55). Com o avançar do século XX e neste novo milênio, o desenvolvimento de novas tecnologias de

¹Segundo o autor, uma história de intenção crítica deve se pautar pela percepção da diferença de circunstâncias e não pelo comportamento pragmático. Ao mesmo tempo em que o presente ganha permissão para andar sobre outros trilhos, o passado deixa de ser visto como um mero precursor do que viria depois (HOBSBAWN, 1997, p. 30-35).

² Pondera o autor que “o que agora legitima o presente e o explica não é o passado como um conjunto de pontos de referência (por exemplo, a Magna Carta), ou mesmo como duração (por exemplo, a era das instituições parlamentares), mas o passado como um processo de tornar-se presente”. (HOBSBAWN, 1997, p. 35).

comunicação digital propiciou a redução dos custos de produção e distribuição das obras artísticas e literárias em geral, oferecendo a um número cada vez maior de pessoas a oportunidade de falar e de ser ouvido, inclusive a partir da reutilização criativa de trabalhos preexistentes (VAIDHYANATHAN, 2005, p. 5).

No quadro sociotecnológico atual, o usuário das mídias digitais tem mais acesso às obras produzidas em diferentes épocas e territórios – muitas das quais protegidas por direitos autorais e outros direitos de propriedade intelectual – podendo não apenas interagir com todo esse conteúdo, como manipular alguns de seus elementos ou mesmo criar obras novas a partir de trabalhos preexistentes. Como forma de incentivar a criação intelectual e garantir o acesso à cultura, à informação e ao conhecimento, os direitos autorais passaram por grandes transformações – mais visíveis nas últimas décadas – e a tutela concedida pelo ordenamento jurídico aos bens intelectuais passou a privilegiar os interesses dos titulares³ dos direitos autorais em detrimento de uma série de demandas de interesse público⁴, tendo-se observado no último século, por exemplo, um sucessivo prolongamento do prazo de exploração dos direitos patrimoniais do autor (SOUZA, 2009, p. 5). Dessa forma, faz-se necessário entender onde e como a história dos direitos autorais ocorreu, mas também de que forma as inflexões históricas forneceram as fontes para a estrutura moderna desses direitos.

Parece haver um consenso quanto aos postos-chave da história intelectual moderna dos direitos autorais: a invenção da impressora⁵; o regime feudal de privilégios de impressão⁶, as “empresas papelarias”⁷, o *Statute of Anne* (Inglaterra em 1710)⁸ e o *droit d’auteur* (França em 1791)⁹. Ressalta-se, nesse sentido, que, nas raízes históricas da construção dos direitos do autor, existem fundamentos associados a tradições filosóficas distintas, uma vez que o *copyright* se pretende orientado ao interesse público,

³ É costumeira a afirmação de que a emergência dos direitos do autor deveu-as à necessidade de remunerar os autores, respondendo, assim, a duas demandas: uma instrumental, que é a falta de incentivo que os autores teriam para produzir sem nenhuma expectativa de contrapartida, e outra dizendo respeito a um critério de justiça, qual seja, a eles deveriam caber os frutos derivados de sua criação. (LEWICKI, 2007, p. 30).

⁴ Nesse contexto, Guilherme Carboni afirma que “houve uma mudança de função do direito de autor: de mecanismo de estímulo à produção intelectual, ele passou a representar uma poderosa ferramenta da indústria dos bens intelectuais para a apropriação da informação enquanto mercadoria, ocasionando uma redução da esfera da liberdade de expressão e se transformando em um obstáculo a formas mais dinâmicas de criação e circulação de obras intelectuais.” (CARBONI, 2006, p.33).

⁵Ver em: SOUZA, p. 2008, p. 5.

⁶ Ver em: YU, 2006, p. 11.

⁷Ver em: ROSE, p. 2003, p. 77-78); DOCK, 1963, p. 9-19. *apud* SOUZA, p. 2008. p. 6. JOYCE; p. PATTERSON, 2004, p. 913 *pud* SOUZA, 2008, p. 6; JASZI, 1991, p. 468.

⁸ Ver em: ROSE, 1993, p. 4; JASZI, 1991, p. 469.

⁹Ver em: SOUZA, 2008, p. 12.

calcado no utilitarismo e o *droit d'auteur* se caracteriza por uma vertente centrada no autor, refletindo valores filosóficos deontológicos (da personalidade, dos direitos naturais). Contudo, ressalta Cláudio Lins de Vasconcelos (2012, p. 53) que, na essência, a legitimidade moral do direito de propriedade, baseada na justa remuneração do trabalho proposta por John Locke, está na base tanto do *droit d'auteur* quanto do *copyright*.

Em uma análise do contexto do direito internacional, Martti Koskenniemi (2004, p. 61-63) observa que, para uma geração orientada para o futuro, o passado oferece principalmente problemas e poucas soluções. A partir dessa afirmativa, Martin Kretschmer, Lionel Bently e Ronan Deazley (2012, p. 2) enfatizam que, na sequência da adoção de um quadro internacional de tratados, o interesse pela história dos direitos de autor pareceu minguar. Entretanto, as viradas históricas que acometeram vários campos do conhecimento jurídico no final do século XX, fizeram com que um estudo histórico dos institutos voltasse à voga¹⁰. Derivado disso, o contexto de questionamento da apropriação privada por meio dos direitos de propriedade – intelectual ou não – nos remete à reflexão sobre os motivos pelos quais determinados direitos se sobrepuseram a outros e de que forma optou-se por defender um modelo específico e estático para explicar – e resolver – os problemas constantes de um instituto que pretende regular da mesma forma situações dinâmicas e flexíveis baseadas em realidades distintas.

Como defende Marc Bloch (2001, p. 91), o estudo sobre qualquer contexto histórico deve ser feito a partir de uma análise de método crítico, em que a dúvida se torna examinadora dos fatos. Nesse caminho, Rosa Congost (2007, p 11-13) destaca que a investigação sobre a legitimação moral da propriedade deve enfrentar os conceitos preestabelecidos, no sentido de questionar desenvolvimentos históricos aparentemente

¹⁰No âmbito do direito internacional, a mudança mais significativa na ordem mundial foi a queda do Muro de Berlim, sugerida como um estímulo óbvio. Para o direito de autor, o interesse renovado na história pode ser rastreada pela tradução, em 1969, do ensaio “Qu'est-ce qu'un auteur?” de Michel Foucault, que apareceu pela primeira vez em inglês na teoria pós-estruturalista em meados dos anos 70, influenciando estudiosos literários profundamente, no momento em que a digitalização trouxe questões relacionadas a autoria e a propriedade. No contexto anglo-americano, os textos marcantes da história recente de autor são, talvez, Martha Woodmansee de “The Genius and the Copyright” (1984), voltando seu olhar sobre as condições estéticas, econômicas e jurídicas dos direitos autorais, e em 1988 o artigo de Mark Rose “The Author as Proprietor”, desenvolvendo um argumento a partir do caso de *Donaldson v. Becket* (1774), em que, historicamente, não havia nenhuma conexão necessária entre o autor e o texto. (MARTIN KRETSCHMER, LIONEL BENTLY E RONAN DEAZLEY, 2012, p. 3). Também nesse sentido, Cláudio Lins de Vasconcelos cita que os eventos históricos que marcaram o final do século XX – como a queda do muro de Berlim, a abertura econômica da China e o surgimento da Internet como veículo de comunicação em massa – fizeram com que os delegados dos estados que ao final da Rodada Uruguai do GATT (1986-1994) inauguraram a Organização Mundial do Comércio – OMC soubessem que, nas décadas seguintes, o comércio internacional seria profundamente afetado pela nova configuração política e econômica do planeta. (VASCONCELOS, 2010, p. 1).

neutros e que estabelecem soluções estáticas para problemas dinâmicos. Para a autora, uma determinada visão da propriedade – congelada em nossos códigos e, sobretudo, sacralizada em nossas mentes – tem condicionado e impregnado nosso discurso sobre o progresso e o desenvolvimento da humanidade na História (2007, p. 14).

Corroborando esse pensamento, Paolo Grossi (2006, p. 5) ressalta a necessidade de uma relativização e desmitificação da propriedade moderna, uma vez que o historiador deve se sentir à vontade ao extrair a propriedade de seu recinto sacral, passando longe das justificações naturais e econômicas. Critica, dessa forma, o discurso jurídico dos direitos de propriedade, por ser tão permeado de “bem e mal e por visões maniqueístas” e pondera a necessidade de se abrir para novas discussões, uma vez que há o risco de se considerar como única aquela que é uma solução histórica dominante, condicionada monoculturalmente e empobrecedora das complexidades da história (2006, p. 10).

Um dos pontos mais discutidos sobre a apropriação privada por meio dos direitos de propriedade é a legitimação moral que advém do discurso de John Locke que, como já mencionado, atinge os direitos autorais. Ao tentar conciliar visões diferentes e conflitantes – quais sejam: o moralismo cristão e o novo ideário capitalista – Locke considera o direito de propriedade como um produto da lei natural que deve ser defendido pelos governos civis. De acordo com Rosa Congost (2007, p. 103), para alguns, esta ideia converte Locke no pai do liberalismo econômico e do princípio da propriedade privada; para outros, por outro lado, Locke é o último defensor dos usos e das terras comuns¹¹. O debate segue aberto, mas é interessante constatar que os que defendem a última posição não negam que no século XVII havia partidários da propriedade absoluta – tida como a mais moderna, racional e eficiente, pelo menos teoricamente – que entendiam que formas autoritárias e absolutistas de governo deviam ser mantidas, uma vez que seriam as únicas capazes de impor leis favoráveis ao conceito de propriedade que defendiam (2007, p. 103).

Com a preocupação de construir um modelo político baseado no rigor matemático – assim como a maioria dos autores modernos – John Locke se utilizou de teoremas e formulou premissas para refutar a tradição monárquica que era parte da sua

¹¹ Nesse sentido, Marco Antônio Souza Alves faz um panorama das interpretações acerca dos escritos de John Locke, afirmando que “por um lado, Locke é um defensor da igualdade, da coletividade e da caridade, impondo importantes limites ao direito de propriedade. Por outro lado, Locke procede a uma espécie de naturalização do dinheiro, do comércio e do trabalho assalariado, chegando a ver com certo entusiasmo um direito de propriedade praticamente ilimitado”. Ver em: (ALVES, 2010, p. 51).

realidade¹². Como assevera Enzo Bello (2007, p. 4) Locke tem a mesma matriz jusnaturalista de Hobbes, se diferenciando deste a partir do momento em que faz um uso diferenciado do que se entendia por estado de natureza, estado civil e contrato social. Em apertada síntese, a diferença entre eles reside, especialmente, na justificativa para o poder do Estado, em que Hobbes busca legitimá-lo e Locke o limita segundo a lógica do primado do privado sobre o público¹³.

Analisando-se o esboço geral da teoria da propriedade escrita por John Locke no capítulo V do “Segundo Tratado do Governo”(2004 [1689]), descreve-se um estado de natureza¹⁴ em que os bens são mantidos em comum através de uma doação de Deus. Dessa forma, Deus concede esta graça à humanidade para seu prazer, mas esses bens não podem ser apreciados em seu estado natural, razão pela qual o indivíduo deve converter esses bens em propriedade privada ao exercer o trabalho sobre eles (2004, p. 116). Este trabalho, como destaca Justin Hughes (1988, p. 7), adiciona valor aos bens, de uma maneira que permite serem apreciados por um ser humano¹⁵. Sendo assim, Locke assume como pilar da sua construção teórica a proposição do *valor-trabalho*, especialmente quando afirma que o trabalho provoca a diferença de valor nas coisas que nos rodeiam e esse *trabalho*, portanto, é o instrumento para a obtenção da propriedade privada.

Por sua vez, Jean-Jacques Rousseau aponta a formação da propriedade como resultado de um processo histórico, em que descreve a passagem de um modelo

¹² Assevera Justin Hughes que “(...) a reference to Locke's *Two Treatises of Government* is almost obligatory in essays on the constitutional aspects of property. For Locke, property was a foundation for an elaborate vision that opposed an absolute and irresponsible monarchy”. (HUGHES, 1988, p. 6)).

¹³ Nesse sentido, o autor destaca que “[...] para Locke o homem é um ser racional (e social) já no estado de natureza, por isso o contrato social lockeano serve para fundar a sociedade política (o Estado) e não a sociedade civil, de maneira que a lei civil lockeana configura um detalhamento da lei natural e o Estado só a aplica (não a cria), uma vez que o motivo que impulsiona o surgimento do aparato estatal é justamente o fato de os mecanismos de execução da lei natural serem precários, portanto ineficientes para a disciplina adequada da sociedade civil no estado de natureza. Sem embargo, para Hobbes não existia uma ordem natural entre os indivíduos, pois segundo a sua concepção de estado de natureza o homem ainda é um ser irracional (“homem como lobo do homem”) e somente vem a se racionalizar com o processo de formação do estado civil, o qual teria assim precedência em relação à sociedade civil e total supremacia sobre ela.”(BELLO, 2007, p. 4)

¹⁴ Segundo Aristóteles, a natureza se define a partir de um sentido primário e próprio, sendo a substância de todos os seres que têm em si mesmos, enquanto tais, o princípio do seu movimento. Dentre as muitas interpretações possíveis desse conceito, Norberto Bobbio sinaliza a que nos toca mais diretamente, ao fazer uma ligação com outra passagem de Aristóteles, quando ele expõe a classificação das ciências e distingue as que tem por objeto as coisas naturais, a *natureza* – ciências físicas – , e as que têm por objeto o fazer humano, que, por sua vez, se refere ao “operar”, ao “produzir” próprio do artesão ou do artista, de onde advém a teoria da criação humana – poética – ou seja, o agir intencionalmente, assim como a teoria das virtudes – ética e política. (BOBBIO, 1997, p. 28).

¹⁵ Justin Hughes escreve que “Locke begins the discussion by describing a state of nature in which goods are held in common through a grant from God. [...] This labor adds value to the goods, if in no other way than by allowing them to be enjoyed by a human being.” (HUGHES, 1988, p. 7).

econômico de subsistência para o modelo econômico de produção, ressaltando quatro momentos distintos. Em primeiro lugar, ele destaca o estado de natureza, em que os homens ficavam sujeitos aos impulsos da natureza e, por consequência, às suas sensações mais puras (ROUSSEAU, 1754, p. 14). Após, como segundo momento, ele descreve que os homens passaram a superar as diversidades impostas pela natureza, fato derivado, especialmente, da visão e postura que passaram a ter em relação aos animais (1754, p. 15). Depois disso, Rousseau destaca o terceiro momento pautado pela construção da habitação (1754, p.20), levando ao surgimento de famílias; e, como quarta distinção, a oposição entre a agricultura e a metalurgia (1754, p.34). Assim, pode-se afirmar que Locke e Rousseau destacam a transição do trabalho para a posse e desta para a propriedade, com a diferença que em Locke a propriedade é inalienável e objeto de proteção do Estado (LOCKE, 2004, p. 115-116) e em Rousseau, ela aparece como degeneração do homem e tem seu surgimento a partir do advento do Estado (ROUSSEAU, 1762, p.11).

Nesse ínterim, críticas acerca da ideia de propriedade privada, individual e absoluta aparecem mais veementemente nos escritos de Pierre-Joseph Proudhon, expoente do pensamento anarquista que definia a propriedade como roubo¹⁶, a partir do seu ataque a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que incluiu a propriedade entre os direitos naturais, como a liberdade, a segurança e a resistência à opressão. O autor, ao criticar as bases teóricas de justificação da propriedade, defende sua concepção coletiva. Advoga em defesa da posse, fato que permeou toda a história da humanidade, ao trazer à contenda a distinção entre posse e propriedade. Dessa distinção nasceram dois tipos de direitos: o *jus in re* – oudireito sobre a coisa – ou seja, o direito pelo qual se pode reivindicar a propriedade; e o *jus ad rem* – ou direito à coisa – que se refere ao direito de obter uma coisa que ainda não se adquiriu, ou seja, de se tornar proprietário. Na primeira hipótese a posse e propriedade são atendidas; enquanto a segunda diz respeito apenas a propriedade crua¹⁷.

Outro teórico que promove essa crítica é Karl Marx, que desnaturaliza a propriedade privada, apresentando-a como uma das formas pelas quais a propriedade

¹⁶ “Pourquoi donc à cette autre demande: Qu'est-ce que la propriété ?ne puis-je répondre de même : C'est le vol [...]”. (PROUDHON, 1999, p. 10).

¹⁷ “[...] la distinction de la possession et de la propriété sont nées deux espèces de droits : le jus in re, droit dans la chose, droit par lequel je puis réclamer la propriété qui m'est acquise, en quelques mains que je la trouve ; et le jus ad rem, droit à la chose, par lequel je demande à devenir propriétaire. [...] Dans le premier, la possession et la propriété sont réunies ; le second ne renferme que la nue propriété.” (PROUDHON, 1999, p. 25).

pode se demonstrar: a forma burguesa. Para Marx, deve haver o reconhecimento de que o capital envolvia, pelo menos parcialmente, os meios necessários para produzir mais, fator que existia em todas as sociedades e em todas as épocas históricas. No entanto, o capital não existia em todas as épocas, uma vez que é específico do capitalismo. De modo semelhante, a produção sempre consistiu na apropriação e transformação de recursos naturais e, dessa forma, algum tipo de relação de propriedade existiu em todas as sociedades e em todas as épocas (HUNT, LAUTZENHEISER, 2013, p. 199.). No entanto, Marx concentrava seu interesse na maneira pela qual determinados aspectos da propriedade eram peculiares e específicos ao capitalismo e como as relações de propriedade transformavam a dinâmica social e os meios de produção¹⁸.

Para Ladislaus Bortkiewicz (1937, p. 713-714), inspirado por Marx, inicialmente os direitos de propriedade pareciam basear-se no próprio trabalho do homem, como já demonstrado. No entanto, só os donos de mercadorias com direitos iguais é que se relacionavam e o único meio pelo qual um homem poderia possuir as mercadorias de outros era alienando – ou abrindo mão na troca – suas próprias mercadorias. Como consequência, essas só poderiam ser substituídas pelo trabalho daquele que não poderia barganhar em pé de igualdade. A propriedade, então, aparece como o direito de apropriação do trabalho que o proprietário tem, especialmente do trabalho não pago – que Marx chamava de trabalho excedente¹⁹ – dos outros e do derivado do seu produto. Dessa forma, o capital e as leis da propriedade privada tinham se tornado o mecanismo – no modo de produção capitalista – por meio do qual uma classe dominante expropriava o excedente econômico criado pela classe operária.

Contudo, mesmo diante de tantas críticas às falhas de mercado derivadas do modo de produção capitalista, as teorias econômicas comumente aceitas concebem a base da propriedade a partir da legitimidade moral proposta por Locke: o *trabalho*

¹⁸ Ressalta István Mészáros que sob o comando do capital, o trabalho não pode mais ser considerado como suficiente nas relações de produção e reprodução, em que o sujeito tem no trabalho a sua própria propriedade. “As condições de produção agora pertencem a um “ser estranho” reificado que confronta os produtores com suas próprias demandas e os subjeta aos imperativos materiais de sua própria constituição. Assim, a relação entre o sujeito e o objeto da atividade produtiva é completamente subvertida, reduzindo o ser humano ao *status* desumanizado de uma mera condição material de produção. O “ter” domina o “ser” em todas as esferas da vida.” (MÉSZÁROS, 2011, p. 610).

¹⁹ Segundo Marx, “[...] a parte da jornada de trabalho durante a qual era produzido o valor da força de trabalho é chamada de tempo de trabalho necessário e ao trabalho dispendido naquele período é chamado de *trabalho necessário*. No capitalismo, porém, o dia de trabalho sempre ia além do tempo do trabalho necessário. Essa extensão de trabalho excedente e o trabalho feito nesse período é chamado de *trabalho excedente*. Então, como o valor era uma cristalização de um determinado número de horas de trabalho, a mais-valia era a mera cristalização do tempo do trabalho excedente, nada mais do que trabalho excedentemente materializado”. (MARX, 1909, p. 197)

produtivo do proprietário. Axioma que, de acordo com Thorstein Veblen (1964), parece ser visto sem reflexão ou questionamento. Para os economistas clássicos, esta máxima talvez tenha sido tão problemática quanto valiosa, na medida em que criou dificuldades para explicar como o proprietário era o produtor dos bens que eram produzidos na sua propriedade e, em contrapartida, se tornou válido para justificar que o operário ficava com o que produzia (1964, p. 32). Em todo caso, baseada no progresso, a retórica proprietária tem sido a justificação e o grande álibi para a perpetuação de uma solução histórica dominante e, como pondera Rosa Congost (2007), há a necessidade de uma contrapartida a essa construção, que deve se basear em uma visão plural dos direitos de propriedade, a fim de integrar o seu caráter mutante, variável e plural, levando em conta as diversas formas de observar e descrever um mesmo processo²⁰.

Certos perigos, no entanto, permeiam análise histórica da propriedade. O primeiro se refere a assumir uma visão excessivamente unilateral da história, a partir do momento em que entendemos a ideia de propriedade estritamente como aquilo que estamos familiarizados. O segundo é adotar uma visão *estatista*²¹ ou *juridicista* da propriedade, ao considerarmos que os direitos de propriedade são aqueles que os legisladores de determinado país consideraram como tais em suas leis. Ao destacar esses perigos, Rosa Congost nos remete aos distintos modelos jurídicos construídos em torno da propriedade – tais como a *common law* (base do *copyright*) ou a legislação romana (base do *droit d'auteur*) – e alerta para o fato de refletirem processos históricos específicos, sublinhando que não é casualidade que os dois principais referentes ideais da propriedade, que inspiram investigações históricas, correspondam aos citados modelos de tradição jurídica (CONGOST, 2007, p. 41).

Nesse sentido, Justin Hughes (1988, p. 2) ressalta que, como *slogan*, a propriedade não tem a mesma visibilidade que temas como “liberdade”, “equidade” ou “direitos”. No entanto adverte que isso não pode obscurecer o fato de que as ideias acerca da propriedade desempenharam um papel central na formação das nossas

²⁰ “[...] la necesidad de integrar el carácter mutante, variable y plural de los derechos de propiedad em el análisis histórico del pasado; en la necesidad de luchar contra la abstracción em nuestro discurso, de percibir las diversas formas de resistir, em la vida cotidiana, a los derechos de propiedad, y de tener em cuenta las distintas maneras posibles de observar y describir um mismo processo.” (CONGOST, 2007, p. 306).

²¹ Por discurso estatista, Rosa Congost entende que há direta conexão com a exaltação do papel do indivíduo no discurso liberal; e a conseqüente identificação entre o liberal e o individual tem ajudado a dissimular o forte conteúdo estatista que muitas vezes impregna o discurso dominante. Em conseqüência, o olhar estatista tem impregnado também o discurso historiográfico de muitos historiadores, apesar de não ser sempre de forma consciente. Entende-se por discurso estatista o hábito de pensar que a propriedade vem definida de forma exclusiva por leis e pelos códigos. (CONGOST, 2007, p. 18).

leis. Algumas considerações, no entanto, são necessárias. Parte-se do princípio de que as relações de propriedade são relações sociais e, dessa forma, devem ser observadas de diversos ângulos por abarcarem uma série de peculiaridades. Seu estudo deve se basear na hipótese de sua mutabilidade, indo além das leis e dos marcos institucionais atuais. Defende-se, então, a propriedade concebida como reflexo, produto e fator das relações sociais, fato que deve ser a justificativa para se lançar a dúvida sobre os discursos acerca da propriedade e da justiça que, ao longo da história, tem servido precisamente para justificar a ordem existente (CONGOST, 2007, p. 19).

Nessa linha, Edward Palmer Thompson (2001, p. 435) defende não ser mais possível perpetuar o academicismo liberal que oferece o século XVIII como uma sociedade de consensos, governada dentro dos parâmetros do paternalismo, da deferência e por um "Estado de direito", que diz ter avançado – ainda que imperfeitamente – em direção à imparcialidade. A realidade é o oposto disso, uma vez que não é possível observar o citado consenso. A partir do momento em que as leis foram concebidas e empregadas na sociedade, direta e instrumentalmente, houve uma imposição de poder de classe. Ressalta o autor não ser possível defender um refinamento sociológico de uma antiga visão que sublinha as imperfeições e parcialidades da lei e sua subordinação aos requisitos funcionais de grupos de interesses socioeconômicos, na medida em que a legislação do século XVIII é muito mais refinada do que isso. O que se observa, na verdade, é algo maior do que a lei como um meio flexível para ser distorcido de qualquer maneira ou por qualquer interesse dos que já possuem poder efetivo. Entende-se, para além das flexibilizações, que funções instrumentais que existiam em seu próprio direito são encaradas como ideologia; como uma ideologia que não apenas serve, em muitos aspectos, ao poder da classe, mas que também o legitima (THOMPSON, 2001, p. 435).

Pondera-se, dessa maneira, o modelo ideal de propriedade corporificado pelas nossas leis e pelos nossos códigos. No caso Francês – e, em consequência, na estrutura jurídica dos países que adotaram o sistema romano-germânico – o referente claro é a concepção de propriedade contida no código napoleônico, que se caracteriza por seu caráter absoluto e pleno, tendo como processo chave a Revolução Francesa (CONGOST, 2007, p. 41). Este modelo, como se sabe, tem bastante influência nos estudos clássicos sobre a abolição do feudalismo de muitos países, que parte da ideia de que as revoluções liberais desataram a propriedade das cargas feudais. Por outro lado,

Douglas North²² converte a Inglaterra e, por consequência, seu modelo legal (*common law*), no paraíso ideal para assegurar os direitos de propriedade, partindo da concepção de propriedade como segura e exclusiva, tendo como processo histórico mais significativo as *enclosures* (CONGOST, 2007, p. 41).

Aponta Congost (2007, p. 42) que ambas as perspectivas compartilham uma visão demasiado abstrata – e demasiado *estatista* – da propriedade: os historiadores que se interessam por esse estudo, proclamam o triunfo da propriedade moderna definindo-a como exclusiva, livre, absoluta e perfeita. Ao enfatizar os custos, as incertezas, os problemas de indefinição que dificultam a proteção, a segurança e a eficiência dos direitos de propriedade, essa abstração ignora que existem outros direitos que merecem, frente a outras reivindicações, ser protegidos pelas leis e pelo Estado (CONGOST, 2007, p. 42). A partir do momento em que se tem consciência da construção de um discurso que valoriza determinados direitos em detrimento de outros, é possível partir da premissa de que os direitos de propriedade devem ser vistos além de conceitos simples e abstratos, uma vez que ocultam complexidades diversas.

Sendo assim, Márcia Motta (2011, p. 21) adverte que as análises sobre a posse e a propriedade do período moderno devem procurar escapar de uma visão do passado que parte das críticas gestadas pela consolidação dos princípios liberais que fundamentaram, por sua vez, a propriedade individual – plena – garantida em toda a sua plenitude. Nesse sentido, em seu estudo sobre a vida rural num sistema senhorial, Margarida Neto (1997, p. 10 *apud* MOTTA, 2009, p. 69) destaca a diversidade inerente ao Antigo Regime – feudalismo – em relação às mudanças decorrentes das transformações no campo no século XVIII, destacando o aumento da população, a introdução de novas técnicas de cultivo e a intensificação e procura de novas áreas cultivadas que produziram experiências múltiplas de contestação do crescente processo de individualismo agrário. Destaca a autora, que o conceito de propriedade do Antigo Regime implicava o “exercício de direitos de propriedade sobre o mesmo bem por parte de diversas pessoas ou entidades” (NETO, 1997, p. 10 *apud* MOTTA, 2009, p. 69).

Nesse ínterim, afirma Márcia Motta (2009, p. 72) que a complexidade do universo agrário, as formas múltiplas de apropriação da terra, leis e alvarás que reconheciam a posse não poderiam ser reduzidos tão somente a uma lei maior, que definisse interpretações racionais. No entanto, a defesa do costume da posse comum se perdeu no processo de individualização da propriedade agrária e, de forma recorrente, o

²² Ver em: NORTH, D. y THOMAS, 1973.

reconhecimento do costume ocorria com a intenção de defini-lo e posteriormente aprisioná-lo nas leis nacionais (NETO, 1997, p. 10 *apud* MOTTA, 2009, p. 72-73) . Dessa forma, destaca Thompson (1998), apoiado na noção de que o costume se relacionava à posse imemorial, que se tratava, muitas vezes, de “crenças não escritas, normas sociológicas e usos asseverados na prática, mas jamais registrados por qualquer regulamento”(THOMPSON, p.1998, p. 88). Apesar disso, era possível “reconhecer os direitos costumeiros dos pobres e, ao mesmo tempo, criar obstáculos para o seu exercício”(THOMPSON, 1998, p. 88). O costume, então, pode ser visto “como um lugar de conflito de classes, na interface da prática agrária com o poder político”(THOMPSON, 1998, p. 89). Assim, completa Thompson que a noção de propriedade absoluta, que triunfou na Inglaterra no final do século XVIII, continha um aspecto legal e um aspecto político. Baseava-se no costume de que a propriedade rural requeria um dono da terra, que desenvolver a terra requeria trabalho, e que, portanto, o trabalhador deveria se submeter às imposições do proprietário para se valer dos frutos do seu trabalho(THOMPSON, 1998, p. 136).

Não obstante, os estudos sobre a história comparada da França, da Inglaterra ou qualquer outro país, seriam muito mais frutíferos se fossem abandonados conceitos demasiadamente simples acerca da propriedade. Tratar a propriedade individual – frente à propriedade comum – e a propriedade absoluta – frente à propriedade dividida – a partir de uma lógica de superioridade (CONGOST, 2007, p. 51), impede-nos de criar mecanismos para analisar – e até propor – a implantação de novos tipos de propriedades. Destaca Congost (2007), na mesma linha de Motta (2009), que é necessário renunciar a ideia de que uma lei específica é capaz de explicar ou abarcar todas as possibilidades, no longo prazo, de desenvolvimento de formas de propriedade e, além disso, entender que uma teoria de desenvolvimento histórico é incapaz de explicar, também no longo prazo, quando, como e porque determinados grupos sociais apareceram e outros desapareceram. Ou seja, deve-se reivindicar, no curto prazo, as dimensões humanas, para analisar, simultaneamente²³, as estratégias, as classes e as mutações dos direitos de propriedade(CONGOST, 2007, p. 55).

Muitas vezes, a partir de uma visão predeterminada dos direitos de propriedade, qualquer exceção é encarada como mal definida, uma vez que não corresponderia ao

²³ Segundo a autora, essa análise deve ser “simultânea porque a análise histórica das classes sociais – as reais, não as preconcebidas – exige levar em conta todos os direitos, chamados ou não de direitos de propriedade, porque a análise histórica – ou seja, concreta – de todos os direitos exige levar em conta as diferenças das classes sociais”. (CONGOST, 2007, p. 55).

ideal de propriedade que conhecemos e faria com que o Estado não fosse capaz de protegê-la de forma adequada. Contudo, muitas situações catalogadas como “indefinição de direitos de propriedade” revelam, na verdade, diferentes usos e diferentes direitos de propriedade (CONGOST, 2007, p. 56) que, atualmente, são objeto de estudo de autores neoinstitucionalistas, com o intuito de propor novos modelos de gestão de recursos a partir de uma visão sobre os direitos de propriedade mais sensível a mudanças graduais e progressivas²⁴. Parte da discussão central, neste contexto, se dá a partir da atuação do Estado na vida social e na economia. Há uma necessidade clara de sua intervenção que acaba se contrapondo à contextualização liberal que se faz das próprias leis.

Partindo-se da ótica de um economista liberal, o Estado só deveria intervir para garantir a aplicabilidade das leis – ou a segurança jurídica – e se o conteúdo dessas leis for claramente *liberalizador* (CONGOST, 2007, p. 83). No entanto, é importante destacar que esta atuação incide de forma diferente nos distintos grupos sociais e a intervenção do Estado jamais pode ser analisada e entendida sem levar em conta as tensões existentes no contexto da sociedade. De forma exemplificativa, Rosa Congost (2007) cita que a abolição do regime feudal e as medidas de desvinculação – que resultaram dela – que encaixavam bem em qualquer versão do modelo liberal, a partir de medidas de *libertação e liberalização*. Ao mesmo tempo, destaca o silêncio em relação a outras medidas sancionadas pelos mesmos governos, a exemplo da elaboração de um código penal, da implantação da reforma tributária e da criação de um registro de propriedade que exigiam uma atuação muito mais comprometida do Estado (CONGOST, 2007, p. 83).

Nesse ínterim, Karl Marx denunciava que a adequação do Estado aos interesses da minoria que representava o setor dos proprietários se dava a partir da lógica interesseira que governa as leis, a partir do momento em que o discurso que consubstancia essa lógica é posto de forma abstrata ou não no sentido em que afeta ou não tais interesses (1983, p. 233-235). Sendo assim, é necessário entender as medidas que construíram o Estado liberal, uma vez que foram elas que consagraram os direitos de propriedade. Para Congost, as leis e a chamada revolução liberal buscaram – e seguramente significaram – muito mais umas formas de respeitar e proteger umas práticas proprietárias mais ou menos questionadas – convertidas em direitos – do que o respeito a um ideário liberal em si – uma teoria, uns princípios – da propriedade (2007,

²⁴Tema abordado no segundo capítulo. Ver em: SCHLAGER, OSTROM, 1992; DROBAK, NYE, 1997.

p. 84). O objetivo dos legisladores, então, não foi somente criar uma propriedade nova e plena, foi também conseguir e assegurar um pleno respeito dos direitos de propriedade vigentes, razão pela qual foi necessária a criação de mecanismos de administração eficazes, de meios de repressão e de um discurso que convertia a propriedade na base do sistema (CONGOST, 2007, p. 84).

Evidenciar, portanto, a fragilidade de alguns tópicos sobre a propriedade e sobre o direito – que se repetem em diferentes contextos – nos permite confrontar certos adjetivos que são utilizados para caracterização desse instituto – tais como: *perfeito*, *natural* – que parecem ter o intuito de reforçar seu caráter superior e único. Apesar da aparente neutralidade desses conceitos que somos obrigados a utilizar em nosso discurso, eles são produtos de um contexto histórico que optou por elaborá-los e disseminá-los²⁵.

Os códigos liberais do século XIX consagraram a ideia da propriedade como direito natural, uma vez que essa discussão se encontrava na ordem do dia. O debate, que não se dirigia somente às origens da propriedade, se deu, em muitos países, a partir de discussões acerca da renda da terra, dos direitos dos arrendatários sobre as terras que cultivavam e da precariedade – e necessária proteção – das agriculturas familiares (CONGOST, 2007, p. 97). Uma simples modificação em algumas dessas direções era interpretada como um ataque direto e frontal ao dogmatismo jurídico encarnado no princípio da propriedade sagrada e inviolável²⁶. Lembra Rosa Congost (2007), nesse sentido, que a aparência de direito natural conferida aos direitos autorais²⁷ remete a essa mitificação – no século XVIII – que levou a converter o direito natural em direito de propriedade sobre a terra, ou vice-versa (CONGOST, 2007, p. 305).

Uma maneira de caracterizar e justificar a propriedade moderna, como é o caso do direito romano, é dizer que ela surgira depois do processo de abolição das cargas feudais. Esse entendimento, assevera Congost, se trata de uma operação intelectual complexa cuja importância, muitas vezes, passa despercebida nas pesquisas dos

²⁵ Para Rosa Congost, esse contexto histórico “explica el proceso exitoso de elaboración de unos conceptos de las ciencias sociales a partir de la no consideración de las desigualdades sociales”. (2007, p. 96).

²⁶ Ilustrando essa afirmativa, Rosa Congost ressalta que a crise agrária, a movimentação dos camponeses e alguns processos ruidosos, como o reconhecimento do “direito do inquilino” na Irlanda ou as leis sobre *homestead* na América do Norte, forçaram o fato de que algumas medidas antes inimagináveis acabassem parecendo inevitáveis. (CONGOST, 2007, p. 97).

²⁷ Na doutrina brasileira, vários autores fazem referência a esse suposto caráter “natural” dos direitos de autor: “[...] a criatividade é uma centelha divina que a natureza não prodigaliza” (CHAVES, 1983, p. 404). Para Oswaldo Santiago, o direito autoral seria “o mais entranhado dos direitos humanos, dada sua concepção nas profundezas do espírito”. (SANTIAGO, 1946, p. 11).

historiadores (CONGOST, 2007, p. 102). Primeiramente, destaca-se o fato de que o triunfo da noção moderna da propriedade como “direito natural” esconde o processo de desaparecimento de outro significado que esse direito tinha. Além disso, destaca-se que a substituição da palavra “social” pela “natural” abriu espaço para, no século XVIII, revestir de caráter científico algumas teorias – em parte vigentes até o século XXI – concebidas a partir da abstração das relações e desigualdades sociais para justificar a ordem existente, entendida como *natural* (CONGOST, 2007, p. 102). Pode-se afirmar que, de alguma maneira, essa construção nos oferece algumas pistas de como o triunfo de determinadas concepções influenciam nossa análise sobre os institutos e nos fazem reproduzir, ainda hoje, verdades superficiais.

Sendo assim, nos interessa sublinhar o discurso sobre fenômenos sociais elaborado a partir da falta de importância dada às desigualdades sociais, uma espécie de pensamento único que desconsidera particularidades e se tornou a régua para interpretação – e até resolução – de diversas questões envolvendo os direitos de propriedade. Como afirma Congost, necessário se faz ressaltar os motivos pelos quais uns indivíduos elaboraram determinado discurso sobre fenômenos sociais e econômicos, como a propriedade e o mercado, fazendo abstração – ou seja, fazendo como se não existissem ou como não se condicionassem a vida e as decisões das pessoas – das desigualdades sociais (CONGOST, 2007, p. 106). Continua a autora:

“Em primer lugar, porque esta forma de presentar los problemas sociales constituye uno de los obstáculos principales para explicar de un modo plausible y satisfactorio la dinámica y la evolución histórica de las sociedades. Em segundo lugar, porque la única manera de combatir este discurso es desenmascarar las razones que pudieron orientar a unos individuos a elaborarlo.” (CONGOST, 2007, p. 106)

Destaca-se que, mediante uma linguagem abstrata, essa operação intelectual conseguiu fazer com que algumas medidas claramente interessadas e favoráveis a poucos tivessem conotação de medidas *naturais*, positivas e necessárias para todo o mundo. A celebrada tese da “mão invisível” de Adam Smith²⁸ e a chamada tese do “efeito perverso” denunciada por Albert Hirschman (1988) como uma das armas da

²⁸Ao considerar a esfera econômica como uma ordem natural, Adam Smith defende que numa economia concorrencial, a busca pelo interesse individual pode resultar em melhoria do bem comum, caracterizando-se por uma mão invisível que distribui socialmente, de alguma maneira, os ganhos individuais. Ver em: SMITH, 1983.

retórica reacionária²⁹, partem de uma premissa comum: as formas organizadoras da sociedade – e, portanto, nem sempre nomeadas: as desigualdades sociais – são necessárias ou, simplesmente, não representam nenhum obstáculo para garantir a riqueza dos povos (CONGOST, 2007, p. 106). Dessa maneira, para Congost, conceitos como *direito natural* ou *jurisprudência natural* desempenharam um papel importante, uma vez que transformaram os interesses particulares de uma minoria em direitos abstratos, teóricos, que passaram a ser garantidos por tribunais e por governos. Isso poderia ser feito em nome da lei, uma vez que se tornou a justificativa para a proteção da ordem existente, sob a retórica de que a proteção desse novo direito – de propriedade – se transformaria em um benefício geral (CONGOST, 2007, p. 107).

A construção de um modelo histórico acerca da propriedade evidencia que houve uma predileção por um determinado pensamento econômico. Contudo, mesmo essa visão sobre a propriedade não passou livre de críticas – razão pela qual se demonstrou os escritos, especialmente de Karl Marx e Pierre-Joseph Proudhon, que intensificaram os ataques e embasaram as críticas à construção proprietária que regulava a terra e foi estendida aos direitos autorais – principalmente a partir dos defensores desses direitos como inteiramente de domínio público (SOUZA; CASTRO, 2010, p. 8016). A tutela do direito autoral entendida como um equilíbrio de interesses de natureza privada e pública não pode ser perpetuada como uma verdade em si, na medida em que a premissa proprietária, como demonstrado, prevalece sobre o interesse público no que tange à proteção das criações intelectuais. Segundo Carlos Afonso Pereira de Souza (2011), os interesses públicos envolvidos na tutela autoral podem ser percebidos por meio da função de promover a informação e o conhecimento, uma vez que a continuidade da criação intelectual contribui para o aumento do patrimônio cultural partilhado por todos.

No entanto, não se pode imaginar que a partir do incentivo e da preservação de interesses privados – por meio da legislação autoral – o atendimento aos interesses coletivos será uma consequência necessária (2011, p. 664-700). O que se percebe é um

²⁹ De acordo com Hirschman, quando uma proposta progressista encontra consenso e apoio popular – pode ser a abolição do trabalho infantil ou a elevação do salário mínimo –, a reação não a ataca de frente. Ao contrário, ela tende a apoiá-las, mas, em seguida, tentam demonstrar que perseguir tais teses, por mais justas que possam parecer, acabarão por provocar o efeito oposto ao pretendido, devido a uma série de consequências não previstas ou não desejadas, como por exemplo: todos concordam que nosso salário mínimo é dos mais baixos do mundo, tanto em termos absolutos (poder de compra) como em relação à renda média, mas a reação afirma que recuperar o valor do salário mínimo, ao invés de melhorar a situação dos pobres, só faz piorá-la, na medida em que aumentaria o desemprego. Essa é a tese da perversidade ou do “efeito perverso”. (HIRSCHMANN, 1988. p. 5).

aumento progressivo de demandas judiciais em que a propriedade aparece, quase sempre, como justificativa para obtenção da tutela jurisdicional em demandas que envolvem direitos autorais. Não é raro encontrar decisões judiciais que enfatizem a premissa proprietária como legitimadora para dirimir tais conflitos. Dessa forma, é preciso entender que o conflito é gerado em situações em que existe diversidade de interesses e que a retórica dominante dos direitos de propriedade – e sua definição – tem ligação direta com a forma pela qual esses conflitos são resolvidos. Sendo assim, é possível dizer que, ainda hoje, a noção da propriedade absoluta e sagrada prevalece e continua sendo usada como arma jurídica.

Mas aqui não se trata, evidentemente, da propriedade da terra, mas sim da propriedade intelectual (CONGOST, 2007, p. 304) e, conseqüentemente, dos direitos autorais. Utiliza-se o exemplo da pirataria digital para demonstrar que a reivindicação proprietária aparece claramente nesse contexto e se perguntarmos a um titular de direitos de propriedade intelectual qual é a situação atual da proteção desses direitos, ele seguramente responderá que há uma grande fragilidade e vulnerabilidade por conta das novas tecnologias. Por outro lado, os estudos acerca dos impactos e custos do reconhecimento excessivo dos direitos de propriedade intelectual sobre a inovação ou sobre a produção cultural observam que é bastante ampla a percepção de que a superproteção desencadeia muito mais no freio do que no estímulo das criações intelectuais (CONGOST, 2007, 305).

Nessa linha, importa observar, de acordo com Cláudio Lins de Vasconcelos (2010), o paradoxo estrutural que afeta os direitos autorais, uma vez que os direitos de propriedade intelectual têm por objetivo incentivar a criação, mas impactam, por definição, o livre acesso às obras existentes e à liberdade de expressão³⁰ que visam promover. A esse paradoxo, o mencionado autor acrescenta outro, chamado de paradoxo da eficácia assimétrica (VASCONCELOS, 2010, p. 192): como a legislação autoral tende a ser mais eficaz no eixo de insumos da indústria audiovisual do que no eixo do consumo, nem sempre a elevação dos níveis de proteção aos direitos autorais promoverá incentivos aos investimentos em produção cultural (VASCONCELOS, 2010, p. 192) e, conseqüentemente, na promoção da informação, do conhecimento e da cultura. Trazendo a experiência da Indústria Televisiva para ilustrar essa premissa, o

³⁰ De acordo com Neil Netanel, “Copyright is thus a potential impediment to free expression no less than an “engine of free expression.” Copyright does provide an economic incentive for speech. But it may also prevent speakers from effectively conveying their message and challenging prevailing views.” (NETANEL, 2008; p. 4).

autor conclui que quanto mais restritivas forem as normas de acesso ao conteúdo protegido por direitos de propriedade intelectual, menos eficazes elas serão no mercado de produtos relativamente ao mercado de insumos, uma vez que tais normas impactam nas despesas, mas não necessariamente nas receitas³¹.

Evidencia-se, portanto, que não existe uma lei – ou uma forma – capaz de regular todo o contexto que o direito autoral abarca, especialmente se a interpretarmos de forma restritiva. A ideia da propriedade absoluta e sagrada que parece não permitir exceções ou limitações deve ser questionada, uma vez que se concentra não só no aspecto pessoal do proprietário ou do autor, mas também no aspecto econômico situado na ideia de eficiência e de progresso. Geralmente representado pelo lucro ou pela remuneração do titular dos direitos autorais³², corrobora o recurso retórico que nos remete à mitificação, aqui demonstrada, que converte o direito de propriedade em direito natural, e vice-versa. Não se pretende, obviamente, ignorar os investimentos necessários para a produção das obras criativas, no entanto também não se pretende silenciar acerca da lógica incutida no discurso em torno dos direitos autorais que não obsta em privilegiar uns em detrimento de muitos.

³¹ Nas palavras de Cláudio Lins de Vasconcelos, “[...]a eficácia normativa do marco regulatório de PI não se verifica de forma equitativa no contexto das transações de compra e venda de conteúdo protegido que caracterizam as atividades da ITV contemporânea. No eixo B2B (*business to business*), em que as empresas do setor se relacionam com os fornecedores de bens intelectuais, a normativa jurídica relevante se mostra eficaz, o que se reflete diretamente no preço do conteúdo-insumo. No eixo B2C (*business to consumer*), contudo, em que as empresas se relacionam com o consumidor final, a mesma normativa, embora válida e vigente, se mostra menos eficaz (ou mesmo ineficaz), com pouco impacto direto sobre sua capacidade de incrementar receitas associadas à venda do conteúdo-produto. Ou seja: impacta as despesas, mas não necessariamente as receitas. Assim, quanto mais restritivas forem as normas de acesso ao conteúdo protegido por direitos de PI, menos eficazes elas serão no mercado de produtos, relativamente ao nível de eficácia no mercado de insumos da ITV. (VASCONCELOS, 2010, p. 182-183).

³²Recentemente, o fotógrafo britânico David Slater ameaçou processar a Wikimedia, que mantém a enciclopédia colaborativa virtual Wikipedia, por não ter retirado, a seu pedido, a “selfie do macaco”, como ficou conhecida, sob o argumento de que não tem ganhado muito dinheiro com a imagem, apesar de sua enorme popularidade. Por outro lado, a Wikimedia alega que a autoria da foto é do macaco, que teria roubado a máquina do fotógrafo e feito seu autorretrato. Pode-se, nessa afirmativa, identificar a coletivização desse conceito de forma quase inacreditável. Ver notícia em: <<http://g1.globo.com/planeta-bizarro/noticia/2014/08/wikipedia-se-recusa-remover-selfie-de-macaco-e-irrita-fotografo-britanico.html>>. Em outro exemplo, o professor da Escola de Direito da Universidade de Harvard e cofundador da *Creative Commons* Lawrence Lessig, ao fazer uma palestra chamada “Open”, em uma conferência da CC, utilizou trechos da música “Lisztomania” da banda Phoenix. O vídeo, que foi colocado por Lawrence no Youtube, chamou a atenção da Liberation Music, a gravadora que licencia e distribui “Lisztomania” na Austrália e na Nova Zelândia que emitiu um aviso pelo Youtube de retirada do vídeo e ameaçou processar Lessig. No entanto, quem abriu o processo foi o próprio Lawrence Lessig, que acusou a Liberation de “mau uso da lei de direitos autorais”. Ver notícia em: <<http://www.hollywoodreporter.com/thr-esq/lawrence-lessig-sues-takedown-youtube-613549>>.

1.2 Economia das Propriedades

O conhecimento e sua respectiva comercialização movimentam parcela significativa da economia mundial. Na chamada era da informação, a produção criativa, o desenvolvimento de tecnologias e a fixação de marcas e outros signos distintivos no mercado ganham importância nunca antes vista. A valorização do conhecimento fortalece, conseqüentemente, as regras de sua proteção, motivando um comportamento mundial de acirramento da exclusividade e de controle do uso dos bens imateriais. Observa-se, então, que a legislação que abrange a propriedade intelectual³³, hoje, se mostra extremamente rígida, tendente a desencorajar qualquer derrogação de suas normas. Ao passo que há uma maior possibilidade de interação dos indivíduos com os bens intelectuais, os direitos autorais passaram a comprometer – e até mesmo impossibilitar – a legalidade das possíveis criações derivadas desse novo contexto sociotecnológico.

Proveniente de mudanças no âmbito do conhecimento e da informação³⁴, o contexto sociotecnológico atual é chamado, por Manuel Castells (1999), de “sociedade em rede”³⁵, uma vez que é constituído por redes em todas as dimensões fundamentais da organização e da prática social, que tem a informação como sua própria matéria prima, em que ela age sobre a tecnologia e vice-versa. Além disso, como parte integral de toda a atividade humana, a informação, influenciada pela conjuntura tecnológica, perpassa todos os processos de existência individual e coletiva (CASTELLS, 1999, p. 108), refletindo a complexidade de interação e dos modelos imprevisíveis de desenvolvimento desse novo contexto, uma vez que o poder criativo advindo da troca de informações constitui a força motriz da inovação, aspecto decisivo de uma sociedade

³³ O termo “propriedade intelectual” engloba um conjunto de princípios e fundamentos que versam tanto sobre a propriedade industrial (patentes, marcas, desenho industrial, dentre outros) quanto sobre a propriedade artística e literária (direitos autorais). Além da OMC, que ingressou no sistema de proteção à propriedade intelectual na década de 1990, as normas procedimentais que regem o universo da propriedade intelectual são discutidas no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI).

³⁴ Neste sentido, Carlos Alberto Pereira e Micael Herschmann enfatizam que as sociedades contemporâneas, da informação e do conhecimento, em seus processos produtivos, estão marcadas por uma nova natureza e dinâmica, que orienta diferentes organizações, e também por um novo papel do consumo, o qual ocupa um lugar muito específico [...] com forte impacto na maneira de a sociedade se organizar e produzir. (PEREIRA; HERSCHMANN, 2002, p. 31-33).

³⁵ Segundo Manuel Castells, “[...] embora as redes sejam uma antiga forma de organização na experiência humana, as tecnologias digitais de formação de redes, características da Era da Informação, alimentaram as redes sociais e organizacionais, possibilitando sua infinita expansão e reconfiguração, superando as limitações tradicionais da complexidade de redes acima de uma certa dimensão. Como as redes não param nas fronteiras do Estado-nação, a sociedade em rede se constitui como um sistema global, prenunciando a nova forma de globalização característica do nosso tempo”. (CASTELLS, 1999, p. 3).

em constante mudança e fluidez³⁶. Com a chegada das novas tecnologias e com a progressiva desregulamentação e liberalização do mercado no contexto global, uma nova economia organizada a partir da informação e de alcance global se estabeleceu³⁷.

Como menciona Souza (2010), este processo de mudança social, econômica e política apresenta duas tendências conflitantes: liberdade e controle da informação e do conhecimento³⁸. Sabe-se que, sob o fundamento de que a atribuição temporária de direitos exclusivos implica na restrição da liberdade de outros – uma vez que recompensaria o autor, estimulando sua criatividade – os direitos autorais, como lembra José de Oliveira Ascensão³⁹, passaram a ser vistos como um complexo harmônico, em que regras atributivas de direitos coexistem com restrições ao exercício destes mesmos direitos, uma vez que estas são fundamentadas por implicações de interesse público decorrentes dos benefícios, em longo prazo, da outorga temporária do exclusivo⁴⁰.

No entanto, pode-se afirmar que a justificativa proprietária que envolve o exclusivo tem privilegiado os titulares de direitos autorais em detrimento do interesse público. A partir do momento em que a produção intelectual e cultural advém da experiência e do acesso, Rosa Congost questiona: se os bens intelectuais fossem tratados como recursos comuns não seriam mais benéficos para o conjunto da humanidade (CONGOST, 2007, p. 304), uma vez que se trata – e são compostos – de informação e de conhecimento? Este questionamento tem levado alguns economistas a apontar os efeitos perversos dos recursos comuns, a partir do que ficou conhecido como a “tragédia dos comuns”. Há uma alusão à tese de Garrett James Hardin (1968) no sentido de que a superexploração dos recursos comuns é inevitável, sendo as

³⁶ Castells pondera que a flexibilidade permitida pela sociedade em rede é mais uma característica desse contexto. Assim, não apenas os processos são reversíveis, mas organizações e instituições podem ser modificadas, e até mesmo fundamentalmente alteradas. No entanto, a flexibilidade pode ser tanto uma força libertadora quanto uma tendência repressiva se os definidores das regras sempre forem os poderes constituídos. (CASTELLS, 1999, p. 109).

³⁷ De forma sintética, Castells caracteriza essa nova economia como informacional, porque a sua produtividade e competitividade dependem da forma de interação com os indivíduos ou agentes. É global porque as principais atividades produtivas, o consumo e a circulação da informação estão conectadas em nível global. É em rede porque a concorrência e a produtividade pertencem a uma rede global de interação entre redes empresariais. (CASTELLS, 1999, p. 119-127).

³⁸ “De um lado, a promessa de um espaço descentralizado e público de interação, não submetido às hegemonias estatais e comerciais, com potencial para libertar o discurso público e as expressões das amarras estruturais anteriores à difusão da tecnologia digital. Por outro lado, uma tendência em direção a uma maior comercialização, comodificação e apropriação dos sistemas de informação e expressão, conduz à subordinação da discricionariedade artística e editorial às estratégias corporativas e demandas dos investidores.” (SOUZA, 2010, p. 39).

³⁹ Ver em: ASCENSÃO, 2006, p. 3.

⁴⁰ Ver em: ASCENSÃO, 2006, p.4.

alternativas mais viáveis a privatização ou o controle do Estado⁴¹. Essa abordagem não reconhece a possibilidade de que os usuários dos recursos poderiam ter direitos coletivos de controlá-los de maneira sustentável. Além do fato desta teoria ter sido baseada na utilização de recursos naturais, Benjamin Coriat (2013) ressalta que é preciso demonstrar que Hardin não é, na essência, um pensador de humanas e ciências sociais. Seus trabalhos são concentrados, majoritariamente, em temas ligados às ciências biológicas (2013, p. 3).

Nesse sentido, Hardin identifica um problema de superpopulação no nosso planeta e, a partir disso, cria uma teoria que poderia diminuir ou acabar com a citada superpopulação. A teoria da “tragédia dos comuns” foi desenvolvida a partir de um contraponto ao artigo 16 da Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas⁴², incluído na Declaração de Teerã⁴³, que permitia que a decisão do número de filhos que as famílias poderiam ter seria de acordo com o livre arbítrio das próprias, fato que Hardin era opositor. Destaca Coriat que esta tese da “tragédia dos comuns” parte do princípio de que, para experimentar os limites dos recursos, a superlotação requer que as soluções “políticas” sejam tomadas para limitá-la. É neste contexto que o argumento é avançado sobre os comuns (CORIAT, 2013, p. 3).

Baseando-se no caso de pastagens deixadas em livre acesso, Hardin propôs que as situações arquetípicas da propriedade compartilhada e, portanto, “comum”, movem-se de acordo com os interesses dos usuários, ou seja, diferentes pastores com acesso ao esforço comum podem obter o máximo benefício do pasto com o maior número de animais possível e o mais rápido possível, fato que fará com que o recurso esteja fadado ao rápido esgotamento, devido à superexploração a que é submetido. A partir deste exemplo, Hardin generaliza e apoia a ideia de que só a propriedade plena e exclusiva de

⁴¹ “The tragedy of the commons develops in this way. Picture a pasture open to all. It is to be expected that each herdsman will try to keep as many cattle as possible on the commons. Such an arrangement may work reasonably satisfactorily for centuries because tribal wars, poaching, and disease keep the numbers of both man and beast well below the carrying capacity of the land. Finally, however, comes the day of reckoning, that is, the day when the long-desired goal of social stability becomes a reality. At this point, the inherent logic of the commons remorselessly generates tragedy”. (HARDIN, 1968, p. 1244).

⁴² Na Declaração Universal de Direitos Humanos, encontra-se **Artigo XVI**: 1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução. 2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes. 3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>> Acesso em: 23 out 2014.

⁴³ Na Declaração de Teerã. **Artigo 16**: A comunidade internacional deve continuar velando pela família e pelas crianças. Os pais têm o direito humano fundamental de determinar livremente o número de filhos e seus intervalos de nascimento. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Confer%C3%A2ncias-de-C%C3%BApula-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-sobre-Direitos-Humanos/proclamacao-de-teera.html>> Acesso em: 23 out 2014.

um recurso é compatível com a sua exploração racional (CORIAT,2013, p. 4). Como uma extensão destas reflexões sobre a necessidade de impor regras estritas, decide forçar um conjunto de medidas para o controle da natalidade e da população e para a afirmação de que a propriedade, plena e exclusiva, é a única maneira que pode garantir a eficiência na utilização dos recursos(CORIAT,2013, p. 4).

A impetuosidade com que Hardin trata os recursos comuns nesse artigo ainda traz seus efeitos para as ciências sociais. No entanto, Charlotte Hess e Elinor Ostrom (2007, p. 11) – ao entenderem que os comuns se referem, de forma geral, a recursos partilhados por um grupo de pessoas – destacam que existem alguns motivos pelos quais a interpretação dessa tese terminou por ser equivocada. As autoras entendem que:

“(1) he was actually discussing open access rather than managed commons; (2) he assumed little or no communication; (3) he postulated that people act only in their immediate self-interest (rather than assuming that some individuals take joint benefits into account, at least to some extent); (4) he offered only two solutions to correct the tragedy – privatization or government intervention.”⁴⁴(HESS; OSTROM, 2010, p. 11)

Nessa linha, é possível haver situações em que o modelo de Hardin pode ser aplicado, no entanto muitos grupos podem efetivamente gerenciar e manter recursos comuns, especialmente se eles têm condições adequadas, tais como regras adequadas, mecanismos de boa resolução de conflitos e limites de grupo bem definidos⁴⁵.A variação da “tragédia dos comuns” para tratar da informação e do conhecimento, diz respeito à outro conceito literário: os “*anticommons*”. A teoria que permeia esse termo foi originalmente aplicada a regimes de propriedade (MICHELMAN, 2003) e foi adaptada – por Michael Heller (1998) – à discussão dos comuns para afirmar que, no que se refere ao conhecimento, uma vez que múltiplos usuários – ou donos – passam a ter o privilégio de usá-lo, nenhum tem o direito de excluir o outro, levando a uma superutilização desse recurso.

Contudo, como afirmam Hess e Ostrom (2007), essas teorias podem ser importantes para conceituar algumas circunstâncias em torno dos comuns e, por

⁴⁴[...] (1) ele foi, na verdade, discutir o acesso livre ao invés de comuns gerenciados; (2) ele assumiu pouca ou nenhuma comunicação; (3) postulou que as pessoas agem apenas em seu interesse próprio imediato (ao invés de assumir que alguns indivíduos levam benefícios comuns em conta, pelo menos até certo ponto); (4)ofereceu apenas duas soluções para corrigir a tragédia: privatização ou intervenção do governo”.

⁴⁵Para ilustrar essa afirmativa, Hess e Ostrom dão os exemplos dos estudos acerca das bacias subterrâneas da Califórnia, da pesca no Atlântico Norte, das florestas comunitárias africanas ou dos sistemas de irrigação nepaleses. (HESS, OSTROM, 2007, p. 12)

consequência, da informação e do conhecimento. O problema é que elas têm sido superutilizadas como modelos realísticos que se adequam a todas as situações. São apresentadas como a justificativa pela qual os participantes – ou usuários – ficam – ou ficariam – atados a incentivos perversos e não conseguem – ou não conseguiriam – encontrar formas de aumentara confiança, de desenvolver normas de reciprocidade ou elaborar novas regras(HESS; OSTROM, 2007, p. 12). Ocorre que, não há uma solução específica e estática para todos os dilemas dos comuns. Destaca-se, nesse contexto, que o conhecimento⁴⁶ exige a assimilação da informação e a compreensão de como usá-lo, o que implica uma dupla funcionalidade, quais sejam: o conhecimento é uma mercadoria e uma força constitutiva da sociedade, o que sugere a natureza complexa e interdisciplinar desse recurso, uma vez que é cumulativo e as ideias que derivam dessa acumulação têm como efeito a sua caracterização como comum(HESS; OSTROM, 2007 p. 7-9). A garantia do acesso ao conhecimento é facilitada pelo exame da sua natureza e pela identificação das formas em que é possível caracterizá-lo como comum, uma vez que as tecnologias que permitem a distribuição global de informação mudaram drasticamente a estrutura da informação e do conhecimento (HESS; OSTROM, 2007 p. 9) como um recurso.

Enfatiza, Margaret Radin (2002), que a retórica – baseada nas atividades de troca, apoiadas pela infraestrutura legal de propriedade privada e liberdade contratual – constitui a essência do processo tradicional de comodificação dos bens baseados na informação e, conseqüentemente, no conhecimento. Dessa forma, tais bens passam a ser descritos e pensados a partir do funcionamento do mercado, com referências às funções de oferta e demanda, maximização dos lucros ou análises estritas de custo-benefício econômico (RADIN, 2002, p. 4-5), nos remetendo à construção da retórica proprietária aqui demonstrada. O paradigma dos comuns (*commons*), portanto, pretende, de acordo com David Bollier (2007), preencher um vazio teórico que tem como objetivo explicar de que forma pode-se criar e sustentar um valor significativo não necessariamente atrelado a um predeterminado sistema de propriedade, de contratos e de mercados, mas a normas e regras sociais para que as pessoas, por meio de mecanismos jurídicos, possam compartilhar as propriedades e o controle de recursos. Sendo assim, esse modelo alternativo traz preocupações econômicas, sociais e éticas em maior

⁴⁶ Segundo as autoras, “[...] knowledge as employed refers to all types of understanding gained through experience or study, whether indigenous, scientific, scholarly, or otherwise nonacademic. It also includes creative works, such as music and the visual and theatrical arts.” (HESS; OSTROM, 2007 p. 8).

alinhamento, sendo capaz de falar da inalienabilidade de certos recursos e sobre o valor de se proteger os interesses da comunidade (BOLLIER In OSTROM, HESS, 2007, p. 29).

Leva-se em consideração, por oportuno, que, quando falamos do conhecimento – ou informação – como comum, parte-se do princípio de que ele é um bem não rival, na medida em que é difícil excluir terceiros de utilizá-lo em sua forma intangível (OSTROM, HESS, 2007, p. 9), destacando a necessidade de enfrentamento para a propositura de mecanismos que possibilitem o acesso e o manejo desse recurso. Além disso, este paradigma pode ajudar a elucidar as discussões que circundam a chamada “mídia participativa”. Os *weblogs* ou blogs foram as primeiras plataformas que possibilitaram um poder maior de criação de conteúdo por meio da participação. No entanto, uma variedade de novas formas de participação individual por meios comunicacionais estão se disseminando. Essas inovações incluem *syndication feeds* dos posts dos blogs, *podcasting* de música e opinião e os sites de notícias alternativas, mais conhecidos como *grassroots journalism*. Elas incluem novas plataformas na internet para compartilhar fotos (*flickr*⁴⁷ e *tumblr*⁴⁸), trabalhos criativos de todos os tipos (*ourmedia*⁴⁹) e seus sites favoritos (*del.icio.us*⁵⁰).

O exemplo mais relevante, segundo David Bollier, é o *Wikipedia* – enciclopédia participativa – que se transformou em um dos sites mais populares na internet, com algo em torno de cinco milhões e trezentos mil visitas por mês (BOLLIER In HESS; OSTROM, p. 36). Ressalta Bollier que os comuns e o mercado não devem ser encarados como adversários, uma vez que os limites de um e de outro devem ser discutidos por meio de políticas públicas para que seja possível identificar mecanismos legais e institucionais que protejam recursos compartilhados e as transações de mercado advindas desse novo contexto (BOLLIER In HESS; OSTROM, p. 38). Pode-se utilizar, também, os *fanworks* como exemplos mais recentes do que seriam as possibilidades de transformar obras existentes nesse novo contexto de participação midiática. Segundo Stacey M. Lantagne (2014), existem *fanworks* para obras tão diversas como “Crepúsculo” e “Jane Eyre”, “A Origem” e “Agosto: Osage County”, “The Big Bang Theory” e “Mad Men”. Eles existem para ressignificar obras antigas, como os mistérios de “Sherlock Holmes” de Arthur Conan Doyle e de “Orgulho e Preconceito” de Jane

⁴⁷ <https://www.flickr.com/>

⁴⁸ <https://www.tumblr.com/>

⁴⁹ <http://ourmedia.com/>

⁵⁰ <https://delicious.com/>

Austen, e também paraas mais novas encarnações dessas obras, como “Fundamental” e “The Lizzie Bennet Diaries”.

Alguns *fanworks* são muito ativos. Prosperando na Internet, se ocupam também de criar fóruns para discutir e debater sobre os trabalhos. Produzem sites que oferecem sinopses, críticas, análises e guias. Se unem para criar os seus próprios editoriais e enciclopédias e realizar seus próprios esforços criativos: *fanart* de seus personagens favoritos em situações habituais ou incomuns; *fanvids* de re-edição de imagens para destacar temas ou contar novas histórias; *fanfiction* para fragmentar o trabalho original, de alguma forma, por motivos tão variados como comentário, refutação e especulação, entre muitos outros (LANTAGNE, 2014, p. 40). A partir desta realidade, Lantagne enfatiza a necessidade de uma análise de impacto econômico que o *fanwork* tem, uma vez que:

“[...] fanworks are, by their very definition, transformative in some way, whether in a way that has found approval in the dominant culture or not. They do not displace demand in the same way that exact copies of content would do. The problem with fanworks is not that they are not transformative; it is that they are not transformative in a way that has been given value. Refocusing the analysis on the effect on the market factor will help eliminate the subjective aestheticism and even the playing field between copyright monopoly and participatory culture a bit more.” (LANTAGNE, 2014, p. 40)

O que se pretende é um equilíbrio entre a proteção dos recursos compartilhados e as transações de mercado advindas deles, na medida em que os comuns e o mercado se interpenetram e executam tarefas complementares. As empresas podem prosperar somente se houver um bem comum que permita que a propriedade privada se equilibre com as necessidades públicas. Contudo, o movimento de privatização dos bens comuns sufoca o comércio, a concorrência e a inovação, bem como os meios imprescindíveis para atender às demandas sociais e cívicas (BOLLIER, *In* HESS; OSTROM, 2007, p. 38). Dessa forma, para defender os bens comuns é preciso que se reconheça que as sociedades têm necessidades coletivas e identidades que os mercados não podem cumprir— ou distribuir de forma justa — por si só.

Historicamente, existem dois entendimentos acerca do que seria o comum. Na Europa, “*commons*” eram campos compartilhados de agricultura, pastagens e florestas que foram, ao longo de um período de 500 anos, fechados, com direitos comuns retirados por proprietários de terras e do Estado (HESS; OSTROM, 2007, p. 12). Nesse

sentido, James Boyle (2003, p. 35) faz uma crítica à narrativa da *enclosure* na medida em que esse movimento oferece ironias acerca do “respeito pela propriedade” e das lições sobre o papel do Estado em reforçar os direitos de propriedade a fim de alcançar e promover objetivos sociais controversos. Continua Boyle que, de alguma maneira, os direitos de propriedade privada e seu controle por uma única entidade, introduzidas pelo movimento de *enclosure*, teriam evitado as tragédias de uso excessivo e a falta de investimento: quanto mais grãos cultivados, mais os consumidores serão beneficiados e menos pessoas irão morrer de fome no longo prazo⁵¹. No entanto, o preço deste ganho social passou a ser uma maior concentração de poder econômico, a introdução de forças de mercado em áreas antes inimagináveis e o rompimento de um *modus vivendi* com o meio ambiente⁵² que os defensores da *enclosure* não se advertiram em ignorar (BOYLE, 2003, p. 36). Para Hess e Ostrom (2007, p. 13), a ocorrência da *enclosure* é um importante dilema a ser desvendado, discutido e relativizado por parte dos juristas, bibliotecários, cientistas, e, realmente, quem está alerta para a ocorrência crescente da privatização, mercantilização e da retirada de informações que costumavam ser acessíveis, ou que nunca estarão disponíveis para que tomemos conhecimento.

Nos Estados Unidos, de acordo com Hess e Ostrom (2007), o paradigma dos comuns se refere, mais frequentemente, a espaços compartilhados que permitem a liberdade de expressão e do processo democrático. Esta narrativa de interoperabilidade digital ou de ciência aberta, de redes acadêmicas colaborativas, de associações voluntárias e de ação coletiva, ressalta a importância de espaços compartilhados desconhecidos na promoção de sociedades democráticas viáveis⁵³. Essa discussão nos leva à propriedade intelectual a partir do que James Boyle (2003, p. 38) chama de *second enclosure movement*. Esse movimento, tem direta relação com os novos direitos de propriedade criados pelo Estado, que, nesse caso, são "intelectuais" ao invés de "reais". Contudo, mais uma vez, os bens que antes eram pensados como propriedade

⁵¹ Para uma análise, de forma comparada, a história e a filosofia dos direitos exclusivos de terras, por um lado, e da expressão criativa do outro, trazendo as noções de apropriação privada de Hobbes, Locke e Blackstone, ver TRAVIS, 2000.

⁵² Um dos maiores críticos do movimento de *enclosure* é Karl Polanyi que, em seu livro “The Great Transformation: the political and economic origins of our time” denuncia que: “[...] Enclosures have appropriately been called a revolution of the rich against the poor. The lords and nobles were upsetting the social order, breaking down ancient law and custom, sometimes by means of violence, often by pressure and intimidation. They were literally robbing the poor of their share in the common, tearing down the houses which, by the hitherto unbreakable force of custom, the poor had long regarded as theirs and their heirs’.” (Ver em: POLANY, 1957), p. 35.

⁵³ Para as autoras, “[...] traditionally, libraries have been protected areas of the knowledge commons and librarians are the stewards. This narrative calls forth urgency for all information users and providers to become stewards of the global digital commons.” (OSTROM, HESS, 2007, p. 13).

comum ou livres de commodificação, estão sendo cobertos com os novos, ou recém-ampliados, direitos de propriedade, fato que nos remete à expansão dos direitos de propriedade intelectual e aos ataques aos seus limites (BOYLE, 2003, p. 38).

Importante ressaltar, nesse contexto, que o conhecimento como comum não é sinônimo de acesso aberto, embora o conteúdo e a rede comunitária constantes desse movimento sejam tipos de comuns (HESS; OSTROM, 2007, p. 13). O uso da palavra comum como sinônimo de liberdade de expressão, acesso aberto universal e autogovernança não é pouco frequente. Ele pode ser construtivo e muitas vezes fornecer o impulso para a ação coletiva em torno dos bens comuns. No entanto, um bem comum não é valorativo – o seu resultado pode ser bom ou ruim, sustentável ou não – razão pela qual precisamos de compreensão e clareza, capacidade de decisão qualificada e estratégias de gestão por meio de cooperação, a fim de garantir sistemas robustos duráveis (HESS; OSTROM, 2007, p. 14). Sendo assim, para investigar qualquer assunto que diga respeito à interação dos indivíduos caracterizada por regras e normas que orientam a escolha de estratégias e comportamentos a fim de levar a um caminho fora da dependência de trajetória existente da prática reiterada (OAKERSON, 1978) – especialmente quando o padrão existente de pensar não produz soluções – é preciso procurar alternativas, mesmo que tragam somente propostas que necessitem futuras adequações.

Por isso, Hess e Ostrom (2007), utilizando preceitos da análise institucional e desenvolvimentista⁵⁴, propuseram um mecanismo que possibilitasse relativizar situações estáticas criadas por regras existentes relacionadas a um mundo físico aparentemente imutável. Utiliza-se, então, esse modelo para analisar situações dinâmicas em que os indivíduos desenvolvem novas normas, novas regras e novas tecnologias (2007, p. 42), fatos mais do que comuns no novo contexto sociotecnológico aqui mencionado. Dessa forma, para as autoras, instituições são definidas como regras formais e informais que são compreendidas e usadas por um grupo de pessoas ou comunidades, razão pela qual uma análise a partir dessa definição traz mais desafios do que respostas, ao contrário dos estudos acerca de estruturas estáticas (2007, p. 42).

Para o propósito da análise, importa salientar que todo o conhecimento e todas as tecnologias caracterizam-se como artefatos produzidos pelo homem – com acordos

⁵⁴ Institutional Analysis and Development (IAD). Ver mais em: OSTROM, 2010.

regras – e são fortemente vinculados às regras da própria linguagem⁵⁵. Assim, o conhecimento desempenha um importante papel para a cultura, destacando-se o protagonismo da sua função intelectual, econômica e política. Dessa maneira, a esse recurso deve ser direcionada uma atenção especial, na medida em que o conhecimento precisa ser transmitido de uma pessoa para outra para ter qualquer valor, razão pela qual as regras que permeiam todas as áreas alcançadas por ele devem, continuamente, se adaptar às mudanças sociais e tecnológicas. Ressaltam Hess e Ostrom (2007, p. 53) que as regras necessitam ser flexíveis e adaptáveis para que se crie um desenho institucional efetivo e garanta a sustentabilidade do recurso.

Destacando que a ação coletiva é a forma mais eficiente de manejar determinados recursos protegidos pelos direitos de propriedade – assim como a propriedade intelectual – as autoras desenham uma estrutura que identifica sete tipos mais relevantes desses direitos que devem ser levados em consideração no que diz respeito ao conhecimento. Esse quadro pretende trazer formas de utilização de determinados recursos como alternativa à visão de que somente os direitos de propriedade estaticamente considerados são capazes de promover a utilização eficiente de todos os recursos. Sendo assim, os sete tipos são:

(a) acesso: direito de entrar em uma área física definida e desfrutar de benefícios não subtrativos;

(b) contribuição: direito de contribuir com o conteúdo;

(c) extração: o direito de obter unidade de recursos ou produtos de um sistema de recursos;

(d) remoção: o direito de remover um artefato a partir do recurso;

(e) gestão/participação: o direito de regular os padrões de uso interno e transformar o recurso por meio de melhorias;

(f) exclusão: o direito de determinar quem terá acesso, a contribuição, a extração, e os direitos de remoção e como esses direitos podem ser transferidos; e

(g) alienação: o direito de vender ou arrendar extração, gestão/participação e direitos de exclusão.

⁵⁵ Nesse sentido, Vincent Ostrom entende que “[...] every development has a component to it that is concerned with how the activities of people are organized in relation to one another.” (OSTROM, 1984, p. 5).

Os direitos descritos podem ser úteis, de acordo com Hess e Ostrom (2007, p. 52), para a definição de repositório digital de uma organização ou para criar meios de manejar qualquer bem protegido pelos direitos de propriedade intelectual. Compreender que os direitos de propriedade – sejam intelectuais ou reais – são feixes de direitos é extremamente importante. Uma vez que é possível que determinados direitos de propriedade sejam utilizados, manejados e administrados de diversas formas, entende-se que os mesmos devem ser encarados como direitos flexíveis e ponderáveis. Nesse ínterim, é possível afirmar que a motivação para se afirmar a necessidade de flexibilização dos direitos de propriedade intelectual se dá a partir do momento em que as novas tecnologias de informação têm redefinido o conhecimento; tem transformado o contexto tradicional dos usuários da informação e dos seus fornecedores; fazem com que as normas, as regras e as leis existentes se tornem obsoletas e levem, as situações advindas desse contexto, a resultados imprevisíveis (HESS; OSTROM, 2007, p. 43).

A mudança instrucional está ocorrendo em todos os níveis do conhecimento, desde como é encarado até de que forma devem ser encarados os recursos que derivam dele. Em razão disso, Hess e Ostrom (2007), calcadas na análise institucional e desenvolvimentista (IAD), construíram um modelo para facilitar a estruturação de um método comparativo de análise institucional que pretende entender de que forma as decisões são tomadas e como as regras são produzidas – ou devem ser – a fim de sustentar um recurso ou alcançar um resultado desejado. Sendo assim, esse quadro, por ter uma metodologia dinâmica e fluida, se distancia do modelo estático e engessado proposto por Hardin e por Heller e pode ser aplicada em diversos casos que envolvam tomada de decisão em situações repetitivas (HESS; OSTROM, 2007, p. 42).

Ressalta-se que, como contraponto a um dos pilares da economia neoliberal, baseado na ideia de mercado autorregulado – e, portanto, dependente dos direitos de propriedade claramente estabelecidos e plenamente protegidos – esse modelo proposto por Ostrom e Hess traz em maior harmonia a preocupação de se levar em conta as diversas formas de direitos de propriedade existentes. Considera-se, assim, que, para muitos bens na economia, os direitos de propriedade não são facilmente estabelecidos, não são facilmente classificáveis – especialmente de forma restrita e estática exposta nas leis – e que o mercado, por si só, falha na provisão da distribuição – justa – desses bens. Lembrem E. K. Hunt e Mark Lautzenheiser (2013) que o fator mais importante no estudo da economia é entender que as virtudes do fundamentalismo do mercado autorregulado nunca passaram despercebidas e sem críticas, fator que exige alguma

nova forma de intervenção social para as falhas inerentes dele (HUNT; LAUTZENHEISER, 2013, p. 6).

Dessa maneira, de forma mais desenvolvida – porém em conexão com o feixe de direitos aqui demonstrado – as concepções relacionadas à despatrimonialização de determinados direitos e a releitura dos mesmos destacando, especialmente, os direitos fundamentais à informação e ao conhecimento, não são novidade para o Direito.

1.3 Direitos de Propriedade

Primeiramente, é necessário compreender o motivo pelo qual o processo de naturalização do direito ainda nos rodeia, para que façamos uma ligação entre o que já foi demonstrado e a norma jurídica. Ressalta Tércio Ferraz Júnior (1988) que a busca pelo direito natural e suas justificações e fundamentações se caracteriza pela procura permanente a partir da definição do direito. Porém, se o direito positivo se define pela sua mutabilidade, sua regionalidade, sua circunstanciabilidade e sua especialidade, a busca pelo direito natural expressa, nada mais, do que a angústia do homem num mundo em que tudo, sendo positivo, é relativo⁵⁶. Nesse contexto, adverte Norberto Bobbio (1987) que a naturalização do direito nos remete à dicotomia do direito público *versus* direito privado, a partir da noção da primazia deste sobre aquele. Essa concepção data da difusão e da recepção do direito romano no Ocidente que, a partir da sua universalidade e extensão, adquire valor de direito da razão (1987, p. 23). Trata-se de um direito cuja validade é perfilhada independente de circunstâncias de tempo e lugar de onde se originou e está fundada sobre a “natureza das coisas”, processo não diverso daquele em que economistas clássicos defendem que somente um tipo de economia – e de propriedade – é possível; aquela que descobre, reflete e descreve relações naturais (1987, p. 21).

Assim, o direito privado romano se transforma em um direito natural e, posteriormente, em um direito positivo, a partir das grandes codificações do século XIX

⁵⁶ Completa o autor que “a *relatividade universal* – o fato de que um direito, ao ser posto, só existe em relação a outros direitos postos – e a *perda da valia intrínseca* – o fato de que todo direito, por ser posto, deixa de possuir valor objetivo, independente da avaliação mutável dos interesses – são inerentes à positividade do direito. Apesar disso, o motivo pelo qual estes fatos (a relatividade e a perda da valia), que parecem inevitáveis na sociedade contemporânea, chegam, não obstante, a constituir um *problema central* para a ciência dogmática do direito, localiza-se, provavelmente, nesta insuportabilidade consistente na perda de padrões e normas universais, sem os quais a trivialização do próprio direito se revela uma consequência angustiada e inquietante”. (FERRAZ JR., 1988. p. 172)

– especialmente a napoleônica (1804) –, processo que atribuiu uma validade absoluta ao direito positivo que passa a ser considerado como o direito da razão (BOBBIO, 1987, p. 23). Partindo da premissa de que o direito privado foi o direito por excelência durante séculos, é possível entender a razão pela qual o direito de propriedade apresenta persistente resistência em relação à ingerência do Estado. Em John Locke (1689), como demonstrado anteriormente, a propriedade converte-se em um verdadeiro direito natural e a sua inviolabilidade, que compreende outros direitos naturais – a liberdade e a vida, que são encaradas como uma esfera singular e autônoma que se adverte à esfera pela qual se estende o poder público – torna-se um dos eixos mais importantes para fundamentar a concepção liberal do Estado, ou seja, a teoria do primado do privado sobre o público (BOBBIO, 1987, p. 24).

Destaca Gustavo Tepedino (2000) que a transformação do direito positivo, por meio das mencionadas codificações e seu entendimento como direito da razão, disseminado pela “Escola da Exegese”⁵⁷, leva ao extremo o “mito do monopólio estatal da produção legislativa, de tal sorte que o direito codificado esgota o fenômeno jurídico” (TEPEDINO, 2000, p. 1). Continua o autor:

“Decorrem daí dois aspectos fundamentais: [...] a partição clássica entre o direito público e o direito privado, cada qual inserido em seu próprio sistema normativo – o destinatário das normas constitucionais, restritas às matérias atinentes à estruturação do estado, seria o legislador ordinário, a quem incumbiria disciplinar as relações privadas, por meio do Código Civil. E, em segundo lugar, a exasperação da técnica legislativa regulamentar, expressão maior da onipotência do codificador, disposto a prever todas as condutas do fenômeno social (*rectius*, fenômeno jurídico) que pudessem ter interesse para o direito. Insculpiu-se na cultura jurídica, como consequência, a convicção de que sem a regulamentação específica de cada situação subjetiva, com a definição exata dos poderes do titular, não há bom direito”. (TEPEDINO, 2000, p. 2)

Dessa forma, é possível vislumbrar a centralidade que o Código Civil trouxe para si diante de todas as relações privadas, especialmente as patrimoniais. No entanto, Orlando Gomes (1988, p. 3) faz a crítica no sentido de que a visão codificada e sistematizadora – muito arraigada na história do direito civil – teve o objetivo político de proteger o proprietário, de assegurar-lhe a livre disponibilidade de seus bens e de

⁵⁷ Também conhecida como Escola filológica, foi uma corrente de pensamento juspositivista que floresceu na França no início do século XIX, a partir do advento do Código Napoleônico.

institucionalizar a iniciativa privada. Fato, esse, que contribuiu muitíssimo para, como observa Tepedino, o significado constitucional assumido pelo Código Civil que rechaçou qualquer possibilidade da existência de uma norma hierarquicamente superior, uma vez que os princípios constitucionais não passavam de “normas políticas para o direito civil” (2000, p.2). O equívoco de tal posição é latente – embora ainda hoje difundida – pois acaba por destinar à norma constitucional uma aparência de subsidiariedade, já que deveria ser aplicada na ausência de norma ordinária específica e após o uso da analogia e da regra consuetudinária (TEPEDINO, 2000, p. 2).

Contudo, a partir de uma maior intervenção do Estado nas relações privadas, o Código Civil perde essa centralidade. Na Europa, desde o início do século XX, e no Brasil, a partir da década de 1930, a intervenção do Estado na economia e no processo – daí decorrente – de mitigação da autonomia privada, altera-se o papel deste código, uma vez que ele se torna “centro normativo do direito comum, ao lado do qual proliferam as leis especiais, incumbidas de disciplinar as novas figuras emergentes na realidade econômica e não previstas pelo legislador”⁵⁸. Porém, a partir da década de 1960, o Código Civil, diante da intensificação do processo legislativo e das agudas transformações econômicas, perde a característica de direito comum, uma vez que matérias inteiras são subtraídas da esfera codificada (TEPEDINO, 2000, p. 3). A esse processo Tepedino (2000, p.4) dá o nome de era dos estatutos, uma vez que o legislador, impulsionado e obrigado pelas mudanças socioeconômicas, não se limita à tipificação de novas figuras que surgem na esfera privada; abrange, também, novas relações jurídicas que atingem diversos ramos do direito. Nessa linha, o legislador deixa a atuação genérica e neutra de lado para definir objetivos de política legislativa, transformando-se de mero repressor do ilícito para agente de promoção de políticas públicas e valores, caracterizando, assim, a função promocional do direito⁵⁹.

Esse percurso histórico, que aqui se tentou resumir, reflete o que convencionou chamar de descodificação do direito civil, em que o Código Civil é retirado do centro

⁵⁸ Constituiriam, assim, o direito especial. (TEPEDINO, 2000, p. 3)

⁵⁹ Por função promocional do direito, Norberto Bobbio entende que se trata da “[...] ação que o direito desenvolve pelo instrumento das “sanções positivas”, isto é, por mecanismos genericamente compreendidos pelo nome de “incentivos”, os quais visam não a impedir atos socialmente indesejáveis, fim precípua das penas, multas, indenizações, reparações, restituições, ressarcimentos, etc., mas, sim, a “promover” a realização de atos socialmente desejáveis. Mas é nova a extensão que ela teve e continua a ter no Estado contemporâneo: uma extensão em contínua ampliação, a ponto de fazer parecer completamente inadequada, e, de qualquer modo, lacunosa, uma teoria do direito que continue a considerar o ordenamento jurídico do ponto de vista da função tradicional puramente protetora (dos interesses considerados essenciais por aqueles que fazem leis) e repressiva (das ações a que elas se opõem)”. (BOBBIO, 2007, p. 8).

gravitacional do sistema –monossistema – para dar vez às leis especiais que produzem uma realidade fragmentada pela pluralidade de estatutos autônomos –microssistema –, fazendo com o que desafio se resumisse na maneira pela qual o intérprete agiria diante de uma realidade tão dilacerada. Dessa maneira, enfatiza Tepedino (2000) que, diante da procura pela segurança jurídica, própria do século passado, essa realidade trazia um equilíbrio bastante delicado entre fontes normativas, razão pela qual era necessário fornecer novos parâmetros interpretativos (2000, p.5). Se o pluralismo de fontes causou a ruptura do sistema, inútil seria buscar recompô-lo com um novo e unificado corpo legislativo. Para Gomes (1988), é possível dizer que, na sociedade contemporânea, passou a ser inviável um “código de direito privado que reúna tendencialmente toda a disciplina e ordenação das relações entre os particulares” (1988, p. 5).

No direito brasileiro, ressalta Tepedino (2000, p.6), a introdução de uma nova postura metodológica parece facilitada pela compreensão do papel que os princípios constitucionais têm – e devem ter – nas relações de direito privado. Consolida-se o entendimento de que a reunificação do sistema deve se dar a partir do papel interpretativo proeminente e central à Constituição. Razão pela qual Pietro Perlingieri defende que a normativa constitucional não deve “ser considerada como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas”. (1997, p.12) Sendo assim, em obediência aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade substancial – integrantes do conteúdo do Estado social delineado pelo constituinte – o legislador da década de 1990, assim como a “jurisprudência mais atenta, estabelece um nexo de legitimidade entre a Constituição e as leis infraconstitucionais, bem como entre os princípios normativos e as cláusulas gerais⁶⁰” (TEPEDINO, 2006, p.19).

A condensação dos valores essenciais do direito privado, assevera Gomes (1988, p. 6), passou a ser cristalizada no direito público, ou seja, no fenômeno de imigração de determinados princípios para o Direito Constitucional. A constituição, portanto, passa a ser o centro do universo jurídico e, em especial a brasileira, define valores e princípios bem específicos sobre as relações de direito civil, mais precisamente ao tratar da

⁶⁰Discorrendo sobre cláusulas gerais, Gustavo Tepedino destaca que “as constituições contemporâneas e o legislador especial utilizam-se de cláusulas gerais convencidos que estão da sua própria incapacidade, em face da velocidade com que evoluiu o mundo tecnológico, para regular todas as inúmeras e multifacetadas situações nas quais o sujeito de direito se insere. Cláusulas gerais equivalem a normas jurídicas aplicáveis direta e imediatamente nos casos concretos, não sendo apenas cláusulas de intenção”. (TEPEDINO, 2006, p. 19).

propriedade, dos direitos da personalidade, das relações de consumo, da atividade econômica privada, da empresa e da família (TEPEDINO, 2006, p. 13). Dessa forma, destaca Luis Roberto Barroso:

“Não se deve adiar o esforço de integrar o Direito Constitucional ao processo histórico de promoção da justiça e da igualdade, no campo real e concreto – e não teórico ou retórico – da superação das estruturas anacrônicas de opressão política e social.” (BARROSO, 1996, p. 71)

No plano que se segue, pretende-se discutir o direito de propriedade⁶¹ que, como mencionado, deve ser lido à luz da tábua de valores da sociedade consagrada pela Constituição. Enfatizam-se suas multifacetadas e seu conteúdo plural, diferente do que se pretende a insistência em classificá-lo como direito pleno e absoluto. Para isso é necessário que nos socorramos aos vários entendimentos sobre o que seria esse direito, dono de tantas controvérsias. Desde os primórdios do século XX, destaca José Isacc Pilati (2012), autores italianos começaram a questionar a propriedade como conceito unívoco⁶², uma vez que não se obstaram em denunciar a sua repartição em institutos distintos, com estrutura e função diversificadas (PILATI In WACHOWICZ, 2012. p. 294).

Nessa linha, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2008) ressaltam que a propriedade se caracteriza por sua complexidade, que se instrumentaliza pelo domínio⁶³, na medida em que possibilita o seu titular exercer um feixe de atributos expressos na faculdade de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto, conservando, assim, os poderes do proprietário nos moldes tradicionais (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 177). Os autores endossam, por oportuno, a crítica formulada por Luiz Roldão de Freitas Gomes (1990), que menciona o Código Civil de

⁶¹ O direito de propriedade faz parte do direito das coisas, sendo classificado como um dos direitos subjetivos. Por direito das coisas, “designa-se tradicionalmente a categoria das relações jurídicas que regula a apropriação e a utilização dos bens”. (TEPEDINO, 2006b, p. 135). Por situações subjetivas, Orlando Gomes entende que os direitos subjetivos admitem diversas classificações, tais como (i) quanto à eficácia (absolutos ou relativos); (ii) quanto ao conteúdo (públicos ou privados); (iii) patrimoniais (reais ou pessoais) e extrapatrimoniais (direitos de personalidade e direitos de família). (GOMES, 2002, p. 112-113).

⁶² Ver em: PUGLIATTI, 1964. GROSSI, 2006. PERLINGIERI, 1997.

⁶³ Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “o direito subjetivo de propriedade concerne à relação jurídica complexa que se forma entre aquele que detém a titularidade formal do bem (proprietário) e a coletividade. [...] Se a propriedade é observada pela lógica da relação jurídica nela edificada, a seu turno o domínio repousa na relação material de submissão direta e imediata da coisa ao poder do seu titular, mediante o senhorio, pelo exercício das faculdades de uso, gozo e disposição. O proprietário exercita ingerência sobre as coisas (domínio) e pede a colaboração das pessoas (propriedade). [...] Assim, o domínio é instrumentalizado pelo direito de propriedade.” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 176)

2002, mais uma vez, omitiu-se o conceito de propriedade, restringindo-se a enumerar tão somente as faculdades essenciais que integram o domínio – uso, fruição e disposição da coisa”. Isto, de certa forma, aprisiona o direito de propriedade a um só tipo de propriedade (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 177), aquela que é plena, exercida por uma só pessoa e que obriga, negativamente, todos os indivíduos.

Nessa linha, Farias e Rosenvald (2008) sublinham que a concepção unitária, absoluta e estática da propriedade, baseada na mera descrição dos poderes proprietários, reforça o discurso liberal de que os interesses individuais do proprietário devem – de uma forma superior – ser tutelados, a partir de uma realidade que ignora os diversos perfis da propriedade e as múltiplas formas de utilização dos bens (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 179). Ao destacar a mera descrição dos poderes do proprietário, Francisco Loureiro (2003) enfrenta a questão ressaltando que a classificação dos bens, de acordo com os códigos oitocentistas – bens móveis e imóveis, fungíveis e infungíveis, consumíveis e não consumíveis – sofreu uma mudança a partir do momento em que o sistema capitalista influenciou uma nova distinção jurídica: bens de produção e de consumo. Sendo assim, continua o autor, houve uma “transformação do direito de propriedade em poder econômico sobre o mercado”. Em outras palavras, a propriedade passou de poder sobre coisas para poder de comando (LOUREIRO, 2003, p. 57-58).

Partindo da noção de que a propriedade é múltipla, Gomes (1994, p. 85) destaca que “o direito real de propriedade é o mais amplo dos direitos reais” e, embora traga prerrogativas ao titular, a coisa fica submetida à sua vontade de acordo com as limitações impostas pela lei (GOMES, 1994, p. 85). Dessa forma, a Constituição Federal compreende várias propriedades – e, por consequência, vários estatutos para as várias situações proprietárias⁶⁴ –, quais sejam: a propriedade pública e privada; a propriedade empresarial, ligada aos bens de produção; a grande e a pequena propriedade; a propriedade urbana e rural; dentre outras. Assim, Farias e Rosenvald asseveram:

“As gradações entre os variados perfis de propriedade reclamam do intérprete a capacidade de perceber as particularidades de cada titularidade e as diferenças com os outros modelos. Esta

⁶⁴Destaca Tepedino que a “CF/88 estabeleceu vários estatutos para diversas “situações proprietárias”, segundo a destinação do bem – rural ou urbano –; a potencialidade econômica – produtiva ou não produtiva –; e a titularidade, levando em conta se a aquisição se dá por parte de estrangeiro ou de brasileiro. (TEPEDINO, 2004a, p. 327).

fragmentação, capaz de revelar a pertinência de cada categoria de bem, é a única maneira de nos aproximarmos da tão desejada aplicação do princípio da efetividade ao universo dos direitos reais. Conhecer cada espécie de propriedade, em ordem qualitativa e quantitativa⁶⁵, de forma prospectiva e com vistas à sua destinação, permite-nos escapar do esquema reducionista e abstrato de limitar o domínio da surrada fórmula matemática: usar + fruir + dispor + reivindicar.” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 180)

Afirma-se que a propriedade passou a ser compreendida dentro de outros parâmetros. Para Tepedino, a classificação central deve ser situada, para interpretação e aplicação das normas jurídicas, a partir das “relações jurídicas patrimoniais, construídas por situações jurídicas economicamente mensuráveis, e as relações jurídicas não patrimoniais, formadas por situações jurídicas insuscetíveis de avaliação econômica” (2006b, p. 137), ou seja, desprovidas de interesses patrimoniais. Destaca-se que, a partir do momento em que a propriedade passa a ser encarada além dos sentidos únicos, necessário se faz destacar seus diversos tipos – cada um com a sua função – e entender como os direitos autorais se encaixam nesse cenário.

A perspectiva do “direito como ciência social que precisa cada vez mais de maiores aberturas” (PERLINGIERI, 2002, p. 1), sensível a mudanças da realidade e que tem, como ponto de referência, o homem na sua evolução psicofísica, “existencial”, que coexiste socialmente, nos leva a ideia de que o direito deve ser funcionalizado, ou seja, deve-se perquirir a função (para que o direito serve) e não só a estrutura (como o direito é feito)⁶⁶. A função promocional deriva dessa funcionalização e prescreve que o direito

⁶⁵ Em meados do século XX, Salvatore Pugliatti destaca a multiplicidade de facetas da propriedade e, em sua análise, os sujeitos do direito (perfil subjetivo) daquele dado ao objeto (perfil objetivo). Em relação ao primeiro, leva em consideração os aspectos qualitativos (propriedade pública ou privada) e quantitativos (condomínio e propriedade coletiva, por exemplo). Em relação ao segundo, propõe investigar a propriedade a partir das peculiaridades do objeto. (PUGLIATTI, 1964, *Apud* BRANCO, 2011. p. 17). Continua Branco: “[...] Para Pugliatti, é indispensável a observância de características intrínsecas do objeto para bem compreendermos como se estrutura o respectivo direito de propriedade. O autor propõe, entre outras possibilidades, o estudo das seguintes categorias: (i) coisas corpóreas e incorpóreas; (ii) coisas móveis e imóveis; (iii) coisas simples e compostas. Para cada uma das categorias mencionadas, é possível atribuir uma determinada sistematização do direito de propriedade (ou mesmo sua negação). (BRANCO, 2011. p. 18).

⁶⁶ Nesse sentido, Norberto Bobbio ressalta: “o predomínio da teoria pura do direito no campo dos estudos jurídicos teve por efeito que os estudos da teoria geral do direito foram orientados, por um longo período, mais em direção à análise da estrutura dos ordenamentos jurídicos do que à análise de sua função. [...] o direito não é um sistema fechado e independente [...] em todas as suas articulações e inter-relações, o direito é um subsistema que se posiciona ao lado dos outros subsistemas, tais como o econômico, o cultural e o político, e em parte se sobrepõe e se contrapõe a eles. [...] Naturalmente, a orientação da teoria do direito em direção à análise funcional, a qual denominei uma “teoria funcionalista do direito”, como um acréscimo, e não em oposição, à teoria estruturalista dominante, não pôde ocorrer sem uma contribuição direta da sociologia. A passagem da teoria estrutural para a teoria funcional é também a passagem de uma teoria formal (ou pura!) para uma teoria sociológica (impura?). [...] A função do direito

deve se coadunar não com o apego às formas conceituais, mas aos interesses a serem tutelados e aos valores sociais que devem ser concretizados na busca por uma realidade mais justa e solidária política, econômica e socialmente⁶⁷. Sendo assim, a realidade⁶⁸ nos mostra – ultrapassando a influências liberais – que as espécies de propriedades, resguardadas na Constituição, despontam sob nova égide jurídica, em que o coletivo é valorizado e tem sua aura política de participação deliberativa⁶⁹.

A função social, então, “já não mora de favor, na solidariedade ou no dever do proprietário” (PILATTI, 2012, p. 295), mas ganha autonomia com o surgimento das propriedades. Nesse sentido, destaca Pietro Perlingieri (2002) ao defender a função social do direito de propriedade:

“[...]o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações derivam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento”. (PERLINGIERI, 2002, p. 226)

A releitura da justificação proprietária, além de necessária, é motivo de preocupação, uma vez que contribui para comodificação e apropriação dos sistemas de informação e expressão, comprometendo a informação e a formação dos sujeitos. Nesse ínterim, a partir de uma vertente menos individualista e mais plural, já na década de

na sociedade não é mais servir a *um* determinado fim (aonde a abordagem funcionalista do direito resume-se, em geral, a individualizar qual o fim específico do direito), mas a de ser um instrumento útil para atingir os mais variados fins.” (BOBBIO, 2007, p. 2-3; 56-57)

⁶⁷ A teoria da função promocional do direito preceitua, resumidamente, que é preciso adequar a teoria geral do direito às transformações da sociedade contemporânea e ao crescimento do Estado Social, a fim de promover a transformação do direito não como mero instrumento de "controle social", mas como instrumento de "direção social", uma vez que o modelo estrutural baseado apenas na imposição de sanção se revelou insuficiente para oferecer respostas às novas questões sociais, pautadas por uma intensa mobilidade de desafios e interesses, que demandam uma atuação mais propositiva, mediante a implementação da função promocional do direito. (Ibid., p. 53 e ss).

⁶⁸ Em uma análise da crise proprietária que atinge o meio ambiente, José Isaac Pilati destaca que “a realidade é que se está a manter uma ordem jurídica que se tornou inadequada à tutela dos interesses fundamentais da civilização e da espécie humana. A própria ONU anuncia a iminência de uma tragédia global por obra do homem, porém, não cuida da causa primeira que é a inaptidão do Estado autocrático, do qual ela mesma é a grande voz. Inaptidão de um sistema que não tem solução para a crise do modelo de desenvolvimento, que esgotou um Planeta finito. Um sistema cujo conceito de propriedade é superado e exige nova conformação das instituições políticas e jurídicas, que resgate o coletivo como condição essencial do equilíbrio proprietário”. (PILATI, 2012 p. 297).

⁶⁹ Nesse sentido, José Isaac Pilati destaca: “[...] a modernidade corresponde ao paradigma dos códigos e sua propriedade corpórea. Uma estrutura que põe o proprietário em tempo real, nos vazios jurídicos, e a supremacia pública em tempo de reação, formal, técnica e fragmentada; que estatiza o coletivo no público estatal em favor da apropriação privada, relegando a uma subtutela bens coletivos tais como o meio ambiente e o patrimônio cultural. Já a pós-modernidade corresponde à nova realidade, das propriedades especiais constitucionais e sua diversidade. Uma estrutura que repõe o coletivo no plano político e resgata a titularidade daqueles bens (coletivos) de que não se pode dispor individualmente”. (Ibid., p. 294).

1960, Hermano Duval (1968)⁷⁰, sublinhava a necessidade de equilíbrio entre os interesses que permeiam os direitos autorais, já que o individualismo contemporâneo à Revolução Francesa deu vez à concepção de uma função social inerente à propriedade que, por consequência, traz seus influxos para os direitos autorais. Apoiando tal visão, Eduardo Vieira Manso (1982, p. 260), na década de 1980, ressaltava que a função social é inata à proteção jurídica que o direito confere à obra intelectual e, mais recentemente, Guilherme Carboni (2006) e Allan Rocha de Souza (2006) enfatizam a função social dos direitos autorais em seus estudos. Este último conclui que a “definição da função social dos direitos autorais é o reflexo da expressão dos direitos da coletividade na estrutura jurídica de proteção aos direitos autorais”(SOUZA, 2006, p. 319). Assim, pondera-se que os interesses da sociedade devem ser satisfeitos e não apenas os dos titulares do direito autoral.

Não se trata de uma defesa a não proteção dos autores, mas sim do reconhecimento, na prática, de direitos individuais constitucionalmente tutelados⁷¹. A Constituição Federal de 1988, no artigo 5º., inciso XXVII, proclama pertencer aos autores o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar. Entende-se, então, que os direitos autorais sobre uma obra são conferidos automaticamente ao seu autor a partir do ato de produção, ou seja, quando a criação do espírito é expressa por qualquer meio ou fixada em quaisquer suportes, independente de outras formalidades. Ocorre que, muito embora exista a garantia dos direitos dos autores e dos inventores de uma forma geral, não se pode negar a legitimidade do que propõe o art. 5º., inciso XXIX, da Constituição Federal, ao condicionar tais direitos exclusivos à necessidade de se ter em vista, com as criações, o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país. No mesmo artigo 5º., inciso XXIII, a Constituição Federal reza que “a propriedade atenderá sua função social”. Nesse sentido, Tepedino (2004b, p. 102) assevera que a postura refletida nesses dispositivos nos remete à conclusão de que, no direito brasileiro, a propriedade e a sua garantia não pode ser compreendida sem atenção à função social.

⁷⁰ A concepção individualista [...] contemporânea da Revolução Francesa, foi completamente superada pela concepção oposta, que vê na propriedade uma função social a preencher e a que o direito autoral não poderia ficar estranho, sob pena de desmentir sua relevantíssima função de disciplinar a educação e informação dos indivíduos, sem prejuízo do autor. (DUVAL, 1968, p. 60).

⁷¹ Menciona-se a liberdade de expressão e sua comunicação (art. 5º, IX e 220 da CF/88) e a sua relação com a cultura e, em consequência, com os direitos culturais (art. 205 e 206 da CF/88; art. 5º, XXVII e XXVIII da CF/88; art. 5º, LXXIII da CF/88; art. 221 e 222 da CF/88; art. 227 e 231 da CF/88);

Como menciona Souza (2006), a efetivação da função social relacionada às produções intelectuais tem como objetivo principal a limitação da utilização dos bens intelectuais pelo titular, em razão de diversos interesses da coletividade. Dessa forma, o alcance dessa função social seria sobre todos os direitos patrimoniais que se assemelham às características proprietárias, incluindo aí os direitos provenientes da propriedade intelectual. Tal perspectiva não é diferente quando se trata de outros tipos proprietários. O artigo 186⁷² da Constituição da República estabelece requisitos segundo os quais a propriedade rural deve atender à sua função social, condicionando a fruição individual do proprietário ao atendimento de múltiplos interesses não proprietários. Nesse mesmo sentido, o artigo 182, §2º⁷³, determina que a propriedade urbana cumpre a sua função social ao atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor. Para Tepedino (1998, p. 304), as regras mencionadas corroboram os princípios gerais de tutela da pessoa, do trabalho e da dignidade humana, fato que demonstra a preocupação do legislador constituinte com os conflitos sociais inerentes a tais casos.

As disposições mencionadas se encontram, então, interligadas, especialmente no que se refere à dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental da república, e aos objetivos fundamentais da República, elencados no artigo 3º da Constituição Federal⁷⁴. Nesse sentido, a tais preceitos, que representam os princípios formadores de todo o tecido constitucional, há que acrescentar o que estabelece o art. 5º., XXII e XXIII⁷⁵, concernente ao direito de propriedade e à sua função social (TEPEDINO,

⁷²BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

⁷³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

⁷⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁷⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 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: XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

2004a, p. 310). De acordo com Anderson Schreiber (2000, p. 159) na concepção individualista do direito de propriedade parece evidente que a função do domínio correspondia unicamente à proteção dos interesses do proprietário. As únicas obrigações de caráter negativo impostas ao proprietário eram consideradas excepcionais e estranhas ao instituto, uma vez que consistiam em obrigações de não fazer que lhes eram impostas pelo Poder Público. A isso veio se opor a ideia de função social. No entanto, deve-se esclarecer que funcionalizar a propriedade ao atendimento de interesses sociais não significa o aniquilamento dos direitos individuais ou a negação da propriedade privada. A função social, por outro lado, impõe ao proprietário a observância de valores sociais determinados, a fim de compatibilizar a propriedade com a democracia social que caracteriza o sistema político contemporâneo (SCHREIBER, 2000, p. 6).

Diante dessa lógica, pode-se citar outros exemplos que, insculpidos pelos requisitos do artigo 186 e informados pelos artigos 1º, 3º e 5º, XXII e XXIII da Constituição, oferecem ao legislador e ao interprete o conteúdo constitucional da disciplina da propriedade. Assim, Tepedino assevera que só é merecedor de tutela um estatuto proprietário que atenda à sua função social (TEPEDINO, 2004a, p. 310). Essa premissa tem repercussão em circunstâncias como, por exemplo, a desapropriação⁷⁶ por utilidade pública⁷⁷, mesmo da propriedade produtiva⁷⁸. Cita-se, ainda, reforçando a ideia dos direitos de propriedade serem múltiplos e plurais⁷⁹, as diferentes funções a serem

⁷⁶ Cita-se, por oportuno, a BRASIL, Tribunal Regional Federal (TRF 4). Apelação Cível nº 1152, processo nº 2000.70.01.001152-5, Relator: VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, Data de Julgamento: 27/01/2010, QUARTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 22/02/2010, no sentido em que: “O descumprimento da função social da propriedade autoriza intervenção estatal para desapropriar o imóvel rural que não se revista da qualidade de produtivo, registrando a legislação de regência aspectos a serem considerados para a indenização, a qual tem contorno jurídico voltado para o preço atual de mercado, não se referindo em momento algum, a valor de mercado”.

⁷⁷ De acordo com o artigo 182, §4º: Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. BRASIL. Constituição (1988).

⁷⁸ Para Tepedino, “a produtividade, para impedir a desapropriação, não basta ser produtiva no sentido econômico do termo, mas deve ser associada à realização da função social.” (TEPEDINO. 2004a, p. 311).

⁷⁹ Segundo Anderson Schreiber, “a função é o elemento responsável pelo surgimento dos estatutos legais diferenciados e pela consequente “repartição” da propriedade em institutos jurídicos distintos. Nem por

exercidas pela propriedade que são delimitadas conforme as características de seu sujeito ou objeto, fazendo incidir sobre ela regras particulares (SCHREIBER, 2000, p. 7).

A título de exemplificação, menciona-se que o proprietário tem, em regra, o direito de alterar a coisa sobre a qual recai o seu domínio, mas nega-se igual direito ao proprietário de coisa em condomínio, salvo se houver permissão de todos os condôminos. Outro exemplo trata do coproprietário que, mesmo que seja por si só proprietário, tem o direito de alteração da coisa restrito. Além disso, na própria doutrina autoralista reside o exemplo do domínio público, uma vez que a perpetuidade desaparece em face do prazo de tutela dos direitos patrimoniais do autor (SCHREIBER, 2000, p. 7). Nota-se, além disso, que a análise das decisões a respeito da função social da propriedade encontra guarida nessa lógica, uma vez que se aplica a diversos casos concretos. Menciona-se a aplicação da função social em relação às normas municipais de caráter urbanístico⁸⁰, às limitações impostas à propriedade, como a desapropriação indireta⁸¹ e aos direitos de vizinhança⁸². Além disso, é possível destacar as propriedades

isso se deixará de atribuir à função da propriedade uma noção essencial, genérica e flexível, apta a assumir feições distintas em cada "espécie" normativa de propriedade." (SCHREIBER, 2000, p. 8).

⁸⁰BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível: AC 10024112692926001 MG, julgado em 29 de abril de 2014: A propriedade urbana cumpre sua função social, (art. 182, parágrafo 2º, da CF/88), quando observa as regras de utilização do solo, tal qual a proibição para o desempenho de determinadas atividades econômicas, em áreas especificadas pelo ente municipal. - A inexistência de pendências ambientais, os gastos com a reforma ou melhoramento do imóvel, ou mesmo a alegação evasiva atrelada à função social da empresa, não autoriza o desempenho de atividade econômica em área na qual é vedada pela Lei de Parcelamento, Ocupação e Uso do Solo do Município de Belo Horizonte, mormente se referida proibição era de pleno conhecimento do empresário, que dela buscava incessantemente se furtar. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 178.836-4/SP, julgado em 8 de junho de 1999: "No que concerne ao artigo 5º, XXII – alegação de ofensa ao direito de propriedade – o acórdão deu resposta correta. O que deve ser considerado é que a propriedade atenderá a sua função social: Constituição Federal, artigo 5º, XXIII. Ora, 'o Município, ao editar a lei que se lê às fls. 40 e seguintes teve por finalidade exatamente atender a esse preceito.' [...]). É dizer, fundado em conveniências administrativas, razoáveis, é facultado ao Município limitar, no seu território, o direito de construir certo que essas limitações não são exclusivas do plano diretor."

⁸¹BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Cível: AC 2010.028181-4 SC, julgado em 18 de novembro de 2013: Trata-se de pleito indenizatório movido pelos ora apelados, mercê de alegada desapropriação indireta que teria sido perpetrada pelo Município apelante, dado que, restrições administrativas por este impostas ao direito de propriedade daqueles, teria esvaziado o conteúdo econômico dos imóveis referenciados. A limitação administrativa é uma das formas restritivas de intervenção na propriedade. É exercida pelo Poder Público em qualquer ordem política, seja federal, municipal ou distrital, e tem origem constitucional, pois decorre do princípio de disciplinar o uso do bem privado, tendo em vista sua função social. É materializada na imposição de obrigações gerais a proprietários indeterminados, em benefício do interesse geral abstratamente considerado, portanto, realiza-se através de normas gerais e abstratas. Nesse caso, a restrição afeta o caráter absoluto do direito de propriedade, limitando a liberdade que o proprietário tem sobre o seu bem, como no caso de a definição do número de andares em construções verticais poder ficar condicionada às questões ambientais e regras urbanísticas, limitando o poder de construir do dono. A restrição genérica ao direito de propriedade, concernente, *in casu*, à limitação da altura de edificação, não se presta para gerar obrigação indenizatória ao ente público regulador. Trata-se, com efeito, de condicionamento legítimo ao direito de

especiais que, de acordo com Pilati (2012, p. 303), relativiza o indivíduo como interlocutor e também o objeto da propriedade. Destaca o autor:

“A propriedade especial relativiza o indivíduo como interlocutor, mediante titularidades coletivas, como ocorre, por exemplo, na propriedade quilombola. Relativiza também o objeto da propriedade, que antes se restringia aos bens corpóreos, e agora pode abranger verdadeiras entidades ou complexos de situações jurídicas partilhadas coletivamente, inclusive com órgãos públicos ou com interesses privados concorrentes, como se observa na reserva extrativista. É a relativização do próprio conteúdo do direito: numa, o uso, o gozo e disposição à mercê do voluntarismo individualista, e na outra, a dependência de procedimentos e decisões compartilhadas”. (PILATI, 2002, p. 304)

Por propriedades especiais, Pilati as entende da seguinte maneira: (a) *propriedade especiais particulares*, que são a urbana e a rural vinculadas aos requisitos constitucionais e infraconstitucionais de atendimento à sua função social. O autor destaca, nessa classificação, a variante da propriedade rural, que é a Reserva Particular do Patrimônio Natural (Lei 9.985/2000) em que o proprietário, espontaneamente, abre mão das prerrogativas de direito subjetivo particular para conferir ao imóvel finalidade de interesse social e coletivo(2012, p. 306.); (b) *a propriedade especial público-privada*, que surge do desenvolvimento econômico e são exploradas por empresas estatais ou privadas sob autorização ou concessão da União⁸³; e (c) *as propriedades especiais coletivas patrimoniais (étnicas) e extrapatrimoniais (coletivas propriamente ditas)*, em que a primeira tem como exemplos a propriedade indígena, a propriedade quilombola e a propriedade de reservas extrativistas de populações tradicionais e a segunda deriva do exemplo do meio ambiente e do patrimônio histórico(PILATI, 2012, p. 311).

Nesse contexto, a partir da mudança de paradigma interpretativo das normas aqui demonstrada, em que o texto constitucional impõe inúmeros deveres extrapatrimoniais às relações privadas, e das diversas formas proprietárias, Tepedino

propriedade, assentado em base constitucional permissiva da submissão do seu uso à função social colimada pela coletividade (art. 182, § 2º).

⁸² BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação: 00059105820118260281 SP, julgado em 29 de abril de 2014: Obra promovida pelos réus, embora não desrespeite a regulamentação administrativa, prejudica o uso do imóvel dos autores, com reflexos na saúde e bem-estar. Violação à função social da propriedade. Manutenção da r. sentença que determinou a demolição parcial do muro divisorio.

⁸³ Tem sua justificação legal nos artigos 20, V, VIII, IX, 176 e parágrafos e 177, incisos e parágrafos da CF/88. (PILATI, 2012, p. 311).

(2006a) faz uma crítica à lógica que influencia os direitos autorais⁸⁴, uma vez que parecem se abster de qualquer influência da coerência constitucional – exceto a que protege os seus direitos patrimoniais –, fato que, levado às últimas consequências, fragmenta e permite a convivência de universos legislativos isolados e díspares entre si, nos princípios e nos valores. Deve-se, então, deslocar “para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil” (TEPEDINO, 2006a. p. 12-13).

1.3.1 Direitos de Propriedade Intelectual.

De forma geral, o direito de propriedade intelectual compreende duas áreas: a da propriedade industrial, regida pela lei 9.279 de 1996, que abrange as patentes, as marcas, o desenho industrial, as indicações geográficas e a proteção de cultivares; e a do direito autoral, regida pela lei 9.610 de 1998, caracterizada pelos direitos de autor e dos direitos conexos. Tem-se, de acordo com Denis Borges Barbosa (2010), a noção de propriedade intelectual como a de um capítulo do Direito, altissimamente internacionalizado, compreendendo o campo da propriedade industrial, dos direitos autorais e outros direitos sobre bens imateriais de vários gêneros⁸⁵. Contudo, para fins

⁸⁴ No que se refere à noção de propriedade, pode-se exemplificar de que forma ela aparece nas decisões judiciais ou nas justificativas para a proposta de demandas que permeiam o tema dos direitos autorais. Cita-se, dessa forma, o caso do Roberto Carlos e do Erasmo Carlos, em que haviam rompido o contrato com a gravadora EMI e pleiteavam os direitos autorais sobre algumas de suas composições. A sentença, nesse caso, se limita a definir os direitos autorais como propriedade. Ver em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-07/roberto-carlos-erasmo-carlos-ganham-direitos-autorais-musicas>. A crítica ao caso e, conseqüentemente, a vinculação estrita dos direitos autorais à propriedade (BRANCO, 2011). Menciona-se, também, o caso do documentário “Alô Alô Terezinha” que foi alvo de uma ação judicial em razão da utilização de pouco mais de 20 segundos de duas músicas (“Gente Humilde” e “Bastidores”) sem autorização, que era de titularidade de uma editora, em um documentário sobre o Chacrinha. O montante orçado com as autorizações era de R\$ 470.000,00, enquanto a importância captada para toda a produção do documentário foi de R\$ 984.629,62. Nesse sentido, baseando-se na limitação ao direito do autor estabelecida no artigo 46, VIII da LDA, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu, de forma unânime, que a utilização de pequenos trechos de obras musicais (Bastidores e Gente Humilde, de autoria de Chico Buarque de Holanda) no documentário Alô, Alô Terezinha, dirigido por Nelson Hoineff, é lícita, portanto, não havia necessidade de prévia autorização ou obrigatoriedade de qualquer pagamento. No entanto, é importante ressaltar que, mesmo existindo a possibilidade dessa utilização, houve a ação judicial baseada, justamente, na propriedade das músicas, uma vez que foi exigida autorização para utilizá-las. Ver em: <http://www.culturaemercado.com.br/direitoautoral/tribunal-de-justica-do-rj-libera-uso-de-trechos-de-musicas-em-filmes/>.

⁸⁵ Afirma o autor, a partir da discussão do conceito de propriedade intelectual, que nem a Convenção da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) e nem o Acordo TRIPS da Organização Mundial do Comércio, tentam estruturar as “normas jurídicas comuns a cada um e a todos os capítulos da Enciclopédia Jurídica. Os propósitos deste último diploma internacional não são, aliás, a construção de

desse estudo, concentraremos a análise no campo dos direitos autorais por se tratar da disciplina que rege o tema objeto da pesquisa.

Em famosa passagem, Le Chapelier, ao discorrer sobre o *droit d'auteur*, afirma que o direito de autor incide sobre “a mais sagrada, a mais pessoal de todas as propriedades”, pois a obra é fruto “do pensar” do autor (DOCK, 1963, *apud* SOUZA, 2006, p. 45)⁸⁶. Nesse caminho, Martin Kretschmer, Lionel Bently e Ronan Deazley (2010, p. 6), ao enfatizarem o *copyright*, ressaltam que ele precisa ser entendido como um mecanismo que articula relações de propriedade. Em razão disso, toda a construção sobre propriedade – a partir da perspectiva histórica, econômica e jurídica – nos remete às afirmações dos autores sobre a retórica proprietária que integra os direitos autorais. Porém, embora existam alternativas econômicas e jurídicas a uma determinada visão proprietária historicamente construída – como demonstrado –, de alguma maneira não conseguimos superá-la, especialmente quando tratamos dos direitos autorais.

Como forma de demonstrar a ingerência proprietária na construção dos direitos autorais, pretende-se destacar, resumidamente, alguns fatos⁸⁷ diante das limitações impostas pelo direcionamento da pesquisa. Difícil seria resumir a história dos direitos autorais a essa altura, razão pela qual se optou por destacar determinados pontos-chave que corroboram a afirmação de que a retórica proprietária, baseada em uma construção dominante da história da propriedade, afeta os direitos autorais e as justificações para sua proteção. De acordo com Mark Rose (1993, p. 3), os direitos de autor – caracterizados como uma garantia de direitos comercializáveis em obras que são tratadas como mercadorias – são uma instituição especificamente moderna, desenvolvida a partir da invenção da impressora, da individualização da autoria no final da Idade Média e início da Renascença, e do desenvolvimento da comercialização dos produtos na sociedade nos séculos XVII e XVIII. Antes dos autores se tornarem profissionais, contudo, um certo nível de produção e consumo de materiais impressos precisou ocorrer. Destaca-se, assim, que com a invenção da impressora – por Gutenberg em 1436 – e do papel – em 1440 – a reprodução de livros em uma escala infinitamente superior da conhecida até então passou a ser possível.

nenhum sistema jurídico, mas a derrubada da individualidade jurídica nacional, o que pode levar seguramente a uma harmonização, mas não necessariamente a uma elaboração lógica de um substrato comum, a não ser indutivamente”. (BARBOSA, 2010, p. 7).

⁸⁶ Ver também: YU, 2006. ROSE, 1993.

⁸⁷ Para uma compreensão mais profunda, Ver em: SOUZA, 2007, 2008.

Ressalta Allan Rocha de Souza que com a “facilidade de reprodução, a alfabetização de um maior número de pessoas e uma produção literária mais intensa e diversificada” (2008, p.5) foi possível chegar a um período de eclosão cultural e, concomitantemente, a criação de uma indústria cultural. Nesse contexto, surgem, por exemplo, os impressores e os vendedores de livros que, como intermediários, exerciam papel importante para divulgação e distribuição das criações, em razão do autor não deter os meios para tanto. Sendo assim, adentramos a esfera dos privilégios consentidos a esses intermediários, fato que nos remete à patente mais antiga e mais famosa dada a Johannes de Speyer, em 18 de setembro de 1469, que consistia em um monopólio de cinco anos para estabelecer uma prensa e fomentar a impressão na RepublicaVeneziana, vibrante centro de tecnologia e inovação⁸⁸.

Os efeitos da invenção da impressora rapidamente se espalharam por toda Europa, fato comparável ao impacto que as novas tecnologias tiveram no processo de reprodução analógico nos anos oitenta (YU, 2006, p. 11). Embora as discussões sobre direitos autorais se concentrem no “dilema digital” criado pela Internet, há registros de que a prensa mecânica, enquanto causadora de uma revolução na produção literária, também trouxe os mesmos questionamentos que a mudança tecnológica atual nos remete. Destaca Yu (2006, p. 11) que, antes da invenção da prensa – ou impressora –, livros eram copiados a mão, geralmente produzidos em escribas profissionais que datavam de um período tão remoto quanto oimpérioda Mesopotâmia. Essa atividade foi estendida para além de umpequeno grupo desacerdotes e se desenvolveu, durante a eraromana, emumcomércio de livrosativo. No entanto, George Putnam (1896, p. 275) ressalta que, diante do crescimento de tamanho e poder da igreja e o desencorajamento à leitura de escritos “pagãos”, estudiosos da época deram suas bolsas de estudos a copistas e os treinaram para desenvolverem suas habilidadesà serviçoda Igreja, fato que fez com que os escribas cristãos concentrassem seus esforçosprincipalmente natranscriçãodas escriturase na cópia deorações e hinos.

⁸⁸“When Speyer reached Venice, the city had already become a vibrant centre of innovation and technology and, while the Venetians may not have been the first to introduce print in Italy, they were quick to recognise the importance of the new craft. Thus when a skilled German master appeared before the Venetian Collegio and promised to introduce a new faster and cheaper way of producing books the councillors did not pass on the opportunity to secure his services”. (KOSTYLO, In DEAZLEY; KRETSCHMER; BENTLY, 2010, p. 6)

Não obstante a participação da igreja, a produção do conhecimento permaneceu lenta⁸⁹. Com o passar do tempo, assevera Peter Yu (2006) que as cidades e suas comunidades cresceram em tamanho e riqueza, fato que resultou no aumento da demanda por livros e no desenvolvimento da cultura, o que desencadeou na produção e consequente surgimento de vários textos e livros. Enquanto isso, as escolas tornaram-se independentes das igrejas e as alianças feitas entre professores e estudantes formaram as primeiras universidades (YU, 2006, p. 9). Com o desenvolvimento das vendas de livros em torno das universidades, a supervisão do corpo docente da universidade começou a ser regulamentada⁹⁰, assim como as vendas, os empréstimos e a produção dos livros (YU, 2006, p. 10). Na medida em que o comércio de livros e o número de escribas cresceu em volume, desenvolveu-se uma indústria. No entanto, os escribas continuaram a ser tratados como meros trabalhadores e não como criadores de conteúdo ou produtores de conhecimento (YU, 2006, p. 10).

Enquanto os livros derivados da revolução da imprensa caracterizavam o estado da arte naquele momento, os manuscritos continuaram tão populares quanto antes, especialmente em razão dos trabalhos impressos serem extremamente caros, pelo menos no começo (YU, 2006, p. 13). Nesse contexto, os privilégios concedidos a Johannes de Speyer não duraram muito – em razão de sua morte – fato que, na primeira década e meia de impressão, nos remete aos privilégios concedidos pela República de Veneza aos impressores – também conhecidos como livreiros –, não havendo sinalização de que tais atingissem os autores (YU, 2006, p. 15). Entretanto, o Conselho de Ministros da República Veneziana estabeleceu um precedente ao conceder um privilégio a Marco Antonio Sabellico, em 01 de setembro de 1486, para publicar a história de Veneza, permitindo-lhe escolher a impressora que iria publicar seu livro. Qualquer outra que o publicasse, seria multada. Menciona Yu (2006) que essa concessão foi particularmente significativa, uma vez que marcou o início de uma nova era de proteção de direitos autorais (YU, 2006, p. 15). De acordo com Souza (2008, p.17), na

⁸⁹ Destaca Peter Yu: “the copying of books was also slow, tedious, and very time-consuming; it took years for a scribe to complete “a particularly fine manuscript with colored initials and miniature art work.”²⁸ When Bishop Leofric took over the Exeter Cathedral in 1050, he found only five books in its library. Despite immediately establishing a scriptorium of skilled workers, his crew managed to produce only sixty-six books in the twenty-two years before the bishop’s death in 1072.²⁹ Likewise, although the Library of Cambridge University had a remarkable collection of 122 books in 1424, it “labored for a half-century to increase the number to 330”. (YU, 2006, p. 7)

⁹⁰ “As universities began to rely on scribes to produce and reproduce texts, supervision by the university faculty became necessary. Ordinances, therefore, were developed “to regulate the work of the copyists, to lay down the minimum requirements of formal presentation and substantial correctness, and to prescribe the selling price of duly certified copies.” (YU, 2006, p. 9).

França parece ter havido o mesmo movimento, embora se saiba que existiam casos anteriores de disputas entre autores e editores (livreiros) em relação à aquisição de material para publicação⁹¹.

O desencadear desse movimento foi, em vários países, a concessão de uma série de privilégios que foram estendidos continuamente, para se tornarem perpétuos⁹². Ressalta Marie Claude Dock (1963) que, na Inglaterra, um alvará concedido pelos monarcas permitiu a criação do *Stationer's Company* em Londres – a antiga aliança londrina de impressoras e livreiros – dando-lhes amplos poderes, inclusive para queimar livros e destruir gráficas ilegais (DOCK, 1963, p. 70-71 *apud* SOUZA, 2008, p. 18). Por volta de 1557, sublinha Mark Rose (2003, p. 77-78), o *Stationer's Company* teve seus privilégios consolidados, fato que resultou de uma regulamentação robusta da atividade de impressão e de publicação, em que os direitos para imprimir livros de todos os tipos, novos e velhos, ou foram atribuídos diretamente pela coroa ou geridos pela *Stationer's Company*. Completam P. Joyce e L. Patterson que o sistema era simples e determinava que o direito de cópia (*copyright*) era adquirido por meio do registro no livro da Companhia, e significava que apenas o titular do registro podia proceder a impressão e comercialização do livro. Estes direitos eram caracterizados, enfim, como direitos de propriedade perpétua (JOYCE; PATTERSON, 2004, p. 913. *Apud* SOUZA, 2008, p. 19).

⁹¹ O autor se refere ao exemplo dado por Mark Rose de um caso envolvendo o Parlamento de Paris, que envolve uma disputa entre autor e editor: “The first cases of which I am aware in which authors' claims were legally asserted occur in France in the early sixteenth century. On 5 March 1504 Guillaume Cop, a well-known medical doctor who put together an annual almanac, obtained an order from the Parlement of Paris, which at this time functioned as a court of first instance, against the bookseller Jean Boissier who had attempted to have copies of Cop's almanac printed for him without Cop's authorization. According to the court's order, Boissier was forbidden to sell any copies of the almanac that Cop had not authenticated with his signature. Thus Cop established control of his almanac, though not precisely through securing a privilege. As Elizabeth Armstrong remarks, almanacs sold particularly well when the name of a person of repute was attached to them: "Copy may indeed have thought of his signature on an almanac upon which the public relied for correct information on the phases of the moon, hours of day-light etc., as being like a signature on a medical prescription, that is, a guarantee of professional authority". In a sense, then, what Cop was securing was as much a right having to do with the use of his name as a right to a text. One month later, the Parlement of Paris was dealing with another case involving an author and a publisher. On 30 April 1504 the poet Andr de La Vigne petitioned for an injunction against the printer Michel Le Noir to prevent him from reprinting the Vergier d'honneur, an anthology containing poetic works by La Vigne and others. On 11 May the court issued a preliminary ruling that permitted Le Noir to complete his printing but temporarily forbade him to put the book up for sale. Finally on 3 June 1504 the court ruled in favor of La Vigne, granting him the exclusive right to print and sell the collection until April 1505. At the same time, the Parlement of Paris also granted LaVigne exclusive rights over a second work, Le Regnars traversans, written by Jean Bouchet.” (ROSE, 1993, p. 18).

⁹² DOCK, 1963, p. 70-71. *apud* SOUZA 2008, cit., p.17. Lembra Peter K. Yu que, no o regime de privilégios de impressão, existiam direitos de exclusividade na reprodução e distribuição de material impresso, por tempo determinado, porém renovável. Inicialmente de cinco anos, algumas décadas depois estendidos para 10 anos, e posteriormente em perpetuidade. (YU. 2006, p.10).

Centrando sua pesquisa na “the question of literary property”, Mark Rose (1993, p. 4) afirma que o marco inicial do sistema de proteção anglo-americano de *copyright* (que ele chama especificamente de “the start of this struggle”) se deu no *Statute of Anne*, ou Estatuto da Rainha Ana, promulgado em 10 de abril de 1710, e que foi, em parte, uma extensão legislativa das práticas regulatórias de longa data do *Stationers’ Company*. Esse estatuto trouxe duas grandes inovações: o prazo de proteção (os direitos autorais passaram a ser perpétuos) e os autores foram legalmente reconhecidos como possíveis proprietários de suas obras. Contudo, Peter Jaszi adverte que, embora os direitos pudessem ter sido concedido aos editores diretamente, a solução escolhida foi a veste de, inicialmente, os direitos serem dos autores com o entendimento de que a editora eventualmente assumiria o controle. Antes e depois de 1710, os editores normalmente compravam dos escritores manuscritos para pagamentos de montante fixo e tal compra incluía o “direito da primeira publicação”, para, após a promulgação da lei, também envolver a transferência do próprio direito de autor (JASZI, 1991, p. 469).

Como demonstra Jaszi (2001), a “*Company of Stationers*” recebeu um monopólio sobre a publicação em troca de uma promessa de rigorosa autocensura, incluindo a supressão de materiais de traição e sedição. Já no fim do século, no entanto, essa velha ordem efetivamente entrou em colapso, a partir do momento em que os editores estabelecidos enfrentaram uma concorrência sem precedentes de “piratas” nacionais e estrangeiros. A solução preferida foi, então, solicitar uma legislação que deu ao “proprietário” de “direitos autorais” um direito de ação contra aqueles que se rebelaram contra a sua propriedade literária. Os editores esperavam, é claro, que, na maioria dos casos, eles fossem os “proprietários” (JASZI, 1991, p. 468). De acordo com Allan Rocha de Souza (2008, p.12), observa-se na França o mesmo padrão de desenvolvimento ocorrido na Inglaterra, uma vez que os livreiros privilegiados passam a apontar o autor como fonte originária destes direitos, mas adquiriam estes direitos dos próprios autores sem a possibilidade deles serem limitados ou anulados de qualquer forma.

O argumento para essa afirmação se dava pelo fato desses direitos serem “naturais”, mas que, por vontade dos autores, eram transferidos aos livreiros. Foi uma construção retórica bem elaborada e sucedida, ao ponto de ainda hoje utilizarmos o termo direito autoral quando os verdadeiros detentores destes direitos continuam sendo, de fato, os intermediários. No mesmo sentido, Laurent Pfister (2010, p. 127) ressalta que, durante a segunda metade do século XVII, com o apoio da monarquia, os livreiros

parisienses chegaram a monopolizar o comércio de livros franceses e, na tentativa de reforçar a sua posição dominante no mercado, começaram a articular a noção de autor como dono natural do seu trabalho intelectual. Embora o próprio Estatuto da Rainha Anna contemplasse o domínio público⁹³ – tanto para obras novas como para antigas – destaca Souza que, a partir de 1773, os primeiros direitos começaram a expirar, fato que fez com que os editores voltassem diversas vezes ao Parlamento para tentar obter uma expansão do período de proteção. Uma vez que não obtiveram sucesso, foram aos tribunais para reivindicar o prolongamento do monopólio e, como resultado dos argumentos apresentados, o direito de autor passou a ser visto como uma espécie de direito natural (JOYCE; PATTERSON, 2004, p. 913. *apud* SOUZA, 2008, p. 19).

A questão central, nesse sentido, era discutir se o direito de autor era um direito natural ou estatutário, se advinha apenas da positivação legal ou se seus fundamentos ultrapassavam os limites da legislação (SOUZA, 2008, p. 19). Na França, a naturalização desse direito também ocorreu, a partir do reconhecimento dos autores como proprietários, afirmando-se que os privilégios são uma graça fundada na justiça, com o objetivo de remunerar os autores pelos seus trabalhos (DOCK, 1963, p. 70-71. *apud* SOUZA, 2008, p. 20). A partir daí a regulamentação dos direitos autorais se deu em vários países e, por conta do processo de industrialização e consequente facilidade de reprodução não autorizada de obras em vários países, destacou-se a necessidade de criar um tratado internacional que pudesse reger os direitos autorais de forma homogênea nos países signatários. Decorrem, de acordo com Branco (2011, p. 95), dessa necessidade duas principais consequências: (a) a mercadológica, uma vez que, em alguns países, a primeira editora a publicar um livro estrangeiro, mesmo sem autorização, detinha o monopólio sobre o mesmo; e (b) a de controle, uma vez que, por meio da contrafação, era possível escapar à censura imposta em determinado país e afetar diretamente determinados interesses da monarquia.

Sendo assim, em 1886, foi celebrada a Convenção de Berna, em que se pretendia criar uma verdadeira “União” de Estados para regulamentar os direitos autorais em todo o mundo, nos moldes do ocorrido na Convenção de Paris para disciplinar a propriedade

⁹³ Destaca Sérgio Branco que com a Revolução Francesa, os privilégios foram abolidos, mas voltaram a ser regulamentados em 1791 e 1793. O decreto francês de 13 de janeiro de 1791 ao mesmo tempo em que estabelecia pena para utilização de obras de autores vivos, relativas a espetáculos públicos, delimitava o tempo de privilégio – em 5 (cinco) anos – dos autores mortos, caracterizando tais obras como propriedade pública. De acordo com Stéphanie Choisy, esta foi a única vez na história – francesa – em que se explicitou a natureza de domínio público – propriedade pública – bem como as consequências de sua previsão legal. (BRANCO, 2011, p. 93)

industrial(BASSO, 2000, p. 96). Seu princípio básico é a assimilação do tratamento nacional para todos os signatários do tratado, fato que cada país deve dar aos autores estrangeiros o mesmo tratamento legal conferido aos seus próprios autores ou que tenham publicado pela primeira vez sua obra em algum dos países da “União”(BARBOSA, 2010, p. 650-651). O que nos interessa, em todo caso, ao ressaltar a internacionalização do direito autoral, é a regulamentação sobre o período mínimo de proteção dado às obras. Sabe-se que o conteúdo da Convenção de Berna⁹⁴ objetiva a proteção de obras literárias e artísticas, incluindo-se entre aquelas as de caráter científico, desde que expressas em um dos meios formais protegíveis(BARBOSA, 2010, p. 650-651). Contudo, na primeira versão do documento resultante da Convenção de Berna, não houve sinalização sobre o período de proteção, deixando-o a critério de cada país signatário. Sérgio Branco (2011, p. 97) lembra que isso ocorreu para estimular a adesão ao tratado e a uniformização dos prazos de proteção ocorreu somente com a revisão do texto em 1908, em Berlim.

A proteção se dava durante a vida do autor mais cinquenta anos após a sua morte⁹⁵, realidade que vigora até hoje, ressalvadas algumas exceções⁹⁶. Nesse contexto, o Brasil aderiu ao tratado em 1922, fato que nos leva a crer que, mesmo que existisse a tentativa de dar mais acesso às obras intelectuais e, de acordo com Branco, estabelecer o prazo de proteção do direito autoral como tão somente um direito vitalício ou diminuir o prazo de proteção do autor em vida, não poderia fazê-lo (BRANCO, 2011, p. 93).Importante notar, nesse contexto, que os princípios estabelecidos nessa Convenção datam da conjuntura do século XIX, visto que sua última revisão data de 1971, que sequer imaginava a possível existência da internet como um componente de criação de conteúdo e impacto comercial. O descompasso da Convenção de Berna com a realidade sociotecnológica atual é imenso, uma vez a adequação das leis internas dos países signatários deve condizer com princípios seculares de proteção impostos por ela e que impedem uma conformação ao mundo contemporâneo. Sendo assim, em 1967 foi criada a OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual, órgão responsável pelas

⁹⁴ CONVENÇÃO DE BERNA. Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=283698> Acesso em: 12 nov 2014.

⁹⁵ CONVENÇÃO DE BERNA, 1908, artigo 7º. Disponível em: <https://archive.org/stream/international_co00offigoog#page/n26/mode/2up> p. 20. Acesso em: 12 nov 2014.

⁹⁶ Como no caso das obras cinematográficas, anônimas, pseudônimas que tem prazo de proteção de cinquenta anos a partir da sua divulgação; obras fotográficas e de artes aplicadas devem ser protegidas por, no mínimo, vinte e cinco anos, contados a partir de sua realização. CONVENÇÃO DE BERNA, 1971, artigo 7º. Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=283698#P85_10661> Acesso em: 12 nov 2014.

normas procedimentais que regem o universo da propriedade intelectual em conjunto com a OMC – Organização Mundial do Comércio, que ingressou no sistema de proteção à propriedade intelectual na década de 1990.

As razões pelas quais se incluiu a propriedade intelectual no acordo de criação da OMC – por meio do seu anexo mais conhecido como TRIPS (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*) – demonstra, segundo Maristela Basso, “o reconhecimento e a importância dos direitos de propriedade intelectual para o comércio internacional”, já que ele não poderia mais ser afetado pelas divergências de proteção entre os países (BASSO, 2000, p. 159). No que diz respeito aos direitos autorais, o TRIPS⁹⁷ prevê em seu artigo 9 que “os Membros cumprirão o disposto nos Artigos 1 a 21 e no Apêndice da Convenção de Berna (1971). Não obstante, os Membros não terão direitos nem obrigações, neste Acordo, com relação aos direitos conferidos pelo Artigo 6bis da citada Convenção, ou com relação aos direitos dela derivados. Além disso, dispõe que “a proteção do direito do autor abrangerá expressões e não ideias, procedimentos, métodos de operação ou conceitos matemáticos como tais”. Atualmente, quase todos os países do mundo são signatários de TRIPS, fato que nos deixa concluir que nenhum desses países tem proteção aos direitos autorais inferior a cinquenta anos. Percebe-se, contudo, que houve um movimento de aumento da proteção dada aos autores, uma vez que, no início da proteção, o termo legal era de quatorze anos, prorrogáveis por igual período (BRANCO, 2011, p. 102).

Sob o pretexto de proteção do autor, a prática nos demonstra que, não diferente do período inicial de proteção, os autores ainda continuam longe de serem os principais beneficiários da proteção. Há um movimento, ainda hoje, de uma maior dilação desse prazo com o fim de prolongar o período para que as obras caiam em domínio público, ou seja, se tornem propriedade pública. Nesse sentido, José de Oliveira Ascensão, ao discorrer sobre a metamorfose que acompanha os direitos intelectuais⁹⁸, destaca que, o discurso legitimador do direito de autor perpassa pela atribuição de um exclusivo – por meio da propriedade – para que se permita, no final, o alcance do interesse público (2006, p.3). Enfatiza, o autor, que houve uma virada substancial da proteção do direito autoral a partir do momento em que o produto empresarial passa a aspirar a proteção desse direito por invocação da forma, ou seja, passa a proteger o domínio dos bens

⁹⁷ ACORDO TRIPS. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm0_e.htm > Acesso em: 12 nov 2014.

⁹⁸ O autor prefere direitos intelectuais à propriedade intelectual, fato de nossa preferência. No entanto, por conta da expressão propriedade intelectual constar da legislação vigente, utiliza-a.

informáticos, tais como: as bases de dados, o domínio na internet, as produções multimídia geradas por computador e o software (ASCENSÃO, 2006, p. 5). Torna-se claro que o discurso de interesse público vinculado à proteção dos direitos de autor passa longe da realidade, uma vez esta continua a invocar o caráter divino e nobre da criação para obter a proteção. No entanto, como assevera Ascensão, o fundamento dessa tutela que vem sendo acrescida de outros bens – não necessariamente artísticos – e se dá a partir de uma lógica de mercado que tem como objetivo a proteção do investimento e não do autor (ASCENSÃO, 2006, p. 6). Continua o autor:

“O direito de autor desceu do pedestal espiritualizado em que fora colocado para vir desempenhar uma função de arma na luta econômica. Ele viria agora, sobretudo, proteger os investimentos, como se diz. Portanto, tem como beneficiários as empresas [...] para quem a proteção autoral na maior parte afinal reverte. Daí o interesse tão acentuado que o direito de autor passou a despertar nos círculos e entidades econômicas, nacionais e internacionais”. (ASCENSÃO, 2006, p. 7)

Toda a construção que aqui se discorreu tem como objetivo compreender como relativizar o discurso proprietário a fim de que se encontre o caminho para efetivar os comuns. É preciso propor um contraponto, uma vez que há uma construção histórica que ainda hoje detém um grande impacto sobre os direitos autorais, atingindo diretamente o acesso ao conhecimento, à informação e à cultura. Sendo assim, far-se-á uma exposição sobre os direitos autorais, a fim de que se entenda se, a partir de uma lógica de despatrimonialização do direito, é possível entendê-lo como direito de propriedade. Além disso, indispensável se faz analisar de que forma a nova conjuntura cultural e tecnológica modificou os principais fundamentos do direito autoral e, para isso, é preciso adentrar o cerne da originalidade, justamente para uma possível identificação do que seria essa característica individual, que aqui se entende por originalidade expressiva⁹⁹: uma forma de expressão que, por suas características intrínsecas, deve ser legalmente protegida. O tema é controverso e há quem prefira falar em contributo mínimo¹⁰⁰, em vez de originalidade, mas de qualquer forma parece haver um consenso em torno do fato de que um mínimo de criatividade se faz necessário na constituição de uma obra passível de proteção autoral.

Com essa visão, José de Oliveira Ascensão assevera:

⁹⁹ ESTADOS UNIDOS. (1991). In MERGES; MENELL; LEMLEY, 2010, p. 422.

¹⁰⁰ Sobre *Contributo Mínimo* ver RAMOS; BARBOSA; MAIOR, 2010.

“Justamente porque é necessário que haja um mínimo de criatividade, não se pode prescindir de um juízo de valor. A proteção é a contrapartida de se ter contribuído para a vida cultural com algo que não estava até então ao alcance da comunidade. Terá de haver assim sempre critérios de valoração para determinar a fronteira entre a obra literária ou artística e a atividade não criativa” (ASCENSÃO, 1997. p. 58).

Sabendo-se que uma obra nova deve contribuir para a vida cultural com algo que não estava até então ao alcance da comunidade, a intenção de propor uma ressignificação dos usos transformativos possíveis na obra audiovisual original, reside, de acordo com Dan Burk (2001, p. 44), no fato de que um trabalho transformativo acrescenta um novo propósito ou característica a um trabalho preexistente, alterando sua expressão com uma nova mensagem ou um novo conceito. Em outras palavras, é preciso mais do que uma mera substituição ou releitura, algo que transcenda a fronteira de uma simples versão (PALFREY et al. 2009, p. 79-81). Deve-se, ainda, debater toda a contenda que diz respeito à autoria, uma vez que sua construção se dá, dentre outras coisas, a partir de uma noção romântica e sacralizada do ato de criação intelectual que, como regra, é associado a um gesto divino (LEWICKI, 2007, p. 31), centrado na individualidade do autor e a criação realizada por este, nesse sentido, constitui um benefício social que deve ser recompensado (ASCENSÃO, 2006, p. 5). A autoria, segundo Jane Ginsburg (2003, p. 1-2), é elemento fundador de toda proteção autoral, independente de filiação aos sistemas de *copyright* ou *droit d'auteur*. Em sua versão moderna, o referido conceito parte da figura romântica do autor como um ser genial que externaliza a sua individualidade artisticamente¹⁰¹.

Em Foucault (1969), a função de autor não se dá de forma uníssona e universal, uma vez que ele exemplifica ao diferenciar os distintos desenvolvimentos das obras científicas e das obras literárias¹⁰². Ainda nesse sentido, ele faz uma ligação da noção de autor com o sistema de propriedade característico da nossa sociedade, quando é estabelecido um regime de propriedade dos textos, regras sobre direitos de autor, de

¹⁰¹ Segundo Barbara Ringer, em um sentido religioso, é o ato criativo do homem que o leva mais próximo a uma figura divina e é precisamente esse ato que o *copyright* está preocupado. “In a religious sense, it is man’s creative acts that bring him closest to the godhead, and it is precisely these acts that copyright is concerned with”. (RINGER, 1974, p. 6). Pode-se dizer, complementarmente, que tal afirmativa se conforma com as pretensões dos direitos autorais.

¹⁰² Foucault assevera que, nos séculos XVII e XVIII, os textos científicos passaram a ter validade em função de sua ligação a um conjunto sistemático de verdades demonstráveis, com o apagamento da *função autor*. Em contrapartida, nos textos literários, a não nomeação do autor tornou-se impossível, pois o “anonimato literário não nos é suportável”. (CAVALHEIRO, 2008. p. 68).

reprodução, dentre outros¹⁰³, desencadeando no momento em que o autor podia ser punido a partir do seu discurso. Destaca-se que o objeto da presente proposta não se confunde com a definição do que viria a ser uma obra derivada¹⁰⁴, citação¹⁰⁵ ou paródia¹⁰⁶. O que se busca é propor a legitimação da obra audiovisual documental nova que, embora original para fins jurídicos, contenha elementos transformados (ou reformulados, ou recontextualizados) de obras preexistentes, modificando sua mensagem ou sentido. Trata-se de um conceito já bastante discutido no segmento das artes visuais¹⁰⁷ e, mais recentemente, da música¹⁰⁸, mas ainda relativamente pouco estudado na linguagem videográfica.

¹⁰³ “A forma de propriedade da qual elas decorrem é de um tipo bastante particular; ela foi codificada há um certo número de anos. É preciso observar que essa propriedade foi historicamente secundária, em relação ao que se poderia chamar de apropriação penal. Os textos, os livros, os discursos começaram a ter realmente autores (diferentes dos personagens míticos, diferentes das grandes figuras sacralizadas e sacralizantes) na medida em que o autor podia ser punido, ou seja, na medida em que os discursos podiam ser transgressores. O discurso, em nossa cultura (e, sem dúvida, em muitas outras), não era originalmente um produto, uma coisa, um bem; era essencialmente um ato - um ato que estava colocado no campo bipolar do sagrado e do profano, do lícito e do ilícito, do religioso e do blasfemo. Ele foi historicamente um gesto carregado de riscos antes de ser um bem extraído de um circuito de propriedades. E quando se instaurou um regime de propriedade para os textos, quando se editoram regras estritas sobre os direitos do autor, sobre as relações autores-editores, sobre os direitos de reprodução etc. - ou seja, no fim do século XVIII e no início do século XIX -, e nesse momento em que a possibilidade de transgressão que pertencia ao ato de escrever adquiriu cada vez mais o aspecto de um imperativo próprio da literatura. Como se o autor, a partir do momento em que foi colocado no sistema de propriedade que caracteriza nossa sociedade, compensasse o status que ele recebia, reencontrando assim o velho campo bipolar do discurso, praticando sistematicamente a transgressão, restaurando o perigo de uma escrita na qual, por outro lado, garantir-se-iam os benefícios da propriedade.” (FOUCAULT, 1969, p. 90-91).

¹⁰⁴ Segundo Celso de Oliveira Santos, “[...] é obra derivada, no Brasil, aquela que, contendo trechos de uma ou mais obras preexistentes, não prejudique a exploração desta(s), não cause danos aos interesses de seu(s) autor(es), e não tenha por finalidade principal a reprodução da(a) obra(s) originária(s), visando a ser, no mínimo, uma nova interpretação, diferente da original, dada ao contexto que se retrata na obra derivada.” Entretanto, pondera o autor que “apesar de existirem no ordenamento brasileiro dispositivos definindo, classificando, protegendo e regulando sobre a obra derivada, estes dispositivos não são suficientemente completos a ponto de permitir uma diferenciação clara e objetiva entre obra derivada e plágio, incluindo para fins de apurar a finalidade e a forma como ocorre a utilização da obra originária na criação de novo material.” (SANTOS, 2011, p. 4-5).

¹⁰⁵ “Permite-se a citação de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica.” (ASCENÇÃO, 1997, p. 259).

¹⁰⁶ Segundo Posner, “[...] the highest kind of parody may be defined as a humorous and aesthetically satisfying composition in prose or verse, usually written without malice, in which, by means of a rigidly controlled distortion, the most striking peculiarities of subject matter and style of a literary work, an author, or a school or type of writing, are exaggerated in such a way as to lead to an implicit value judgment of the original”. (LANDES; POSNER, 2003. p. 148-149).

¹⁰⁷ Utiliza-se o exemplo do conceito artístico de Andy Warhol para explicar o que se pretende na discussão sobre essa nova forma de uso da obra audiovisual. Precursor da Pop Art, cujo trabalho permeia diferentes mídias (pintura, escultura, fotografia, cinema, arte performática, instalações) sendo marcado pela transformação dessas obras já existentes, no que diz respeito à mensagem ou ao sentido antes dado a elas, Warhol defendia a libertação dos conceitos sobre as coisas e suas essencialidades, valendo-se de figuras das artes em geral, cujas dimensões agigantadas expõem a objetividade de seus seres, exatamente na significação mais popular de suas iconicidades: a sedução. É nessa compleição que se entende a sensibilidade com que ele conseguiu captar o sinal dos tempos e, possivelmente, tenha sido o precursor da dessimbolização. Algumas das figuras criadas por Warhol foram os imensos posters de artistas famosos como o de Marylin Monroe. Neles, a dessimbolização fica totalmente explícita na medida em que capta,

Nesse contexto, cabe questionar a ideia perpetrada pela propriedade absoluta e sagrada que parece não permitir exceções ou limitações, uma vez que se concentra, não só no aspecto pessoal do proprietário ou do autor, mas também no aspecto econômico situado na ideia de eficiência e de progresso, geralmente representados pelo lucro ou pela remuneração do autor¹⁰⁹. Far-se-á, dessa forma, uma análise da utilização de obras existentes no contexto da obra audiovisual documental, mais especificamente no exame da produção de documentários. A partir do entendimento de que os documentários são tanto forma de expressão social quanto registro de acontecimentos, enfatiza-se sua importância para divulgação e promoção do conhecimento. Esse caminho será percorrido por meio da compreensão da construção histórico-econômica do conceito de propriedade e seus impactos sobre a apropriação privada, a partir dos aportes referentes aos direitos autorais, ao direito de acesso e a difusão do conhecimento, da informação e da cultura. Além disso, é preciso verificar como o efeito da construção histórica, econômica e jurídica da propriedade privada impacta na fundamentação, estrutura e função dos direitos autorais e em suas limitações. Por fim, tem-se a proposta para implementação de políticas públicas e práticas de utilização de obras preexistentes como recurso criativo na produção de obras novas, direcionando a análise para os documentários.

muito mais que as formas, uma espécie de ícone. Propõe movimento. Já não se trata mais de uma simples reprodução fotográfica; a figura impõe a presença do próprio sujeito representado, dando uma ressignificação ao seu sentido inicial. (CATTANI, dezembro 2002. p. 51. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/viewFile/3185/2452>>. Acesso em: 16 set 2014).

¹⁰⁸No universo da música, um remix é, geralmente, uma reinterpretação de uma música pré-existente a partir da prática de sampling, o ato de copiar e colar popularmente conhecido como control+c e control+v. Trata-se de um processo transformativo por meio do qual os meios e as informações que organizados e compartilhados podem ser recombinaados e construídos de modo a criar novas formas, conceitos e idéias”. (MANOVICH, 2005)).

¹⁰⁹Recentemente, o fotógrafo britânico David Slater ameaçou processar a Wikimedia, que mantém a enciclopédia colaborativa virtual Wikipedia, por não ter retirado, a seu pedido, a “selfie do macaco”, como ficou conhecida, sob o argumento de que não tem ganhado muito dinheiro com a imagem, apesar de sua enorme popularidade. Por outro lado, a Wikimedia alega que a autoria da foto é do macaco, que teria roubado a máquina do fotógrafo e feito seu autorretrato. Pode-se, nessa afirmativa, identificar a coletivização desse conceito de forma quase inacreditável. Ver notícia em: <<http://g1.globo.com/planeta-bizarro/noticia/2014/08/wikipedia-se-recusa-remover-selfie-de-macaco-e-irrita-fotografo-britanico.html>>. Em outro exemplo, o professor da Escola de Direito da Universidade de Harvard e cofundador da *Creative Commons* Lawrence Lessig, ao fazer uma palestra chamada “Open”, em uma conferência da CC, utilizou trechos da música “Lisztomania” da banda Phoenix. O vídeo, que foi colocado por Lawrence no Youtube, chamou a atenção da Liberation Music, a gravadora que licencia e distribui “Lisztomania” na Austrália e na Nova Zelândia que emitiu um aviso pelo Youtube de retirada do vídeo e ameaçou processar Lessig. No entanto, quem abriu o processo foi o próprio Lawrence Lessig, que acusou a Liberation de “mau uso da lei de direitos autorais”. Ver notícia em: <<http://www.hollywoodreporter.com/thresq/lawrence-lessig-sues-takedown-youtube-613549>>

Sendo assim, ressalta-se a importância da promoção da cultura, do conhecimento e da informação para que se forme uma sociedade mais justa e solidária, no sentido pelo qual a Constituição Federal do Brasil foi insculpida. Leva-se em consideração, também, a importância das indústrias de transformação cultural para ilustrar a perspectiva econômica que justifica essa pesquisa, a partir das evidências do impacto dessas indústrias em vários países, principalmente os desenvolvidos, uma vez que nos países em desenvolvimento a situação não encontra a mesma estabilidade¹¹⁰. Segundo o Creative Economy Report 2013, a cultura é um motor de desenvolvimento, liderado pelo crescimento da economia criativa em geral e das indústrias criativas e culturais, em particular, reconhecido não só pelo seu valor econômico, mas também cada vez mais pelo seu papel na produção de novas ideias ou tecnologias criativas, e seus não monetizáveis benefícios sociais. A partir dessa perspectiva, destaca-se a importância de políticas públicas para regulamentação da utilização de obras preexistentes como recurso criativo, a fim de buscar a segurança jurídica por meio de normas que previnam conflitos, que equilibrem a representação dos interesses na legislação e que coíbam abusos dos titulares dos direitos autorais, com o intuito de adequar a legislação à progressiva concretização do direito fundamental à informação, ao conhecimento, à cultura e à liberdade de expressão cultural.

¹¹⁰ Como exceção, os países asiáticos, liderados pela China, experimentaram um rápido crescimento em capacidade criativa e foram beneficiados de uma maior competitividade desses produtos e serviços criativos nos mercados mundiais ao longo da última década. Por outro lado, em outras áreas do mundo, especificamente em países em desenvolvimento, a economia criativa não foi capaz de realizar seu pleno potencial e os países mais pobres continuam a ser *players* marginais nos mercados mundiais de bens e serviços criativos. Ver em: Creative Economic Report, 2013.

CAPÍTULO II

2. Conteúdo dos direitos autorais.

2.1. Autoria, genialidade e titularidade.

Partindo da premissa de que sem autor não há criação intelectual, faz-se necessária uma breve incursão neste tema, uma vez que o conceito jurídico de autoria é elemento fundador de toda proteção autoral, independente da filiação aos sistemas de *copyright* ou de *droit d'auteur* (GINSBURG, 2003). A fim de entender de que forma a autoria está atrelada à própria ideia de obra, destacamos as bases pelas quais ela foi erigida e qual o seu papel na construção dos direitos autorais. Essa exposição pretende nos levar ao entendimento da autoria e sua ingerência no requisito da originalidade que está longe de ter um posicionamento e conceituação unânimes.

A concepção moderna de “autor” diz respeito ao criador original de um trabalho literário ou artístico quemereceser protegidoao abrigo das leisdepropriedade intelectual. De acordo com Martha Woodmansee e Peter Jaszi, esta noção foi e é tão firmementeestabelecida quepersistee floresce, mesmo em face doque é constatado de forma contrária a partir da experiência.A experiêncianos diz queas nossas práticascriativassão em grande partederivadas, geralmentecoletivas,e cada vez maisempresariais e colaborativas¹¹¹. Ainda assim, há uma certa insistência de que a verdadeiraautoriaé solitária e original (WOODMANSEE; JASZI, 2004. p. 1). Nesse caminho, Woodmansee questiona se o sentido moderno de autor irá se perpetuar ou se transformará em um breve episódio na história da autoria (WOODMANSEE, 1991, p. 3), baseando-se no fato de Michel Foucault destacar não apenas que o autor é uma invenção relativamente recente, mas também que não reflete de perto as práticas de escrita – ou da criação artística – contemporânea (1969, p. 9).

Parece haver um consenso no que diz respeito a característica distintivo do autor moderno, uma vez que ela se dá a partir da propriedade. Como o criador, o autor é, portanto, o proprietário de um tipo especial de *commodities*: a obra (ROSE, 1988, p. 54). Os direitos autorais, nesse contexto, seriam uma forma de realização institucional crucial da relação autor-obra, que não só torna possível a rentabilidade das produções intelectuais, mas também, levando em consideração a realidade legal, produz e afirma a

¹¹¹ Exemplo sempre mencionado de criação colaborativa é a WIKIPEDIA. No entanto, as formas colaborativas de criação de uma obra não se limitam a esse formato.

própria identidade do autor como autor (ROSE, 1988, p. 54). Ressaltando a noção de obra, Foucault questiona quais os limites dela, quais os elementos que a compõem, questiona se tudo o que um autor escreve pode ser caracterizado como obra e, por outro lado, se aquilo que aquele que não é considerado autor produz pode ser classificado como obra. Dito isto, destaca que a “palavra "obra" e a unidade que ela designa são provavelmente tão problemáticas quanto a individualidade do autor” (FOUCAULT, 1969, p. 9). Individualidade¹¹² esta que advém da existência de um “nome de autor” que se localiza, não no estado civil dos homens, mas justamente na ficção da obra, ou seja, “na ruptura que instaura um certo grupo de discursos e seu modo singular de ser” (1969, p. 13). Sendo assim, ser autor é ser diferenciado; é exercer uma função, função que se designa “a um certo número de discursos, enquanto outros são dela desprovidos” (FOUCAULT, 1969, p., 14). Trata-se, então, da função-autor caracterizada pelo “modo de existência, de circulação e de funcionamento de certos discursos no interior da sociedade” (FOUCAULT, 1969, p., 14).

É possível, nesse contexto, afirmar que a construção teórica da autoria resulta de uma reconceituação radical do processo criativo que culminou, há menos de dois séculos atrás, na autoapresentação heroica de poetas românticos (WOODMANSEE; JASZI, 2004, p. 1), como se sua produção artística tivesse um quê de divindade. De acordo com Martha Woodmansee e Peter Jaszi, para poetas como Herder e Goethe a autoria era uma exteriorização genuína e originária, no sentido de que não resultava “em uma variação, uma imitação, ou uma adaptação, e certamente não em uma mera reprodução, mas em uma nova e única – "original" – obra” quemerecia proteção legal, já que era propriedade de seu criador (WOODMANSEE; JASZI, 2004, p. 1). Na mesma linha da observação de Foucault, em que somente certos discursos são considerados obra, Woodmansee e Jaszi sublinham que, com a ênfase na originalidade e genialidade da criação, a noção de autoria tem funcionado para marginalizar ou negar o trabalho de muitas pessoas criativas, tais como mulheres, não-europeus, artistas que trabalham em formas e gêneros tradicionais, e indivíduos envolvidos em projetos de grupo ou de colaboração, para citar apenas alguns (WOODMANSEE; JASZI, 2004, p. 1).
Continuam os autores:

¹¹²O individualismo possessivo que marca a estruturação moderna do conceito de autoria tem, como aqui destacado, direta conexão com a versão lockeana de proprietário individual. Podemos, inclusive, ressaltar os dizeres de Thomas Hobbes que, na mesma vertente, encontra no monarca o exemplo, por excelência, de pessoa que é “autora” de suas próprias palavras – nos remetendo à distinção que Foucault escreve –, depois de enfatizar que Deus foi a primeira personificação de autor na história. (HOBBS, 1651, p. 17).

Exposure of these exclusions - the recovery of marginalized creators and underappreciated forms of creative production - has been a central occupation of cultural studies for several decades. But the same cannot be said for the law. Our intellectual property law evolved alongside of and to a surprising degree in conversation with Romantic literary theory. At the center - indeed, the linchpin - of Anglo-American copyright as well as of European "authors' rights" is a thoroughly Romantic conception of authorship. Romantic ideology has also been absorbed by other branches of intellectual property law such as the law of patent and trademark; and it informs the international intellectual property regime. In patent it survives today both in figurations of the inventor and in the emphasis, which this body of law shares with copyright, on the "transformative" moment in the creative process. (WOODMANSEE; JASZI, 2004, p. 2)

Neste ponto, chega-se ao cerne desta pesquisa que, de forma geral, pretende demonstrar a equivalência de uma individualização social que, derivada do Iluminismo, encontrou na propriedade intelectual a base proprietária para justificar os fundamentos da exaltação do autor e da proteção da obra. Destaca Foucault (1969) que, em nossa cultura, um discurso portador da função-autor – o equivalente à obra – se caracteriza, primeiramente, pela apropriação, uma "forma de propriedade da qual essa função decorre". Observa-se que essa propriedade adveio da criminalização – ou apropriação penal – dos textos, dos livros, dos discursos, uma vez que eles começaram a ter realmente autores ("diferentes dos personagens míticos, diferentes das grandes figuras sacralizadas e sacralizantes") na medida em que o autor podia ser punido, ou seja, na medida em que os discursos podiam ser transgressores. O discurso não era originalmente um produto, uma coisa, um bem; era essencialmente um ato que foi historicamente um gesto carregado de riscos antes de ser um bem extraído de um circuito de propriedades (1969, p. 14). Roland Barthes (2004) avulta que a personagem "autor" foi produzida pela nossa sociedade, na medida em que se descobriu o "prestígio pessoal do indivíduo" – advindo do "positivismo, resumo e desfecho da ideologia capitalista" – concede maior importância a pessoa do autor. Continua:

"O autor reina ainda nos manuais de história literária, nas biografias de escritores, nas entrevistas das revistas, na própria consciência dos literatos, preocupados em juntar, graças ao seu diário íntimo, a sua pessoa e a sua obra; a imagem da literatura que podemos encontrar na cultura corrente é tiranicamente centrada no autor, na sua pessoa, na sua história, nos seus gostos, nas suas paixões; a crítica consiste ainda, na maior parte das vezes, em dizer que a obra de Baudelaire é o falhanço do homem Baudelaire, que a de Van Gogh é a sua loucura, e de Tchaikowski o seu vício: a explicação da obra é sempre procurada do lado de quem a produziu, como se, através da alegoria mais ou menos transparente da ficção, fosse sempre afinal a voz de uma só e

mesmapessoa, o autor, que nos entregasse a sua «confidencia».”
(BARTHES, 2004, p. 2)

Ao analisar a literatura, Barthes (2004, p.2) anuncia a morte do autor. O autor “nunca é nada mais para além daquele que escreve, tal como “eu” não é senão aquele que diz eu”, ou seja, não é o autor quem fala, mas a linguagem¹¹³. Dessa forma, a linguagem reconhece um sujeito – e não uma pessoa – fora da enunciação que o definiria, levando em consideração o sentido dado ao autor proprietário. Não há, portanto, uma singularidade real na produção literária, uma vez que “o texto é um tecido de citações”, saldo de “escritas múltiplas, saídas de várias culturas e que entram umas com as outras em diálogo, em paródia, em contestação” (BARTHES, 2004, p. 5). Entretanto, para Barthes, há um lugar em que essa escrita se reúne: o leitor. Não se trata mais do texto. O leitor é o espaço onde o texto se inscreve. Depreende-se de Barthes a demonstração da dificuldade de precisar a voz que escreve, além da valorização da figura do autor, que se dá a partir do momento em que dá pistas à leitura, ou seja, entender-se-ia a obra a partir daquele que a produziu. A unidade de um texto não está na sua origem, mas no seu destino e o autor precisa morrer para que exista um aumento genuíno de participação do leitor, visto que “o leitor é o espaço exato em que se inscrevem, sem que nenhuma se perca, todas as citações de que uma escrita é feita” (BARTHES, 2004, p. 5). Para todos os efeitos, a participação do leitor – ou do público – na interação com as obras produzidas necessitaria da perda da força da figura do autor.

Figura essa que, para Foucault, acaba por aceitar o regime de propriedade o qual está inserido como se compensasse o status que receba partir da lógica da retribuição pela sua contribuição, uma vez que – no fim do século XVIII e no início do século XIX – “a possibilidade de transgressão que pertencia ao ato de escrever adquiriu cada vez mais o aspecto de um imperativo próprio da literatura” (FOUCAULT, 1969, p. 15) – ou seja, imperativo da singularidade característica do regime proprietário que se instalou na produção artística – diferentemente do que acontecia antes da criação desses direitos, na medida em que a função-autor não era exercida de mesma maneira em todos os discursos¹¹⁴. Outra característica ressaltada por Foucault (1969) é o fato dessa função

¹¹³ Cavalheiro resume: “Em outras palavras, no momento em que o sujeito assume a linguagem, ele se constitui com algo que já está dado, o sujeito nunca fala palavras que já não foram ditas, embora, muitas vezes, não tenha consciência disso.” (CAVALHEIRO, 2008, p. 71).

¹¹⁴ “Em nossa civilização, não são sempre os mesmos textos que exigiram receber uma atribuição. Houve um tempo em que esses textos que hoje chamaríamos de “literários” (narrativas, contos, epopeias, tragédias, comédias) eram aceitos, postos em circulação, valorizados sem que fosse colocada a questão do seu autor; o anonimato não constituía dificuldade, sua antiguidade, verdadeira ou suposta, era para eles garantia suficiente. Em compensação, os textos que chamaríamos atualmente de científicos, relacionando-

não se formar espontaneamente como a atribuição de um discurso a determinado indivíduo. Trata-se, no entanto, de uma operação que “constrói um certo ser de razão que se chama autor”, uma espécie de “poder criador” (FOUCAULT, 1969, p. 16.) que varia através do tempo e das regras de sua construção (1969, p. 17). O autor é identificado por meio da construção social na qual ele se encontra, ou seja, depende da sociedade como a autoria é reconhecida. Esse reconhecimento está ligado ao sistema jurídico e institucional que reconhece determinada obra como tal ou como criação de determinado autor.

Toda estrutura da autoria, de acordo com Peter Jaszi (1991 p. 466), é justificada a partir de uma crença da existência de uma categoria distinta e privilegiada que gera produtos de alto valor social, empoderando os autores do direito de receber uma recompensa por sua contribuição. Destaca Foucault que a função-autor se exerce “uniformemente – e da mesma maneira – sobre todos os discursos, em todas as épocas e em todas as formas de civilização”, não sendo possível defini-la pela “atribuição espontânea de um discurso ao seu produtor”, uma vez que a autoria se transforma de acordo com o tempo e com o que se entende por obra protegível. Tal função, da mesma forma, não remete pura e simplesmente a um indivíduo, “mas pode dar lugar a diversos egos” e a várias externalizações criativas em que classes diferentes de indivíduos podem se manifestar (FOUCAULT, 1969, p. 20). Sendo assim, em apertada síntese, a autoria que Foucault critica se resume na função-autor como uma atribuição que, quem não a tem, não possui a distinção – ou até a credibilidade – de ser criador ou originador.

Além disso, a função-autor é uma função política, na medida em que exerce controle sobre o que é publicável estabelece um critério daquilo que é protegível ou aceitável. Destaca-se, por fim, que a função econômica que é facilmente identificável na função-autor nos dias de hoje teve uma função secundária nos primórdios da história do discurso. Tratava-se de um ato de externalizar o discurso e não de uma apropriação do que era dito. Trazendo a discussão da autoria para os direitos de autor contemporâneo, Mark Rose (1988, p. 54) afirma que, analisando a história de sua regulação, tais direitos têm se concentrado no poder dado aos titulares dos direitos e não aos autores. Explica-

se com a cosmologia e o céu, a medicina e as doenças, as ciências naturais ou a geografia, não eram aceitos na Idade Média e só mantinham um valor de verdade com a condição de serem marcados pelo nome do seu autor. "Hipócrates disse", "Plínio conta" não eram precisamente as formulas de um argumento de autoridade; eram os índices com que estavam marcados os discursos destinados a serem aceitos como provados. Um quiasma produziu-se no século XVII, ou no XVIII; começou-se a aceitar os discursos científicos por eles mesmos, no anonimato de uma verdade estabelecida ou sempre demonstrável novamente; e sua vinculação a um conjunto sistemático que lhes da garantia, e de forma alguma a referência ao indivíduo que os produziu.”(FOUCAULT, 1969, p. 15).

se que, desde a regulação da *Stationer's Company*, os autores não são explicitamente reconhecidos quando se fala em negociações que os intermediadores faziam – e fazem – com as obras e, conseqüentemente, com esses direitos. Destaca-se que a transferência de autoria era admitida – até o século XX – em determinados ordenamentos jurídicos, como o brasileiro. O Código Civil de 1916 previa, em seu art. 667, que “é suscetível de cessão o direito, que assiste ao autor, de ligar o nome a todos os seus produtos intelectuais”. Rodrigo Moraes afirma que

“[n]o dizer de Carlos Alberto Bittar, o referido artigo 667 consistiu na ‘maior aberração’ do Código Civil de 1916. Sílvio Rodrigues afirmou que se tratou de ‘aleijão’ colocado no diploma civil. Segundo Antônio Chaves, o dispositivo configurava ‘flagrante equívoco’, que recebeu repulsa geral da maioria dos civilistas brasileiros da época”. (MORAES, 2008, p. 64)

Nesse contexto, Peter Jaszi (1991, p. 456) afirma que o conceito de autoria serve para dissimular, ao invés de revelar, as apostas reais que circundam as discussões – e negociações – em torno das obras intelectuais e, além disso, suas múltiplas funções continuam a gerar incoerência na doutrina de direitos de autor. A autoria é utilizada contínua e acriticamente, às vezes em circunstâncias muito incomuns, nos debates sobre as características doutrinárias de proteção de direitos autorais. Dessa forma, Jaszi assevera que o poder incomum e a persistência da justificação da autoria, demonstra, erroneamente, ser um tema não-controverso, em que generaliza-se que na verdade é o *locus* específico de uma contradição fundamental entre o acesso do público e o controle privado sobre criações intelectuais (JASZI, 1991, p. 459). O grande erro dos estudiosos dos direitos autorais seria tentar teorizá-los a partir de uma tendência a mitificar a autoria, levando-os a negação – ou recusa – em reconhecer que o conceito que é dito como fundamental para explicar a proteção do autor é, na verdade, uma categoria culturalmente, politicamente, economicamente e socialmente construída e não um direito real ou natural (JASZI, 1991, p. 459).

A autoria apareceu pela primeira vez no domínio do direito em 1710, com o *English Statute of Anne*. Embora esse estatuto tenha tido o mote de encorajar a aprendizagem, Jaszi sublinha que ele foi, de fato, promovido pela fraternidade de editores ingleses, também conhecidos como *Stationer's Company*. Na verdade, as negociações derivadas desse estatuto diziam respeito a uma barganha entre os editores e a coroa, uma vez que aqueles recebiam o monopólio de publicação em troca da

promessa de uma “censura própria”, eliminando as obras que poderiam trair ou criticar a coroa (JASZI, 1991, p. 468). Observa-se, ainda, uma movimentação dos editores que, a partir do descontentamento com um cenário de competição doméstica e de alguns “piratas” de outros países, solicitavam uma legislação que os garantisse a propriedade dos manuscritos produzidos naquela época. Ao conseguirem positivar suas pretensões, necessitavam criar uma justificativa para os autores e para aceitação social. Nesse caminho, Peter Jaszi destaca que a construção proprietária do Estatuto da Rainha Ana se dava a partir do conhecimento, por parte dos autores, de que em algum momento os editores assumiram o controle de suas produções, embora, num primeiro momento, a lei asseverasse protegê-los (JASZI, 1991, p. 468). O que se segue desta realidade traz tanto distorções quanto manipulações.

A autoria e a sua concretização para o mundo – a obra – ao serem analisadas de perto, ilustram o quanto tais conceitos são conjecturais e, ao mesmo tempo, utilizados de forma seletiva. Continua a ser estrategicamente invocada para estender a proteção de direitos autorais para novos tipos de obras¹¹⁵. Em vários momentos – no desenvolvimento histórico dos direitos de autor – justificou-se o incremento de determinações legais para acrescentar novos esforços criativos – e não tão criativos – a serem protegidos pelos direitos de autor, sob a justificativa da autoria. Utiliza-se o caso *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Saronny*¹¹⁶, para ilustrar esta afirmação. Em uma tentativa de estender a proteção dos direitos autorais às fotografias, enfatizando as características autorais constantes da obra, a Suprema Corte americana utilizou o conceito de autoria para justificá-la. Dito isto, a Corte enfatizou:

“[...] useful, new, harmonious characteristic and graceful picture, and that the plaintiff made the same [...] entirely from his own original mental conception to which he gave visible form by posing [the subject] in front of the camera, selecting and arranging the costume, draperies, and other various accessories in said photograph, arranging the subject so as to present graceful outlines, arranging and disposing the light and shade, suggesting and evoking the desired expression, and from such disposition, arrangement, or representation, made entirely by plaintiff, he produced the picture in suit.” (BURROW-GILES LITHOGRAPHIC CO. V. SARONY, 1884. *Apud* JASZI, 1991 p. 482)

Essa passagem demonstra, claramente, a evocação de uma individualidade artística que transformava o autor em uma espécie de gênio na conjuntura tecnológica

¹¹⁵ Ver mais em: ASCENSÃO, 2006.

¹¹⁶ Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/111/53>> Acesso em: 09 jan 2015.

daquele momento. Como menciona Jaszi, desde a metade do século XIX, a autoria, no seu sentido romântico-ideológico, por vezes ameaçou interromper desenvolvimentos doutrinários em matéria de direitos de autor. Nessas ocasiões, o conceito de autoria tem sido suprimido ou revisto de acordo com o objeto ou interesse a ser protegido (JASZI, 1991, p. 482). Alguns casos podem ser citados, como o *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co*¹¹⁷, que diz respeito aos direitos de autor aplicados a posters de circo. Este caso, e o supramencionado, são citados por Jaszi como os dois casos que promoveram a abrangência da proteção dos direitos de autor de obras consideradas “obras de arte” para as obras comerciais ou de massa (1991, p. 482). Enquanto a primeira decisão enfatiza o autor, a segunda foca, primeiramente, as características da obra. Longe de enfatizar as características e a importância da autoria, a segunda decisão, de certa maneira, coloca abaixo o valor da contribuição do autor, ao dizer que:

“Even the humblest creative effort is ordinarily protected because “personality always contains something unique. It expresses its singularity even in handwriting, and a very modest grade of art has in it something irreducible, which is one man’s alone.” (BLEISTEIN V. DONALDSON LITHOGRAPHING CO, 1903. *Apud* JASZI, 1991 p. 483)

Com a ênfase no trabalho, a autoria foi ofuscada e generalizada com pouco ou nenhum conteúdo significativo e nenhuma associação às conceituações tradicionais que remetiam à pessoa do autor como gênio. Com efeito, a revisão da autoria de *Bleistein* foi fundamental na ampliação da categoria de obras que poderiam ser consideradas como mercadorias passíveis de proteção pelos direitos autorais (JASZI, 1991, p. 484). A dissociação da autoria da genialidade e a sua associação com os níveis mais médios da atividade criativa continuou a ocorrer em casos envolvendo direitos autorais. Menciona-se o caso *Alfred Bell e Co. v. Catalda Fine Arts Inc*¹¹⁸ que envolveu a categorização das reproduções de arte criadas pelo processo *mezzotint* de trabalho intensivo como protegíveis por direitos autorais (JASZI, 1991, 486-487). Nesse mesmo caminho, ilustra-se como o conceito de autoria, além de ter sofrido alterações ao longo do tempo, é utilizado em diversas situações para justificar situações que pouco – ou nada – tem a ver com qualquer possibilidade de enquadramento na proteção pelos direitos de autor.

¹¹⁷ Disponível em: <<http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/IP/1903%20Bleistein%20Abridged.pdf>> Acesso em: 15 jan 2015.

¹¹⁸ Disponível em: <<https://h2o.law.harvard.edu/cases/1775>> Acesso: 19 fev 2015.

Recentemente, o fotógrafo britânico David Slater ameaçou processar a Wikimedia, que mantém a enciclopédia colaborativa virtual Wikipedia, por não ter retirado, a seu pedido, a “*selfie* do macaco”¹¹⁹, como ficou conhecida, sob o argumento de que não tem ganhado muito dinheiro com a imagem, apesar de sua enorme popularidade. Por outro lado, a *Wikimedia* alega que a autoria da foto é do macaco, que teria roubado a máquina do fotógrafo e feito seu autorretrato¹²⁰. Pode-se, nessa afirmativa, identificar que a autoria parece sofrer flexibilização de forma quase inacreditável. O *United States Copyright Office* anunciou, em um relatório que discutia a lei federal de direitos autorais, que “a fotografia retirada por um macaco” não é passível de proteção por tais direitos¹²¹. Dispõe sobre o assunto nos seguintes termos:

“The Office will not register works produced by nature, animals, or plants. Likewise, the Office cannot register a work purportedly created by divine or supernatural beings, although the Office may register a work where the application or the deposit copy(ies) state that the work was inspired by a divine spirit. *Examples:* A photograph taken by a monkey; A mural painted by an elephant; a claim based on the appearance of actual animal skin; a claim based on driftwood that has been shaped and smoothed by the ocean; a claim based on cut marks, defects, and other qualities found in natural stone; an application for a song naming the Holy Spirit as the author of the work.”(COMPENDIUM OF U.S. COPYRIGHT OFFICE, 2014, p. 23)

No entanto, é interessante observar a relação com a divindade que o relatório destaca. Embora não registre obras criadas por um ser divino ou sobrenatural, registra as que são inspiradas por um “espírito divino”. Cabe a reflexão no sentido de haver estreita conexão com o contexto romantizado da autoria. Não parece muito difícil estabelecer uma vinculação com a estrutura que a envolve e o movimento de subjetivação do direito de autor. Embora seja necessário reconhecer o conteúdo humano inerente à criação, observa-se a expansão da proteção autoral a obras que pouco ou nada remetem a esta interioridade, como os bancos de dados. Faz-se possível, contudo, ressaltar que o movimento de valorização exacerbada desse vínculo foi orquestrado por editores interessados em transformar a produção intelectual em objeto passível de apropriação pelos direitos de propriedade. O exagero desse vínculo – e do prestígio advindo dele –

¹¹⁹ Disponível em: <<http://g1.globo.com/planeta-bizarro/noticia/2014/08/disputa-por-selfie-de-macaco-deve-parar-nos-tribunais.html>>; <<http://www.npr.org/blogs/thetwo-ay/2014/08/22/342419651/who-owns-a-monkey-s-selfie-no-one-can-u-s-says>> Acesso em: 21 fev 2015.

¹²⁰ Disponível em: <<http://arstechnica.com/tech-policy/2014/08/monkeys-selfie-cannot-be-copyrighted-us-regulators-say>> Acesso em: 21 fev 2015.

¹²¹ Compendium of U.S. Copyright Office Practices.

fica claro quando analisamos determinada obra que, independente da sua qualidade, tem público cativo baseado especificamente no autor com expressão no mercado.

Nesse contexto, há quem diga que a manipulação do que se entende por livre manifestação do pensamento, que seria um direito muito mais ligado ao aspecto personalíssimo dos direitos autorais, de certa forma, vem servindo para “legitimar a apropriação da pessoa e das suas ideias pelo mercado” (STAUT JÚNIOR, 2006, p. 114.), especialmente quando se destaca que o meio imposto de acesso às obras produzidas dá pelo consumo, processo que converteria o conhecimento comum em bem privado. Há um clamor, nesse ínterim, para que se construa um ambiente propício ao desenvolvimento da cultura e da economia por parte dos criadores, da sociedade, dos usuários e dos intermediários que se veem comprometidos pela atual legislação autoralista. A chamada segurança jurídica, que propiciaria um ambiente mais equilibrado desses interesses, parece ser utópica perto de variados conflitos que se encontram sem solução quando se trata de direitos autorais. De acordo com Souza, a ausência de soluções legislativas satisfatórias acaba por gerar forte tensão política, inúmeros conflitos sociais e grande demanda judicial que afetam a todos os interessados. Essa realidade favorece, com seu escalonamento, a posição estrutural, econômica e politicamente dominante das entidades empresariais¹²² frente aos criadores e aos usuários, o que corporifica a falta da mencionada segurança jurídica¹²³ (SOUZA, 2011, p. 2-4).

Nesse conjunto de relações, o autor aparece como parte nuclear, uma vez que personaliza a expressão, sendo protegido pelos direitos autorais. Pode-se citar o direito a exclusividade de utilização econômica, que passa a ser o incentivo para futuras produções artísticas. No entanto, a sociedade segue como fonte de referências para as novas criações, uma vez que as incorpora como instrumentos para a interação sociocultural, educacional e comunicacional (SOUZA, 2011 p.4). A partir do momento em que os cidadãos se tornam destinatários das obras artísticas – que são culturais e, por

¹²² “Representam os intermediários citados, uma vez que desempenham diversas ações de cunho empresarial. São importantes no processo de divulgação e distribuição de obras artísticas de valor comercial para o seu mercado. Podem ser igualmente importantes em certas obras, principalmente as de caráter complexo, devido ao necessário investimento na produção da obra, como as obras audiovisuais.” (SOUZA, In: CASTRO; POSSAS; GODINHO. (Org). 2011, v. 1, p.2).

¹²³ “Os dispositivos da atual legislação não estão suficientemente adequados à preservação nem da remuneração equitativa do autor nem do espaço essencial de liberdade de utilização e, em razão dessa assimetria, não conseguem garantir a segurança jurídica. Nesse sentido, a legislação atual não é satisfatória para ninguém. [...] a própria segurança jurídica, cara à atividade econômica, depende do equilíbrio na representação dos interesses, sob pena de ver-se deslegitimada e conscientemente desobedecida”. (SOUZA, 2011, p.3).

consequência, intrínsecas ao processo de informação e formação dos indivíduos – enfatiza-se sua essencialidade na concepção e na sensação de pertencimento sociocultural, tanto no que se refere à coletividade quanto à nação/país. Parece ser necessário, nesse ínterim, desconstruir o mito da autoria e entender que existe um novo caminho baseado em um contexto sociotecnológico em constante mutação que, ao desestruturar as bases materiais da nossa sociedade, pede por reformulações de conceitos estáticos e supervalorizados. De alguma maneira, nos vemos capazes de afirmar que os papéis do autor e do espectador se fundem e confundem em um contexto descentralizado de intercâmbio cultural coletivo ou individual (SOUZA, 2011 p.5). Aquele antes considerado interlocutor, já não se furta de utilizar as tecnologias digitais para produzir bens culturais e “ser autor” numa vertente constante e infinita de interações.

Considerando que a análise dos institutos jurídicos deve ser feita à luz das dinâmicas contemporâneas, a ciência jurídica – em especial a civilista – tem se pautado a partir de três pilares fundamentais: os institutos jurídicos são desvinculados da ideia de naturalidade e da existência suprassocial ou transcendental de determinados direitos (SOUZA, 2013, p.2); sua compreensão se dá a partir do entendimento do direito como parte de um sistema dentro do qual se desempenham funções; e as normas devem ser contextualizadas no sistema jurídico levando em consideração umas às outras (SOUZA, 2013, p.2). Dessa forma, não há como pensar que os direitos autorais se furtariam desses preceitos fundamentais, assim como é preciso entender as teorias que abordam a construção e função da propriedade intelectual para compreendermos qual delas se adequa à constitucionalização do nosso ordenamento. Depreende-se que, no contexto de direitos autorais brasileiro, a autoria tem ligação com teoria personalista (*personality theory*) da propriedade intelectual e, conseqüentemente, com os direitos morais do autor.

A abordagem personalista (*personality theory*), derivada de Kant e Hegel, defende que direitos de propriedade privados são cruciais para a satisfação de algumas necessidades humanas fundamentais. Sendo assim, as políticas públicas devem se ater ao atendimento dessas necessidades criando e alocando a titularidade desses recursos aos seus criadores (FISHER, 2006, p. 3). Até recentemente, a teoria personalista não tinha representatividade na lei americana¹²⁴, embora na Europa configure bastante

¹²⁴ Os direitos morais do autor têm representação legislativa nos Estados Unidos a partir do Visual Artists Rights Act.

proeminência para a proteção dos direitos morais do autor. Ressalta Fisher (2006) que a influência de Kant e Hegel evidenciam o discurso que defende a proteção generosa dos direitos morais do autor que, dentre outras coisas, se caracteriza pelo direito de controlar a divulgação pública das suas obras, de retirar as obras de circulação, de receber crédito e de proteger suas obras contra qualquer tipo de manipulação. Além disso, parte-se da premissa fundamental de que esse conjunto de direitos se justificam a partir da compreensão de que a obra de arte encarna e ajuda a perceber a personalidade ou vontade do seu criador (FISHER, 2006, p. 5). Continua o autor:

“Two related problems underlie these and many other disagreements. First, the conceptions of the self – the images of "personhood" that, through adjustments of intellectual-property doctrine, we are trying to nurture or protect – that underlie most avatars of personality theory are too abstract and thin to provide answers to many specific questions. Either a more fully articulated vision of human nature (that would forthrightly address such grand questions as the importance of creativity to the soul) or a conception of personhood tied more tightly to a particular culture and time seems necessary if we are to provide lawmakers guidance on the kinds of issue that beset them. Second, no personality theorist has yet dealt adequately with what Margaret Radin once called the problem of fetishism.[83] Which of the many tastes exhibited by current members of American culture should be indulged, and which should not? The quest for individuality? Nationalism? Nostalgia for a real or imagined ethnic or racial identity? The hope that audiences will treat one's creations with respect? The hunger for fifteen minutes (or more) of fame?” (FISHER, 2006, p. 17)

Tais questionamentos ou a busca por orientações de todos os tipos estão implicadas na tentativa de entender as disputas dentro do campo da propriedade intelectual. Para Fisher, precisa-se decidir quais respostas aos questionamentos merecem o nosso respeito, fator essencial para determinar como essas disputas devem ser resolvidas. Nas discussões sobre os direitos autorais brasileiro, uma das controvérsias que permeiam os direitos morais do autor diz respeito, justamente, a sua consideração ou não como direito da personalidade. Sabe-se que, de acordo com o artigo 24 da Lei de Direitos Autorais (LDA)¹²⁵, os direitos morais

¹²⁵ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei 9.610/98, art. 24. São direitos morais do autor: I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; III - o de conservar a obra inédita; IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-la, como autor, em sua reputação ou honra; V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada; VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontrar 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

caracterizam-se pelo direito de paternidade, o direito de inédito, o direito à integridade da obra, o direito de modificar a obra, o direito de retirar a obra de circulação e o direito do autor de ter acesso a exemplar único e raro da sua obra. Há, nesse sentido, uma série de prerrogativas pessoais do autor que dão essa roupagem personalista aos direitos morais. Destaca Adriano de Cupis (2004, p.24) que, como um bem interior e inseparável da pessoa, a paternidade intelectual existe permanentemente em sua esfera jurídica, fato que atribui direitos da personalidade – como “direitos inatos” – à pessoa, entendidos no sentido de direitos relativos. Ressalta-se, contudo, que tais direitos não são considerados direitos naturais, uma vez que derivam do ordenamento jurídico (BRANCO, 2011, p. 42). No entanto, pondera de Cupis que, ainda que todos os direitos subjetivos derivem do ordenamento, aqueles que dependem do pressuposto da personalidade para serem verificados, podem ser tidos como inatos (2004, p. 27).

Nesse sentido, Carlos Alberto Bittar, ao se referir ao liame pessoal entre autor e obra, pondera que daí derivam direitos que são inseridos, pela doutrina, entre os direitos da personalidade (2003, p. 145). Da mesma forma, Pietro Perlingieri (2008, p. 846) assevera que os direitos autorais não são caracterizados como um poder de utilização econômica da obra, mas como “situação pessoal tendente à tutela da paternidade e da integridade da obra”. A preservação do vínculo entre o autor e a obra seria, então, função dos direitos morais e a proteção desse liame subjetivo e dos consequentes interesses existenciais do autor, tem, de acordo com Allan Rocha de Souza (2013, p.5), a proteção da personalidade do autor como finalidade, fato que justificaria sua compreensão dentre os direitos da personalidade. Contudo, embora existam características pessoais no vínculo autor/obra, sua caracterização como direito da personalidade não passa isenta de críticas.

De acordo com José de Oliveira Ascensão (2003, p. 47), o que está em jogo nessa associação não é a personalidade do autor, mas o vínculo entre autor e obra e, dessa forma, deveriam ser caracterizados como direitos pessoais e não como direitos da personalidade. Ressalta, ainda, que, embora exista uma ligação entre os direitos morais do autor e os direitos da personalidade, nega-lhes o enquadramento uma vez que, sobre os últimos, não podem incidir negócios jurídicos, enquanto, sobre os primeiros, é possível (ASCENSÃO, 2002, p. 167). No entanto, como lembra Souza (2013, p.6), há a

possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado. § 1º Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV. § 2º Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público. § 3º Nos casos dos incisos V e VI, ressalvam-se as prévias indenizações a terceiros, quando couberem.

possibilidade de incidência de negócios jurídicos nos direitos da personalidade, especialmente nos casos em que modelos e atores licenciam o uso de sua imagem, ainda que seja necessário considerar determinadas limitações nessas negociações. De outra maneira, Sérgio Branco critica o enquadramento dos direitos morais como direitos da personalidade uma vez que tais direitos não são inatos e surgem após o ato de criação intelectual. Continua o autor que todos os demais direitos dessa categoria (imagem, privacidade, honra, nome, integridade psicofísica) encontram-se presentes de maneira indissolúvel ao próprio titular. Já o direito moral depende de um fator exógeno: a exteriorização da obra intelectual (BRANCO, 2013, p.6).

Assevera Souza, no entanto, que o que fundamenta os direitos morais é o vínculo entre o autor e a obra e não a obra e o autor em si mesmos. Dessa forma, este vínculo não é externo à pessoa – somente a obra – mas parte dos atributos inseparáveis da existência da pessoa. Nesse ínterim, destaca-se que, preponderantes frente aos elementos patrimoniais, os direitos morais devem ser classificados e entendidos como um todo dentro dos direitos pessoais (BARRETO In: BARRETO, 2000, p. 447). Em interessante análise, Sérgio Branco categoriza os direitos morais elencados na LDA com o intuito de distinguir quais seriam equivalentes verdadeiros aos direitos da personalidade e os que mereceriam outra espécie de classificação. Dessa forma, destaca que o direito de paternidade – incisos I e II do art. 24 – seria o direito moral por excelência, na medida em que se trata do direito que o autor tem de se proclamar, a qualquer tempo, autor da obra (BRANCO, 2011, p. 7), até mesmo em juízo (2011, p.8). No que se refere ao direito da personalidade, o autor defende que a paternidade caracteriza o verdadeiro direito de personalidade dentro dos direitos morais, uma vez que se equivaleria ao direito ao nome – vinculando o autor à obra¹²⁶. No mesmo sentido, José de Oliveira Ascensão (1997, p.73) destaca que há uma incidência de um dos direitos de personalidade no direito de paternidade: o direito ao nome.

Quanto ao direito de inédito – inciso III do art. 24 – pondera-se o caráter de direito patrimonial que se faz do conteúdo do exercício desse direito, uma vez que o direito pessoal parece estar ausente. Discute-se o seu exercício que, não podendo ser arbitrário, encontra limites, fato que se trata da decisão, conveniente ou oportuna, do

¹²⁶ Destaca Sérgio Branco que a vinculação do nome do autor à obra é imprescindível, no sentido em que se conhece a verdadeira autoria, atribui-se a responsabilidade e veda-se o enriquecimento sem causa por “furto intelectual”. Completa que o direito ao nome terá repercussões no âmbito do direito de autor: a faculdade de o autor exigir que seu nome conste das obras por ele criadas, bem como a de exigir que seu nome não seja apostado a obras alheias. (BRANCO, 2013, p. 9)

autor de comunicar sua obra ao público. Uma vez que a obra é divulgada, esse direito se esgota (BRANCO, 2011, p. 10)¹²⁷. Levando em consideração o período de proteção das obras protegidas pelos direitos de autor, os herdeiros dessas obras não exerceriam o direito de inédito como direito pessoal, mas sim o direito de explorar a obra por meio da divulgação. A personalidade do herdeiro não está implicada na divulgação, visto que não resta assegurada a tutela dos direitos pessoais do autor, mas sim o exercício dos direitos patrimoniais (ASCENSÃO, 2011, 279-280). Sendo assim, destaca Branco (2011, p. 11) que a transferência da decisão de manter ou não a obra inédita aos sucessores descaracteriza esse direito como um direito de personalidade, que é sempre intransmissível.

O direito à integridade da obra – inciso IV, do art. 24 – determina que o autor, na falta deste os sucessores, poderá defender a integridade da obra se opondo a qualquer ato que modifique ou atinja e prejudique o autor em sua honra ou reputação. Para Branco, trata-se de uma forte conexão com também com os direitos patrimoniais. Em regra, qualquer modificação da obra deve ser autorizada e, adicionalmente à essa exigência, o artigo prevê um direito moral que está diretamente ligado a determinadas condições: prejuízo à obra ou violação da reputação ou da honra do autor (BRANCO, 2011, p. 11)¹²⁸. Contudo, mesmo que haja autorização do autor para utilização da obra – como, por exemplo, nos casos previstos no artigo 29 da Lei de Direitos Autorais (LDA) – é possível que o direito moral do autor seja violado; caso que se repete nas obras em domínio público. Analisar a existência de ataque a verdadeiro direito de personalidade do autor – honra ou reputação – nem sempre será tarefa fácil. A fronteira entre o uso permitido e o prejuízo à obra (ou à honra do autor) deverá ser analisada casuisticamente, uma vez que se pode atribuir a violação do direito patrimonial – modificar da obra – ou

¹²⁷ Completa José de Oliveira Ascensão que, embora esse direito se estenda aos herdeiros de acordo com a lei, herdeiro não é titular de direito de autor. “Se não é titular, por natureza não pode ele próprio divulgar. O único conteúdo imaginável do direito ao inédito seria aqui o controlo da divulgação ou não por terceiros. Vamos distinguir consoante o criador intelectual: (i) proibiu a divulgação; (ii) impôs a divulgação. Se o autor criador intelectual proibiu a divulgação, não se vê que simultaneamente possa atribuir os direitos patrimoniais a outrem. Confundir-se-ão afinal na titularidade dos herdeiros o núcleo patrimonial e as faculdades pessoais, o que não é a hipótese que consideramos agora: limita-nos aos casos em que a outrem pertence o direito patrimonial, e o direito pessoal cabe ao herdeiro. Só resta a hipótese de o autor ter imposto ao titular do direito patrimonial a divulgação. Se este não divulga, o herdeiro terá legitimidade para lhe exigir a divulgação? Nesta hipótese muito restrita, não vemos razão para negar a legitimidade ao herdeiro.” (ASCENSÃO, 2011, p. 276).

¹²⁸ Destaca Rodrigo Moraes que tal honra é subjetiva, já que se trata do juízo de valor que o indivíduo faz de si próprio, diferentemente da reputação que, por ser honra objetiva, trata-se do juízo de valor que toda a sociedade faz do autor. (MORAES, 2008, p. 64 *apud* BRANCO, 2001 p. 11).

do direito moral – atingir e prejudicar a honra ou integridade do autor – se baseando em um mesmo dispositivo (BRANCO, 2011, p. 12).

Outro direito previsto no artigo 24, V, da LDA é o direito de modificar a obra que, numa primeira análise, relaciona-se às hipóteses de exploração econômica da obra, previstas no artigo 29 da LDA. Apesar de ser uma escolha individual do autor, caracterizando um direito pessoal, destaca-se seu forte cunho patrimonial, especialmente pela possibilidade de ser transmitido aos herdeiros. Para Sérgio Branco, este direito não pode ser considerado um direito da personalidade por se tratar de uma prerrogativa com valor econômico, justamente por ser possível a transferência aos herdeiros do direito patrimonial sobre a obra, ou seja, conserva-se o direito de modificá-la mesmo após a morte do autor (BRANCO, 2011, p. 12). Ressalta Allan Rocha de Souza, que as mudanças a que esse dispositivo se refere podem ocorrer em relação ao conteúdo ou ao formato, necessitando de autorização, como nos casos das obras derivadas (art. 29, III e IV, LDA), ou não, como nos casos dos usos transformativos (art. 46, VIII, LDA)¹²⁹. Podem, ainda, ser substanciais ou ínfimas (SOUZA, 2013, p. 17).

O direito de retirar a obra de circulação – art. 24, inciso VI – caracteriza um direito personalíssimo a ser exercido pelo autor, já que não se transmite aos herdeiros. Contudo, como assevera Branco (2011. P. 13), trata-se de um direito condicionado, uma vez que, mesmo que o autor tenha o direito moral de retirar a obra de circulação ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, faz-se necessário que a circulação ou utilização impliquem afronta à sua reputação ou imagem para ensejar sua invocação (BRANCO, 2011, p. 13). A lei aqui protege os direitos da personalidade do autor que, na LDA, são elencados nos direitos morais. Questionar Fisher (2006) se quando um autor revela sua obra para o mundo, ela continua ou não a permanecer na sua zona de “personalidade” e até que ponto o autor pode reivindicar seu direito de restringir a sua comunicação. Para Netanel, calcado na noção de autonomia privada, o autor teria direito a restringir sua comunicação (NETANEL, 1993, p. 347 *apud* FISHER, 2006, p. 16). Já Lloyd Weinred, argumentando que “uma vez que o indivíduo comunica sua obra, ela assume vida própria e a sua comunicação não envolve aspectos autônomos”, entende que não (WEINREB, 1998, p. 1151 *apud* FISHER, 2006, p. 17).

¹²⁹ Importa ressaltar, utilizando os dizeres de Allan Rocha de Souza, que “estamos tratando de modificações que imprimam à obra um caráter diverso daquele originalmente conferido ao autor. E o que se busca proteger com estes poderes é a própria identificação do autor com a obra e não impossibilitar o seu uso legítimo e funcional”. (SOUZA, 2013, p. 17).

Da mesma forma, o direito de o autor ter acesso a exemplar único e raro de sua obra é tratado como um direito personalíssimo, destacando-se a impossibilidade de ser exercido pelos herdeiros. No entanto, apesar de um direito pessoal, não é possível integrá-lo aos direitos da personalidade. Uma vez que este direito depende de fator externo para existir, não é possível vinculá-lo a qualquer aspecto da personalidade do autor (BRANCO, 2011, p. 12). Ressalva-se, por oportuno, a função social da propriedade presente neste direito que, ao autorizar o acesso ao suporte físico das obras intelectuais, o faz ainda que a obra estivesse em domínio público (BRANCO, 2011, p. 12). Deve-se lembrar, por oportuno, que os preceitos que justificam o acesso à obra pelo público, os direitos culturais, são igualmente direitos fundamentais e cujo exercício, como destaca Souza, “demanda o acesso por razões variadas, que, em última instância, são essenciais para a formação da própria pessoa” (2013, p. 17). Sendo assim, conclui Sérgio Branco que nem todo direito moral de autor pode ser considerado direito de personalidade, ainda que tal classificação se encaixe a alguns deles. Seria necessário, então, buscar uma categoria que abranja de forma satisfatória todos os chamados direitos morais de autor¹³⁰.

Entendendo-se como direitos da personalidade ou como direitos pessoais, destaca Souza (2013) que os direitos morais foram construídos doutrinária e jurisprudencialmente como direitos da personalidade a partir do século XIX, após a estruturação dos direitos de autor enquanto direitos proprietários ou econômicos. Consolidaram-se na primeira metade do século XX, dando origem a diversas teorias sobre sua relação com os direitos econômicos (SOUZA, 2011, p. 7). Isto posto, tal realidade deve se coadunar com o debate sobre as interações entre as situações existenciais e patrimoniais que envolvem a criação. Nesse sentido, Souza defende que:

“O deslocamento do foco no autor ou na obra para a concentração no vínculo entre autor e obra – que não se confunde com a pessoa do autor nem com a obra resultante – como fundamento tanto dos direitos pessoais do autor como da atribuição de titularidade original sobre os usos patrimoniais da obra, assegura uma melhor compreensão do conteúdo e extensão desses direitos, e precisa ser aprofundado. Esta proposição supera o unilateralismo das posições que focam a proteção ora na pessoa do autor ora na obra em si, esquecendo-se, por exemplo, que tanto a liberdade de criação quanto os demais direitos fundamentais dos usuários refletem situações existenciais que não podem ficar sem abrigo. Por exemplo, a concentração na pessoa do

¹³⁰ Para Sérgio Branco, a melhor maneira de qualificar os direitos morais seria como “direitos pessoais” em contraposição aos direitos patrimoniais (ou econômicos) de autor. (BRANCO, 2011, p. 13).

autor tem, equivocadamente, servido como sustentação a um suposto direito absoluto sobre todas as formas de utilização de obras legalmente divulgadas.” (SOUZA, 2013, p. 20)

Levando em consideração essa proposição, seria possível entender que um suposto direito absoluto que recairia sobre as obras artísticas compromete o acesso às expressões culturais e, conseqüentemente, promove um cerceamento das experiências socioculturais e suas possíveis transformações. Por isso, diante dos preceitos fundamentais necessários para que se consagre uma sociedade justa e solidária, calcada no desenvolvimento da personalidade e da formação da pessoa humana, faz-se necessária a busca por um equilíbrio entre a proteção patrimonial e a liberdade de utilização das obras artísticas longe das justificações puramente econômicas ou derivadas de abusos supostamente justificados pelos direitos pessoais do autor. Tal compreensão deve permear a outra discussão que se encontra nos alicerces dos direitos pessoais do autor: são direitos naturais ou direitos fundamentais? Destaca-se que, partindo da premissa de que os direitos são construções sociais e que sua inserção no ordenamento jurídico e posterior exigibilidade dependem de aceitação e legitimidade social e política (SOUZA, 2013, p. 7)¹³¹, resta superada a discussão. Nos ordenamentos jurídicos ocidentais contemporâneos, o instituto dos direitos fundamentais ganha centralidade e se torna base de todo o sistema jurídico, razão pela qual o princípio da dignidade humana ganha protagonismo como a cláusula geral aberta de proteção ao ser em toda sua totalidade¹³².

Nesse contexto, ressalta Maria Celina Bodin de Moraes (2006) que, o contexto históricoburguês e liberal que influenciou a concepção do direito civil – baseado na regulação mínima aceita para promover a segurança jurídica no jogo dos negócios, voltado única e exclusivamente para a proteção do patrimônio, da tutela da propriedade e da autonomia privada de cunho econômico que erigia o Código Civil como centro do sistema – vai se dissipando no contexto da civilista moderna (BODIN DE MORAES, 2006, p. 53). Dessa forma, embora sejam vários os poderes compreendidos no direito moral do autor, Adriano de Cupis destaca que todos podem se enquadrar no aspecto geral da tutela da paternidade intelectual (2004, p. 336), que se desdobra em uma série de direitos diversos ou se configura em um direito de múltiplas prerrogativas (BODIN DE MORAES, 2006, p. 54). Sendo assim, partindo-se da premissa de que os direitos

¹³¹ Também nesse sentido, ver PERLINGIERI, 1972.

¹³² Ver em: SARLET, 2004.

morais do autor surgem do próprio ato de criação – justificando-se a partir do vínculo pessoal entre o autor e a obra –Souza ressalta que, em se reconhecendo o núcleo fundamental irreduzível dos direitos pessoais do autor – caracterizado pelo aspecto geral da paternidade intelectual, o vínculo entre autor e obra –, não parece cogente a discussão acerca dos direitos morais serem distintos dos direitos da personalidade por não serem inatos, uma vez que se entende que os direitos de personalidade podem ou não ser inatos sem que sua essencialidade seja descaracterizada (SOUZA, 2011, p. 8).

Em sentido oposto, Pascal Kamina (2001, p. 442) entende que a obra não é um atributo da pessoa, no mesmo sentido que o são seu nome, sua imagem, sua honra, sua privacidade, razão pela qual os direitos morais de autor não são direitos da personalidade. Assim como as faculdades patrimoniais, os direitos morais são direitos que uma pessoa exerce para proteger algo externo a ela – sua obra. No entanto, destaca Gustavo Tepedino que todos os direitos inatos são direitos da personalidade, porém nem todos os direitos da personalidade são inatos (2002, p. 85) e o que importa é entender que a personalidade é protegida não por meio de tipos ou por um monolítico “direito geral da personalidade”, mas sim por uma cláusula geral de tutela dotada de elasticidade, a traduzir “o ditame constitucional de salvaguarda da dignidade humana a todas as situações, previstas ou não, em que a personalidade, entendida como valor máximo do ordenamento, seja o ponto de referência objetivo” (2002, p. 51).

2.2. Obra e originalidade.

A importância econômica e cultural do conjunto de regras que constitui a propriedade intelectual vem crescendo rapidamente, uma vez que os ganhos financeiros de vários empreendimentos dependem diretamente dos direitos de propriedade intelectual. Em razão disso, o estudo das “teorias” da propriedade intelectual tem proliferado com o intuito de estabelecer um critério universal para a justificativa desta disciplina. Os escritos recentes se dividem em quatro abordagens: a já mencionada personalista (*personality theory*), a utilitarista (*utilitarianism*), a da propriedade natural (*labor theory*) e a do planejamento social (*social planning theory* ou de políticas públicas). A perspectiva utilitarista, com um teor mais pragmático e mais comum em países sob o sistema da *common law*, defende que, para moldar os direitos de propriedade, se deve perseguir o equilíbrio entre, “de um lado, os direitos exclusivos

para estimular a criação de invenções e obras de arte e, por outro lado, a tendência de compensar tais direitos para cercear a fruição pública generalizada dessas criações” (FISCHER, 2006, p. 1). Dessa forma, busca-se o equilíbrio ótimo a partir da maximização do bem-estar nos moldes delineados por Jeremy Bentham (1839) e por John Stuart Mill (1862).

Literatura recente sobre o tema nos remete à Posner e Landes, no sentido em que ressaltam que as características distintivas da maioria dos produtos intelectuais são a facilidade de replicação e o fato da sua fruição por uma pessoa não impedir a das demais. Essas características combinadas criam um ambiente que impede os criadores de recuperar seus “custos de expressão” (o tempo e esforço dedicado a escrever ou compor e os custos de negociação com as editoras ou gravadoras), porque eles serão prejudicados por copistas que detém somente os “custos de produção” (baixos custos de fabricação e distribuição de livros ou CDs)e, portanto, podem oferecer aos consumidores produtos idênticos a preços baixos (LANDES; POSNER, 1989, p. 325). Para os autores, tal perigo tende a dissuadir os criadores de continuarem produzindo obras intelectuais, assim como encará-las como socialmente valiosas. Sendo assim, para esse resultado ineficiente, deve-se atribuir aos criadores o direito exclusivo de fazer cópias por um tempo determinado. Essa lógica, “argumentam Landes e Posner, de ser – e é, em sua maior parte – usada para moldar doutrinas específicas dentro do campo da propriedade intelectual” (FISHER, 2006, p. 2).

A segunda abordagem que domina a literatura da propriedade intelectual diz respeito à naturalização da propriedade. Sua proposição se resume no fato de que uma pessoa que trabalha sobre recursos que “tenham dono” ou sobre recursos “comuns” tem um direito de propriedade natural sobre os frutos de seus esforços (FISHER, 2006, p. 2). Essas ideias originam dos escritos de John Locke – como já mencionado – e são amplamente difundidas para aplicação ao domínio da propriedade intelectual, uma vez que as matérias primas objeto das produções advém de conhecimentos comuns. A partir disso, o trabalho aparece como meio para atribuir valor aos produtos acabados. (HUGHES, 1988, p. 287). Nesse caminho, esclarece Vasconcelos:

“As justificativas de ordem moral para o direito de autor se fazem especialmente presentes entre seguidores da tradição civilista do *droit d'auteur*, caso da maior parte dos países da Europa continental e suas ex-colônias, entre as quais o Brasil. Nesses sistemas, não soaria estranha a afirmação de que os autores possuem um vínculo personalíssimo com o fruto de sua criação intelectual, que lhes

"pertencem" como projeção ("ser-aí") de sua própria liberdade (vontade) individual, na linha da teoria da personalidade de Hegel. Talvez seja possível, portanto, atribuir-lhes um "direito natural" pelo menos ao reconhecimento público de sua autoria e, nos limites de sua honra, à integridade intelectual dessa criação. O recurso a Hegel certamente bastaria para justificar a noção de "pertencimento" entre autor e obra, mas talvez não fosse suficiente para justificar sua "propriedade", no sentido que lhe dá o liberalismo clássico. Ainda assim, notam-se resquícios da moral jusnaturalista na base que sustenta também os direitos patrimoniais do autor, pois em sua origem o direito autoral foi igualmente influenciado pela noção lockeana da propriedade como "justa remuneração" do trabalho humano". (VASCONCELOS, 2012, p. 52)

Enquadrados entre os direitos fundamentais, os direitos patrimoniais de autor são assegurados constitucionalmente. Em seu artigo 5.º, IX, a Constituição proclama que qualquer pessoa pode criar¹³³, para, logo depois, estabelecer que o direito exclusivo de utilização, publicação e reprodução da obra pertence ao autor¹³⁴. Consubstanciadas essas disposições, agregam-se outras que dão a conotação proprietária que boa parte da doutrina entende ser inerente aos direitos patrimoniais do autor. Ocorre que, encarar os direitos patrimoniais do autor como direito real de propriedade parece não ser unívoco, uma vez que a questão passa longe do consenso. A proteção Constitucional dos direitos autorais se encontra no citado artigo 5º, em seus incisos XXVII¹³⁵ e XXVIII¹³⁶, em que são assegurados os direitos supramencionados. Contudo, cabe notar, de acordo com Souza, que a proteção jurídica constitucional não se limita aos mencionados incisos, uma vez que a proteção dos direitos autorais se expande a partir do momento em que consideramos a vida social de uma obra e, por consequência, as implicações para os diversos setores da sociedade (SOUZA, 2005, p. 2-3), que deve ser o ponto de partida para entender o conteúdo constitucional que recai sobre a proteção dos direitos autorais (especialmente levando em consideração os direitos culturais que falaremos mais à frente).

¹³³ BRASIL. Constituição (1988). 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: [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

¹³⁴ Ibid, art. 5º XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

¹³⁵ Ibid, art. 5º XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

¹³⁶ Ibid, art. 5º 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;

Os direitos patrimoniais são aqueles que garantem ao titular da obra o seu aproveitamento econômico e estão elencados no artigo 29 da LDA¹³⁷. Nesse sentido, a citada lei assevera que os direitos autorais se reputam bens móveis¹³⁸ e os negócios jurídicos deles derivados devem ser interpretados restritivamente¹³⁹. Contudo, como destaca Branco (2013, p. 15), a doutrina, de modo geral, entende que os direitos patrimoniais previstos na LDA compõem uma lista exemplificativa, uma vez que a interpretação restritiva dos incisos do artigo 29 poderia nos levar a entender que mesmo uma única fotocópia de uma página de um livro estaria infringindo a lei, assim como o uso de um pequeno trecho de uma música em outra obra. Ocorre que, transpondo a veste proprietária para os direitos autorais, muitos autores reduzem o direito autoral a uma realidade meramente patrimonial que encaram os direitos de autor como um direito real de propriedade¹⁴⁰. Embora se considere que a obra possa ser considerada o objeto do direito patrimonial – assim como objeto de direito pessoal – destaca José de Oliveira Ascensão (1997, p. 604) que, por natureza, a obra literária ou artística não é suscetível de apropriação exclusiva, fato que põe por terra a ideia de que a obra possa gerar uma propriedade.

Mesmo os que defendem que o direito patrimonial se caracteriza por um direito real, embora diferente da propriedade em si, deparam-se com o fato de que o direito real de gozo da obra se encontra subtraído à alçada do titular do direito de autor, não podendo, este, proibir o desfrute intelectual da sua obra por parte de outrem (ASCENSÃO, 1997, p. 605). Pode não autorizar a reprodução ou, em casos extremos,

¹³⁷ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei 9.610/98. Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: I - a reprodução parcial ou integral; II - a edição; III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações; IV - a tradução para qualquer idioma; V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual; VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra; 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; VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante: a) representação, recitação ou declamação; b) execução musical; c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos; d) radiodifusão sonora ou televisiva; e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva; f) sonorização ambiental; g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado; h) emprego de satélites artificiais; i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados; j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas; IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero; X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.

¹³⁸ Ibid. Art. 3º Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis.

¹³⁹ Ibid. Art. 4º Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais.

¹⁴⁰ Ver CERQUEIRA, 1950, p. 165 e também BARBOSA, 2009.

retirar a obra do mercado, contudo estas faculdades respeitam à materialização da obra e não à obra em si, visto que esta pertence a todos por natureza e não por discricionariedade do autor ou do titular dos direitos de autor (ASCENSÃO, 1997, p. 606). Nesse caminho, Antônio Chaves aponta que, embora o direito patrimonial do autor possa constituir parte relevante de seu patrimônio, não é uma verdadeira propriedade. A diferença essencial entre o direito de autor e o direito de propriedade reside tanto no modo de aquisição originário (único título: criação da obra) quanto pelos modos de aquisição derivados, visto que no direito autoral não há uma transferência perfeita. Além disso, o direito autoral se distancia de forma mais veemente do direito de propriedade na separação nítida que se estabelece no período anterior e posterior à publicação da obra, “sendo absoluto, na primeira, e constituindo-se, na segunda, de faculdades relativas, limitadas e determinadas” que recaem sobre algumas formas de aproveitamento econômico da obra, “e de natureza pessoa, referentes à defesa da paternidade e da integridade intelectual da obra” (CHAVES, 1987, p. 16).

Outros autores classificam os direitos patrimoniais de autor como objeto de monopólio, como é o caso do Carlos Alberto Bittar (2004, p. 49) e do Denis Borges Barbosa (2003). Este último entende que “ao tornar exclusiva uma oportunidade de explorar a atividade empresarial”, os direitos de propriedade intelectual se aproximam do monopólio (BARBOSA, 2003, p. 25). Ressaltando a complexidade da natureza jurídica dos direitos autorais, Alexandre Dias Pereira destaca que ela vem assumindo características distintas a depender do país onde a questão é analisada, visto que, por exemplo, na Inglaterra e nos Estados Unidos o direito autoral seria verdadeiro direito de propriedade. Na Alemanha, o direito autoral tem proteção constitucional de direito de propriedade. Na França, seria direito da personalidade. Na Espanha e na Itália – ainda que neste haja uma corrente bastante relevante que classifica os direitos autorais como exclusivo – os direitos autorais são entendidos, por meio da jurisprudência, como uma forma especial de direito de propriedade, mesmo com pouco apoio da doutrina nesse sentido (PEREIRA, 2001, p. 114).

Destacando a natureza jurídica dos direitos autorais, José de Oliveira Ascensão (1997) afirma que, em um primeiro momento, sua qualificação é fácil, uma vez que o direito de autor é uma situação jurídica subjetiva (ASCENSÃO, 1997, p. 598) para, em seguida, estabelecê-lo como um tipo de direito absoluto (1997, p. 601). Para o autor, os direitos autorais não se dirigem a um sujeito determinado, antes têm aquela potencialidade de oposição *erga omnes* que caracteriza os direitos absolutos (1997, p.

601). Ocorre que, “do fato de serem absolutos não se infere que os direitos autorais sejam uma propriedade, ou um direito real” (1997, p. 601). Esclarece, contudo, que a qualificação como direito absoluto explica que no direito também encontremos, para além do que constitui o núcleo, poderes de exclusão de terceiros. Esses poderes de exclusão deverão ser concebidos a partir das críticas a qualquer abuso de poder ou a não atenção à sua função social. Sendo assim, conclui Ascensão que a obra intelectual pertence a todos, não sendo suscetível de apropriação exclusiva e, por consequência, não pode originar uma propriedade (1997, p. 606).

A última das quatro abordagens diz respeito ao planejamento social (*social planning theory* ou políticas públicas). Esta proposição defende que os direitos de propriedade em geral – e os direitos de propriedade intelectual em particular – podem e devem ser moldados para fomentar a cultura (FISHER, 2006, p. 4). O fomento a essa cultura não se dá espontaneamente, mas sim a partir da perpetuação de instituições políticas democráticas e por meio de políticas públicas governamentais, como destaca Netanel (1996). Nesse sentido, a lei de direitos autorais pode auxiliar a persecução do fomento à cultura, uma vez que tem dois objetivos principais. O primeiro é a função de produção: os direitos de autor incentivam a expressão criativa em uma ampla gama de questões políticas, sociais e estéticas, reforçando as bases discursivas para a cultura democrática e associação cívica. O segundo é a sua função estrutural: os direitos autorais dão suporte a um setor de atividade criativa e comunicativa que é relativamente livre da dependência de subsídios em geral e de qualquer juízo de valor dado por questões culturais hierárquicas (NETANEL, 1996 *apud* FISHER, 2006, p. 4).

Promover esses dois objetivos não implica na aceitação de todos os aspectos da lei de direitos autorais. Ao contrário, Netanel sugere que eles seriam mais eficazes se fossem amparados pelas seguintes diretrizes: (a) o tempo de proteção dos direitos autorais deve ser reduzido para que se aumente o aporte de obras em domínio público disponíveis para manipulação criativa; (b) a autoridade dos titulares de direitos autorais para controlar a utilização dessas obras deve ser reduzida para fomentar e promover a cultura. Além disso, os sistemas de licenciamento compulsório devem ser empregados com mais frequência para equilibrar os interesses entre titulares e usuários das obras (NETANEL, 1996 *apud* FISHER, 2006, p. 5). Essa última abordagem é menos conhecida do que as outras três. Embora a teoria do planejamento social não seja tão aceita como a utilitarista (*utilitarianism*), a da propriedade natural (*labor theory*) e a personalista (*personality theory*), todas elas influenciam de alguma forma a

argumentação das disposições constitucionais, os relatos de casos, os preâmbulos das legislações, as jurisprudências, etc. em matéria de propriedade intelectual. Toda as justificativas para essas teorias são utilizadas e popularizadas por juristas, legisladores e advogados (FISHER, 2006, p. 6).

Os proponentes de todas as quatro principais teorias acerca da propriedade intelectual pretendem fornecer, aos legisladores e juristas, respostas para perguntas de toda a ordem dentro do campo. Em outras palavras, eles entendem que seus argumentos não derivam somente de escritos que moldaram as doutrinas legais existentes, mas existem para orientar as possíveis ampliações e utilizações dessas teorias nas argumentações possíveis que irão dar respostas as questões envolvendo as novas tecnologias e suas circunstâncias. Contudo, todas as quatro teorias provam, na prática, ser menos úteis do que seus defensores admitem. Ambiguidades, incoerências internas e a falta de informação empírica limitam severamente seu poder prescritivo (FISHER, 2006, p. 7). Ressalta Fisher que:

“The indeterminacy of the personality and social-planning perspectives has long been recognized. That recognition is reflected, for example, in the common accusation that those perspectives are "illiberal" insofar as they seek to regulate persons' behavior on the basis of necessarily controversial "theories of the good" – the sort of thing that governments ought not do.[86] A closely related, equally common charge is that the social-planning and personhood perspectives are "paternalistic" insofar as they curtail persons' freedom on the basis of conceptions of what is "good for them" with which they themselves may not agree.[87] By contrast, the utilitarian and labor-desert approaches, especially the former, have enjoyed an aura of neutrality, objectivity, and above all determinacy. That aura helps to explain why courts, when presented with difficult problems of statutory interpretation, have sought guidance most often from economic arguments and least often from social-planning arguments.” (FISHER, 2006, p. 16)

Embora mencione que as quatro teorias sejam compostas por argumentos limitados, Fisher reconhece que essa conclusão não deve dar a falsa impressão de que elas não tenham validade por dois motivos: primeiro, porque elas podem auxiliar na busca para soluções não óbvias para problemas particulares; e, segundo, porque elas podem fomentar conversas valiosas entre os vários participantes no processo legislativo (FISHER, 2006, p. 17). Trata-se, na prática, da necessidade de se reconhecer as limitações de cada teoria e encontrar, caso a caso, aplicações positivas para suas proposições, uma vez que por meio de conversas contínuas entre acadêmicos, legisladores, juízes, os litigantes, investidores, e o público em geral,

pode-se abordar as insuficiências das teorias existentes. As dificuldades analíticas associadas ao esforço para aplicar as quatro teorias à propriedade intelectual pode muito bem revelar-se insuperável, mas pode haver alguma forma de capturar a intuição de algumas proposições, a partir desses aportes, para criar um consenso em torno da transformação ou aplicação da lei, como, por exemplo, a compreensão de que o originador da obra deve, de alguma forma, ser remunerado pelo seu trabalho.

Somente discutindo as possibilidades e tentando trazer alguma variante alternativa às teorias em casos reais, podemos ter esperança de progredir diante das questões que envolvem os direitos de autor. Como destaca Fisher, as concepções teóricas em torno da propriedade intelectual empregadas pelos teóricos atuais podem ser muito tênues e fora de contexto para fornecer aos legisladores mecanismos para os problemas atuais. No entanto, a reflexão, a superação de determinados dogmas doutrinários – que nada coadunam com a realidade – e o diálogo, podem nos ajudar a superar os problemas. (2006, p. 22). Para existirem, os direitos autorais pressupõem uma obra, razão pela qual, atendidos os pressupostos legais, ela passa a ser protegida. A partir dessa constatação, sabe-se que, por um lado, a proteção dessas obras se encontra cada vez mais ampla e restritiva e, por outro, em um ambiente de troca de informações é preciso questionar os fundamentos que baseiam esses direitos e – aqui especificamente – o conceito de obra intelectual protegida, uma vez que se torna cada vez mais evidente a tensão entre os direitos de autor e a liberdade de informação e expressão.

Dito isso, ressalta-se a necessidade de termos consciência e constantemente refletir sobre o que, de fato, deve ser protegido – destacando o alcance da exclusividade autorial – e sobre o que é informação livre. Ressaltando sempre questões de ordem econômica¹⁴¹, o discurso do desenvolvimento e do potencial de mercado que permeia a justificativa para a proteção dos bens intelectuais acaba gerando reflexos – na maioria das vezes negativos – nas prerrogativas de liberdade de expressão e acesso à cultura. No entanto, a Agenda de Desenvolvimento da Organização Mundial da Propriedade

¹⁴¹ Interessante notar que a exaltação do aspecto econômico derivado das criações intelectuais, de acordo com Cláudio Lins de Vasconcelos, reside no fato de que o comércio mundial, ao seguir as diretrizes impostas pelos agentes que o operam, não podia prescindir de normas eficazes que regulassem a aquisição, transferência e exploração dos ativos intangíveis, em grande parte cobertos pela propriedade intelectual. Assim, o direito da propriedade intelectual passou a integrar o marco regulatório do comércio internacional, corroborado, especialmente, pelo Acordo TRIPS, parte do acordo-quadro da própria OMC, representando a materialização jurídica dessa premissa econômica. (VASCONCELOS. 2010. p. 1).

Intellectual (OMPI)¹⁴² reconhece o direito ao desenvolvimento como elemento norteador em todas as negociações levadas a cabo na OMPI, evidenciando em quarenta e cinco recomendações¹⁴³ sua preocupação de que a proteção da propriedade intelectual não venha a se tornar um fim em si mesma (DOSI; STIGLITZ, 2013, p. 2.). A organização, como lembram Giovanni Dosi e Joseph Stiglitz (2013, p.2), reiteradamente se refere à promoção da atividade de criação intelectual e à transferência de tecnologia para países em desenvolvimento como uma missão da organização.

Há um clamor, nesse contexto, para que se construa um ambiente propício ao desenvolvimento da cultura e da economia por parte dos criadores, da sociedade, dos usuários e dos intermediários que se veem comprometidos pela atual legislação autoralista. A chamada segurança jurídica, que propiciaria um ambiente mais equilibrado desses interesses, parece ser utópica perto de variados conflitos que se encontram sem solução quando se trata de direitos autorais. De acordo com Souza (2011), a ausência de soluções legislativas satisfatórias acaba por gerar forte tensão política, inúmeros conflitos sociais e grande demanda judicial que afetam a todos os interessados. Essa realidade favorece, com seu escalonamento, a posição estrutural, econômica e politicamente dominante das entidades empresariais¹⁴⁴ frente aos criadores e aos usuários, o que corporifica a falta da mencionada segurança jurídica¹⁴⁵. Nesse caminho, Ascensão destaca que o que se realiza, por meio da proteção autoral, é a proteção do investimento e o protagonismo dado aos autores só lhes é concedido se reverte ganhos para as empresas (2002, p. 131).

Assim, levando-se em consideração que a informação é um bem comum e que a proteção dos direitos de autor é uma construção social que não deve ser dotada de um caráter proprietário por si só, saber quando determinado conteúdo é dotado ou não de proteção se torna essencial para compreender o que leva a sociedade a outorgar a uma determinada pessoa a exclusividade sobre certa forma de expressão. Leva-se em

¹⁴² Disponível em: <http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/>

¹⁴³ Disponível em: <http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/recommendations.html>

¹⁴⁴ “Representam os intermediários citados, uma vez que desempenham diversas ações de cunho empresarial. São importantes no processo de divulgação e distribuição de obras artísticas de valor comercial para o seu mercado. Podem ser igualmente importantes em certas obras, principalmente as de caráter complexo, devido ao necessário investimento na produção da obra, como as obras audiovisuais.” (SOUZA, AIn: CASTRO; DE ALBUQUERQUE POSSAS; GODINHO, 2011, p. 2)

¹⁴⁵ “Os dispositivos da atual legislação não estão suficientemente adequados à preservação nem da remuneração equitativa do autor nem do espaço essencial de liberdade de utilização e, em razão dessa assimetria, não conseguem garantir a segurança jurídica. Nesse sentido, a legislação atual não é satisfatória para ninguém. [...] a própria segurança jurídica, cara à atividade econômica, depende do equilíbrio na representação dos interesses, sob pena de ver-se deslegitimada e conscientemente desobedecida”. (SOUZA, AIn: CASTRO; DE ALBUQUERQUE POSSAS; GODINHO, 2011, p.3).

consideração que a tutela das obras intelectuais protegidas se faz pela outorga de um direito exclusivo que tem ligação bastante estreita com atos de exploração econômica (BITTAR, 1992, p. 138). Contudo, especialmente no que tange aos questionamentos acerca da proteção autoral, ressalta-se que a referida tutela se subordina aos interesses coletivos que são expressos por meio de três princípios fundamentais para ao desenvolvimento social do país e da vida contemporânea: informação, cultura e educação (SOUZA, 2006, p. 138 e ss). Sendo assim, identificar os contornos da obra intelectual pretende (a) auxiliar a discussão sobre o rigor com que os direitos autorais são, quase sempre, sobrepostos aos direitos fundamentais dos indivíduos e (b) identificar, de que forma, pode-se encontrar o equilíbrio da relação entre titulares dos direitos autorais e aqueles que querem ser sujeitos atuantes nessa sociedade em que a informação se tornou o epicentro do desenvolvimento. Não se trata de tarefa fácil, porém a exposição dos requisitos será de acordo com o que achamos ser a melhor forma de pensar e dividir os direitos de autor, sem a pretensão de dar a palavra final.

Identificar os requisitos a serem preenchidos para a proteção de uma obra por direitos autorais não é tarefa fácil, muito menos detém justificações unânimes. Há quase uma abstenção mundial quando o assunto é determinar o que é ou não protegido por direitos de autor. No que se refere ao tema originalidade – ou contributo mínimo – há, no Brasil, uma certa abstenção nos julgados visto que sequer levam em consideração a existência ou não de requisitos mínimos de proteção quando da análise das criações¹⁴⁶,

¹⁴⁶ Carolina Ramos destaca o seguinte julgado: “Em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, percebe-se claramente que não houve uma aplicação da análise a respeito do que se constitui ou não obra protegida. No conteúdo do acórdão está expresso que: “Conforme reconhecido nas instâncias ordinárias, a recorrida é autora de brincadeiras infantis das quais detém o registro de propriedade intelectual. Após expor suas obras para a produção do programa apresentado pela recorrente, teve suas ideias plagiadas e expostas no programa Xuxa Park, razão pela qual as demandadas foram condenadas ao pagamento de 500 (quinhentos) salários mínimos e a um percentual dos lucros auferidos pela exploração desautorizada da obra, a ser apurado por perícia em processo de liquidação” (BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 744.979 - RJ* Min. Rel. João Otávio de Noronha. Data do Julgamento 25.08.2009. Publicação DJ 04.09.2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=6083977&formato=PDF>> Acesso em 16 jan. 2015). Essa decisão manteve o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em que assim foi determinado: “*Quanto ao mérito, baseou-se também a sentença no laudo pericial de fls. 347/357, que admitiu, no pormenor, similaridade em cinco itens, do trabalho intelectual da autora e o programa veiculado pela TV GLOBO, vale dizer, foi encontrada analogia bastante a configurar o plágio existente e reclamado pela autora.*” Chamamos a atenção, para os esclarecimentos prestados pela perita do juízo, às fls. 407/412, que no raciocínio que a levou a examinar a obra intelectual da autora, concluiu que: “*Diante do que foi até agora exposto, e com reforço dado pela citação acima concluo que existe incontestável semelhança entre as brincadeiras em pauta e que se refere aos itens I, II, III e IV da autora e as brincadeiras do XUXA PARK, Qual é a Cor, Gracinha Curiosa e a Coisa Sem Pé e Sem Cabeça.*” Enfatiza a perita às fls. 412: “*Essas semelhanças referem-se a forma de expressão e também a estratégias utilizadas, só resta então concluir pelo uso indevido ou plágio.*” (BRASIL. *Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º*

embora seja possível identificar uma tentativa de enquadramento no que se entenderia por criação intelectual¹⁴⁷. Dito isto, ressalta-se a importância da consolidação dos requisitos para obtenção da proteção autoral. Na legislação de direitos de autor brasileira, o que se destaca acerca das obras intelectuais está no artigo 7º e 8º da Lei de Direitos Autorais que, respectivamente, dizem respeito às criações que podem ser consideradas como obras e as que a lei entende não possuir essa qualidade. Para a LDA, as obras intelectuais protegidas a partir das “criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro” e, dentre outras, estão os textos de obras literárias, artísticas ou científicas e as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas.

Ao não determinar os requisitos para se verificar a legitimidade da proteção dessas obras, a LDA apenas seguiu o padrão dos países signatários¹⁴⁸ da Convenção de Berna para a proteção dos direitos dos autores sobre as suas obras literárias e artísticas¹⁴⁹, que estabeleceu um padrão mínimo de proteção. Em seu artigo 2 e 2-bis, a Convenção destaca as diretrizes para a proteção das obras, reservando aos países signatários a faculdade de prescrever quais obras devem ou não ser protegidas. Além disso, determina que devem ser protegidas como obras originais, “sem prejuízo dos direitos de autor da obra original, as traduções, adaptações, arranjos musicais e outras transformações de uma obra literária ou artística”. Em se tratando de um padrão

2002.001.29818. Décima Câmara Cível, Des. Rel. Gerson Arraes. Data do Julgamento 09.03.2004. Publicação 16.03.2004. Disponível em: <<http://srv85.tj.rj.gov.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=000324B956AB57709484F277C0AC2D408A9CA713C3161A2D>> Acesso em 16 jan. 2015). De acordo com a autora, “pelo que está dito em ambos os acórdãos dá para notar que houve realmente confusão quanto ao objeto do direito de autor. Mesmo através do modelo enumerativo de indicação das obras protegidas é expressamente determinado pela LDA que ideias e jogos (no caso essas brincadeiras não passam de jogos de programas de televisão) não são protegidos”. (RAMOS, 2009. p. 132)

¹⁴⁷ Ver em: BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação: 00145363720078190205 RJ 0014536-37.2007.8.19.0205, Relator: Des. Ricardo Rodrigues Cardozo, Data de Julgamento: 08/10/2013, Décima Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: 19/03/2014 11:46; BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação: 02174233920078260100 SP 0217423-39.2007.8.26.0100, Relator: Erickson Gavazza Marques, Data de Julgamento: 18/06/2014, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 23/06/2014.

¹⁴⁸ Ver em: ESTADOS UNIDOS. Copyright Law of the United States of America and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code. *United States Copyright Office*. Disponível em: <<http://www.copyright.gov/title17/>> Acesso em 16 jan. 2015); FRANÇA. Code de la propriété intellectuelle. *Legifrance. Le service public de la diffusion du droit*. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414&dateTexte=20090925>> Acesso em 16 jan. 2015; ALEMANHA. Copyright Law (Urheberrechtsgesetz, UrhG). *Translation provided by the International Bureau of WIPO.IUSCOMP The Comparative Law Society*. Disponível em: <<http://www.iuscomp.org/gla/statutes/UrhG.htm>> Acesso em 15 jan. 2015). PORTUGAL. Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. Disponível em: <https://ciist.ist.utl.pt/docs_da/codigo_direito_autor_republicado.pdf> Acesso em 16 jan. 2015.

¹⁴⁹ Disponível em: <http://www.gddc.pt/siii/im.asp?id=1423> Acesso em 16 jan. 2015.

internacional¹⁵⁰, Antônio Chaves (1987, p. 168) comenta, referindo-se à lei 5.988 de 1973, que se tratava de um problema sério especificar e agrupar as criações do espírito que mereciam amparo legal num só dispositivo, razão pela qual se optou por enumerá-los de forma exemplificativa, entendimento que se mantém até hoje.

Sendo assim, a partir do momento em que se defende que a obra literária ou artística pertence ao mundo da cultura, em razão da necessidade de se exteriorizar para o conhecimento de todos, entende-se que o delineamento dos requisitos que promovem a identificação de uma obra como tal, além de proporcionar uma maior segurança jurídica, permite encontrar o fio condutor para efetivação dos direitos de liberdade de expressão e de acesso à cultura por meio da efetivação na prática das limitações aos direitos do autor existentes. Nesse caminho, o guia para o TRIPS da UNCTAD-ICTSD destaca que a discussão sobre os requisitos de proteção das obras traz questões econômicas e sociais importantes, visto que, na medida em que as obras são protegidas, depreende-se o equilíbrio entre incentivos para a criatividade, por um lado, e as possibilidades para o público em geral usufruir e utilizar os produtos baseados em conhecimento, por outro lado. O TRIPS, de certa forma, proporciona a seus membros a liberdade para encontrar este equilíbrio de acordo com suas necessidades específicas e de desenvolvimento econômico, não impondo regras específicas de proteção, podendo os membros optarem por exigir um certo nível de criatividade e originalidade, dentre outras coisas¹⁵¹.

¹⁵⁰Na mesma linha, pode-se destacar o acordo TRIPS: ARTIGO 9: Relação com a Convenção de Berna - 1. Os Membros cumprirão o disposto nos Artigos 1 a 21 e no Apêndice da Convenção de Berna (1971). Não obstante, os Membros não terão direitos nem obrigações, neste Acordo, com relação aos direitos conferidos pelo Artigo 6bis da citada Convenção, ou com relação aos direitos dela derivados. 2. A proteção do direito do autor abrangerá expressões e não ideias, procedimentos, métodos de operação ou conceitos matemáticos como tais. ARTIGO 10: Programas de Computador e Compilações de Dados - 1. Programas de computador, em código fonte ou objeto, serão protegidos como obras literárias pela Convenção de Berna (1971). 2. As compilações de dados ou de outro material, legíveis por máquina ou em outra forma, que em função da seleção ou da disposição de seu conteúdo constituam criações intelectuais, deverão ser protegidas como tal. Essa proteção, que não se estenderá aos dados ou ao material em si, se dará sem prejuízo de qualquer direito autoral subsistente nesses dados material.

¹⁵¹“The preceding discussion on the TRIPS requirements for copyright works raises some important economic and social issues. As a point of initial observation, Article 9 contemplates some discretion for countries in prescribing the conditions of protectable subject matter. The extent to which intellectual works are copyrightable determines the balance between incentives for creativity on the one hand and the possibilities for the general public to accede to knowledge-based products on the other hand. TRIPS in some degree provides. Members with the freedom to strike this balance according to their particular needs and economic development. Members may choose to require a certain level of creativity and originality; Members may choose whether or not government publications will be protected by copyright and; copyright protection does not extend to ideas, or to mere facts, news of the day or items of press information. Members may also determine the copyright status of political speeches and speeches delivered in the course of legal proceedings. Of course, because TRIPS imposes a *minimum* standard of protection, countries that wish to extend protection to works not required under TRIPS may exercise the

O regime de direito de autor, então, está centrado no que se define por obra. A grosso modo, seria o equivalente de produção intelectual. Contudo, como destaca Souza (2010a, p. 143), não há uma identificação e esclarecimento satisfatório na legislação ou na doutrina para que se identifiquem as condições necessárias à proteção das obras artísticas. Dito isso, a obra, que será objeto de proteção por meio dos direitos autorais, deve preencher determinados requisitos que se estendem também ao que se possa considerar o sujeito criador (autor), visto que o objeto de criação se materializa por meio deste. Após a criação, também devem ser atendidas determinações para considerá-la obra. No entanto, iniciaremos a exposição do conceito de originalidade de forma mais profunda – em razão de sua centralidade em relação ao tema de pesquisa e das controvérsias que o permeia – para, posteriormente, elencarmos os requisitos para proteção da obra intelectual.

A partir da análise crítica das construções românticas acerca dos conceitos que embasam os direitos de autor, ressalta-se que a originalidade não se furta dessa lógica. De acordo com Mark Rose (1988, p. 56), o discurso proprietário lockeano configura a construção estética em torno da originalidade. Assinala o autor:

“The act of appropriation thus involved solely the individual in relation to nature. Property was not a social convention but a natural right that was prior to the social order. Indeed, the principal function of the social order was to protect individual property rights. Extended into the realm of literary production, the Lockean discourse with its concerns for origin and first proprietors blended readily with the aesthetic discourse of originality”. (ROSE, 1988, p. 56)

Nesse contexto, afirma-se que houve determinada coincidência com alguns movimentos culturais, como o surgimento do mercado de massa para os livros, a valorização do “gênio original”, bem como o desenvolvimento do discurso de Locke do individualismo possessivo que ocorreu no mesmo período em que houve uma exacerbação dos conflitos jurídicos e comerciais em torno dos direitos autorais. Para Mark Rose, foi no curso desses conflitos que as pressões para a construção de uma argumentação jurídica que estabelecesse requisitos para a proteção das criações se formou. Misturou-se o discurso de Locke e o discurso estético da originalidade para justificar a representação moderna do autor como titular da obra artística, fato que, para

discretion to do so. However, in each of the areas where TRIPS does not mandate a specific rule of protection, important social objectives are implicated.” (UNCTAD-ICTSD. 2005. p. 150).

Rose, derivou da invenção – criada pelos livreiros de Londres – do autor proprietário moderno, construindo-o como uma arma em sua luta com os livreiros das províncias¹⁵².

Derivada da retórica proprietária aqui demonstrada, as legislações autorais de forma geral partem da noção de que a criação deve possuir um mínimo grau criativo. Destaca-se a *originalidade expressiva* como algo a ser atingido para que a proteção ou não de determinada obra ocorra. Antes de mais nada, no que diz respeito a esse estudo, utilizaremos a expressão *originalidade expressiva*¹⁵³ para nos referirmos ao aludido mínimo grau criativo¹⁵⁴, na medida em que a originalidade da criação deve se dar na sua forma de expressão¹⁵⁵ e não na ideia de uma criação. Desse modo, José de Oliveira Ascensão assenta que a existência de um mínimo de criatividade independe de juízo de valor e a obra que o apresentarem sua proteção justificada no momento em que ela “contribui para a vida cultural com algo que não estava até então ao alcance da comunidade”(ASCENSÃO, 1997 p. 52). Dito isto, prossegue o autor:

“Terá de haver assim sempre critérios de valoração para determinar a fronteira entre a obra literária ou artística e a atividade não criativa. Porque a alternativa seria ter de se afirmar que é uma pintura tudo o que está envolto num caixilho e é apresentado como tal pelo autor – mesmo que se reduza a um risco no meio de uma tela.” (ASCENSÃO, 1997, P. 52)

Esses critérios de valoração quando relacionados à *originalidade expressiva* não devem ser revestidos de qualquer subjetivismo¹⁵⁶, além de não poderem ser confundidos

¹⁵² Destaca, ainda, Mark Rose: “Indeed, the romantic elaboration of such notions as originality, organic form, and the work of art as the expression of the unique personality of the artist was in a sense the necessary completion of the legal and economic transformation that occurred during the copyright struggle.” (1988 p. 76).

¹⁵³ O termo originalidade expressiva é utilizado em emblemático caso americano: *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.* Supreme Court of the United States. 499 U.S. 340 (1991). The primary objective of copyright is not to reward the labor of authors, but “to promote the Progress of Science and useful Arts.” Art.I, § 8, cl.8. Accord *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151, 156 (1975). To this end, copyright assures authors the right to their original expression, but encourages others to build freely upon the ideas and information conveyed by a work. Harper & Row, supra, at 556-557. This principle, known as the idea-expression or fact-expression dichotomy, applies to all works of authorship. As applied to a factual compilation, assuming the absence of original written expression, only the compiler’s selection and arrangement may be protected; the raw facts may be copied at will. This result is neither unfair nor unfortunate. It is the means by which copyrights advances the progress of science and art. (grifos nossos)

¹⁵⁴ Carolina Tinoco Ramos chama esse mínimo grau criativo de *contributo mínimo*: “o contributo mínimo em direito de autor é o *mínimo grau criativo* que determinada criação deve possuir para fazer jus a proteção por direito de autor.” (RAMOS. 2009, p. 40).

¹⁵⁵ Fez-se questão de destacar a originalidade expressiva na medida em que se sabe que os direitos autorais não protegem a ideia de uma criação, mas sim sua forma de expressão e é nessa expressão que a originalidade deve se manifestar.

¹⁵⁶ Ao mencionar a subjetividade inerente ao conceito de originalidade no sistema jurídico de direitos autorais dos países civilistas (*civil law*), Daniel Gervais assevera que: “The traditional originality test in

com inovação (SOUZA, 2010a, p. 145). Necessário, ainda, diferenciá-los do que seria novidade e individualidade (RAMOS, 2009, p. 45-48). Trata-se de tarefa nada fácil, visto não haver consolidação do conceito de criatividade e do seu conteúdo. Em razão disso, utiliza-se a proposição de Carolina Ramos acerca da novidade. Além de designar algo diverso da *originalidade expressiva*, a novidade trata de uma criação que se “difere de todas as obras preexistentes”, ou seja, quando uma criação não é cópia de uma obra já existente (2009, p. 48). Embora a autora ressalte que o “conceito de novidade autoral é tão intrincado quanto o do contributo mínimo (se não fora ainda pior)”, aponta a controvérsia que envolve o tema utilizando os dizeres de Benjamin Kaplan:

“Novelty would in all events be a poor criterion [for copyrightability]. If it is difficult, perhaps an illusory, measure in the field of mechanical improvements, how much harder would it be in literature or the other arts. Starting even with the bias of an extreme Romanticism, how does one determine what is “new”, or significantly or importantly new? And is it newness, a fresh departure from the past, that we want uniquely to encourage by law? In time a standard of novelty would have to be debased or distorted, else copyright as a system would lose all viability.” (KAPLAN, 2002, p. 394 *apud* RAMOS, 2009, p.48)

Nesse mesmo caminho de criticar a romantização dos direitos de autor, Mark Rose destaca que “a criação de uma entidade metafísica, a "obra", levaria em outras palavras, a disputas metafísicas”(ROSE, 1988, p. 77), uma vez que envolveria toda uma redoma de conceitos confeccionados para, de alguma forma, justificar determinadas categorizações. Diante de uma série de casos em que nossos tribunais lidam todos os dias – envolvendo os limites da criação, o limite da proteção de uma obra, a identificação da *originalidade expressiva*, etc. – ficamos cada vez mais a mercê de decisões que arriscam determinar conceitos não determinados ou de difícil

France is that the work must express or reflect the author's personality, a fairly subjective notion to be sure. According to a French commentator, it was normal that such a subjective notion would emerge during the nineteenth century because "the modes of expression then in vogue - sculpture, painting and writings - is the expression of (inner) turmoil (tourmente) of the author, the emotional, subjective and non-rational aspect of human thought. In a way, what differentiates one work from another is its irrationality, a reflection of the author's own irrational mind." This approach, while understandable for the types of works mentioned (sculpture, writings and painting), does not mesh well with compilations and databases. Yet, the protection of several types of compilations has been recognized by French courts: statistical studies, comparative tables of television audience ratings or even specialized telephone directories and calendars. [...] In fact, recognizing that the classical test could not be used for newer types of works such as databases (compilations) and computer software, several French courts have tried to develop a new test or, more precisely, to elevate the classical test to a higher level of abstraction, by answering the following question: what is it that an author does to show her personality through a work? The fairly unanimous answer given by French courts is that creative choices make the difference”. (GERVAIS, 2002. p. 968-969).

determinação, especialmente em matéria de direitos autorais. Rose, então, menciona um famoso parecer em que o juiz Learned Hand distingue "originalidade" de "novidade":

“In a famous opinion in which he distinguished "originality" from "novelty" as the test of copyrightability, Judge Learned Hand somewhat impishly remarked in 1936: "If by some magic a man who had never known it were to compose anew Keats's Ode on a Grecian Urn, he would be an 'author,' and, if he copyrighted it, others might not copy that poem, though they might of course copy Keat's". One thinks of Jorge Luis Borges's fable "Pierre Menard, Author of the Quixote," in which a modern writer is presented whose great accomplishment has been to compose -not to copy but to write anew from his own experience-several chapters of Don Quixote. Every word in Pierre Menard's Quixote is identical to Cervantes', and yet the text, Borge insists, is different.” (ROSE, 1988, p. 77).

Nesse sentido, mesmo que se saiba do tratamento dado às obras intelectuais a partir de uma retórica proprietária, a instituição da propriedade é tão enraizada socialmente que os próprios juristas – e até mesmo alguns historiadores do direito – a consideram como uma ideia moral e transcendente que deve ser protegida (ROSE, 1988, p. 78). Dito isso, mais uma vez não resta dúvida que na própria diferenciação dos institutos – novidade e originalidade – de alguma maneira remete a justificação proprietária. Tem-se no próprio conceito de originalidade, por assim dizer, a necessidade e permissividade da noção de autor proprietário, que não passa, na melhor das hipóteses, de um termo problemático, uma vez que deveria salientar as várias maneiras em que a linguagem fala por meio do homem (ROSE, 1988, p. 78). Como dito – e levando em consideração o exposto – o termo individualidade designa algo diverso da *originalidade expressiva* a partir do momento em que ela diz respeito ao criador da obra e não à obra em si.

Assim, Ascensão (1997, p. 52) nos ensina que a individualidade significa a personalização de uma criação, ou seja, “em toda obra há de estar impressa a marca do seu autor”, fato que nos obriga a visualizar o traço do autor para identificar a individualidade, uma vez que “não é possível identificá-la, de forma dissociada, somente na obra” (RAMOS. 2009, p. 50). Nesse ínterim, destaca Ascensão:

“Parece-nos de fato impossível condicionar a tutela à verificação da marca da personalidade de determinado autor, impressa numa ‘obra’. A cultura de consumo leva a que a personificação seja mínima em grande número de casos. Mas fica sempre a exigência de que haja uma criação. Essa é imposta por lei e marca a diferença. Se se não exige que se reconheça uma personalidade, exige-se que reconheça, positivamente, que há um mínimo de criação. Um novo elemento que não constava do quadro de referências objetivas da comunidade, não

se apresentava como óbvio nem se reduz a uma aplicação unívoca de critérios preestabelecidos, foi introduzido por um ato criativo. Este é o fundamento de atribuição do Direito de Autor”. (ASCENSÃO, 1997, p. 52).

A individualidade, portanto, nos remete ao primeiro elemento essencial para proteção de uma criação: a humanidade. Trata-se da particularidade que imprime o caráter original e pessoal que determina a ligação entre criador e criatura, que caracterizaria a originalidade subjetiva¹⁵⁷. Afirma Souza que, em razão da originalidade subjetiva, pode a obra autoral ser entendida como reflexo da personalidade do autor – ainda que não necessariamente refletida por meio de um direito da personalidade em si – por ser uma das justificações da proteção da obra (SOUZA, 2010a, p. 145). No entanto, quando se analisa objetivamente o requisito da *originalidade expressiva* – originalidade objetiva – em determinada obra – a partir do que Ascensão chama de “mérito como requisito” de um mínimo de criatividade – significa a não banalidade¹⁵⁸. Ressalta-se, dessa forma, que a *originalidade expressiva* é essencial à obra para qualificá-la como protegida pelos direitos de autor, visto que, como ressalta Carolina Ramos, dentre outras funções, a *originalidade expressiva* se mostra como (i) um dos requisitos para aquisição de direitos de autor; (ii) um elemento chave na definição do que é obra; e (iii) elemento presente no próprio balanceamento justificador – entre o exclusivo autoral e o acesso à cultura – do direito de autor (RAMOS, 2009, p. 52).

Em síntese, é preciso que as obras manifestem ou reflitam “um certo cunho de personalidade, que tenha vida própria, que revelem, enfim, alguma *originalidade*” (CHAVES, 1987, p. 172) *expressiva*, em que seja possível identificar o liame subjetivo que imprime o caráter original e pessoal do autor em sua obra. Afirma-se, então, que a lei protege todas as obras independente de gênero, forma de expressão ou qualquer juízo de valor quanto ao merecimento ou não da proteção. O requisito da *originalidade expressiva* é, então, o elemento chave da lei de direitos autorais que compõe o seu significado, de forma geral, a partir da capacidade de criação de qualquer indivíduo independente da sua categorização como autor no sentido moderno¹⁵⁹. Dessa forma, a

¹⁵⁷Allan Rocha de Souza caracteriza a particularidade que imprime o caráter original, inimitável e pessoal que determina a ligação entre criador e criatura como originalidade subjetiva. (SOUZA, 2010, p. 145).

¹⁵⁸SOUZA, 2010A, p. 145. Também nesse sentido, José de Oliveira Ascensão afirma: “[...] a obra é essencialmente uma criação. E se há criação quando se sai do que está ao alcance de toda a gente para chegar a algo novo, a obra há de ter sempre aquele mérito que é inerente à criação, embora não tenha mais nenhum: o mérito de trazer algo que não é meramente banal.”(ASCENSÃO, 1997, p.58).

¹⁵⁹ Nesse sentido, a Comissão das Comunidades Europeias destaca: “The notion of originality is one of the key concepts in copyright law and forms part of the underlying justification for the statutory system of copyright protection for authors. Originality corresponds to the independent creativity of the author as

originalidade expressiva, como requisito e elemento de definição da obra e da justificação do direito de autor, seria, então, um meio capaz de possibilitar a sinalização de quais criações são realmente protegíveis pelos direitos de autor (RAMOS, 2007, p. 54). Não obstante, ressalta-se, ainda, que a *originalidade expressiva* não requer que a criação seja inovadora o bastante para destacar algo que era antes indisponível em nosso contexto de criações culturais, uma vez que as criações são fruto do meio cultural em que se vive.

Nesse sentido, a Declaração Universal sobre Diversidade Cultural destaca, em seu artigo primeiro, que a cultura adquire formas diversas através do tempo e do espaço, fato que se manifesta na originalidade e na pluralidade de identidades que caracteriza nossa sociedade¹⁶⁰, razão que, além de desmitificar o “gênio criador” aqui criticado, demonstra que o mínimo de criatividade exigido para a proteção de uma obra intelectual pode derivar de qualquer indivíduo. Há que se ressaltar – destacando o fato de que o que é criado se utiliza da cultura existente – que o próprio Shakespeare não escapa da constatação de similaridade de suas obras com obras de seus antepassados. Aponta Richard Posner, no entanto, que no tempo de Shakespeare, diferente dos tempos atuais, a criatividade era entendida como melhoria ou aperfeiçoamento e não originalidade (POSNER, 2007 p. 54), conceito que sofreu transformações ao longo do tempo (BRAUNEIS, 2010). É possível ressaltar, assim, que a utilização de obras preexistentes para a criação de uma obra nova não data de tempos recentes, razão pela qual é possível identificar institutos como o domínio público e as limitações aos direitos de autor constantes de nossa lei de direitos de autor. Nesse contexto, resume Carolina Ramos:

“[...] para que haja *contributo mínimo* não é necessário algo absolutamente inovador e diferente de tudo o que já se viu. É necessário apenas que haja uma junção de elementos que acabem por caracterizar uma criatividade na forma de expressão determinada criação. Esses elementos podem já estar presentes em meio cultural – e muito provavelmente já estarão –, pois não é a qualidade dos elementos que fará com que uma criação possua *contributo mínimo* (se

reflected in his or her literary or artistic creation.” (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. 2004, p. 13.

¹⁶⁰ A Declaração Universal sobre Diversidade Cultural em seu art. 1º dispõe que: “A cultura adquire formas diversas através do tempo e do espaço. Essa diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade de identidades que caracterizam os grupos e as sociedades que compõem a humanidade. Fonte de intercâmbios, de inovação e de criatividade, a diversidade cultural é, para o gênero humano, tão necessária como a diversidade biológica para a natureza. Nesse sentido, constitui o patrimônio comum da humanidade e deve ser reconhecida e consolidada em benefício das gerações presentes e futuras.” Declaração Universal sobre Diversidade Cultural. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>> Acesso em: 30 mar 2015.

é que poderíamos valorar que uma possível criatividade vinda do “nada” teria mais qualidade do que a transformativa) e sim a qualidade da forma com que eles são expressados somada à noção de que eles sejam suficientes para configurar a criatividade em determinada categoria de obra.”(RAMOS, 2010, p. 57).

Sendo assim, para que uma obra nova obtenha o requisito da *originalidade expressiva*, suscita-se a necessidade de traçar uma nova fronteira que deve ser buscada na contraposição entre os elementos existentes e a contribuição do criador. Haverá, dessa forma, a “obra, apesar da utilização de elementos precedentes, desde que haja um espaço de criação individual” (ASCENSÃO, 1997, P. 35). Menciona-se, ainda, o reconhecimento internacional do requisito da *originalidade expressiva*. Em uma análise literal da Convenção de Berna – e de forma semelhante ao acordo TRIPS¹⁶¹ – pode-se afirmar que não há menção à *originalidade expressiva* no sentido que aqui defendemos. Há, no entanto, menção de que são protegidas as “obras originais”¹⁶² no sentido de obra originária. No entanto, existem alguns desdobramentos interpretativos contrários a análise literal de alguns dispositivos da Convenção, especialmente ao que se refere à originalidade. Ressalta Daniel Gervais que, embora não exista uma definição do conceito de originalidade nos tratados internacionais, há algumas declarações registradas em conferências diplomáticas e comitês de especialistas reunidos sob a égide da Organização Mundial da Propriedade Intelectual que confirmam a exigência que a *originalidade expressiva* esteja presente na obra e que seja o único critério aplicável para a proteção da mesma (GERVAIS, 2002, p. 970-971). Nesse sentido, continua o autor:

“The expression "work" itself is only "defined" officially by the list of categories of works in Article 2 of the Berne Convention. However, a WIPO Committee of Experts concluded that this expression was synonymous with "intellectual creation," and that such creation should contain "an original structure of ideas or impressions." The same committee also noted that **originality "was an integral part of the definition of the concept of 'work'.** In its memorandum for the meeting of the Committee of Experts, the International Bureau of WIPO explained: Although this is not stated explicitly in Article 2(1) [of the Berne Convention], the context in which the words 'work' and

¹⁶¹ Afirma-se que, em matéria de direito de autor, o TRIPS incorpora parte substancial da Convenção de Berna, com exceção do 6 bis que trata dos direitos morais de autor. Sendo assim, tudo o que foi dito a respeito do *contributo mínimo* na Convenção de Berna vale também para o TRIPS, mesmo para aqueles membros que não assinaram a Convenção de Berna; pois todos os signatários do TRIPS estão vinculados ao texto da última revisão de Berna, revisão de Paris de 1971. (RAMOS, 2009, p. 77).

¹⁶² CONVENÇÃO DE BERNA. Artigo 2. 3: São protegidas como obras originais, sem prejuízo dos direitos de autor da obra original, as traduções, adaptações, arranjos musicais e outras transformações de uma obra literária ou artística. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/siii/docs/dec73-1978.pdf>> Acesso em: 2 abr 2015.

'author' are used in the Convention – closely related to each other – indicates that only those productions are considered works which are intellectual creations (and, consequently, only those persons are considered authors whose intellectual creative activity brings such works into existence). This is the first basic element of the notion of literary and artistic works. **The records of various diplomatic conferences adopting and revising the Berne Convention reflect that the reason why Article 2(1) of the Convention does not state explicitly that works are intellectual creations is that that element of the notion of works was considered to be evident.** (GERVAIS, 2002, p. 971-972)

Depreende-se, então, que não é possível afirmar que uma obra é uma criação se nela não há a *originalidade expressiva*. Contudo, a definição de obra não está clara nos estudos sobre direitos de autor de forma geral. Destacando essa indefinição, Masouyé no “*Guide to the Berne Convention*”¹⁶³ da OMPI assevera:

“It is worth noting that the Convention speaks of “works” but nowhere defines what is meant by the Word. But it is clear from its general tone that these must be intellectual creations (the words appears in paragraph (5) of Article 2). For this reason many national law, and the Tunis Model Law, provide that, to enjoy protection, the works must be original in the sense that they possess creativity”.(WIPO, 1978, p. 17)

Dessa forma, sem sabermos identificar o que é obra, não saberemos dizer se determinada proteção é ou não protegida por direitos de autor. Em razão disso, passamos a analisar os requisitos para proteção de uma obra para, ao fim, darmos nossa opinião sobre seu conceito. Toda obra passível de proteção pelos direitos autorais é uma obra humana, fato que exclui de tal proteção qualquer outra criação não humana¹⁶⁴. Para tomar forma, as obras partem de uma ideia do criador – pessoa humana – para se tornarem uma obra artística ou literária. Então, como primeiro requisito de proteção da obra intelectual, destaca-se o criador pessoa humana. Ressalta-se o componente da autoria que se destaca nesse requisito e se encontra presente em todo o contexto que depreende dos direitos autorais, uma vez que, como elemento fundador destes direitos, inexistente obra se não há um autor – pessoa humana – a quem ela possa ser atribuída. Consequentemente, o elemento autoria se deflagra por toda a contextualização desse e dos demais requisitos que envolvem a proteção da obra intelectual. Nesse sentido, Bruno Jorge Hammes assevera que não se trata de objeto protegível “o resultado obtido

¹⁶³WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION – WIPO. 1978. p. 17 *Apud* RAMOS, 2010, p. 70).

¹⁶⁴No que tange aos requisitos para a proteção da obra, Antônio Chaves afirma serem três: emanção do espírito, forma sensível e originalidade. (CHAVES, 1987, p. 166). Já José de Oliveira Ascensão indica serem necessários a criação do espírito, exteriorizadas, de caráter estético e original. (ASCENSÃO, 1992, p.57 e ss).

por um macaco que agarra um pincel embebido de tinta e o movimenta sobre um papel, uma parede, etc.” (HAMMES, 2002, p. 52). No mesmo caminho, José de Oliveira Ascensão defende que toda obra relevante é uma obra humana. Continua o autor:

“Uma forma natural, por mais bela que seja, não é obra literária ou artística; não é o quadro pintado por um animal; ou ferro retorcido encontrado nos destroços de um avião; ou formas caprichosas moldadas pela neve. Por mais sugestivos que sejam, não são obras humanas, e não podem, pois, usufruir da proteção do Direito de Autor.” (ASCENSÃO, 1997, p. 27).

O que, de fato, se pretende convencionar nesse primeiro requisito é que o autor – pessoa humana – é o criador intelectual de uma obra, ou seja, quem produz é sempre e só o criador intelectual (ASCENSÃO, 2007, p. 71.), mesmo que a titularidade do direito venha a ser de outra pessoa que não o autor. Identifica-se, no entanto, a exceção constante da obra publicitária que José de Oliveira Ascensão destaca como reconhecidamente protegida pela LDA na qualidade de obra coletiva¹⁶⁵, organizada por pessoa jurídica, que tem como autora (ou titular originária) a agência publicitária¹⁶⁶. Destacando a possibilidade da pessoa jurídica ser titular originário ou derivado da criação, Carlos Alberto Bittar ressalta que, apesar de ser própria da pessoa física, a criação de obras intelectuais também pode nascer no âmbito da pessoa jurídica, inclusive do Estado. Há, por exemplo, no setor das comunicações, empresas especializadas em idealizar e produzir “obras de engenho, concebidas e materializadas sob sua direção, de sorte que também podem ser titulares de direitos autorais” (BITTAR, 2008, p. 34), seja por via originária (pela criação) ou por derivada (pela transferência de direitos).

Diante do exposto, Carolina Tinoco Ramos sintetiza da seguinte forma:

“A questão aqui, entretanto – e esse é o requisito para aquisição de proteção por direito de autor – é que, seja uma pessoa jurídica chamada de “autora” ou “titular originária”, somente pode criar uma obra, somente pode ser o criador intelectual de uma obra, uma pessoa

¹⁶⁵BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais) Artigo 5º.: “Para os efeitos desta Lei, considera-se: [...] VIII - obra: [...] h) coletiva - a criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma”.

¹⁶⁶ De acordo com José de Oliveira Ascensão, “muitas vezes a obra é produzida na sequência de instruções da agência. Se essas instruções forem exaustivas, a titularidade do direito é somente da agência, porque a pessoa física é mero executor. Se forem instruções somente quanto a finalidade da obra, são irrelevantes no que respeita à determinação de titularidade. Se forem instruções relativas ao conteúdo, e nomeadamente se implicarem a “forma interna” da obra, a posição da empresa reforça-se. O processo criativo não é só da pessoa física, há uma verdadeira co-criação, que não pode deixar de ter relevância na distribuição de faculdades de utilização da obra.” (ASCENSÃO, 1997, p. 453-454).

humana. Até mesmo se a titularidade originária ou autoria de uma obra for conferida a uma pessoa jurídica, ainda assim, os criadores intelectuais serão sempre pessoas humanas que agiram como *longa manu* dessa pessoa jurídica.” (RAMOS, 2009, p. 145)

Como segundo requisito podemos destacar a qualificação da obra como literária e artística. Importa salientar essa especificidade em razão desoamente a obra literária e artística ser protegível pelos direitos autorais, não obstante todas as obras intelectuais serem protegidas. Obras intelectuais não literárias e não artísticas são protegidas pela propriedade industrial, por meio das marcas, patentes, etc. Sendo assim, os direitos autorais protegem a formalização das ideias e sua organização em uma obra literária ou artística. Ressalta-seo artigo 7º, §3º da LDA que prescreve que no domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial. Portanto, não faz parte do objeto dos direitos de autor quaisquer obras que não tenham expressão literária ou artística, assim como qualquer motivo que levou a criação de determinada obra. Ascensão destaca que a obra científica não é a teoria e sim a forma literária – e eventualmente artística – que a exprime, criticando a forma como a LDA toma como conceito básico a obra intelectual como “literária, artística ou científica”, sendo preferível usar a denominação utilizada pela Convenção de Berna: obras literárias ou artísticas (ASCENSAO, 1997, p. 37).

Nesse caminho, a criatividade é o terceiro requisito para proteção da obra artística ou literária. Uma vez que se entende que a obra é a forma de uma criação do espírito¹⁶⁷ – ou uma emanção do espírito¹⁶⁸ –, se conclui que as obras resultam da criatividade humana. A ausência deste “conteúdo humano” retira-lhe o caráter especial de criação de cunho interior e pessoal” (SOUZA, 2010b, p. 144), embora, atualmente, obras que pouco ou nada remetem a esta interioridade passaram a ser protegidas pelos direitos autorais, como o exemplo do banco de dados¹⁶⁹. Criticamos essa extensão da proteção autoral utilizando os aportes de Antonio Chaves (1982, p. 264) no sentido de que a lei não pode proteger indistintamente qualquer produção, visto que a proteção estaria reservada a obras que tenham certo cunho de personalidade. Observa Carlos Alberto Bittar que essa proteção não deve levar em conta o valor ou mérito da obra,

¹⁶⁷ Ver em: ASCENSÃO, 1992.

¹⁶⁸ Ver em: CHAVES, 1987.

¹⁶⁹ Para uma melhor reflexão sobre o tema, ver: ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito intelectual em metamorfose. in: *Revista de Direito Autoral*, ano 2, n. 4, São Paulo: ABDA e Lumen Juris, fev., 2006, p.3-24.

uma vez que não se pode fazer um juízo de valor intrínseco dela, visto o alto grau de subjetividade desse julgamento. No entanto, reconhecendo que a criatividade exige um mérito mínimo, destaca que as obras devem ser protegidas se revelarem um mínimo de criação (2005, p. 22). Ascensão segue a mesma linha ao utilizar o exemplo da “porno-chanchada” para afirmar que não se pode confundir obra com obra de qualidade, uma vez que aquela é uma obra protegida e qualquer julgamento sobre sua qualidade é irrelevante. Destaca, também, que o mínimo de criatividade ou originalidade deve ser exigido para proteção, visto que, por vezes, se torna essencial para determinar se há violação de direito de autor preexistente (1997, p. 50).

Permanecendo a obra somente no plano da ideia sem uma concretização, não há o requisito da exteriorização¹⁷⁰ da criação do espírito. Sem exteriorização não há proteção e, portanto, não há o quarto requisito para o enquadramento da obra nos direitos autorais. Trata-se de condição mínima da incidência da proteção, já que ideias ou simples abstrações amorfas não encontram respaldo jurídico, necessitando, por vezes, da inserção em um suporte (SOUZA, 2010b, p. 145). Destaca Ascensão que:

“[...] a criação do espírito não pode permanecer no foro íntimo. Tem de se exteriorizar ou manifestar por meio que seja captável aos sentidos. Esta exteriorização pode realiza-se das mais diversas maneiras, e os avanços técnicos permitem cada dia descobrir novos processos de expressão de criações do espírito. A ideia, para se comunicar, tem, pois, de descer da sua imaterialidade para encarnar numa determinada maneira de expressão. Essa maneira de expressão pode ser designada a forma, utilizando o sentido jurídico precípuo segundo o qual a forma se entende sempre um modo de manifestação.”(ASCENSÃO, 1997, p. 30)

¹⁷⁰ A legislação ordinária explicita este requisito no art. 7º, da Lei 9.610/98, nos seguintes termos: “São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas; II - as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza; III - as obras dramáticas e dramático-musicais; IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma; V - as composições musicais, tenham ou não letra; VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas; VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia; VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética; IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza; X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência; XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova; XII - os programas de computador; XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual. § 1º Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis. § 2º A proteção concedida no inciso XIII não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras. § 3º No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial.”

Nesse caminho, Denis Borges Barbosa (BARBOSA In BARBOSA; GRAUKUNTZ (Org), 2009. p. 389) observa que a criação intelectual trata de algo que, sempre intelectual, seja (a) destacado do seu originador, por ser objetivo, e não exclusivamente contido em sua subjetividade e que (b) tenha uma existência em si, reconhecível em face do universo circundante. A simples criação, como regra, “desde que expressa ou fixada (ou seja, objetivada), pode deflagrar um conjunto de consequências jurídicas”. Dito isto, a falta de objetivação em um ente destacado impede a constituição de direitos exclusivos, “tal se dá de maneira indireta: a exclusividade não nasce, porque não existe, para a substância, o bem incorpóreo”. Dessa maneira, a criação do espírito – base da obra literária ou artística – está associada à forma – essência da obra – em que a criação foi exteriorizada. Ou seja, a proteção está vinculada à forma expressiva. Allan Rocha de Souza esclarece:

“Estão contidos nesta colocação [exteriorização da obra] dois aspectos da obra em questão: o elemento interno, que é a própria criação, chamado de “corpo místico”¹⁷¹, e outro externo, onde é inscrita a criação, chamado de “corpo mecânico”¹⁷². A criação em si é uma abstração que pode, uma vez expressa, assumir diversas formas (um livro, um filme, uma peça teatral, etc). e ser encapsulada em tipos vários de suporte físico ou digital (livro impresso, livro eletrônico, CD, DVD, etc). O que de fato chama-se de original ou *máster* não é mais do que a primeira materialização da criação, sua expressão primitiva. Uma vez que o que se protege é a expressão e não os suportes onde são inseridas, faz-se possível ser titular de direitos reais sobre os suportes onde está inserida a obra, sem, contudo, ser titular de quaisquer direitos patrimoniais sobre a mesma.” (SOUZA, 2010a, p. 144).¹⁷³

Destaca-se, contudo, que, em se tratando de uma realidade incorpórea, a exteriorização da obra pode ser representada ainda imaterialmente, bastando que se

¹⁷¹“The corpus mysticum, the work considered as an immaterial good, remains property of the author on behalf of the original right of its creation. The corpus mechanicum consists of the exemplars of the book or of the work of art. It becomes the property of whoever has bought the material object in which the work has been reproduced or expressed. Seneca points out in De beneficiis (VII, 6) the difference between owning a thing and owning its use. He tells us that the bookseller Dorus had the habit of calling Cicero's books his own, while there are people who claim books their own because they have written them and other people that do the same because they have bought them. Seneca concludes that the books can be correctly said to belong to both, for it is true they belong to both, but in a different way”. (POZZO, 2006)

¹⁷² [Citação original] ARE, 1963, p. 217.

¹⁷³ Corroborando, Ascensão assevera, que “o direito de autor sobre a obra como coisa incorpórea é independente do direito de propriedade sobre as coisas materiais que sirvam de suporte à sua fixação ou comunicação”. Destaca-se, nesse contexto, que não se confunde a obra com o suporte material (*corpus mechanicum*) que a encerra, uma vez que, a título de exemplo, “a obra musical não é a partitura musical: por isso não se perde, se se destruírem todos os exemplares, enquanto houver possibilidade de ser reconstituída”¹⁷³. O que se protege, de fato, é o *corpus mysticum*, ou seja, a criação intelectual. (ASCENSÃO, 1997, p. 31).

desponte aos sentidos(ASCENSÃO, 1997, p. 30). Como destaca Camila Ramos, a Convenção de Berna deixa a critério do direito interno dos Estados signatários que a fixação também em suporte físico – não aceitando somente a mera expressão – seja um requisito para proteção, como acontece em países como Estados Unidos e Reino Unido. No entanto, utilizando a ressalva de Ysolde Gendreau¹⁷⁴, a autora destaca “a tendência moderna de que somente o requisito da exteriorização seja adotado em detrimento do da fixação” (RAMOS, 2009, p. 149).

Além dos requisitos expostos, Carolina Ramos acrescenta mais dois: a obra não deve estar presente no rol de proibições legais e tem que ser nova. Expõe a autora que, na medida em que a legislação nacional estabeleceu um rol negativo de proteção pelos direitos autorais¹⁷⁵, tal rol passa a ser uma diretriz para identificação daquilo que não pode ser protegido pelos direitos de autor. Seria, então, uma espécie de filtro pelo qual a criação deve passar (RAMOS, 2009, p. 152). No que se refere à obra nova, ou seja, à novidade, ela “não deve ser igual a nenhuma outra obra” existente. Este requisito deriva da noção de que “apenas o que é novo pode ser objeto de apropriação” (RAMOS, 2009, p. 152) e de que a criação que dá origem à proteção, não a cópia ou uso de algo já existente. Esse uso seria no sentido de que a criação não pode ser cópia de uma obra que já existe, de modo que seria uma cópia ou reprodução anterior (RAMOS, 2009, p. 152). Destaca-se, dessa forma, que a novidade que se fala deve ser desprovida de qualquer subjetivismo, uma vez que o que é necessário é que a expressão tenha um viés pessoal, particular, e seja expressa em uma obra nova.

Após cumprir os requisitos até aqui expostos, a obra deve atender ao requisito da originalidade expressiva que, em parte, foi aqui exposto. Deixamos, no entanto, para acrescentar algumas considerações daqui em diante para melhor compreensão. Quando falamos em *originalidade expressiva*, nos referimos àquilo que, de alguma forma, separa a criação nova de todas as outras já existentes. É o mínimo de criatividade que, independe de juízo de valor e despido de qualquer subjetivismo, justifica a proteção da obra que contribui para a cultura com algo até então fora do alcance de todos. Embora

¹⁷⁴ [Nota original] UNCTAD-ICTSD. 2005. p. 148

¹⁷⁵ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei 9.610/98. Art. 8º: “Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: I - as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais; II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios; III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções; IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais; V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas; VI - os nomes e títulos isolados; VII - o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras.”

saibamos do tratamento proprietário dado às obras intelectuais que atinge, entre outras coisas, o conceito de originalidade, parece haver um consenso acerca do paradoxo estrutural que permeia a disciplina dos direitos autorais. A questão aqui, no entanto, é externalizar como essa construção proprietária compromete uma série de direitos que, querendo ou não, decorrem ou justificam os direitos autorais, tais como os direitos culturais, o direito de se expressar livremente, o direito de acesso à informação e ao conhecimento, a função social da propriedade e assim por diante. Direitos esses de grandíssima importância em um Estado Democrático de Direito. Sendo assim, a *originalidade expressiva* aqui defendida deve salientar as várias maneiras em que a linguagem fala por meio de qualquer indivíduo que imprime o caráter original e pessoal capaz de determinar a ligação entre criador e a obra e exteriorizar a sua individualidade.

A *originalidade expressiva*, então, reflete duas características que se interligam: a *originalidade expressiva subjetiva*, que pode ser entendida como reflexo da personalidade do autor – ainda que não necessariamente refletida por meio de um direito da personalidade em si – e a *originalidade expressiva objetiva*, que seria a não banalidade ou mínimo de criatividade. Ressalta-se, nesse ínterim, que a lei – e sua interpretação – deve proteger todas as obras independente de gênero, forma de expressão ou juízo de valor quanto ao merecimento ou não da proteção. A *originalidade expressiva* não requer que a criação traga algo que era antes indisponível em nosso contexto de criações culturais, mas a expressão na obra de um mínimo de criatividade. Como menciona Ramos, “a vinculação do conceito de obra ao autor é apenas um lado da moeda, o outro é o reconhecimento dos requisitos” (RAMOS, 2009, p. 161) e, dentre eles, a *originalidade expressiva*. Dessa forma, entende-se por obra a criação literária ou artística em que o autor, pessoa humana, exterioriza minimamente a sua criatividade a fim de contribuir para a cultura com algo até então fora do alcance de todos, em que o seu resultado se difere das proibições legais¹⁷⁶. Há, aqui, uma tentativa de sistematizar o conceito de obra para que, na prática, seja possível classificar uma criação como tal.

2.3. Obras audiovisuais coletivas, derivadas e transformadas.

¹⁷⁶ Há, nesse passo, a definição de obra dada por Carolina Tinoco Ramos: Portanto, podemos propor o seguinte conceito *jurídico* para obra: (i) um constructo o qual (ii) está ausente da lista de proibições legais e possui um mínimo grau de criatividade e (iii) foi criado por uma pessoa humana com imputação de autoria por seu resultado final. A partir dessa concepção poderemos mais facilmente identificar a criação objeto do direito de autor sem ficarmos escravos das listas de enumeração exemplificativa. (RAMOS, 2009, p.163)

A razão pela qual nos dispusemos a enumerar os requisitos acima e a estabelecer um conceito reside na tentativa de estabelecer uma diretriz para entendermos o que se considera uma obra intelectual, uma vez que não há uma definição do conceito de obra e, além disso, poucos estudos discutem algum caminho para defini-la. Sendo assim, partiremos para a classificação daquelas que tem maior relevância para o tema em voga. O audiovisual se refere a uma categoria que absorve uma vasta gama de produções de cinematografia sonora. De acordo com Allan Rocha de Souza, as obras audiovisuais são aquelas que, “fixadas ou transmitidas, projetam imagens que criam a impressão de movimento, com sincronização sonora ou não, com ou sem diálogo”, independentemente do suporte tecnológico onde são fixadas ou dos meios através dos quais são transmitidas (SOUZA, 2010a, p. 142). Para o autor, a característica que distingue a obra audiovisual das demais obras se dá na existência de um conjunto de imagens que, quando projetadas, criam impressão de movimento (SOUZA, 2010a, p. 142).

No entanto, para haver criação e, conseqüentemente, a proteção pelos direitos de autor, tal obra deve ter elementos em que seja possível identificar o caráter artístico “traduzido na escolha dos objetivos, dos ângulos, das sequências” (ASCENSÃO, 1997, p. 429), etc, ou seja, em que seja possível identificar a *originalidade expressiva*. Na Lei de Direitos Autorais, em seu art. 5, inciso VIII, i, a definição da obra audiovisual consiste na afirmação de que ela resulta “da fixação de imagens com ou sem som, que tenha a finalidade de criar, por meio de sua reprodução, a impressão de movimento, independentemente dos processos de sua captação, do suporte usado inicialmente ou posteriormente para fixá-lo, bem como dos meios utilizados para sua veiculação”. Sendo assim, as obras audiovisuais¹⁷⁷ são:

“[...] os filmes, documentários, seriados, novelas, telejornais, publicidade, desenhos animados, propaganda política, eventos esportivos, entre outros. Nestas, as imagens podem ser transmitidas diretamente ou fixadas – gravadas em um suporte – para uso privado ou para transmissão e exibição pública posteriores. As matrizes onde são fixadas as imagens (película ou fita magnética); os meios de sua fixação (análogo ou digital); os suportes onde as imagens são reproduzidas (CD, DVD, etc.); as formas de transmissão (fibrótica, cabo, satélite, ondas hertzianas, etc.); os locais de exibição (especificamente destinados a este fim ou não); a duração (curtíssima, curta, média ou longa); o gênero (a categoria onde se enquadra: romance, drama, comédia); o estilo (forma de expressão do criador); as formas de financiamento (público ou privado); os fins a que se destinam (comerciais, educacionais, culturais, etc.); todos são aspectos

¹⁷⁷Para maiores informações, ver DUARTE; CASTRO, 2007.

igualmente irrelevantes para a caracterização da obra comosendo audiovisual.” (SOUZA, 2010a, p. 142).

Para caracterizar a obra audiovisual como tal é necessário que o resultado final se dê a partir da fixação de imagens, com ou sem som, que tenham a finalidade de criara impressão de movimento por meio de sua reprodução. Há, nesse contexto, uma complexidade tão grande de elementos que compõem a obra audiovisual que ela figura, de acordo com a nossa lei, entre as obras coletivas (SOUZA, 2008, p. 4298). Como menciona Chaves, os elementos necessários para a construção de uma obra audiovisual – produção, roteiro, direção, trilha sonora, etc – são indissolivelmente ligados, existindo uns em função dos outros com o mesmo objetivo (CHAVES, 1987. p. 337). A obra audiovisual tem sua autoria atribuída conjuntamente ao autor do argumento e ao diretor¹⁷⁸. Por analogia, essa lógica se estende às demais obras coletivas (SOUZA, 2008, p. 3). No entanto, ressalta Ascensão que a primazia do diretor é evidente em relação aos restantes de colaboradores da obra, uma vez que eles “fornecem contributos que são depois incorporados na nova obra pelo criador desta, o diretor” (ASCENSÃO, 1997, p. 431). Segue o autor:

Se excluirmos o diretor, vemos que as criações que todos eles realizam para o filme são criações subordinadas. É ao diretor que compete justamente coordenar todas as intervenções, de maneira a atingir-se a obra única em que o filme consiste. Só ele realiza uma criação livre. Decerto que os restantes intervenientes podem criar autênticas obras. Em relação a estas, eles são autores. Mas essas obras não são a obra cinematográfica, são obras de gênero diferente. Só o diretor domina finalisticamente as criações parciais, **de modo a atingir-se a sua integração na obra unitária, o filme**, do qual ele é na realidade o único autor. (ASCENSÃO, 1997, p. 433). (*grifo nosso*)

O filme, então, em abstrato, seria uma obra unitária, com o intuito de propor o entendimento de que a obra cinematográfica é uma nova unidade, não somente a junção de criações parceladas. Vê-se, assim, o requisito da *originalidade expressiva* presente nesse entendimento, a partir do momento em que essa obra nova deve, mesmo se utilizando da contribuição criativa de outras pessoas, trazer um mínimo de criatividade a partir da autoria do diretor. Além disso, a problemática existente entre a configuração da obra cinematográfica como coletiva, em colaboração ou de autoria individual nos

¹⁷⁸BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei 9.610/98. Lei 9.610/98, art. 16: São coautores da obra audiovisual o autor do assunto ou argumento literário, musical ou lítero-musical e o diretor. Parágrafo único. Consideram-se coautores de desenhos animados os que criam os desenhos utilizados na obra audiovisual.

remete a questão não resolvida entre a qualificação da atividade cinematográfica como industrial ou artística (KAMINA, 2002, p. 130-137). Este problema só pode ser compreendido, de acordo com Souza (2010b, p. 148), depois de identificadas as contribuições artísticas individuais que, conjugadas, resultam em uma obra complexa que se difere das criações particulares. Nesse sentido, Chaves assevera que saber quais são os que, participando da elaboração de um filme, tem a qualidade de autor, depende das circunstâncias de fato, uma vez que é possível dizer, *a priori*, qual colaborador terá essa qualidade dentro de uma obra audiovisual (CHAVES, 1987, p. 33). O conjunto específico dessas colaborações consideradas artístico e juridicamente relevantes varia bastante nas legislações nacionais.

Como destaca Souza, isso implica na conclusão de que a interpretação jurídica desse quadro está sujeita ao arbitramento legislativo que, ampliando ou mesmo restringido a autoria dentro da obra audiovisual, depende do processo de cada produção individualmente considerada (SOUZA, 2010b, p. 148). Essa lógica, obviamente, serve para a obra audiovisual documental, uma vez que se trata de uma espécie de obra audiovisual que se enquadra em uma das categorias de obra cinematográfica. Embora com suas devidas peculiaridades, a obra audiovisual documental acaba por absorver as discussões aqui suscitadas e até outras. Sendo assim, ponto comum entre tais obras é o primeiro passo para a produção, que se dá por meio da aquisição contratual da história sobre a qual o filme será filmado, podendo essa história ser uma pré-existente – que será adaptada – ou uma história original. A partir disso, entra em cena o trabalho do roteirista – com o desenvolvimento da história, a criação das personagens, etc. –, a inclusão de obra musical ou lítero-musical – que tem por objetivo o direito de sincronização musical, podendo tais obras já existirem ou serem elaboradas especificamente para o filme ou documentário –, dentre outras coisas.

Depreende-se, então, que uma obra audiovisual é extremamente complexa, uma vez que demanda a integração de criações diversas em uma obra final diversa¹⁷⁹, corroborando, assim, o defendido por Ascensão: a obra audiovisual nova é uma nova unidade e não somente uma junção de criações (ASCENSÃO, 1992, p. 510). Figura de grande importância na produção audiovisual é o produtor que, além de ser titular do

¹⁷⁹Segundo Aída Marques “alguns diretores chamam a atenção para o fato de que o filme renasce a cada etapa da produção, condição necessária para que chegue ao seu destino final com vivacidade e pulsação. O que se filma, dizem, não é mais o que está escrito. E o que sai da sala de montagem não é mais o que foi filmado. A feitura do filme, obra viva e coletiva, é um processo de constante renovação”. (MARQUES, 2007, p. 21).

direito patrimonial da obra, figura em todos os contratos relacionados à obra. O exercício desses direitos, no entanto, deve sempre respeitar os direitos pessoais dos criadores individuais, como o direito moral de paternidade¹⁸⁰. Deixando a discussão sobre os aspectos econômicos da produção da obra para o próximo capítulo, destaca-se aqui a complexidade desse contexto que é cercado de contribuições criativas inúmeras, questões jurídicas, econômicas e de dificuldade de definição, como já demonstrado. Sendo assim, defende-se que a obra audiovisual em geral não pode ser categorizada estaticamente como esse ou aquele tipo de obra – seja coletiva (MORATO, 2007, p. 170-174), coletiva mista (CRIVELLI, 2008, p. 154-157), em colaboração (CHAVES, 1987, p. 35) ou de autoria singular (ASCENSÃO, 1992, p. 516-518) – uma vez que depende do processo de produção.

Nesse contexto, é possível afirmar que os principais efeitos dessa classificação estão na determinação da natureza da titularidade do detentor dos direitos patrimoniais – se originária ou derivada – e na repartição de receitas advindas da exibição pública. Dito isso, “para todos os fins, advoga-se que qualquer determinação legal deverá ser arbitrada e, nesse sentido, o sistema jurídico nacional adotou o regime de colaboração para as obras audiovisuais” (SOUZA, 2010 p. 154). Dentre as criações intelectuais originadoras das obras, existe a possibilidade de, a partir de uma obra audiovisual, constituir-se uma criação intelectual nova que resultaria da transformação da obra originária, conforme previsão expressa do art. 5º., inciso VIII, g de LDA. Trata-se da obra derivada. No entanto, essa definição legal não nos permite entender claramente o que, de fato, é uma obra derivada. Necessário seria esclarecer até que ponto uma obra é nova ou não e o que se quer dizer sobre a transformação da obra originária para que seu resultado seja considerado obra derivada e se distancie do plágio¹⁸¹.

De acordo com Celso de Oliveira Santos, é obra derivada, no Brasil, aquela obra que, contendo trechos de uma ou mais obras preexistentes, não prejudique a exploração desta(s), não cause danos aos interesses de seu(s) autor(es), e não tenha por finalidade

¹⁸⁰Determina a Lei 9.610/98, em seu art. 81, § 2º, que: “§ 2º Em cada cópia da obra audiovisual, mencionará o produtor: I -o título da obra audiovisual; II - os nomes ou pseudônimos do diretor e dos demais coautores; III - o título da obra adaptada e seu autor, se for o caso; IV - os artistas intérpretes; V - o ano de publicação; VI - o seu nome ou marca que o identifique”.

¹⁸¹ Esclarecem Landes e Posner que só se dá importância ao plágio se um mínimo grau de criatividade – ou *originalidade expressiva* – for considerado importante para determinada situação. “Plagiarism is also innocent – indeed, efficient – when no *value* is attached to originality; so judges, who try to conceal originality and pretend that their decisions are foreordained, “steal” freely from each other without attribution. Judges cite cases a lot but rarely mention the author of the opinion they are citing; nor will the reader ordinarily recognize the author from the name of the case or bother to look him up.” (LANDES.; POSNER, 2003. p. 63).

principal a “reprodução da(a) obra(s) originária(s), visando a ser, no mínimo, uma nova interpretação, diferente da original, dada ao contexto que se retrata na obra derivada.” Há, nesse sentido, uma conexão com o artigo 46, VIII da LDA¹⁸². Entretanto, pondera Santos que, apesar de existirem no ordenamento brasileiro dispositivos definindo, classificando, protegendo e regulando sobre a obra derivada, estes dispositivos não são suficientemente completos a ponto de permitir uma diferenciação clara e objetiva entre obra derivada e plágio, incluindo para fins de apurar a finalidade e a forma como ocorre a utilização da obra originária na criação de novo material (SANTOS, 2011). Contudo, faz-se possível, ainda, trazer para a discussão também o limite entre a obra derivada e a obra transformada. Porém, vamos por partes.

Sabe-se que a discussão acerca da diferenciação da obra derivada e do plágio teve início no *United States Copyright Office*, na circular 14, que define a obra derivada como uma obra baseada em ou derivada de uma ou mais obras preexistentes, conhecida, normalmente, como uma “nova versão” ou “nova edição” (RAMOS, 2009, p. 183). Embora o *United States Copyright Office* elenque uma série de exemplos do que seriam as obras derivadas, ainda assim não foi capaz de delimitar o que é inspiração e o que é plágio e como medi-los de forma justa e eficiente. Em razão de não haver uma determinação jurídica mais precisa sobre a obra derivada é indispensável a análise em concreto, especialmente em razão de nem todo tipo de criação que utilize pequenos trechos de obras preexistentes caracterizar uma obra derivada. De acordo com Carolina Ramos, se uma utilização criativa se vale de uma obra originária e não há suficiente *originalidade expressiva* que as separe, figura-se o plágio. Caso que não ocorre quando é possível identificar essa separação (RAMOS, 2009, p. 183).

Contudo, o que aqui se discute não se confunde com o que viria a ser uma obra derivada, uma citação¹⁸³ ou uma paródia¹⁸⁴. A obra transformada se constitui de elementos transformados (ou reformulados, ou recontextualizados) de obras

¹⁸²BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei 9.610/98, art. 46: Não constitui ofensa aos direitos autorais: VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

¹⁸³ “Permite-se a citação de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica.” (ASCENÇÃO1997, p. 259).

¹⁸⁴Segundo Posner, “the highest kind of parody may be defined as a humorous and aesthetically satisfying composition in prose or verse, usually written without malice, in which, by means of a rigidly controlled distortion, the most striking peculiarities of subject matter and style of a literary work, an author, or a school or type of writing, are exaggerated in such a way as to lead to an implicit value judgment of the original”.(LANDES;POSNER; 2003, p. 148-149).

preexistentes, modificando sua mensagem ou sentido. Seria legitimamente obra nova original para fins jurídicos. Trata-se de um conceito já bastante discutido no segmento das artes visuais¹⁸⁵ e, mais recentemente, da música¹⁸⁶, mas ainda relativamente pouco estudado na linguagem videográfica. A identificação, no entanto, da quantidade de *originalidade expressiva* para essa obra nova transformada adquirir proteção pelos direitos autorais é maior que a necessária para a configuração de uma primígena. Ann Bartow (2004, p. 75) destaca o paradoxo do *quantum* de criatividade:

“Individuals who devote a substantial amount of time and energy into authoring new creativeness in other fields or professions, however, may be painfully aware of their susceptibility to accusations of illicit copying. Apprehension about being accused of copyright-infringing copying may dissuade and discourage potential authors from productively building on pre-existing creative works. This fear is created in part by the creativity quantum paradox: it takes very little creativity to engender an entitlement to copyright protection, but, at least rhetorically, seems to take much more creativity, effort and ingenuity to avoid infringing another work.” (BARTOW, 2004, p. 89)

No entanto, como destaca Bartow, há uma necessidade – por parte dos julgadores e doutrinadores – de classificar as transformações criativas em apenas duas opções disponíveis: plágio ou *fair use*. Parece não haver a possibilidade de discernir a falta de similaridade substancial que as classificaria de outra maneira, especialmente em relação ao plágio. Há a percepção de que o próprio ato de copiar é uma maldade. Contudo, faz-se necessário compreender que se admite legalmente a utilização de pequenos trechos de obras, descaracterizando-se o plágio desde que se identifique a contribuição do autor (BARTOW, 2003-2004, p. 75). Importa salientar a importância da existência de critérios em que seja possível identificar a *originalidade expressiva*, a fim

¹⁸⁵ Utiliza-se o exemplo do conceito artístico de Andy Warhol para explicar o que se pretende na discussão sobre essa nova forma de uso da obra audiovisual. Precursor da Pop Art, cujo trabalho permeia diferentes mídias (pintura, escultura, fotografia, cinema, arte performática, instalações) sendo marcado pela transformação dessas obras já existentes, no que diz respeito à mensagem ou ao sentido antes dado a elas, Warhol defendia a libertação dos conceitos sobre as coisas e suas essencialidades, valendo-se de figuras das artes em geral, cujas dimensões agigantadas expõem a objetividade de seus seres, exatamente na significação mais popular de suas iconicidades: a sedução. É nessa compleição que se entende a sensibilidade com que ele conseguiu captar o sinal dos tempos e, possivelmente, tenha sido o precursor da dessimbolização. Algumas das figuras criadas por Warhol foram os imensos posters de artistas famosos como o de Marilyn Monroe. Neles, a dessimbolização fica totalmente explícita na medida em que capta, muito mais que as formas, uma espécie de ícone. Propõe movimento. Já não se trata mais de uma simples reprodução fotográfica; a figura impõe a presença do próprio sujeito representado, dando uma resignificação ao seu sentido inicial. (CATTANI, 2002, p. 51).

¹⁸⁶ No universo da música, um remix é, geralmente, uma reinterpretação de uma música pré-existente a partir da prática de *sampling*, o ato de copiar e colar popularmente conhecido como *control+c* e *control+v*. Trata-se de um processo transformativo por meio do qual os meios e as informações que organizados e compartilhados podem ser recombinaados e construídos de modo a criar novas formas, conceitos e ideias”. (MANOVICH, 2005).

de demarcar a separação entre obra originária, obra derivada, obra transformada, plágio e infração de direitos de autor. Landes e Posner (2003, p. 90) discorrem sobre essa importância:

“The main function of conditioning copyright protection on a showing of some originality is not to reduce monopoly power but to lighten the evidentiary burden on the courts of having to decide whether two virtually indistinguishable works (indistinguishable because they contain trivial amounts of original expression – maybe both copies, with negligible alterations in format, of the same railroad timetable) were independently created or one was copied from the other; and for this purpose a minimal requirement of originality is sufficient.” (LANDES; POSNER, 2003, p. 90)

No presente estudo, nos deteremos nas especificidades que identificam uma obra artística e literária como uma obra transformada, embora nos reportem, em certos aspectos, à mesma discussão que consta da obra derivada: as limitações aos direitos de autor e, mais especificamente, a autorização da utilização de pequenos trechos. Destaca-se, dessa maneira, que a utilização de obras existentes se estende para todo o contexto da obra audiovisual, embora especificamente aqui nos detenhamos à produção de documentários, a partir do entendimento de que os documentários são tanto forma de expressão social quanto registro de acontecimentos, enfatizando sua importância para divulgação e promoção do conhecimento. Sendo assim, ressalta-se a importância da promoção da cultura, do conhecimento e da informação para que se forme uma sociedade mais justa e solidária, no sentido pelo qual a Constituição Federal do Brasil foi insculpida. Nota-se a importância das indústrias de transformação cultural – diretamente afetada pelas limitações aos direitos autorais – para ilustrar a perspectiva econômica que justifica essa pesquisa, a partir das evidências do impacto dessas indústrias em vários países – principalmente os desenvolvidos, uma vez que nos países em desenvolvimento a situação não encontra a mesma estabilidade¹⁸⁷.

Segundo o Creative Economy Report 2013¹⁸⁸, a cultura é um motor de desenvolvimento, liderado pelo crescimento da economia criativa em geral e das indústrias criativas e culturais, em particular, reconhecido não só pelo seu valor

¹⁸⁷ Como exceção, os países asiáticos, liderados pela China, experimentaram um rápido crescimento em capacidade criativa e foram beneficiados de uma maior competitividade desses produtos e serviços criativos nos mercados mundiais ao longo da última década. Por outro lado, em outras áreas do mundo, especificamente em países em desenvolvimento, a economia criativa não foi capaz de realizar seu pleno potencial e os países mais pobres continuam a ser os *players* marginais nos mercados mundiais de bens e serviços criativos. Ver em: Creative Economic Report 2013. Disponível em: <www.unesco.org/culture/pdf/creative-economy-report-2013.pdf>. Acesso em: 11 ago 2014.

¹⁸⁸ Creative Economic Report, 2013.

econômico, mas também cada vez mais pelo seu papel na produção de novas ideias ou tecnologias criativas, e seus não monetizáveis benefícios sociais. A partir dessa perspectiva, destaca-se a importância de políticas públicas para regulamentação da utilização de obras preexistentes como recurso criativo, a fim de buscar a segurança jurídica por meio de normas que previnam conflitos, que equilibrem a representação dos interesses na legislação e que coíbam abusos dos titulares dos direitos autorais, com o intuito de adequar a legislação à progressiva concretização do direito fundamental à informação, ao conhecimento, à cultura e à liberdade de expressão cultural.

CAPÍTULO III

3. Usos Transformativos na Obra Audiovisual

3.1. Panorama das limitações no direito autoral.

Na atual legislação autoral, as limitações aos direitos do autor se encontram elencadas nos artigos 46, 47 e 48 da Lei de Direitos do Autor (LDA). Tais limitações determinam o espaço para “usos livres das obras autorais durante o tempo de duração da

proteção, que representam o interesse público na proteção dos bens intelectuais”¹⁸⁹. São compostas de limites intrínsecos e extrínsecos, sendo aqueles expressos na LDA e compostos por limites temporais ou verticais (tem relação com a própria temporalidade da proteção e seus prazos de duração) e atemporais ou horizontais (aqueles que independem do transcurso de qualquer prazo e refletem os interesses e necessidades imediatas da coletividade) (SOUZA, 2010a, p. 168). Analisando especificamente o artigo 46, suas alíneas “a” e “b” do inciso I¹⁹⁰ tutelam o direito à informação, haja vista tratarem da circulação de conteúdo informativo e noticioso expresso nas obras autorais e da reprodução em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza.

Outro dispositivo que trata do tema é o inciso III¹⁹¹ do mesmo artigo que existe como forma de resguardar a garantia do direito à informação e ao conhecimento. Uma análise, *a priori*, do que a norma pretende regular, não nos parece haver grandes questionamentos, mas a doutrina chega a ir de encontro à literalidade do dispositivo quando diz respeito ao alcance dos termos “notícia ou artigo informativo”. Há quem entenda que as “notícias publicadas não são obras”, fato que não justificaria a incidência dos direitos de autor sobre elas, contudo o mesmo não ocorre “com artigos informativos, que são obras e não há dúvida de que têm tutela autoral” (ADOLFO, 2005, p. 20)¹⁹². Nesse contexto, como em quase tudo que diz respeito às limitações –

¹⁸⁹ “Neste conjunto de artigos estão incorporados diversos preceitos que, em síntese, permitem o uso das obras autorais na produção de prova judicial ou administrativa, para o humor, sendo possível assim fazer paródias e paráfrases utilizando-se as obras protegidas, como fazem os programas televisivos ao utilizarem músicas ou interpretações conhecidas para fazer chacota e humor, e o uso acessório destas obras para apresentar as qualidades e características dos produtos sendo comercializados, como aparelhos de som ou televisões. Também são livres a reprodução das obras situadas em lugares como as praças e jardins públicos, a reprodução em *braille* para os deficientes visuais, os discursos públicos, os retratos encomendados de alguém, pelo proprietário do objeto, ressalvada a oposição da pessoa representada ou seus herdeiros.” (SOUZA, 2010. p. 168.)

¹⁹⁰ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei 9.610/98, art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: I - a reprodução: a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos; b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza; c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros; d) 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;

¹⁹¹ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei 9.610/98, art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;

¹⁹² Como destaca Bruno Lewicki, a jurisprudência não é menos tuteante – no sentido de trazer a noção de autor sacralizado que justificaria qualquer tipo de restrição ao uso por terceiros – quando, na decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro excluiu a reprodução de uma entrevista da incidência da

“as quais estarão sempre, em alguma medida, “refêns” das circunstâncias” (LEWICKI, 2007, p. 111) –, não parece possível delimitar todas as possibilidades de aplicação da norma, porém se releva a necessidade da proteção do direito constitucional à informação, expresso na Constituição em seu artigo 5º, inciso XIV, como esclarece Souza:

“Busca-se aqui permitir a circulação do conhecimento e a utilização destas obras para fins educativos e de conhecimento, para criticar e também para polemizar, autorizando para isso a reprodução de alguns trechos da obra em questão, uma vez que significativos, e na medida de sua relevância, para os objetivos propostos. Encontram abrigo aqui as citações que fazemos quando elaborando um trabalho acadêmico ou jornalístico, seja este último para fins informativos, críticos ou visando instaurar polêmica e debates.” (SOUZA, 2010, p. 170)

A alínea “c” do inciso I pouco tem a ver com as limitações em si, já que existem apontamentos de que este dispositivo trata do direito à imagem. Para Lewicki, a referência à imagem seria melhor protegida levando em conta a menção dos possíveis prejuízos injustificados aos legítimos interesses dos autores constante no inciso VIII¹⁹³ do artigo 46 da LDA, “abrindo a possibilidade de um autor se opor ao uso de obras de sua autoria que possa causar lesão aos seus direitos da personalidade”(LEWICKI, 2007, p. 111). Outra alínea que compõe o primeiro inciso é a “d”, que diz respeito à inserção social dos deficientes físicos, mandamento absorvido de disposições constitucionais expressas¹⁹⁴. Duramente atacada pela doutrina, ela demonstra como os doutrinadores autoristas enxergam as limitações aos direitos do autor, uma vez que se chegou a afirmar, como justificativa para desprezo deste dispositivo, que:

“Não deixa de ser louvável essa introdução ao capítulo das exceções aos direitos do autor, por ter um espírito humanitário. No entanto, uma questão que se impõe é de que o deficiente visual não pressupõe, necessariamente, incapacidade visual financeira. Há que se superar a incapacidade visual da incapacidade financeira. [...] Outra questão que

limitação da alínea “a” por entender que: “como a entrevista não é mera obra jornalística informativa, por conter traços da personalidade do autor, não configura excludente da proteção autoral, e, a sua republicação não entra abrigo no direito de citação ou de informação”. O acórdão chega a mencionar que: “v.g., Marília Gabriela e Jô Soares, são completamente diferentes daquele que se obteria se o mesmo entrevistado o fosse por um jornalista que possua as mesmas técnicas, carisma e/ou notoriedade”. Defende Lewicki que “tal arguição de mérito é inaceitável”, posição a qual nos filiamos. (LEWICKI, 2007, p. 111)

¹⁹³ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei 9.610/98, art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores

¹⁹⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, arts. 23, II, 24, XIV e 208, III.

se impõe: por que o autor de determinada obra se vê obrigado a abrir mão de sua remuneração, quando o Estado não isenta o deficiente visual do pagamento de impostos? E os direitos autorais dos autores cegos? Por essa limitação, eles também não teriam qualquer remuneração quando da reprodução de suas obras em Braille? Podemos considerar que há um conflito de direitos nessa questão.” (JUNDI, 2004, p. 178)

Comentando tal afirmativa, Bruno Lewicki defende que:

“Em leitura mais contida, apregoou-se “cautela com a possibilidade de exploração anunciada sem fins lucrativos em prejuízo do autor, se assim agirem camuflada ou disfarçadamente os utilizadores”. Não vislumbramos, contudo, muitas possibilidades factíveis de “exploração comercial camuflada” de livros em Braille; talvez pudesse ocorrer na hipótese que suscitamos referente aos “audiolivros”. Deve, evidentemente, ser vedada; o que a *ratio* da norma compreenderia seria o uso privado, como, por exemplo, a gravação, por um “ledor”, do texto de um livro, como se faz corriqueiramente.” (LEWICKI, 2007, p. 115).

Há quem diga, comentando a alínea “d”, que a edição de livros que atendam deficientes visuais deve ficar a cargo de instituições sem fins lucrativos, o que equivaleria isentar as editoras comerciais dessa limitação (ABRÃO, 2002, p. 148). Contudo, é preciso que se diga, em consonância com o apregoado por Lewicki, que, apesar de parecer “pouco usual a utilização do maquinário de uma editora comercial para produzir obras” que venham a ser distribuídas gratuitamente, a “vinculação à finalidade não comercial e aos preceitos constitucionais” que abarcam tal dispositivo, a leitura extensiva do mesmo se faz indispensável. Em uma sociedade democrática, não se pode olvidar a potencialização do acesso das obras intelectuais às pessoas portadoras de deficiências (LEWICKI, 2007, p. 114-116).

O uso privado de obras intelectuais se encontra tutelado no inciso II¹⁹⁵ do artigo 46 da LDA. Trata das hipóteses em que é possível reproduzir pequenos trechos, em um só exemplar, de determinada obra para uso privado, desde que feita sem intuito de lucro. Mais uma vez o requisito do uso não comercial se faz evidente. Embora se trate de um retrocesso em relação ao que constava da lei de 1973, uma vez que foi substituída a expressão “qualquer obra” por “pequenos trechos”, a interpretação literal deste artigo se mostra flagrante restrição aos direitos dos usuários. Nesse sentido, Sérgio Branco (2007, p. 132) destaca alguns problemas advindos deste dispositivo. Primeiramente, vislumbra-se um problema prático que é a dificuldade de fiscalização desta imposição, fato que, na

¹⁹⁵ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei 9.610/98, art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;

prática, se materializa com seu descumprimento. Além disso, há o problema da não distinção entre obras recém publicadas e obras fora de circulação que ainda se encontram protegidas pelos direitos de autor. Assim, o autor continua:

“Assim, se uma pessoa precisa se valer de obra rara e fora de circulação comercial, que só existe em biblioteca de cidade distante, estando a obra ainda protegida por direitos autorais, e de acordo com os termos da LDA, não poderá dela obter cópia integral, ainda que essa proibição impeça o acesso ao conhecimento e à formação educacional do indivíduo. E, ainda que seja muito mais danosa a proibição à cópia do que a cópia em si. Nesse caso, a lei se torna extremamente injusta, por não permitir a difusão do conhecimento por meio de cópia integral de obras raras cuja reprodução não acarretaria qualquer prejuízo econômico a seu autor.” (BRANCO, 2007, p. 132)

Nesse contexto, a lei de direitos autorais não faz qualquer distinção de uso. Embora destaque a utilização não comercial, não leva em conta o uso do copista, o que, “na prática, inviabiliza igualmente a cópia para fins didáticos, para fins de arquivos, para uso por instituições sem fins lucrativos, para uso doméstico” (BRANCO, 2007, p. 132) ou de qualquer obra que esteja fora de circulação comercial. Tal realidade nos leva à discussão sobre o caso das universidades que, ainda hoje, é possível identificar discussão – doutrinária e jurisprudencial – sobre a legalidade da cópia privada para fins didáticos. Como destaca Lewicki (2007, p. 119), a defesa da interpretação extensiva desse dispositivo não vai ao encontro da legitimação de cópia maciça que inviabilize a comercialização dos livros, mas tem a intenção de demonstrar que a vedação (quase) total “põe em risco um interesse constitucional da mais elevada relevância”, qual seja, o direito à educação.

O já citado inciso III trata do direito à citação. Não obstante seu papel indispensável no direito à educação, à informação e ao conhecimento, este inciso traz a necessidade que sejam indicadas a origem e a autoria da obra utilizada, “uma vez que os créditos de uma obra são expressões do direito da personalidade” (SOUZA, 2010^a, p. 170), além de ser imperioso que não se distorça o texto original.¹⁹⁶ Tradicional dispositivo no que concerne à incorporação de trechos de obras em obras intelectuais novas, a citação já foi utilizada para proteger alguns usos de obras intelectuais

¹⁹⁶ Nesse contexto, Bruno Lewicki esclarece que é “evidente que o simples fato de se retirar um pequeno trecho de um entorno maior implicará alguma redução de sua compreensão; mas o autor da citação deve minorar este problema como estiver ao seu alcance, o que normalmente ocorrerá evitando-se, a todo custo, a *citação fora do contexto*. Obriga-se, portanto, o autor da citação a não desvirtuar o que Caroline Carreau chama de “orientação central da obra”. Atenção ainda mais aguda é devida quando a citação é textual, e não simples paráfrase; o uso das aspas pressupõe que o trecho citado corresponde, sem remendos ou lacunas, àquilo que o autor original expressou.” (LEWICKI, 2007, p. 119.)

(BOCHUBERG *apud* LEWICKI, 2007, p. 117) que hoje se concentram no inciso VIII do artigo 46. Nesse sentido, destaca Lewicki que:

“Hoje, é possível prestigiar o chamado “uso transformativo” de obras intelectuais desta maneira; mas subsiste ao direito de citação papel sumamente importante nos fins que a própria norma prescreve (estudo, crítica, polêmica), os quais não se confundem com a criação de obras novas. A intenção da citação é *ilustrar* o que se está a dizer, e também daí decorre a constatação de que hoje seu âmbito se encontra mais ligado, ainda que não restrito, aos usos não-ficcionais. Doutrina e jurisprudência habituaram-se a usar, à exaustão, a imagem de que a citação está para a obra em que se insere “como a renda está para o vestido”, realçando seu caráter fundamentalmente acessório. A intenção da citação é *ilustrar* o que se está a dizer, e também daí decorre a constatação de que hoje seu âmbito se encontra mais ligado, ainda que não restrito, aos usos não-ficcionais.” (LEWICKI, 2007, p. 117)

Não obstante a discussão sobre obras ficcionais e não ficcionais, o que nos interessa nesse momento é mencionar que, embora não seja possível frisar exatamente a extensão da citação lícita, frisa a lei que ela deve se dar na medida justificada para o fim a atingir (LEWICKI, 2007, p. 117). Nas lições de Hermano Duval, a ilicitude da citação ocorre a partir do momento em que os excertos sejam tantos que se torna possível identificar uma “reprodução simulada e substancial da obra” de onde foram retirados (DUVAL, 1968, p. 47). Já os incisos IV¹⁹⁷ e VI¹⁹⁸ do artigo 46 dizem respeito à educação, direito social constitucionalmente previsto. O inciso IV se materializa nos artigos da LDA a partir do momento em que autoriza a retenção de “lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou”. Contudo, destaca Souza que a gravação destas aulas e palestras depende da autorização do professor ou palestrante (SOUZA, 2010a, p. 170).

Há, ainda, a possibilidade de representação teatral e a execução musical em espaços públicos e particulares sem o intuito de lucro, constante do inciso VI. Reforça-se a ideia de uso não comercial da obra e se afasta a utilização de obra alheia, sem autorização, com fins econômicos. Em relação a este último inciso, Lewicki (2007, p. 119) ressalva que, a partir de uma interpretação extensiva, defende-se a possibilidade

¹⁹⁷ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei 9.610/98, art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;

¹⁹⁸ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei 9.610/98, art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;

desta utilização alcançar outros espaços que não só as escolas de teatro ou que formem profissionais ligados às artes, como defendem alguns autores¹⁹⁹, uma vez que o dispositivo deve ser lido à luz do direito à educação em seu sentido mais amplo. A utilização de obras intelectuais em estabelecimentos comerciais é uma das limitações aos direitos do autor constante do art. 46, inciso V²⁰⁰. Trata-se do caso da “demonstração à clientela” vislumbrada em lojas de eletrodomésticos, uma vez que o dispositivo vincula a limitação à “estabelecimentos que comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização”.

A partir de uma análise mais profunda da dimensão desta limitação, pode-se afirmar que execuções públicas de trechos de músicas, por exemplo, estão fora do âmbito de proteção das limitações, ainda que tenham sido feitas em atendimento à regra dos incisos III e VIII. Não obstante o entendimento do STJ mitigando a interpretação restritiva deste artigo²⁰¹, em que entende a particularidade da situação fática, tal como o pequeno porte do estabelecimento²⁰², ressaltando que não há como se deixar de ter “em alta conta as circunstâncias do caso concreto para resolução dos litígios que versam sobre direito autoral”, por mais que as disposições legais pareçam determinar circunstâncias de forma clara (LEWICKI, 2007, p. 119). Já sobre o inciso VII, Lewicki sintetiza que:

“[...] é também livre a utilização de obras intelectuais para produzir prova judiciária ou administrativa – não se justificando a interpretação de que este dispositivo (o inciso VII do art. 46) é simplesmente uma consequência do princípio da publicidade dos atos processuais, antes importando que o direito autoral não deve criar obstáculos à implementação de uma garantia tão relevante quanto àquela do acesso à justiça.” (LEWICKI, 2007, p. 123)

O inciso que nos é mais caro – e considerado a maior inovação da LDA – é o inciso VIII que trata dos usos transformativos, objeto da presente pesquisa. Seu teor revela que “a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras

¹⁹⁹ Nesse sentido, Eliane Y. ABRÃO, para quem “[o]s demais estabelecimentos de ensino, como universidades e faculdades voltadas a outras áreas do conhecimento estão obrigadas à prévia e expressa autorização do autor” (2002, p. 150.)

²⁰⁰ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei 9.610/98, art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização;

²⁰¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Súmula nº 63, publ. DJU. 01.12.1992: “São devidos direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas em estabelecimentos comerciais.”

²⁰² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª T., Recurso Especial nº 186.197, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, pu bl. DJ 10.02.2003

preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores”. Trataremos especificamente deste dispositivo mais a frente, mas o que precisamos destacar, antes de qualquer coisa, é que a utilização do capital cultural intelectual e artístico é, reconhecidamente, instrumento para criação de obras novas. Dito isto, alguns autores destacam que a atividade criativa é também combinatória, uma vez que as obras existentes “se tornam, elas mesmas, matéria prima bruta que os autores da atualidade usam para criar obras novas” (LEWICKI, 2007, p. 124), razão pela qual se defende que a interpretação desta limitação deve ser pautar extensivamente na liberdade de expressão e de criação e no acesso ao conhecimento e à informação.

A paródia está prevista no artigo 47 da LDA²⁰³. Destaca-se que são “livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito”. Entendida como algo que mereceliberdadesubstancial, tanto como entretenimento e como uma forma decrítica social eliterária²⁰⁴, a paródia tem direta ligação com a capacidade expressiva humana “que, em suas formas mais elaboradas, evita o enfrentamento direto com o objeto da crítica” utilizando recursos humorísticos (LEWICKI, 2007, p. 126). Sua proteção tem elevada importância, principalmente em razão da ligação evidente com a liberdade de expressão²⁰⁵. Quanto às obras situadas em locais públicos, estas podem ser representadas “livremente por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais”, como determina o artigo 48 da Lei de Direitos Autorais (LDA). Na tentativa de demonstrar a melhor interpretação para este dispositivo, Lewicki destaca a citação de Germán Berkovitz no sentido de que o fundamento desta limitação é “a introdução da obra na vida pública, na vida da comunidade, de tal modo que necessariamente passa a pertencer à noção que as

²⁰³ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei 9.610/98, art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito. Art. 48. As obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais.

²⁰⁴ *Berlin v. E.C. Publications, Inc.* Disponível em: <<http://mcir.usc.edu/cases/1960-1969/Pages/berlinecpublishations.html>> Acesso em: 06/05/2015.

²⁰⁵ “Indeed, it has been argued that parody, burlesque and satire can only flourish in a free democracy,” and that the relative amount of parody and satire permitted can be used an indicator of the political freedom of a society. It is noteworthy that parody first came to prominence in ancient Athens, where authors enjoyed a great deal of freedom despite attacks from some public officials”. (OCHOA, 1998, p. 560).

peças” têm sobre o local em que vivem; locais estes “que não “apropriáveis” como objeto de desfrute estético”. Qualquer privação do uso dessas obras para expressão artística seria “excessivamente gravosa: o artista se veria privado de um ingrediente de referência emocional coletiva, indispensável para a arte, que é basicamente “referencial” (BERCOVITZ *apud* LEWICKI, 2007, p. 127).

Diante deste panorama das limitações aos direitos do autor – que abrange direitos mais do que sensíveis para a construção de uma sociedade justa e solidária, tais como: o direito à educação, à informação, ao conhecimento, ao acesso à cultura e à liberdade de expressão e manifestação –, nos voltamos à afirmativa inicial de que, ainda que a Constituição Federal determine a proteção dos direitos patrimoniais do autor, existem muitos outros direitos que merecem a mesma proteção. Todos os dispositivos da Lei de Direitos do Autor aqui mencionados, devem ser lidos à luz dos preceitos constitucionais que os funcionalizam e subordinam aos direitos culturais. Sendo assim, chegamos ao ponto em que a capacidade de interação e transformação das obras artísticas existe e, cada vez mais, se torna algo sem precedentes. O número de pessoas aptas a manipular obras abarcadas pelos direitos autorais e criar obras novas a partir destas aumenta vertiginosamente.

O que se discute, no entanto, é a possibilidade de estabelecer uma alternativa – ou algo perto do justo – para que a proteção, manipulação e transformação das obras artísticas seja possível. Trata-se de quais práticas devem ser adotadas e quais direitos devem ser valorizados em uma sociedade que pretende encorajar o uso transformativo e encará-lo como algo mais do que necessário. A liberdade de expressão e de criação em uma sociedade democrática são facetas fundamentais da autonomia individual, assim como o resultado da transformação das obras existentes consagra a importância da promoção da diversidade. Contudo, antes de discorrermos sobre o tema, necessário se faz compreender (a) que a nossa realidade é construída consideravelmente por obras protegidas por direitos de autor e (b) que negar a possibilidade de participação de um indivíduo na construção da diversidade dos bens artísticos é a institucionalização da dominação cultural e informacional.

Em razão dessa compreensão, os usos transformativos dizem respeito ao ponto mais avançado do tema das limitações. Trata-se da fronteira a ser desbravada quando se examina os direitos autorais (LEWICKI, 2007, p. 4). Levando em consideração que os usos transformativos não são sinônimo de “obra derivada”, Nicolas Suzor os define como o uso de material existente que ultrapassa a mera recolocação deste material em

uma outra obra. A criação de uma nova expressão requer a contribuição de um mínimo de originalidade expressiva. Tal originalidade deve ser identificada como o resultado expressivo do transformador, não do autor do material anterior (SUZOR, 2006, p. 5). Nesse contexto, parece inevitável nos reportarmos ao estudo do *fair use* que guarda grande semelhança com o teste dos três passos²⁰⁶ de Berna que, por sua vez, exerceu grande influência no desenvolvimento das limitações aos direitos de autor na legislação brasileira. Não se trata de defender uma importação acrítica do *fair use* americano, mas da possibilidade de se fornecer boas ferramentas para relativização dos direitos dos titulares dos direitos de autor frente às demandas sociais. Como assevera Lewicki, a ponderação de interesses no caso concreto não é tarefa fácil, mas pode oferecer um contraponto à rigidez com que as limitações são encaradas (LEWICKI, 2007, p. 3).

Antes de mais nada, precisa-se ressaltar que a “regra dos três passos”, ao condicionar as limitações a “certos casos especiais”, não deve ser sinônimo de restrição ou rigidez com que se encara os usos (SENFTLEBEN, 2004, p. 135). De modo geral, o *fair use*²⁰⁷, constante da seção 107 do Copyright Act, estabelece fatores que devem ser levados em consideração para utilização de material protegido por direitos autorais sem que seja necessária prévia autorização. Diante disso, há a necessidade de conhecermos mais a fundo tais fatores, uma vez que, como defende Ascensão, a todos interessa conhecer o *fair use* e confrontá-lo com o sistema atual, a fim de aperfeiçoar nosso sistema e satisfazer simultaneamente os objetivos culturais e outros que estão na sua origem (ASCENSÃO, 2003, p. 83). Analisa-se, dessa forma, o conceito com o intuito de oferecer um importante contraste para a releitura das limitações e, em especial, dar

²⁰⁶ BERNE CONVENTION FOR THE PROTECTION OF LITERARY AND ARTISTIC WORKS: article 9(2) It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author. Disponível em: Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=283698> Acesso em: 23 jun 2015.

²⁰⁷ COPYRIGHT ACT, section § 107. Limitations on exclusive rights: Fair use - Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include: (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes; (2) the nature of the copyrighted work; (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work. The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

robustez e fornecer alternativas para efetivação dos usos transformativos no ordenamento nacional.

Dito isto, os fatores – que a lei aponta como expressamente exemplificativos – a serem observados são: (a) o propósito e a natureza do uso; (b) a natureza da obra utilizada; (c) a quantidade e qualidade da porção utilizada em comparação com o todo da obra; e (d) as consequências do uso no mercado e seu impacto no valor da obra original. O primeiro fator diz respeito à natureza do uso que enseja a verificação da existência ou não de fins comerciais ou educacionais. Embora exista uma suposição de que o uso comercial descaracterizaria o uso justo, precisa-se compreender que não se pode fazer essa conexão sem examinar os demais fatores, uma vez que tal uso comercial pode não representar uma ameaça à comercialização da obra-referência, o que acontecerá “quando a finalidade e a natureza das obras forem tão díspares que a substituição da obra econômica de uma pela outra seja menos propensa a ocorrer”. (LEITE, 2006, p. 126)

O segundo fator trata da natureza da obra utilizada, se ela é fática ou imaginativa (ou não-ficcional e ficcional). De acordo com Ascensão, parece ser mais aceitável supor que as obras fáticas tenham um âmbito de utilização maior no *fair use* do que as obras imaginativas (ASCENSÃO, 2003, p. 77), uma vez que há associação na doutrina a uma maior facilidade de correspondência a um uso justo quando se trata de material de interesse público, ou seja, “relevante para o exercício de uma cidadania informada” (PATTERSON, L. Ray; LINDBERG, 1991, p. 202), já que ideias e fatos não são protegidos por direitos autorais. O terceiro fator expõe a quantidade e a qualidade da porção utilizada em comparação com a obra anterior. Há quem prefira se referir a tais termos como a extensão e a substancialidade da obra utilizada (LEWICKI, 2007, p. 101), que não devem representar uma apropriação do conjunto da obra anterior (ASCENSÃO, 2003, p. 77). Como destaca Lewicki, este fator é particularmente útil na hipótese de utilização de obras pequenas, uma vez que a sua função é, justamente, “impedir a exploração desmedida” (LEWICKI, 2007, p. 102), fato que conduz o intérprete à observância do tamanho da obra nova e a relevância do trecho utilizado ao comparar as duas obras. (PATTERSON, L. Ray; LINDBERG, 1991, p. 204)

O último e quarto fator leva em conta as consequências do uso no mercado e o seu impacto no valor da obra original. Como destaca Leite, este fator não representa qualquer risco para a proteção autoral e o incentivo à criação, uma vez que o uso justo que não causaria nenhum prejuízo sobre o mercado ou sobre o valor potencial da obra

utilizada seria livre de restrição. (LEITE, 2006, p. 129) Para entendermos a conotação deste “prejuízo”, ressalta-se a interpretação da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) que, em seu Guia da Convenção de Berna²⁰⁸, estabelece que não se trata de verificar, simplesmente, se o autor sofreu algum prejuízo, tendo em vista que toda limitação sempre trará consigo um impacto mercadológico. Contudo, trata-se de saber se tal prejuízo é ou não injustificado, uma vez que a aplicação do *fair use*, inspirado pela “regra dos três passos” de Berna, deve atender a função social do direito do autor. Função, esta, que vincula o exclusivo à promoção do desenvolvimento cultural e à garantia do interesse público²⁰⁹.

Ressalta-se, nesse contexto, que a figura do *fair use* não esgota a matéria das limitações no regime do *Copyright Act*, uma vez que se trata de um teste aplicado a situações lacunosas, em que não é possível estabelecer regras específicas, constituindo verdadeira cláusula geral a ser interpretada pelos tribunais. Explica Lewicki que:

“Rememore-se ainda que, no regime do *Copyright Act*, o *fair use* não esgota a matéria dos limites aos direitos do autor. Muito pelo contrário, ele tão-somente traz uma abertura ao regime geral, que é composto por um sem-fim de limitações expressas, descritas em detalhes minuciosos, dizendo respeito às bibliotecas e a questões educacionais, entre outras. Além disso, é completada pelo regime trazido em outros diplomas, como o *Digital Millennium Copyright Act*, além de diretrizes emanadas para situações específicas, e, como não poderia deixar de ser, tratando-se do direito norte-americano, do trabalho criador da jurisprudência, que se vale do teste do *fair use* nas situações em que a norma não foi suficientemente específica. Daí o porquê de José de Oliveira Ascensão considerar que o sistema das limitações no direito norte-americano é *misto*, “composto por um critério valorativo e por especificações positivas”²¹⁰. (LEWICKI, 2007, p. 103)

Embora existam críticas em relação a maleabilidade inerente às decisões judiciais em que se interpreta os fatores constantes do *fair use*²¹¹, o Departamento de Comércio e Políticas para Internet americano, em seu documento *Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy* de 2013, menciona que o *fair use* tem, justamente, a flexibilidade como a sua maior vantagem, uma vez que a doutrina é altamente adaptável às novas tecnologias e já desempenha um papel importante

²⁰⁸ GUIA DA CONVENÇÃO DE BERNA. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/copyright/615/wipo_pub_615.pdf> Acesso em: 26 jun 2015.

²⁰⁹ Ver em: CARBONI, 2006 e SOUZA, 2006.

²¹⁰ [Nota original] ASCENSÃO, 2003, p. 77.

²¹¹ Ver em: ZLOTNICK, 1999; KOZINSKI; NEWMAN, 1998.

ambienteonline²¹². Da mesma forma, Anthony Falzone e Jennifer Urban (2009, p. 338) afirmam que a flexibilidade e a adaptabilidade do *fair use* são o que o transformam em um mecanismo capaz de se reinventar de acordo com a evolução da tecnologia ao invés de se congelar e se tornar irrelevante com as mudanças inovativas e sociais. Tal papel, de acordo com os autores, se vislumbra mais facilmente na lei de direitos autorais que acaba por suprimir a criatividade que diz encorajar, justamente pela incapacidade de se adaptar aos novos contextos mercadológicos e sociais (FALZONE; URBAN, 2009, p. 338-339).

O *fair use*, no entanto, traz benefícios e frustrações. Para Falzone e Urban (2009, p. 339), o *fair use* protege o direito básico à liberdade de expressão e assegura o direito de falar e criar, mesmo quando essa expressão se utiliza de obras protegidas. De forma geral, ele reconhece o valor social daquilo que seria proibido pela lei. Porém, a frustração estaria na indeterminação de seus efeitos e aplicações, fato que é bastante discutido pela academia, uma vez que a análise do *fair use* se baseia nos multifatores aqui demonstrados. No entanto, os autores ressaltam que:

“Lawyers and judges are forced to step into the uncomfortable role of literary or artistic critic, looking for new purpose and meaning (or the absence of it) in the new work, as well as physical transformation and how this transformation (or the absence of it) might inform the first question of purpose and meaning. Whether or not a use is commercial must be considered as well, but even that may raise difficult questions, to say nothing of the controversy over whether good faith should play any role in the fair use analysis. And this only scratches the surface of the *first* factor. At least three more follow, including the very important question of how a particular use, if it were to become widespread, might affect the market for the original work”. (FALZONE; URBAN, 2009, p. 339)

Além da discussão sobre a delimitação de conceitos abstratos, o *fair use* absorve as possíveis despesas derivadas dos usos que, financeiramente, chegam a ser exorbitantes e traduzem a sensação de que o *fair use* deixa a desejar, especialmente para criadores amadores e independentes (FALZONE; URBAN, 2009, p. 340). Ao longo dos anos, os tribunais americanos definiram alguns contornos do *fair use*, mas não se pode afirmar que eles conseguiram – ou conseguiriam – definir todos os usos ou que a definição existente abarca todos os usos possíveis derivados das transformações tecnológicas. Outro aspecto importante a ser ressaltado é que, embora alguns contornos

²¹² COPYRIGHT POLICY, CREATIVITY, AND INNOVATION IN THE DIGITAL ECONOMY (2013). Disponível em: <<http://www.uspto.gov/sites/default/files/news/publications/copyrightgreenpaper.pdf>> Acesso em: 26 jun 2015.

tenham sido desenhados e o *fair use* estabeleça fatores para o uso, Falzone e Urban (2009, p. 341) constatam que muitos criadores não entendiam o *fair use* e não conseguiam responder seus questionamentos em relação aos usos possíveis, mas, ao contrário, entendiam as penalidades que poderiam vir de uma interpretação possivelmente considerada errônea por algum titular dos direitos de autor.

3.2 Liberdades de expressão criativa, direitos autorais e distinção social.

Imaginar um mundo em que a expressão de uma ideia é liberada e qualquer pessoa a ela exposta pode usá-la, construir algo a partir dela, adapta-la as suas circunstâncias e usos, modificá-la e re-expressá-la de forma livre, parece o melhor dos mundos. Há, inclusive, quem diga que na sociedade da informação as expressões baseadas nos fluxos de informação têm vida própria, uma vez que elas são construídas umas sobre as outras e vivem em constante mutação ao passarem pelas sociedades e pelas culturas²¹³. Contudo, essa premissa parece algo fora da realidade para aqueles que defendem, sem grandes flexibilizações, a proteção das obras intelectuais por meio dos direitos autorais. Defendem sob o argumento de que, necessariamente, uma obra original só é criada por meio de algum incentivo econômico, seja ele por meio de investimento ou pela expectativa de ganho. Não nos parece equivocada essa última afirmação, afinal, em uma sociedade de mercado, a expectativa de lucro – e a consideração dos custos – é mais do que algo incrustrado nas formas de produção, mas que, no nosso entendimento, deveria ser encarado de forma razoável, especialmente no que tange o contexto abarcado pelos direitos autorais.

A percepção de que toda informação tem dono – corroborada por um número substancial de doutrinadores e de decisões judiciais – que circunda os direitos autorais, justifica a premissa de que qualquer uso deve ser autorizado pelo autor. O autor, então, imbuído da sua autonomia da vontade, escolhe não só permitir ou não, mas também o montante a ser cobrado pelo uso sem sofrer qualquer restrição legal que vincule a autorização a algo mais próximo da razoabilidade. Faz-se, dessa forma, um paralelo entre a retórica proprietária absorvida pelos direitos do autor e a justificação dessa autonomia. No entanto, quanto maior é nossa interação com a informação por meios eletrônicos, maior é a possibilidade de mudarmos nosso entendimento sobre

²¹³ Ver em: BLACKMORE, 2000.

determinados conceitos pré-constituídos e o modo como entendemos a informação. Nesse passo, cada vez mais é possível identificar uma transformação no padrão de compreensão acerca do direito autoral não como um direito natural vinculado à expressão/autoria, mas como uma construção social. Daí emergem as limitações aos direitos de autor como forma de conciliar tais direitos com os interesses da coletividade.

De acordo com o panorama aqui apresentado, considerando-se aspectos históricos, econômicos e jurídicos da propriedade, faz-se necessário ponderar algumas questões. A legitimação e transposição da retórica proprietária para as legislações autorais, em especial a brasileira, nos remete a discussões acerca de algumas “verdades” que são perpetuadas como “neutras” e “racionais”²¹⁴. A justificativa utilitarista²¹⁵ para a proteção dos bens intelectuais pelo direito autoral assevera que a criação de uma obra só é atrativa para o mercado se houver algum incentivo em retorno. Esse retorno, obviamente, se dá por meio de uma proteção legal que garanta a segurança jurídica necessária para o investimento, premissa que, na prática, justificaria, por exemplo, a interpretação restritiva das limitações aos direitos do autor. Do ponto de vista do investimento, não parece razoável discordar totalmente desta premissa.

No entanto, se aceitarmos como uma verdade absoluta que o direito exclusivo de controlar a informação é necessário para encorajar o investimento na produção da informação – discurso simbólico que nos remete à justificação proprietária do *valor-trabalho* –, precisamos, primeiramente, ponderar a existência de limites para o escopo desse direito exclusivo e a sua efetividade. Caso contrário, perpetua-se a ideia de que se algum nível de proteção por meio dos direitos autorais é bom, mais proteção pode ser

²¹⁴ Nos remetendo a Bourdieu, ressalta-se que as estratégias discursivas e, em especial, os efeitos retóricos que um discurso objetivo visa produzir, “dependerão das relações de forças simbólicas entre os campos e dos trunfos que a pertença a esses campos confere aos diferentes participantes ou, por outras palavras, dependerão dos interesses específicos e dos trunfos diferenciais que, nesta situação particular da luta simbólica pelo verdadeiro “neutro”, lhes são garantidos pela sua posição nos sistemas de relações invisíveis que se estabelecem entre os diferentes campos em que eles participam.” Conforme Bourdieu, o vencedor da luta simbólica pelo monopólio da imposição da verdade será aquela “autoridade” que produzir um discurso mais “neutro” e “objetivo”. Considerando que o espaço político é um campo de lutas de classes, pode-se afirmar que o simbolismo dessa luta se manifesta pela imposição do saber para defesa dos interesses de determinado grupo que, historicamente, é o grupo que exerce a dominação por meio da “neutralidade”. (BOURDIEU, 1989, p. 56).

²¹⁵ Ver: VASCONCELOS, 2012. Evidenciando os problemas do utilitarismo, ver: FISHER, 2011 e Michael Sandel, que chega a afirmar que: “A vulnerabilidade mais flagrante do utilitarismo, muitos argumentam, é que ele não consegue respeitar os direitos fundamentais”. Destaca o autor, ainda, que existem “duas objeções ao princípio da “maior felicidade” de Bentham: ele não atribui o devido valor à dignidade humana e aos direitos individuais e reduz equivocadamente tudo que tem importância moral a uma única escala de prazer e dor”. Para Sanders, ainda que Stuart Mill tenha tentado fazer uma releitura do utilitarismo, ele o faz fugindo da “premissa utilitarista”. Assim, “Mill salva o utilitarismo da acusação de que ele reduz tudo a um cálculo primitivo de prazer e dor, mas o consegue apenas invocando um ideal moral da dignidade e da personalidade humana independente da própria utilidade”. (2012. p. 43 e ss)

melhor, o que acaba por cercear o movimento de efetivação das limitações ou, como fala Lewicki (2007, p. 146-160), de perpetuar o desprezo por elas. O exclusivo autoral deve ser moldado pelo interesse público e não o contrário. Para Ascensão (2014), quanto mais se “reforça o direito autoral mais se limita a utilização de bens intelectuais”. Esse movimento, por ir de encontro ao diálogo social que advém da cultura, é anticultural. Não se advoga aqui o aniquilamento do direito do autor, uma vez que sua existência tem causa, mas o interesse público se impõe constitucionalmente e obriga o caminho da conciliação entre cada instituto que circunda as obras intelectuais (ASCENSÃO, 2014, p. 229). Esse caminho, de acordo com Ascensão, se dá por meio das limitações. Defende o autor que:

“Os limites não são *exceções*, contra o que se insinua em círculos interessados com o fim de justificar uma interpretação restritiva das normas que estabelecem estes limites. São trechos de regulação, tão normais como as regras atributivas de faculdades. Por isso, são objeto de interpretação comum, como quaisquer outras normas. E é do complexo de regras de atribuição e de regras que concedem faculdades ao público que resulta o conteúdo final de proteção de cada concreto direito autoral, no entrelaçar do positivo e do negativo”. (ASCENSÃO, 2014, p. 301)

Nesse contexto, a liberdade desejada não é sinônimo, necessariamente, de gratuidade. No entanto, o interesse público deve nortear a ponderação de interesses, na medida em que se trata de diretriz constitucional hierarquicamente superior que não pode ser sacrificada. Dito isto, daí decorre a importância de se estabelecer um norte para entendermos o papel – e a proteção – das liberdades de expressão e de criação. Contudo, antes de adentrarmos o cerne da liberdade de expressão, precisamos enfrentar o direito de acesso à informação exposto no artigo 5.º, XIV²¹⁶ da Constituição Federal para compreendermos a relevância da discussão. Tal inciso tem fundamental importância, uma vez que é transversal as próprias liberdades de expressão e de criação. Não é possível se expressar ou criar sem acesso à informação e ao conhecimento prévio. Nesse caminho, Ascensão ressalta que a interpretação restritiva deste dispositivo traria certos perigos. Para o autor, o direito ou liberdade de acesso à informação, devido aos seus vários sentidos, pode ser facilmente confundido com o direito de consumir informação. Dessa forma, o saber seria transformado em mercadoria e os indivíduos/usuários seriam reduzidos à meros consumidores (ASCENSÃO, 2001, p. 1209).

²¹⁶BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5.º, XIV: XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

A informação, encarada como um novo fator de produção, transformou-se claramente em mercadoria que é transacionada e apropriada, em que “o domínio da fonte de informação dá poder” e esse poder é talvez o mais forte de todos “os fatores de dominação” (ASCENSÃO, 2001, p. 1210). Perpetuar uma interpretação restritiva desse princípio constitucional e fadá-lo ao direcionamento proposto pelo mercado, fatalmente fará com que ele perca todo o seu significado. Trata-se da colocação do público à mercê “da “verdade” que lhe é fornecida” devido à sua posição de consumidor (2001, p. 1210-1211). Além disso, ao criar uma escassez artificial da informação sob a alegação de que ela estimularia a criação, nos leva à necessidade de ponderar que a circulação da informação pode beneficiar muitas pessoas sem diminuir o benefício de outras. Eternizar a interpretação restritiva do acesso à informação e encarar o indivíduo como consumidor dela – o que vincularia o acesso ao seu poder de compra – reduz as externalidades positivas da informação e resulta em um consumo direcionado, excluindo muitos que talvez pudessem arcar com algum custo além do custo marginal, mas que não conseguem praticar o preço de mercado.

Trazendo essa discussão para o campo das artes, a restrição do acesso por meio dos direitos autorais sem o atendimento da sua função social, em conjunto com a interpretação restritiva dos dispositivos que deveriam limitar tais direitos, compromete fortemente os direitos constitucionais aqui elencados. Destaca-se que, levando a cabo tal interpretação, seria possível admitir, por exemplo, a restrição de execução de obra musical na esfera privada sem autorização do autor²¹⁷, fato que, obviamente, não deve prosperar. Ao assumirmos que obras intelectuais não nascem de um vácuo – ou de uma inspiração divina – mas sim da utilização de referências anteriores, precisa-se compreender que as obras anteriores que inspiraram a criação de obras novas também foram inspiradas em outras antes delas. Dito isto, não deve vingar a ideia de que as criações de obras artísticas ocorrem independentemente da existência social de seu criador e da sua experiência e vivência com a cultura. Como destaca Souza, a experiência advém da concepção até a apreensão da obra artística, “passando pela produção, circulação e acesso” a essas obras (SOUZA, 2012, p. 27).

Essa proposição nos remete ao que Pierre Bourdieu (2015) chama de economia dos bens culturais, ao afirmar que existe toda uma lógica específica para produção do gosto dos consumidores desses bens. O autor nos conduz à noção de capital cultural, que designa uma relação privilegiada com a cultura erudita e a cultura escolar que

²¹⁷ Ver em: BRANCO, 2007.

influencia diretamente o gosto por determinadas obras²¹⁸. Como destaca Ascensão (2014, p. 294), em um contexto de dependência mercadológica, em que o critério do êxito de determinada obra é criado pelo mercado, o gosto pelo que se consome na era da publicidade tem muita probabilidade de ser influenciada por ele. Nesse passo, há uma correlação entre o nível de instrução e, secundariamente, à origem social, como leciona Bourdieu (2015, p. 9), e a hierarquia social desses consumidores (SOUZA, 2012, p. 28). É justamente isso que predispõem os gostos – assim como o preço – a funcionarem como “marcadores privilegiados de “classe”” (BOURDIEU, 2015, p. 9-10). Como a ciência do gosto e do consumo cultural resultam das condições de sua aquisição, sabe-se que a definição de seu valor em diferentes mercados depende tanto daqueles que a percebem quanto daqueles que a produzem. Compreende-se, então, que a maneira de usar esses bens simbólicos além de instituir privilégios de “classe”, funciona como instrumento das estratégias de distinção (BOURDIEU, 2015, p. 64-65).

Assim, a arte e o consumo artístico estão “predispostos a desempenhar, independentemente da nossa vontade e do nosso saber, uma função social de legitimação das diferenças sociais” (BOURDIEU, 2015, p. 15-16). Ressalta Souza (2012, p. 29), que é possível concluir que o campo artístico presta às funções de hierarquização e distinção social, assim como qualquer outra atividade socialmente aprendida e culturalmente localizada, temporal e espacialmente. Há, então, a necessidade de superação da fronteira que defende o universo artístico como um universo separado e superior às relações mundanas. Superar essa hierarquização nos ajuda a defender um contraponto à visão elitista – e privatista – da cultura e promover o acesso às obras artísticas, diferentemente da visão perpetrada por aqueles que defendem uma interpretação restritiva das limitações aos direitos do autor. Pondera Bourdieu (2001, p. 252-253) que o formalismo e a codificação, valorizados pela vertente mais conservadora do direito, resultam responsáveis pela construção de um monopólio do saber e da técnica (BOURDIEU; TEUBNER, 2000, p. 160-162), fazendo com que, no caso específico da legislação autoralista – e sua interpretação – o capital financeiro se sobreponha ao capital cultural; este entendido como capital informacional, como aquilo

²¹⁸ Quando fala em cultura erudita e cultura escolar, Bourdieu nos remete à escola e suas certificações como condição objetiva para ingresso em determinada classe social, uma vez que nesse campo se tem acesso à informações e conhecimentos que não se tinha antes. No entanto, embora a escola tenha uma tendência ao nivelamento, isso não é suficiente para explicar as distinções observáveis em termos de apreço estético. Para Bourdieu, a nobreza cultural – ou apreço à cultura erudita – tem correlação com a ascendência como fator de definição de gosto. No caso do capital escolar, há diferenciações a partir do recurso a conhecimentos não formalmente legitimados pela escola e um distanciamento daqueles que adquirem o conhecimento institucionalmente. (BOURDIEU, 2015, p. 9).

que tem a ver com a posse de um tipo de informação valorizada socialmente (2000, p. 70). Reside, justamente, na democratização do capital cultural a importância de assegurar os direitos à informação, à educação, ao acesso à cultura, ao conhecimento e à liberdade de expressão e de criação a todas as pessoas sem distinção.

Torna-se possível concluir que a informação tem direta ligação tanto com a criação de obras artísticas, quanto com a distinção social definida a partir do consumo delas. Sendo assim, não é possível perpetuar um contexto em que aqueles que criam detenham um direito absoluto de restringir o acesso às obras. É aí que a valorização da liberdade de expressão dá fôlego ao contexto social em que é possível delinear diferentes acepções de cultura e instrumentalizá-las a serviço dos direitos culturais. Souza (2010, p. 60) propõe uma acepção restrita que entende a cultura como uma realidade intelectual e artística que, do ponto de vista jurídico, corresponde ao objeto de direito fundamental à cultura. Nesse caminho, Elsa Tamatopoulou (*apud* SOUZA, 2012, p. 61) estabelece que os direitos fundamentais culturais podem ser identificados em cinco categorias: direito à educação, direito de participar da vida cultural, direito de obter os benefícios do progresso científico, direito à proteção dos interesses pessoais e patrimoniais sobre as criações e liberdade de pesquisa e criação. Complementando, Souza (2012, p. 28) destaca que, num plano mais geral, os direitos culturais significam o direito de participação cultural, de vivenciar experiências culturais desejadas, além da participação cultural ser um caminho seguro para a construção da cidadania e da dignidade, ao instrumentalizar a emancipação individual e coletiva. Dessa forma, a liberdade de expressão e os direitos autorais são alimentados pelos direitos culturais (SOUZA, 2012, p. 127).

No plano nacional, a liberdade de expressão encontra proteção constitucional no artigo 5.º, inciso IV, que menciona a liberdade de manifestação do pensamento; no artigo 5.º, inciso X, ao preconizar a liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; o artigo 5º, inciso XIV, que diz respeito ao direito à informação e garantia do sigilo da fonte jornalística; o artigo 220, *caput*, que garante a manifestação do pensamento, da criação, da expressão e informação, sob qualquer forma e veículo; o artigo 220, § 1º, que assevera a proteção da liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social e o artigo 220, § 2º, que veda qualquer censura de natureza política, artística ou ideológica. Nesse contexto, vislumbra-se a importância dada pela Constituição Federal ao tema. Para Daniel Sarmiento (2009), historicamente,

compreender os motivos pelos quais o constituinte optou por tamanha insistência não se trata de tarefa difícil, basta compreender o contexto em que a Carta Magna fora construída. De acordo com o autor, tratava-se de “exorcizar os fantasmas do regime militar, que praticara aberta censura política e artística, e de assegurar as bases para a construção de uma sociedade mais livre e democrática” (SARMENTO, 2009, p. 84).

No plano internacional a liberdade de expressão e manifestação, assim como a liberdade de criação, são asseguradas por diversos dispositivos constantes de tratados e convenções, tais como: a Declaração Universal dos Direitos do Homem²¹⁹; o Pacto dos Direitos Civis e Políticos²²⁰; o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²²¹ e o Pacto de São José da Costa Rica²²². Na Declaração Universal dos Direitos do Homem há menção ao fato de que é um dos direitos de todos os homens, considerados igualmente, a livre comunicação das ideias e das opiniões por meio da fala e da escrita, podendo, ainda, imprimi-las livremente. No entanto, haverá responsabilização pelos abusos desta liberdade nos termos previstos em lei.²²³ Neste momento, ressalta-se que, como qualquer outro direito, a liberdade de expressão não é um direito absoluto, podendo sofrer restrições no momento em que confrontar direitos de relevância tão fundamental quanto a sua. Ressalta Sarmento que:

“Sem embargo, a liberdade de expressão não foi concebida na ordem constitucional de 1988 como um direito absoluto. O próprio texto constitucional consagrou direitos fundamentais que lhe impõem restrições e limites, como a indenização por dano moral ou à imagem (art. 5º, inciso V) e a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X)116. E há, ademais, outros bens e valores constitucionais com que a liberdade de expressão pode colidir em casos concretos, como o devido processo legal, a proteção à saúde e a própria igualdade. Nada no sistema constitucional brasileiro autoriza a conclusão de que a liberdade de expressão deva sempre prevalecer nestes conflitos.” (SARMENTO, 2009, p. 84)

²¹⁹ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso 09 jun 2015.

²²⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Pacto dos Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso em 09 jun 2015.

²²¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf> Acesso em 09 jun 2015.

²²² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Pacto de São José da Costa Rica. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em 09 jun 2015.

²²³ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Declaração Universal dos Direitos do Homem, **art. 11º**. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso 09 jun 2015.

Dentre estes bens e valores constitucionais que poderão colidir com a liberdade de expressão está o compromisso com a construção da liberdade e a luta contra qualquer forma de discriminação. Tal compromisso poder ser visto desde a especificação dos objetivos da república, no artigo 3.º da Constituição Federal, até os vários direitos fundamentais que cercam a igualdade como objetivo primígeno de um estado democrático de direito, assim como as liberdades individuais e a luta contra o preconceito. Importante ressaltar, ainda, que ao adotar o princípio da eficácia horizontal dos direitos fundamentais²²⁴, o que se entende por direitos fundamentais e por igualdade “presentes na ordem constitucional brasileira não focam exclusivamente as relações entre o Estado e os indivíduos”. Ressalta Samento (2009, p. 85) que a Constituição brasileira não vedou “apenas ao Estado a prática de atos de discriminação, preconceito e intolerância, mas fê-lo também em relação a cada cidadão ou entidade privada”.

O Pacto dos Direitos Civis e Políticos estabelece que toda pessoa “terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha”. No Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é possível encontrar referências aos vários direitos culturais aqui demonstrados, inclusive a liberdade de expressão, em seus artigos, tais como: (a) o artigo 13-1, que estabelece ser direito de toda pessoa uma educação que “visa o desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais”; (b) o artigo 15, ao reconhecer a cada indivíduo a participação na vida cultural, o direito de desfrutar do processo científico e das suas aplicações, de se beneficiar da proteção dos interesses morais e materiais decorrente de toda produção científica, literária ou artística de que seja autor, de participar do desenvolvimento e da difusão da ciência e da cultura. Tal Pacto impõe, ademais, o dever dos Estados partes de respeitarem a liberdade indispensável à pesquisa científica e à atividade criadora, além de se comprometerem a reconhecer os benefícios que derivam do fomento dessas atividades, tanto no âmbito interno quanto externo.

²²⁴ Princípio “segundo o qual estes direitos também vinculam e obrigam aos particulares, ainda que de forma diferenciada, em razão da proteção constitucional conferida à autonomia privada”. (SARMENTO, 2009, p. 84)

No que tange ao Pacto de São José da Costa Rica, em observância da consagração de um regime de liberdade pessoal e de justiça social, o artigo 13 destaca que toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Além de situar a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, o Pacto reconhece o direito de expressar tais ideias em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. Sendo assim, parece não haver dúvidas quanto à importância da liberdade de expressão para a participação cultural e a robustez da sua codificação, permitindo que o indivíduo decida “se quer ou não, participar do processo de significação de construção dos significados e sentidos sociais dos bens culturais” (SOUZA, 2012, p. 127). Dessa forma, as liberdades de expressão e de criação são apoiadas pelos direitos culturais. Trata-se de uma direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana, permitindo, como assevera José Joaquim Canotilho, “assegurar a continuidade do debate intelectual e do confronto de opiniões, num compromisso crítico permanente” (CANOTILHO, 2014, p. 132). A dignidade da pessoa humana requer o atendimento da igualdade como princípio primordial e, por isso, expõe-se a necessidade de valorização e proteção das liberdades de expressão e de criação cultural em contrapartida a um movimento de cerceamento cada vez maior das possibilidades de efetivação desses direitos quando falamos de direitos autorais.

Pode-se, por oportuno, aprofundar e defender tal argumentação a partir dos aportes de Hanna Arendt (1989, p. 339), mencionando-se que a privação daquilo que forma a identidade do ser humano nacional e culturalmente, o torna uma frágil abstração, fato que respalda a dignidade da pessoa humana como o maior dos princípios. Nesse caminho, Fabio Konder Comparato (2013, p. 241) nos lembra que o maior ataque à dignidade da pessoa humana “consiste, justamente, em considerar e tratar o outro – um indivíduo, uma classe social, um povo – como um ser inferior sob o pretexto da diferença de etnia, gênero, costumes ou fortuna patrimonial”. Assim, as liberdades de expressão e de criação não devem ser postas puramente como um conceito, mas sim como um valor. Ressalta Canotilho, (2014, p. 132) que “a liberdade de expressão em sentido amplo é um direito multifuncional”, que se desdobra num “cluster de direitos comunicativos fundamentais que dele decorrem naturalmente”, quais sejam: a liberdade de expressão *stricto sensu*, de informação, de investigação acadêmica, de criação artística, de edição, de jornalismo, de imprensa, de radiodifusão, de programação, de comunicação individual, de telecomunicação e comunicação em

rede. Nesse caminho, Souza (2012) destaca o entendimento da Corte Interamericana apontando que há um duplo aspecto da liberdade de expressão, qual seja:

“[...] o individual e o coletivo, uma vez que implica não somente na liberdade de se expressar, mas também na liberdade de buscar e receber quaisquer informações e manifestações de terceiros. Reitera ainda que a dimensão individual do direito de expressão implica no direito de comunicar esta expressão, por serem indivisíveis a expressão e disseminação das manifestações. Com relação à dimensão coletiva deste direito, indica que a liberdade de expressão é uma forma de troca de ideias e informações entre as pessoas, que alcança não só a liberdade de expressar suas próprias opiniões, mas também o direito de conhecer as posições alheias, sendo ambas de igual relevância”. (SOUZA, 2012, p. 130)

Recentemente se consolidou a importância da liberdade de expressão quando posta em conflito com direitos à imagem, à honra, à intimidade e à vida privada. O Supremo Tribunal Federal (STF), na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4815²²⁵, ajuizada pela Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL, decidiu pela constitucionalidade das biografias não autorizadas. A ação tinha como objetivo declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução do texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil²²⁶. Em apertada síntese, a decisão se deu no sentido de que, ainda que vinculada à boa-fé, a “liberdade de pensamento, de expressão, de produção artística, cultural, científica estaria comprometida” se a censura particular fosse a forma de se impor o “silêncio à história da comunidade e, em algumas ocasiões, à história dos fatos que ultrapassam fronteiras e gerações”. Não obstante, garantiu-se, ainda assim, um direito *a posteriori* de reparação indenizatória caso houvesse dano à pessoa do biografado no que se refere à exposição de fatos sobre sua vida que não guardassem vinculação ao interesse público.

Resta claro que a determinação constitucional, respaldada por legislação internacional, é pela ampla liberdade, e que a restrição de uso e de acesso é a exceção,

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4815-DF: Tribunal Pleno. Relator: Carmen Lúcia, Brasília, 10 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 14 jun 2015.

²²⁶BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Novo Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, art. 20: Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (Vide ADIN 4815) Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. Art. 21: A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

uma vez que o próprio direito de autor nasceu limitado no tempo²²⁷ e no alcance (SOUZA, 2012, p. 132). O limite, então, entre as liberdades de expressão e de criação e os direitos autorais se encontra e se justifica nos próprios direitos fundamentais. Tais direitos refletem aspectos existenciais sociais e não podem ser relegados à posição de coadjuvantes frente às posições subjetivas patrimoniais ou pessoais (SOUZA, 2012, p. 135). Os direitos fundamentais, e a necessidade de sua valorização, refletem a existência de um verdadeiro espaço público democrático, em que sejam “garantidas a abertura dos espaços comunicativos e a possibilidade de participação dos implicados nele”, além de promoverem o “reconhecimento mútuo entre os indivíduos da condição de seres autônomos, livres e iguais, auto legisladores e membros de uma comunidade jurídica comum” (DURANGO ÁLVARES, 2007/2008, p. 2).

Como se pode observar, fala-se das liberdades de expressão e de criação como elementos fundamentais dos direitos culturais a partir da sua essencialidade para efetivação na participação na vida cultural e para consagração do direito ao pluralismo, cujo “conteúdo só pode ser revelado com recurso ao conjunto normativo-constitucional dos direitos culturais, indicado, por exemplo, na proibição de monopólios ou oligopólios dos meios de comunicação²²⁸” (SOUZA, 2012, p. 131). Nesse sentido, Sarmento aponta o papel do Estado como promotor do pluralismo de ideias e de informações na esfera pública, na medida em que não é “importante apenas para que o cidadão atue de forma consciente na esfera pública, no autogoverno da sua comunidade política”, mas também para “que o indivíduo possa traçar os seus planos de vida e realizar autonomamente as suas escolhas existenciais na esfera privada” (SARMENTO, 2007, p. 28). Continua o autor no seguinte sentido:

²²⁷ Quanto ao tempo de proteção, José de Oliveira Ascensão faz a seguinte crítica: “O alongamento do exclusivo, que é feito invocando a proteção do autor, é um logro, porque não é o autor quem é beneficiado. Quem é beneficiado são as chamadas empresas de *copyright*, ou empresas culturais. Essas é que procuram o monopólio mais amplo possível. Pretendem tirar o máximo proveito de cada bem intelectual, sem nenhuma preocupação com o interesse social na liberdade dos bens intelectuais. Com efeito, as grandes obras literárias ou artísticas, aquelas que sobrevivem ao tempo, que mantêm o interesse cultural e são susceptíveis de exploração econômica 70 anos após a morte do autor, não estão praticamente em todos os casos na titularidade dos seus criadores intelectuais ou de seus sucessores. Estão na titularidade das empresas de *copyright*. Pelo menos, estas adquiriram os direitos de exploração que lhes interessavam e exercem-nos efetivamente. São estas que querem sempre mais e mais acréscimo de proteção, na mira de a cada acréscimo ganharem um novo período —limpo de exploração — quer dizer, sem estarem vinculadas a contraprestação. E o mesmo diremos, *mutatis mutandis*, dos direitos dos artistas. Assim se chega até ao nível do desconexo. Diz-se que os direitos intelectuais dão um exclusivo —por tempo limitado. É por tempo limitado um exclusivo que pode durar 150 anos ou mais, se o autor cria aos 20 anos, morre aos 90 (o que é cada vez mais frequente, dado o prolongamento da vida humana) e o exclusivo se mantém ainda até 70 anos depois da morte dele? (2009, p. 300)

²²⁸BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, art. 220, § 5.º: Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

“[...] a atuação positivado Estado que vise a promover o pluralismo no âmbito comunicativo é plenamente compatível com o objetivo de promoção da autonomia individual. Mas não é só. Essa afirmação aplica-se não apenas à autonomia dos receptores do discurso, mas também à autonomia dos seus emissores. Isto porque, se partirmos da premissa de que a expressão das próprias ideias e sentimentos é tão importante para o indivíduo, constituindo-se num dos aspectos mais centrais da proteção da dignidade humana, torna-se necessário assegurar a possibilidade real de exercício deste direito. Ocorre que numa sociedade desigual como a brasileira, em que os meios de comunicação são explorados por entidades privadas visando o lucro, as maiores barreiras existentes para o exercício da liberdade de expressão não provêm do Estado, mas da própria estrutura social. (SARMENTO, 2007, p. 28.)

Neste contexto, se há uma valorização da liberdade de expressão pelo Estado, não obstante a imposição constitucional, cumpre-lhe agir positivamente para remover barreiras ao acesso e às liberdades de expressão e de criação, buscando assegurar a todos, na prática, a possibilidade de se exprimirem e de criarem. Em outras palavras, as liberdades de expressão e de criação não podem ser reféns de um ambiente de privilégios, em que a “pequena elite que possui os jornais, emissoras de rádio e de televisão”(SARMENTO, 2007, p. 26) e os que possuem recursos para a exposição das suas ideias, nesses ou noutros veículos, exerçam seu poder de dominação pelo discurso ou pelo acesso. O cerceamento jurídico às liberdades de expressão e criação não pode ultrapassar os limites da razoabilidade, uma vez que “a exclusividade é uma exceção ao direito de acesso à cultura” (SOUZA, 2012, p. 132). Além da liberdade de expressão cultural possibilitar o rompimento com discursos e manifestações culturais dominantes, dar aparato ao direito ao pluralismo e desmistificar alguns dogmas consubstanciados na retórica proprietária dos direitos autorais, deve-se entender o papel da liberdade de criação e da importância da criação e expressão transformativa em um Estado Democrático de Direito.

Nesse ínterim, foi demonstrada a construção legal que protege as liberdades de expressão e de criação, mas é importante ressaltar que elas se distinguem entre si. A liberdade de criação, assim como as liberdades de pensamento, manifestação e de informação, encontra-se respaldada também pelo artigo 200 da Constituição, o que nos obriga a encará-la como figura independente das outras liberdades. Sua normatização nos remete, primordialmente, à mencionada Declaração Universal dos Direitos dos Homens que, em seu artigo 27, reza a liberdade de participação na vida cultural e a

proteção dos interesses morais e patrimoniais daí derivados²²⁹, além da codificação internacional aqui demonstrada que faz menção à sua figura autônoma. A mesma lógica de comprometimento da liberdade de expressão cabe para a liberdade de criação. Uma vez que há uma regulação unilateral de interesses, como a que ocorre com o direito de autor, a liberdade de criação é prejudicada. Como assevera Ascensão (2014, p. 296), o direito de autor surge como obstáculo à liberdade de criação, visto que “corta ou restringe gravemente o acesso às fontes de criação cultural ou o aproveitamento destas”. Nesse sentido, o exclusivo restringe o acesso e o conseqüente diálogo entre os bens culturais.

Em oposição ao prazo de proteção ao direito do autor, Ascensão faz a crítica no sentido de que se as liberdades de expressão e de criação – que compõem o “diálogo cultural” – não forem respeitadas, corre-se o risco de ser afunilada culturalmente. Na medida em que existem obras protegidas por um período tão longo, além da defesa de uma interpretação restritiva das limitações aos direitos de autor, parte-se do princípio de que somente as obras em domínio público poderiam entrar na gama de novas criações transformativas – o que, por si só, não é uma verdade absoluta²³⁰. Conclui Ascensão que:

“O “diálogo cultural” é um debate coletivo sobre os temas que marcam uma época, sem prejuízo de outros debates sobre temas de épocas anteriores que lhe dão como que o pano de fundo civilizacional. Mas a cultura sem o elemento de atualidade, indispensável para a autenticidade e a formação do legado próprio de cada época, fica estagnada”. (ASCENSÃO, 2014, p. 299)

Ao compreendermos que parte significativa da nossa realidade é construída a partir da mídia a que estamos continuamente expostos e que a cultura se baseia em produtos com suporte digital, torna-se cada vez mais difícil refutar que a expressão e criação transformativa é o movimento do nosso tempo, em que a internet se torna, cada vez mais, a depositária do acervo cultural mundial. Encorajar a expressão e criação transformativa resulta na construção de um aparato cultural atual, dinâmico e democrático. E é nesse contexto que destacamos a importância dos usos

²²⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 27: 1. Toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam. 2. Todos têm direito à protecção dos interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da sua autoria. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso 09 jun 2015.

²³⁰ Sobre domínio público ler: BRANCO, 2011.

transformativos, tema que absorve não só os problemas das limitações, mas também traz a possibilidade de democratização da criação e expressão artística e do acesso à cultura.

3.3 Usos transformativos do audiovisual documental.

Diante de um cenário de poucas certezas e legislações restritivas, parece fácil compreender que os usos transformativos, embora reconhecidamente necessários, acabam limitados, já que se encontram imbuídos de um receio que envolve a sua efetivação. Este receio quase sempre se baseia na justificação proprietária por parte dos titulares dos direitos do autor que tendem a defender uma restrição cada vez maior dos usos transformativos por meio das leis. Destaca-se o caso emblemático do documentário “Alô Alô Terezinha”. Ele foi alvo de uma ação judicial em razão da utilização de pouco mais de 20 segundos de duas músicas (“Gente Humilde” e “Bastidores”) sem autorização, que eram de titularidade de uma editora, em um documentário sobre o Chacrinha. O montante orçado com as autorizações era de R\$ 470.000,00, enquanto a importância captada para toda a produção do documentário foi de R\$ 984.629,62. Nesse sentido, baseando-se na limitação ao direito do autor estabelecida no artigo 46, VIII da LDA, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu, de forma unânime, que a utilização de pequenos trechos de obras musicais (Bastidores e Gente Humilde, de autoria de Chico Buarque de Holanda) no documentário Alô, Alô Terezinha, dirigido por Nelson Hoineff, é lícita, portanto, não havia necessidade de prévia autorização ou obrigatoriedade de qualquer pagamento.

No entanto, é importante ressaltar que, mesmo existindo a possibilidade dessa utilização, houve a ação judicial baseada, justamente, na propriedade das músicas, uma vez que foi exigida autorização para utilizá-las mesmo existindo autorização legal²³¹. Trata-se de uma decisão muitíssimo importante para o direito autoral brasileiro. Embora não defina o que são pequenos trechos – tarefa mais do que difícil –, interpreta a lei de direitos autorais de modo a dar sentido à limitação constante do art. 46, VIII da LDA. Nesse contexto, ainda que essa decisão possa amparar novos documentaristas – e outros realizadores de obras audiovisuais – não é possível dizer que ela estabeleceu, por

²³¹ O texto da sentença pode ser lido no site do Tribunal de Justiça do RJ informando-se o número do processo: 0352238-03.2009.8.19.0001.

exemplo, a quantidade da obra preexistente que poderá ser utilizada, fato que dependerá de cada caso. No entanto, como já vimos, cabe ressaltar que somente o critério quantitativo não parece ser a forma mais eficiente para garantir a confiabilidade necessária no longo prazo para a produção de novas obras. Sendo assim, a importância da criação de um mecanismo, construído dentro da comunidade artística que irá utilizá-lo, parece ser de fundamental auxílio na criação de um ambiente criativo e seguro para todos os criadores, sejam eles profissionais ou não.

Outra situação que não foge do contexto acima é o fomento realizado pelo Ministério da Cultura, por meio do Programa Nacional de Apoio à Cultura – PRONAC, às obras audiovisuais em geral. Menciona-se o caso do documentário “Bola ao Cesto”²³² que teve, por meio do PRONAC, orçamento aprovado e fomentado no valor de R\$ 422.039,00 que incluía todos os aspectos da produção. O documentário diz respeito à um apanhado histórico, com fotos, gravações de jogos e de depoimentos dos jogadores e dirigentes dos clubes com o intuito de documentar a trajetória e as razões da decadência do basquete brasileiro e a sua tentativa de se reerguer no cenário esportivo, mostrando a trajetória das fracas campanhas da equipe nos últimos campeonatos mundiais. Além disso, destaca a falta de planejamento para o futuro, o “amadorismo” dos clubes, entre outros motivos que deixaram o basquete brasileiro em uma situação de desprestígio diante das conquistas mundiais que o equiparavam ao futebol brasileiro. Com o intuito de vivenciar as práticas esportivas e culturais para a consolidação do conhecimento e ampliação de possibilidades de propagar para outras gerações o movimento esportivo cultural, o documentário pretendeu resgatar a história de um esporte que faz parte da cultura nacional.

Contudo, para contar a história da seleção brasileira de basquete, os autores precisavam resgatar imagens de competições, que ilustram os depoimentos coletados. Não parece difícil presumir que os valores pelos direitos seriam caríssimos, o que, na prática, tornaria o orçamento geral da produção quase proibitivo. Vale ressaltar a função social do documentário, uma vez que demonstra, para diversos nichos da população brasileira, a cultura esportiva do Brasil por meio do resgate da história de um esporte adorado pelos brasileiros e que já foi muito vitorioso. Até o momento não há notícias sobre a judicialização dos usos neste documentário, mas imaginar que este e tantos outros documentários fomentados pelo PRONAC ficariam impossibilitados por conta do não pagamento dos direitos, não obstante a tamanha contribuição para o

²³² Disponível em: <<http://www.bolaaocesto.com.br/>> Acesso em: 07 ago 2015

arcabouço cultural brasileiro, nos leva a pensar que algo precisa mudar. O cenário sempre leva os autores e produtores a medir as consequências de continuar ou não com a produção da obra, uma vez que podem receber, a qualquer momento e independente da natureza do uso, a notícia da sua judicialização.

Como já mencionado, sabemos da importância da decisão judicial para esclarecer, caso a caso, as questões que envolvem os usos transformativos. Tais decisões, como aqui se defende, devem se pautar nos direitos culturais e na liberdade de expressão criativa para tentar equilibrar os interesses que envolvem os direitos de autor. Entretanto, ao mesmo tempo, sabe-se que uma decisão judicial pode se alongar demasiadamente e tem escopo limitado para lidar com tamanhas questões que envolvem os usos transformativos. Como contraponto e exemplo real que mitiga a tão temida insegurança jurídica enfatizada por aqueles contrários à legitimação das limitações aos direitos autorais, destaca-se o caso e a importância da criação de um Código de Boas Práticas que muda esta realidade ao propor princípios de atuação para utilização de obras existentes. Cita-se, especificamente, o *Documentary Filmmaker's Statement of Best Practices in Fair Use* (2005)²³³. Tal documento foi confeccionado a partir da associação da *Independent Video and Filmmakers*, da *Independent Feature Project*, da *International Documentary Association*, da *National Alliance for Media Arts and Culture* e da *Women in Film and Video* e teve o *Center for Social Media in the School of Communication* e o *Program on Intellectual Property and the Public Interest* da *Washington College of Law at American University* como consultores.

Esta declaração de melhores práticas tem o desígnio de corroborar a visão dos cineastas documentais de que a aplicação da doutrina do *fair use* é considerada razoável, uma vez que representa o valor fundamental da liberdade de expressão dentro da lei de direitos de autor. Tem, ainda, como principal objetivo esclarecer o *fair use* a fim de ajudar os cineastas a se utilizarem dele com confiança, uma vez que o próprio *fair use* é moldado, em parte, pelas práticas das comunidades profissionais que o empregam. Dessa forma, o *Documentary Filmmaker's Statement of Best Practices in Fair Use* (2005) é informado tanto pela experiência quanto por princípios éticos que embasam o direito dos documentaristas de terem mesmo tipo de acesso a materiais protegidos por direitos autorais que são apreciados pelos “críticos culturais e históricos que trabalham em mídia impressa e em emissoras de notícias” (2005, p. 1). Como justificativa para sua existência,

²³³ Disponível em: <<http://www.documentary.org/files/pdf/bestpractices.pdf>> Acesso em: 5 de julho de 2015.

no preâmbulo do *Documentary Filmmaker's Statement of Best Practices in Fair Use* consta que os cineastas documentaristas, nas últimas décadas, vêm se sentindo cada vez mais constrangidos por uma lei de direitos autorais criadora de um ambiente de valorização do *clearance* que oculta qualquer tipo de alternativa, além de ser altamente oneroso.

A partir do momento em que se entende que a forma mais consistente de criar requer licenças e permissão para tudo e qualquer coisa que os autores precisem ou não, um ciclo de *feedback* se desenvolve e a expectativa dessa permissão – ou cultura da permissão – limita a criatividade desnecessariamente, de forma inadequada e ineficiente (FALZONE; URBAN, 2009, p. 340-341)²³⁴. Nesse sentido, Patricia Aufderheide e Peter Jaszi (2004) destacam que a cultura do *clearance* trata de um “conjunto compartilhado de expectativas” que presume que todos os direitos devem ser sempre compensados e é imposto tanto a cineastas quanto por eles a si mesmos e aos colegas. É possível reconhecer determinados cineastas que, mesmo trabalhando em ambiente de transmissão ou de *cablecast*, apoiam totalmente os direitos de autor num sentido proprietário quase absoluto. Não encaram os direitos autorais como algo capaz de ponderar interesses, mas como um direito de propriedade que os beneficiará, de alguma forma, no futuro. Por isso, eles tendem a acreditar e perpetuar a ideia de que não se trata de um direito a utilização de trabalhos alheios sem o devido pagamento, independente da sua finalidade (AUFDERHEIDE; JASZI, 2004, p. 22).

Há, nesse comportamento, uma dependência de trajetória da retórica proprietária inerente à lei de direitos autorais, que ainda cria um ambiente em que os cineastas absorvem esse consenso a partir da sua própria experiência de produção, disseminadora da cultura de que, para produzir, deve-se antever as demandas das empresas de radiodifusão e *cablcasters* que utilizarão seu trabalho. Nesse contexto, Aufderheide e Jaszi completam:

“Filmmakers have learned this attitude from their own production experience, dealing with gatekeepers and with rights holders, as well as from consultations with lawyers and in workshops and classrooms. They often anticipate the demands (sometimes because they are familiar from earlier negotiations) of the broadcasters and cablecasters that will use their work. And in a business where reputation is critical, one mistake can be fatal. For instance, filmmakers must have, or provide all the relevant information to those who have, errors and omissions insurance in order to get their works broadcast. Furthermore, they perpetuate this attitude when they teach both

²³⁴Ver também: GIBSON, 2007.

informally and formally. Filmmakers said that they sternly educate interns and entry level workers in the imperative of rights clearance and ways to minimize risk (such as casing a scene for potential background music before filming). Filmmakers who are teachers said that they feel obliged to communicate the clearance culture to their students.” (AUFDERHEIDE; JASZI, 2004, p. 23)

Os autores ainda revelam as relações de poder que existem nessas negociações, ressaltando que:

“They maintain a commitment to the clearance culture, although their own experience shows it to be profoundly unbalanced even when they are rights holders. Power relations often ensure that they cannot receive payments for their own work, on a scale that is comparable to what they must pay. Filmmakers routinely reported that they do license rights from their own work, where possible. (For some, so many rights of others are imbedded in their work that such opportunities are rare.) But no one licenses material to others for the rates that they regularly pay, even when they sell to the same companies.” (AUFDERHEIDE; JASZI, 2004, p. 23)

Dessa forma, faz-se possível afirmar que os cineastas documentaristas aceitam e perpetuam – em muitos casos, de forma prematura e acrítica – a cultura do *clearance* sob a concepção de uma minimização de riscos e sob a retórica proprietária de apropriação do trabalho e sua “devida recompensa”. Para Falzone e Urban (2009, p. 341), o *clearance* é um entre os vários mecanismos criados para minimizar os riscos advindos das criações artísticas, assim como normas taxativas e orientações quantitativas, como “duração” ou “porcentagem”, usadas para reger a quantidade de material protegido que o criador usa na obra nova. Ponderam, no entanto, que quando se trata de quantidade, o uso justo deve observar o objetivo da utilização e se a quantidade utilizada foi razoável no que diz respeito a esse fim. Simplesmente não existe um corte tanto para quantidades máximas ou mínimas permitidas no *fair use* – assim como na realidade brasileira das limitações aos direitos do autor – e isto leva ao segundo problema: diretrizes quantitativas não levam em conta as diferentes necessidades dos diferentes usos criativos. Esse problema se torna cada vez mais familiar e persistente na rotina dos criadores, em que as citadas diretrizes tendem a estabelecer limites quantitativos indevidos, baseados numa abordagem de direito de propriedade absoluto (2009, p. 342).

Constata-se que as soluções mais óbvias como as orientações mínimas, as limitações e as exceções trazem consigo um sério risco de sacrificar a flexibilidade que é a grande força da doutrina do *fair use*. O método mais adequado para analisar e gerir o desenvolvimento global do *fair use* seria a avaliação caso a caso nos tribunais, que

tem condições de avaliar faticamente as mudanças incrementais de forma ampla em utilizações criativas, preservando a flexibilidade e equilíbrio do *fair use* no longo prazo. Contudo, como constata Falzone e Urban(2009, p. 342), a jurisprudência se desenvolve lentamente e, muitas vezes, o julgamento de determinado uso transformativo diz respeito a usos incontroversos que são susceptíveis de fácil verificação ou não atraem a ira de um titular de direitos de autor, fato que não permite que a decisão abarque situações novas ou inovadoras. Essa realidade faz com que advogados e criadores se frustrem e a doutrina do *fair use* fique limitada em sua eficácia.

É nesse contexto que entra a importância da criação de Códigos de Boas Práticas. Uma vez que as tecnologias digitais se tornaram predominantes na sociedade, o *Working Group on Intellectual Property Rights of the Information Infrastructure Task Force (IITF)* convocou a *Conference on Fair Use (CONFU)*, em 1994, e produziu um relatório conhecido como o "*Green Book*"²³⁵, que delineou e resumiu uma vasta gama de questões de direitos autorais e direitos conexos que afetam a expansão do comércio e comunicação digital. Uma dessas questões de grande preocupação era o *fair use*. Apesar da falta de consenso, as diretrizes e propostas que saíram desse processo permanecem recursos úteis (FALZONE; URBAN, 2009, p.22). Mais recentemente, outros âmbitos de produção artística que necessitam de condições mais claras sobre os usos de material protegido por direitos de autor têm empreendido esforços para desenvolver diretrizes de uso justo para várias comunidades de utilizadores.

O *Department of Commerce Internet Policy Task Force*, nesse sentido, apoia os esforços privados para explorar os parâmetros de uso justo, e observa que as melhores práticas são produzidas com a participação de ambos os grupos, o dos utilizadores e o dos titulares de direitos, uma vez que podem oferecer maior certeza e clareza. De forma a ajudar na orientação e construção das melhores práticas para a comunidade criativa, o *IPEC Joint Strategic Plan for Intellectual Property Enforcement (2013)*²³⁶ propõe que o *Copyright Office*, em coordenação com a administração pública, mantenha um índice de principais decisões judiciais contendo o *fair use* para servir como um recurso útil (2013, p. 23). O documento se reporta várias vezes à necessidade de implementação e consagração de declarações de melhores práticas como parte do desenvolvimento de um

²³⁵ Disponível em: <<http://www.uspto.gov/web/offices/dcom/olia/confu/report.htm>> Acesso em: 4 de julho de 2015.

²³⁶ Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/IPEC/2013-us-ipeec-joint-strategic-plan.pdf>> Acesso em 5 de julho de 2015.

ambiente gerador de maior certeza e esclarecimento dos usos considerados justos de acordo com cada segmento artístico.

Atualmente, pode-se dizer que as experiências com as Declarações de Boas Práticas são animadoras. Além do *Documentary Filmmaker's Statement of Best Practices in Fair Use*, existem outros, tais como: o *Code of Best Practices in Fair Use for Online Video*; o *Best Practices in Fair Use of Dance-related Materials*; o *Code of Best Practices in Fair Use for Media Literacy Education*; o *Code of Best Practices in Fair Use for OpenCourseWare*; o *Code of Best Practices in Fair use Scholarly Research in Communication*; o *Society for Cinema and Media Studie's Statement of Best Practices in Fair Use in Teaching for Filme and Media Educators*; o *Society for Cinema and Media Studie's Statement of Fair Use for Media Studies Publishing*; o *Code of Best Practices in Fair Use for Poetry*; *Statement of the Fair Use of Images for Teaching, Research and Study* e o *Code of Best Practices in Fair Use for Academic and Research Libraries*.²³⁷ Nos concentraremos no *Documentary Filmmaker's Statement of Best Practices in Fair Use*, pois, obviamente, nos é mais caro em razão do objeto de estudo.

De acordo com Falzone e Urban (2009, p. 343), o conceito e a estrutura de uma Declaração de Boas Práticas é simples em sua essência, embora necessite de tempo e rigor em sua criação. Ela traduz princípios que são informados e vinculados a um exame das normas e práticas criativas de determinada comunidade criadora, utilizando-se de vocabulário e experiência da própria comunidade. Justamente por serem criados em um ambiente em que as partes conhecem a prática, as Declarações de Boas Práticas são mais compreensíveis e menos abstratas para a comunidade que as utilizará, diferentemente de explicações que simplesmente caminham por meio dos quatro fatores e de alguns exemplos casuísticos. Continuam os autores:

"Each Statement of Best Practices proceeds by giving some brief background information about fair use - no more than a few pages - along with some description of its relevance to the practice community and where it does not apply. [...] Statements then proceed to their key component: a set of "principles" (scenarios that the relevant community has determined constitute reasonable fair use in most circumstances), each with attendant limitations (again determined by the community, with an eye toward the legal boundaries of fair use). [...] By focusing on circumstances that the community considers reasonable "best practices," the Statements provide this more concrete information without unduly limiting the fair use doctrine, and without unduly expanding it to cover uses that are

²³⁷ Todos esses códigos de boas práticas podem ser encontrados no seguinte endereço: <<http://www.cmsimpact.org/fair-use/related-materials/codes>> Acesso em 4 de julho de 2015.

questionable within the community”. (FALZONE; URBAN, 2009, p. 343-344)

O *Documentary Filmmaker’s Statement of Best Practices in Fair Use* (2005, p. 2), partindo da premissa de que os documentaristas também são detentores de direitos autorais, destaca a posição de todas as associações envolvidas na constituição deste documento: a escolha de recompensar os criadores por meio dos direitos autorais, mas com o reconhecimento de que, para promover novas produções culturais, é importante fornecer oportunidades de outros criadores utilizarem materiais protegidos quando estiverem produzindo uma obra nova. Toda a sociedade perde importantes criações expressivamente porque uma pessoa é arbitrariamente gananciosa, a menos que esses usos não sejam protegidos. A maioria das análises sobre fair use – e também sobre as nossas limitações – tendem a levar em consideração os critérios estabelecidos – sejam os quatro fatores do fair use ou do uso transformativo nas limitações – que, entre outras coisas, se resume em identificar se o uso causará ou não prejuízo ao titular dos direitos autorais.

Ressalta-se que, embora exista o receio justificado dos documentaristas em utilizar obras existentes em suas obras, os documentários têm, de acordo com *Documentary Filmmaker’s Statement of Best Practices in Fair Use* (2005, p. 2), o uso transformativo na sua essência, uma vez que a obra preexistente sempre será utilizada em um contexto diferente do que foi produzida. Ademais, documentaristas, de forma geral, utilizam pequenos e isolados trechos de obras protegidas em suas produções. Contudo, saber disso não basta. Utilizando os dizeres do *Documentary Filmmaker’s Statement* (2005), uma declaração, instituidora de princípios, que evidenciando entendimentos e práticas comumente realizadas em documentários, ajuda a esclarecer e demonstrar a razoabilidade de usos possíveis. Dessa forma, o *Documentary Filmmaker’s Statement* estabelece quatro princípios que configuram as melhores práticas. O primeiro princípio diz respeito ao (a) emprego de material protegido como objeto de crítica social, política ou cultural. Descreve-se tal classe como aquela que envolve usos onde os documentaristas criticam a mídia.

O princípio que rege essa possibilidade estabelece que tais usos são análogos à maneira que, por exemplo, um jornal pode avaliar um novo livro citando o título de uma ilustração. Na verdade, esta atividade é a própria essência da doutrina do *fair use* que tem como objetivo a salvaguarda da liberdade de expressão. O meio para efetivação deste direito pode variar, uma vez que o comentário direto ou a paródia, por exemplo, funcionam

como formas decrítica, em que o indivíduo pode expressar livremente seu pensamento. O dano mercadológico para o trabalho citado é irrelevante, já que se pode fazer uma ponte com a liberdade que existe para, por exemplo, fazer-se uma resenha negativa sobre um determinado livro (2005, p. 4). Dessa forma, para se qualificar como uso justo, o uso pode ser tão extenso quanto for necessário para construir o ponto de vista, com o intuito de permitir que o espectador compreenda plenamente a crítica ou análise. No entanto, o próprio documento estabelece limitações a este uso, na medida em que o uso não deve ser tão grande e difuso que deixe de funcionar como crítica e torne-se, em vez disso, uma manipulação do sentido do uso, deixando de ser uma crítica para criar uma afeição do público em relação a coisa (ou tipo de coisa) criticada. Esse princípio seria um guia para interpretar os “pequenos trechos” constantes do artigo 46, VIII da LDA.

O segundo princípio diz respeito à (b) citação de obras de cultura popular para ilustrar um argumento ou um ponto de vista. A preocupação é com o material que é usado, que pode ser de qualquer tipo. Não se trata de utilização da obra como objeto principal, mas porque, de forma mais clara, ilustra algum argumento ou ponto de vista que o documentarista está desenvolvendo. O *Documentary Filmmaker's Statement* exemplifica esta classe a partir da utilização de clipes de filmes de ficção para demonstrar a mudança de atitudes americanas em relação à raça. Dito isto, este tipo de uso deve ser considerado como uso justo, entendendo a possibilidade das utilizações entre terem e envolverem o público, bem como de ilustrar um argumento. Sabe-se que obras de cultura popular, de forma geral, têm poder ilustrativo e, fazendo uma analogia, tal uso é permitido em mídia impressa, uma vez que não há hesitação em utilizar citações ilustrativas, tanto palavras quanto imagens, para criação de um ponto de vista. No cinema documentário, este uso será subordinado ao propósito artístico ou intelectual do documentário que seja importante para sua realização. O documentarista não apresentará o material utilizado como finalidade, mas irá aproveitá-lo para construção de um novo contexto inserido em uma obra nova. Esta é uma tentativa de agregar valor significativo à obra nova para a construção do ponto de vista e não uma forma de "parasitismo", ou seja, uma exploração do valor existente (2005, p. 4).

Estabelece-se, ainda, limitações a estes usos. Os documentaristas poderão se valer melhor do *fair use* se assegurarem que: (i) o material é devidamente atribuído ao autor da obra original por meio de uma identificação que o acompanha na tela ou uma menção em créditos finais do filme; (ii) na medida do possível e de forma apropriada, as utilizações e citações serão extraídas de uma série de fontes diferentes; (iii) cada

utilização e citação não será feita de forma mais do que necessária para atingir o efeito pretendido; (iv) o material citado não é empregado apenas para evitar o custo ou inconveniência de gravar imagens equivalentes (2005, p. 4). Já o terceiro princípio menciona a (c) captura de conteúdo midiático enquanto se filma outra coisa. Documentaristas muitas vezes gravam sons e imagens quando estão filmando seqüências em contextos da vida real. No contexto documental, o material capturado é parte integrante da realidade ordinária sendo documentada. Apenas alterando, assim, falsificando a realidade que fizer parte da película, poder-se-ia evitar essas utilizações acessórias. Sendo assim, por princípio, o *fair use* deve proteger os documentaristas de falsificar a realidade, visto ser impossível se furtar de capturar determinado som ou a imagem por acaso. Por isso, deve ser permitido utilizar o trecho da obra protegida, numa medida razoável, como parte da versão final do filme. Qualquer outra regra seria inconsistente com a própria prática documental e com os valores das disciplinas (como a crítica, a análise histórica e jornalismo) que informam o cinema (2005, p. 4).

Nesse contexto também existem limitações que consistem no cuidado que os documentaristas devem ter para justificar o uso capturado: (i) o conteúdo particular reproduzido ou exibido em uma cena que está sendo filmada não pode ter sido requerida nem dirigida; (ii) o conteúdo de mídia capturado incidentalmente e incluído na versão final do filme deve ser parte integrante da cena ou ação; (iii) o conteúdo deve ser devidamente atribuído; (iv) a cena não deve ser incluída principalmente para explorar o conteúdo capturado incidentalmente e o conteúdo capturado não deve constituir o foco principal da cena de interesse; (v) no caso da música, o conteúdo não deve funcionar como um substituto para uma faixa de sincronia (como poderia, por exemplo, se a seqüência que contém a música capturada fosse cortada e sua batida fosse usada depois em outra seqüência) (2005, p. 5).

O último, e não menos importante, princípio se traduz na utilização de material protegido em uma seqüência histórica. Em muitos casos, a melhor – ou mesmo a única – forma eficaz de contar uma história de um contexto histórico particular ou construir um ponto de vista baseado na história se dá por meio do uso seletivo de palavras que foram ditas durante os eventos em questão, da música que foi associado aos eventos, ou das fotografias e películas que foram produzidas naquele momento. Como princípio a ser protegido, o *Documentary Filmmaker's Statement* destaca a importância social e educacional dos documentários e o *fair use* deve ser aplicado nestes casos. Concluo

contrário seria negar o potencial do cinema para representar a história para as novas gerações decididas. Devidamente condicionada, essa variedade de uso justifica-se como fundamental para o cumprimento da missão dos direitos de autor. No entanto, este direito deve ser também limitado, uma vez que pode comprometer os legítimos interesses dos titulares dos direitos de autor, incluindo os direitos dos próprios documentaristas (2005, p. 5).

Sendo assim, as limitações para esta classe de utilização destacam que o documentarista deve demonstrar que: (i) o projeto do filme não foi especificamente desenhado em torno do material em questão; (ii) o material serve uma função ilustrativa crítica, não existindo substituto adequado (isto é, um substituto com as mesmas características gerais); (iii) o material não pode ser licenciado, no entanto poderá ser licenciado quando os termos para sua aquisição forem excessivos em relação ao orçamento captado para o filme em questão; (iv) a utilização não é mais extensa do que é necessária para o ponto de vista para o qual o material foi selecionado; (v) o projeto do filme não se baseia predominantemente ou desproporcionalmente em fonte única para ilustrativos; (vi) o proprietário dos direitos autorais do material utilizado será devidamente identificado (2005, p. 6).

De acordo com o *Documentary Filmmaker's Statement*, os quatro princípios apenas declaram e não esgotam o âmbito de aplicação do *fair use* para documentaristas. Inevitavelmente, a prática real do cinema dará origem a situações que são híbridas e não se encaixam nos descritos princípios. No entanto, o documento assevera que, ao considerar tais situações os cineastas devem ser guiados pelos mesmos valores básicos de equidade, da proporcionalidade e da razoabilidade que informam a declaração. E arremata: quando e onde os documentaristas estiverem confiantes de que uma citação ou utilização de material protegido por direitos autorais se enquadra no *fair use*, eles devem reivindicá-lo (2005, p. 6). Ressalta-se que o *Documentary Filmmakers' Statement of Best Practices In Fair Use* data de 2005 e teve, com sua criação, dois objetivos: 1) incentivar documentaristas a se basearem e confiarem no *fair use* naquilo que for apropriado e 2) ajudar a convencer as pessoas que investem, distribuem e programam o seu trabalho a aceitarem e apoiarem os documentaristas nestas escolhas. Como mencionado, este documento não esgota todas as possibilidades, o que geraria alguns erros de interpretação sobre o *fair use* e a sua aplicabilidade na realização desses objetivos. Contudo, o próprio documento destaca algumas correções para os possíveis mal-entendidos (2004, p. 6).

Primeiro: o *fair use* não precisa ser exclusivamente “*high-minded*” ou “educacional” em sua natureza. O *Documentary Filmmakers’ Statement* destaca que, embora usos sem fins lucrativos ou acadêmicos, muitas vezes tragam boas justificativas para a reivindicação do *fair use*, eles não são os únicos. Uma obra nova que utilize obras preexistentes pode ser “comercial” – ou mesmo “altamente comercial” – em intenção e efeito e ainda invocar o *fair use* (2005, p. 6). Segundo: o *fair use* não precisa ser chato. Parte-se da premissa de que a utilização não é menos qualificável como um uso justo porque o filme em que ela ocorre é eficaz em atrair e manter uma audiência. Dessa forma, se a utilização satisfaz os princípios e limitações descritos no *Documentary Filmmakers’ Statement of Best Practices In Fair Use*, o fato do documentário ser divertido ou envolvente é irrelevante para a análise (2005, p. 6). E terceiro: o esforço fracassado de um documentarista em efetivar o clearance para o filme não inibe a sua capacidade de reivindicar o *fair use* em relação ao uso em questão.

Entende-se que toda a tentativa de evitar conflitos é válida e, muitas vezes, haverá boas razões para buscar permissões em situações em que não necessariamente serão necessárias. Contudo, embora a tentativa do *clearance* ajude a demonstrar a boa-fé do cineasta, a negativa de utilização não deve impedir a tentativa de enquadramento nos princípios e limites expostos no documento. Pondera o *Documentary Filmmakers’ Statement*, porém, que às vezes – e em conexão com o quarto princípio – a tentativa do *clearance* pode ser criticamente importante (2005, p. 7). Nesse caminho, destacam Falzone e Urban (2009, p. 344) que a confecção de um Código de Boas Práticas tem limitações, mas pode fornecer um comprometimento de ambas as partes para as difíceis questões que circundam os direitos de autor, tais como: acesso x apropriação, flexibilidade x incerteza, liberdade de expressão e criação x direitos de propriedade, entre outros. Embora demande tempo e a condensação de ideias derivadas de diferentes pontos de vista, a criação de princípios e limitações retiradas diretamente da experiência da comunidade artística que produz documentários, tende a traduzir a realidade, uma vez que envolve questões que demandam compreensão e capacidade de julgamento a partir da prática para criação de diretrizes sobre que uso é razoável ou não (AUFDERHEIDE; JASZI, 2011, p. 5).

Em pesquisa recente, publicada pelo *Center for Media & Social Impact* da Escola de Comunicação da *American University*, em 2014²³⁸, envolvendo 489 documentaristas, demonstra, preliminarmente, que uma grande maioria dos documentaristas passou a entender o *fair use* e o encaram como um valioso instrumento para confecção de suas obras, além de não terem tido problemas de aceitação com os titulares dos direitos autorais e, inclusive, com advogados. Contudo, em 2005, ano da criação do *Documentary Filmmakers' Statement of Best Practices In Fair Use* a situação era oposta e alguns estudiosos chegaram a afirmar que, numa realidade tecnológica, o *fair use* era um mecanismo frágil e difícil de usar²³⁹. Algum tempo depois, outros estudiosos começaram a enfatizar suas qualidades e a sua capacidade de aumentar as oportunidades de expressão²⁴⁰. De acordo com Patricia Aufderheide, não existe um parâmetro para análise dos resultados do *fair use* antes da criação do *Documentary Filmmakers' Statement*. No entanto, precisa-se compreender que, com essa pesquisa foi possível entender com que uma maior sensibilização relacionada às expectativas de um determinado grupo alterou a maneira pela qual a lei de direitos autorais é utilizada. Compreendeu-se, também, que as melhores práticas que dimensionaram uma maior clareza a respeito das utilizações resultaram no aumento do apoio institucional dado aos criadores. O uso deste documento e as atividades conexas transformaram o *fair use* em prática comum do setor²⁴¹.

Basta analisar o relatório da pesquisa feita pelo *Center for Media & Social Impact*. Destaca-se que 70% dos documentaristas diz ter “bom” ou “excelente” compreensão do *fair use* e 75% deles acha que o *fair use* é “absolutamente necessário” ou “muito útil”, fato demonstrador da adesão dos documentaristas ao *fair use* após o *Documentary Filmmakers' Statement*. Além disso, o *fair use* é bem aceito dentro das empresas, uma vez que 60% dos documentaristas diz ter usado o *fair use* em suas produções, 95% diz não ter mais problemas com empresas de radiodifusão e 99% deles diz não ter tido problemas com seguradoras. No relatório também é possível identificar palavras como “livre”, “liberdade”, “necessário”, “público”, “razoável”, “liberdade de expressão” e “criatividade” associadas ao *fair use*. Nesse caminho, Aufderheide e Sinnreich (2015, p. 10) destacam que os cineastas hoje percebem o *fair use* como um

²³⁸ CENTER FOR MEDIA & SOCIAL IMPACT, Documentarians, Fair Use and Best Practices. Disponível em: <<http://www.cmsimpact.org/fair-use/best-practices/documentary/documentarians-fair-use-and-best-practices>> Acesso em: 06 de julho de 2015.

²³⁹ Ver em: FISHER, 2004. LESSIG, 2001. VAIDHYANATHAN, 2004.

²⁴⁰ Ver em: AUFDERHEIDE; JASZI, 2011. MAZZONE, 2011. NETANEL, 2011.

²⁴¹ Ver em: AUFDERHEIDE; SINNREICH, 2011.

mecanismo de apoio e garantia da liberdade de expressão. No entanto, também compreendem que esta liberdade detém uma obrigação ética primária: a utilização da obra será acompanhada do devido crédito.

Fica claro que o conhecimento e a confiança no *fair use* acaba sendo mais ampla do que a familiaridade com o *Documentary Filmmakers' Statement*, o que sugere que determinados valores profissionais articulados no documento são amplamente internalizados na prática da indústria. Porém, ao mesmo tempo, alguns dizem ter preocupações com o risco jurídico e econômico da utilização, não por existir qualquer confusão sobre a legitimidade das suas decisões a partir do *fair use*, mas a uma falta de consciência da aceitação generalizada do *fair use* entre os colegas e colaboradores. Existe uma discrepância de conhecimento entre os cineastas novos e os antigos que se reflete nos posicionamentos díspares e na adoção do *fair use*. Entretanto, para Aufderheide e Sinnreich (2015, p. 10) ainda há espaço para um maior aperfeiçoamento das possibilidades de uso, uma vez que os criadores em início de carreira podem melhorar as suas oportunidades criativas por meio de uma melhor compreensão das suas opções de uso justo, enquanto cineastas mais experientes, por meio de plataformas de produção e de distribuição digital e do conhecimento de licenças abertas, poderiam melhorar as suas oportunidades criativas. Observa-se, nesse ínterim, que na experiência pós *Documentary Filmmakers' Statement* a produção de documentários mudou consideravelmente a partir da criação de um documento baseado no consenso em torno de Melhores Práticas de utilização de obras existentes. Nesse caminho, ressaltam Aufderheide e Sinnreich que:

“The practice of documentary filmmaking has shifted dramatically toward a more robust employment of expressive rights through fair use in the decade since the creation of a consensus document around acceptable fair use practices in the field. It can evolve further with more general sharing of knowledge about this shift and other opportunities to employ fair use, to make use of openly licensed and public domain material, and to generate openly licensed material where appropriate. The profound shift in industry practice demonstrates the power of creative consensus around application of the law to change practice at the creative, business and legal levels.” (AUFDERHEIDE; SINNREICH, 2015, p. 10)

Sendo assim, compreender essas mudanças pode abrir caminho para uma evolução ainda maior com o compartilhamento de conhecimento sobre os efeitos da criação de um Código ou Declaração de Boas Práticas, além de abarcar outras oportunidades para empregar o uso justo, tanto na experiência americana como em

outros países. Ressalta-se que a construção de um Código de Boas Práticas não modifica a lei, pois suas diretrizes são muito mais limitadas, a partir do momento que estabelecem práticas de determinado segmento. No entanto, podem oferecer um norte, por meio de um consenso, para que as comunidades de criadores se livrem de um efeito paralisante provocado pela lei de direitos autorais que “impede a proliferação de trabalhos baseados no uso transformativo de obras intelectuais”, devido à incerteza que paira sobre a criação dos autores contemporâneos e as possíveis consequências dos usos (LEWICKI, 2007, p. 244). A experiência derivada do *Documentary Filmmakers’ Statement* pode dar fôlego à procura de uma solução para o efeito paralisante aqui no Brasil, em que as artes audiovisuais absorvem de uma forma mais intensa o receio de utilizar – e até captar acidentalmente – qualquer trecho de obras existentes. Destaca Lewicki (2007) que o efeito paralisante é ainda maior e mais cruel com os documentaristas. Destaca o autor que:

“O efeito paralisante é particularmente cruel para os documentaristas, que, em geral, não têm a mesma liberdade para separar, na filmagem, os elementos com potencial problemático – pois não é, por exemplo, tão simples “limpar” uma locação como se faria com o cenário de uma filmagem ficcional. Pior, o objetivo mesmo do documentário é retratar a realidade – e a contemporaneidade é marcada pelo permanente oferecimento de sinais visuais protegidos pela propriedade intelectual. Não custa ainda lembrar que os documentários já costumam ser uma fonte de preocupação por conta da liberação do direito de imagem dos retratados.” (LEWICKI, 2007, p. 247)

Neste ínterim, enfatizando a total capacidade da construção de um Código de Boas Práticas para os documentaristas nacionais, utiliza-se o aporte de Lewicki (2007, p. 217) no sentido de que é necessário reconhecer a importância da deontologia como suporte ao direito a partir da valorização dos códigos profissionais de ética que detêm a “praxe setorial consagrada”, desempenham um papel de suma importância na verificação do quanto a “conduta visada se afastou das melhores práticas”. Ressalta o autor que não se pode esperar ou exigir de um juiz a “plena apreensão das especificidades de cada ofício, confiando apenas à percepção do julgador esta apreciação”, fato que se ilustra, por exemplo, ao acesso aos vários mandamentos que “regem as várias manifestações do trabalho humano – inclusive, se necessário, com o recurso à perícia técnica especializada” (2007, p. 217).

Dito isto, pode-se perceber que o mencionado *Documentary Filmmakers’ Statement* traz consigo a necessidade de estimular os documentaristas a confiar no recurso às limitações; a convencer os veículos de comunicação quanto à desnecessidade

de autorização para determinados usos; a buscar um consenso entre os detentores de direitos autorais e os utilizadores para que se reduzam as iniciativas judiciais e proporcionar aos documentaristas a possibilidade de se defenderem quando entenderem que o uso do material foi feito com base em fundamentos racionais, razoáveis e na mais estrita boa-fé. Ressalta-se que, este consenso, baseia-se na doutrina do *fair use*, que leva em consideração os quatro fatores e os dimensiona dentro da prática da experiência documental. Na experiência brasileira, embora exista uma preocupação legal com os usos transformativos, a técnica legislativa permanece confusa dificultando sua sistematização. No entanto, o uso transformativo das obras é de fundamental importância para construção do capital cultural, em especial a partir do momento em que se consolidam formas artísticas contemporâneas. Destaca-se, nesse sentido, que a interpretação do artigo 46, VIII da LDA deve ser pautada “tanto pela melhor exegese do teste dos três passos bem como à luz dos novos desenvolvimentos da hermenêutica”, o que implica superar a valorização da expressão “pequenos trechos” (LEWICKI, 2007, p. 273).

Como vimos, a valorização de critérios quantitativos não parece ser a melhor forma de estimular as liberdades de expressão e criação cultural, uma vez que não levam em conta as diferentes necessidades dos diferentes usos criativos e tendem a estabelecer limites indevidos, baseados numa abordagem de direito de propriedade absoluto. Diante da experiência dos documentaristas americanos aqui demonstrada, a criação de organismos sem fins lucrativos que auxiliem os criadores tanto em termos de aconselhamento quanto ao uso legítimo de obras existentes, quanto no assessoramento para obtenção de autorizações para os elementos que, embora essenciais à narrativa, não possam ser tratados pela via das limitações, parece ser um norte bastante atrativo²⁴². Derivado disso, a construção de um Código de Boas Práticas a partir da experiência da comunidade artística em conjunto com políticas públicas de promoção das liberdades de expressão e de criação tende a solidificar os usos transformativos. Com o intuito de construir um ambiente motivador e seguro para as transformações criativas, é necessário

²⁴² No Brasil, especificamente na área documental, existe a ABD Nacional – Associação Brasileira de Documentaristas e Curta-Metragistas, criada em 1973, “é uma associação de cineastas do Brasil, com ênfase no gênero documentário, mas também aberta a realizações de filmes de curta metragem de ficção, de animação e experimentais, gêneros que fogem dos formatos mais comerciais”. Tem como objetivo “a defesa e orientação dos interesses dos profissionais do filme de curta metragem, bem como da respectiva representação da classe perante os poderes Federais, Estaduais e Municipais; estudos, planejamento, programação de realizações como mostras, exposições, festivais que divulgassem e incentivassem trabalhos de curta metragem; criação de cursos, palestras destinadas ao aperfeiçoamento de novas técnicas de realização cinematográfica; demais atividades correlatas e complementares”. Ver em: <<https://abdnacionalbrasil.wordpress.com/>>

compreender que quanto mais restritiva for a interpretação da lei ou de cláusulas gerais haverá a inviabilização da criação.

Supera-se essa questão quando se analisa e interpreta, por exemplo, os passos de Berna de forma razoável, tendo como fim a função social das obras criativas. A menção a “certos casos especiais” não deve inviabilizar a criação de jurisprudência – e até mesmo de um Código de Boas Práticas – que busquem concretizar as limitações existentes. Além disso, critérios vagos encontrados no artigo 46, VIII da LDA como “exploração normal da obra” ou “prejuízos injustificados aos legítimos interesses do autor” não podem ser objeto de delimitações quantitativas e, muito menos, interpretações que tenham a presunção de impacto ou prejuízo econômico como justificativa para o não uso. Como se sabe, os passos de Berna têm critérios cumulativos e devem nortear a interpretação das limitações. No entanto, como vimos, é possível estabelecer diretrizes flexíveis e efetivas respeitando tais passos, como no caso do *Documentary Filmmakers’ Statement*. Ademais, deve-se valorizar a importância do *fair use*. Esta doutrina tem a vantagem de conjugar a maleabilidade com a regulamentação casuística, fato que promove a criação de série de jurisprudências que auxiliam na compreensão e estudo das limitações.

Como destaca Lewicki (2007, p. 270), não se trata de “uma transição acrílica de precedentes talhados em outro sistema, outra lógica e outra cultura”, mas é preciso reconhecer que há um movimento de aproximação com um *fair use* em âmbito mundial que não pode ser ignorado. Os quatro fatores do *fair use* devem ser relativizados e balanceados para que se obtenha um resultado para exclusão do privilégio autoral sobre o uso. Destarte, o primeiro fator, que diz respeito à finalidade do uso, não deve ser restrito aos usos educacionais, como já mencionado aqui. A experiência do *Documentary Filmmakers’ Statement* nos mostra que encarar o propósito e a natureza do uso de forma razoável, uma vez que determinado uso pode ser comercial e, ainda assim, invocar o *fair use*. Como consta do documento, a maioria dos casos em que as cortes norte-americanas entenderam determinado uso como justo, resultaram de projetos originalmente desenhados com intuito mercadológico e, inclusive, muitos deles obtiveram êxito financeiro. Levar essa consciência para construção de cláusulas gerais, de um Código de Boas Práticas e até para nortear a interpretação das limitações da lei de direitos autorais, tem fundamental importância para os usos transformativos, em especial no âmbito das obras audiovisuais documentais.

Quanto à natureza da obra utilizada, necessita-se superar a noção de que os trabalhos ficcionais prestam menos ao empréstimo do que os não-ficcionais. Antes de qualquer coisa, deve-se analisar o intuito da utilização, como descreve a experiência documental americana, uma vez que estes usos ficcionais podem ser necessários para criar um argumento ou ilustrar um ponto de vista. Por exemplo, seria impossível documentar a vida de um ator ou cineasta sem utilizar seus trabalhos ficcionais. Contudo, sujeitar esta produção ao pagamento de todos os direitos autorais, seria proibitivo e traria consequências devastadoras para as liberdades de expressão e criação, assim como para a construção do capital cultural social. Como assevera Ronald Bettig (1996, p. 236), o preço do acesso ao material protegido, unilateralmente fixado, costuma impedir qualquer cogitação de seu uso, o que, na prática, faz com que os documentaristas optem por suprimir fatos em razão do risco que a utilização pode gerar. Não parece, obviamente, preciso mencionar o impacto negativo que esta atitude traz para a construção de um arcabouço cultural e da consciência social dos indivíduos.

O terceiro fator se caracteriza pela extensão e a substancialidade daquilo que foi utilizado. Mais uma vez optamos por aspectos qualitativos em detrimento de aspectos quantitativos, baseando-nos na experiência do *Documentary Filmmakers' Statement*. Como destaca Lewicki (2007, p. 278), considera-se “mais apropriado falar em “substancialidade” do que foi utilizado do que, como faz em mais de uma ocasião a lei, aludir à “pequenez” dos trechos”. Dito isto, como destaca o *Documentary Filmmakers' Statement*, a melhor forma de encarar este fator seria identificar o uso justo a partir do objetivo ou finalidade do uso, uma vez que deve se entender que o uso pode ser tão extenso quanto for necessário para construir o ponto de vista, com o intuito de permitir que o espectador compreenda plenamente a crítica, a análise ou o ponto de vista do autor. No entanto, o próprio documento estabelece limitações a este uso, na medida em que o uso não deve ser tão grande e difuso que deixe de funcionar com a intenção que gerou a utilização, mas como uma sobreposição sem finalidade ou como uma manipulação do sentido do uso. Não se trata de utilização da obra como objeto principal, mas porque, de forma mais clara, ilustra algum argumento ou ponto de vista que o documentarista está desenvolvendo, como, por exemplo, o uso de obras de cultura popular para ilustrar um argumento ou um ponto de vista, subordinado ao propósito artístico ou intelectual do documentário que seja importante para sua realização.

O quarto fator diz respeito ao impacto da utilização no valor da obra. Este fator deve ser analisado a partir da utilização que geraria obstáculos à “exploração normal da obra”. Como pondera Lewicki (2007, p. 279), “por “exploração normal da obra” não se deve entender todo e qualquer uso, mas só aquele que razoavelmente poderia ser esperado”. Parte-se da premissa de que a utilização não é menos qualificável como justa porque o filme em que ela ocorre é eficaz em atrair e manter a audiência, por exemplo. Precisa-se analisar se, de fato, a nova utilização substitui a demanda pela obra “original”. Ressalta Lewicki (2007, p. 279) que a paródia requer mais atenção quanto a este requisito, uma vez que “atendem a uma função relevante e onde eventualmente uma semelhança maior poderá ser tolerada, já que seu objetivo é diferente (satírico)”. Notadamente, a abordagem do *fair use* em conjunto com a prática, corroborada pela experiência pós *Documentary Filmmakers’ Statement of Best Practices In Fair Use* (2005), oferece um ponto de partida para o aperfeiçoamento da disciplina das limitações dos direitos de autor brasileiro. A experiência dos documentaristas norte-americanos demonstra que a releitura, e consequente sistematização razoável da utilização, não representa uma ameaça à segurança jurídica ou a “utilização normal da obra” preexistente.

De forma contrária, como pudemos observar, há constante correlação com valores constitucionais que vinculam a aplicação e interpretação das normas infraconstitucionais de direitos autorais. O papel da jurisprudência, da doutrina, dos advogados, dos organismos sem fins lucrativos que auxiliam e representam os criadores deve ser de oferecer suporte tanto para as utilizações quanto para efetivação dos direitos fundamentais à liberdade de expressão, à liberdade de criação, à cultura, à informação e ao conhecimento. À luz do *Documentary Filmmakers’ Statement*, precisa-se analisar as consequências da construção de um documento que, utilizando os preceitos legais das limitações aos direitos de autor, se tornou um mecanismo de sucesso para efetivação dos usos transformativos. Compreende-se que, qualquer que seja o mecanismo utilizado para atingir tal fim, parte-se do princípio de que ele não deve se caracterizar por uma visão excludente dos personagens contrapostos. Sendo assim, a grande vantagem dessa análise é que ela nos dá suporte para oferecer uma referência comum de princípios para cineastas e titulares de direitos de autor. Além disso, pode promover um maior esclarecimento e capacidade de barganha para aqueles que desconhecem a lei ou que não entendem como ela pode ser aplicada em sua realidade, o que, na prática, tende a

promover o acesso ao conhecimento – tanto para a produção quanto em relação aos efeitos dela na sociedade – e expande as barreiras da criatividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os objetivos desse trabalho foi analisar se as formas de realização dos direitos de propriedade moderna, exclusiva, livre, absoluta e perfeita tem aspectos jurídicos e políticos que perpetua uma solução histórica dominante para a proteção dos direitos autorais e seus impactos nos usos transformativos na obra audiovisual documental. Em caso de resposta afirmativa e essa questão, passou-se à tentativa de propor uma alternativa efetivação da utilização do capital cultural intelectual e artístico como instrumento para criação de obras novas. Nesse sentido, ressaltou-se o aspecto econômico que circunda as obras intelectuais que não fugiu da lógica proprietária que nos remete às reflexões sobre a propriedade privada e os comuns (*commons*). Destacou-se as teorias da tragédia dos comuns e do *anticommons* que afirmam não existir, entre os indivíduos, qualquer capacidade de gestão coletiva de um bem sem leis restritivas que garantam a forma mais eficiente de lidar com a escassez dos recursos: a propriedade privada. Em contrapartida, ressaltou-se o quadro de feixes de direitos de propriedade calcado na análise institucional e desenvolvimentista da economia que demonstra, justamente, a possibilidade de relativização dos direitos de propriedade para que sejam manejados coletivamente e de forma eficiente.

Em concomitância, analisou-se o direito de propriedade brasileiro – e seu reflexo nos direitos autorais – a partir da perspectiva civil-constitucional, discutindo-se os conceitos de autoria, de originalidade, de obra artística, das limitações aos direitos de autor e a dificuldade de sua implementação no que tange aos usos transformativos na obra audiovisual documental. Conclui-se, dessa forma, que o direito autoral não é um direito natural vinculado à expressão/autoria, mas sim uma construção social em que as limitações aos direitos de autor emergem como forma de conciliar tais direitos com os interesses da coletividade. A partir do momento que se reforça o direito autoral, mais se limita a utilização de bens intelectuais, fato que vai de encontro ao diálogo social que

advém da cultura e, portanto, é anticultural. Não se advoga aqui o aniquilamento do direito do autor, uma vez que sua existência tem causa, mas o interesse público se impõe constitucionalmente e obriga o caminho da conciliação entre cada instituto que circunda as obras intelectuais.

Reside, justamente, na democratização do capital cultural a importância de assegurar os direitos à informação, à educação, ao acesso à cultura, ao conhecimento e à liberdade de expressão e de criação a todas as pessoas sem distinção. Sabendo-se que a atividade criativa é também combinatória, as obras existentes se tornam matéria prima utilizável na criação de obras novas. Esse movimento caracteriza os usos transformativos não como sinônimo de “obra derivada”, mas como o uso de material existente que ultrapassa a mera recolocação deste material em uma outra obra. A criação de uma nova expressão requer a contribuição de um mínimo de originalidade expressiva que deve ser identificada como o resultado expressivo do transformador, ultrapassando-se, assim, o que seria uma mera versão da obra anterior utilizada. Os usos transformativos, nesse contexto, dizem respeito ao ponto mais avançado e crítico do tema das limitações no contexto brasileiro. Avançado porque abarca direitos que, cada vez mais, são reivindicados em razão da mudança de contexto socioeconômico em que vivemos. Por outro lado, trata-se de um tema crítico por se torna refém de um contexto proprietário que não admite flexibilizações e que, por consequência, compromete sensivelmente a construção de um capital cultural democrático.

O uso transformativo é corolário da autonomia criativa, uma vez que a liberdade de expressão e a liberdade de criação a partir de material existente tem o potencial de produzir um enorme arcabouço cultural. É marcado, também, pela diversidade, uma vez que os criadores – profissionais ou não – passam a ser capazes de produzir suas próprias expressões artísticas fora do contexto da indústria de massa. Além disso, tem o condão de desconstruir o poder que a mídia constrói e expõe aos indivíduos. O uso transformativo da mídia que permeia (ou define) nossa existência desconstrói o “consenso”, na medida em que os indivíduos impondo sua própria realidade por meio dos usos transformativos, a *simulacra*²⁴³ perde coerência e uniformidade. Não se pode

²⁴³ Braudrillard apresenta a análise do poder da mídia, onde a informação disseminada por meio de tecnologias avançadas substituiu a realidade: “Abstraction today is no longer that of the map, the double, the mirror or the concept. Simulation is no longer that of a territory, a referential being or a substance. It is the generation by models of a real without origin or reality: a hyperreal. The territory no longer precedes the map, nor survives it. Henceforth, it is the map that precedes the territory – precession of simulacra – it is the map that engenders the territory. [...] The real is produced from miniaturized units,

ignorar a história e os fatos. Os usos transformativos não derivam de uma realidade recente, embora tenha ganhado maior visibilidade com as transformações tecnológicas. O exemplo mais comum é a *appropriation art*, em que artistas pós-modernos examinam e descontrolam a mídia que os cerca, uma vez que a apropriação é uma forma de linguagem, ela viabiliza a crítica, o louvor, a condenação e seu valor transformativo é melhor compreendido quando é permitido ao indivíduo se expressar.

Essa perspectiva, sem dúvida, se transporta para as obras documentais. Compreendê-la e analisá-la a partir de mecanismos que promovem a razoabilidade nas relações que envolvem direitos autorais, tende a solucionar os problemas e as incertezas que atingem essas utilizações. No Brasil, existem programas de fomento para a criação de obras artísticas, inclusive obras audiovisuais documentais, como o Programa Nacional de Apoio à Cultural – PRONAC, que promovem a capacidade de criação. Contudo, os criadores se veem paralisados diante do paradoxo estrutural derivado dos direitos de autor: existe acesso às obras, à capacidade de coleta de materiais, ao incentivo financeiro, mas não existe certeza quanto à possibilidade de utilização destes materiais. Nesse contexto, o que se defende é a possibilidade de estabelecer uma alternativa – ou algo perto do justo – para que a proteção, manipulação e transformação das obras artísticas seja possível. Trata-se de quais práticas devem ser adotadas e quais direitos devem ser valorizados em uma sociedade que pretende encorajar o uso transformativo e encará-lo como algo mais do que necessário.

A liberdade de expressão criativa em uma sociedade democrática é faceta fundamental da autonomia individual, assim como o resultado da transformação das obras existentes consagra a importância da promoção da diversidade. Sendo assim, necessário se faz compreender (a) que a nossa realidade é construída consideravelmente por obras protegidas por direitos de autor e (b) que negar a possibilidade de participação de um indivíduo na construção da diversidade dos bens artísticos é a institucionalização da dominação cultural e informacional. Diante disso, utilizou-se a experiência do *Documentary Filmmakers' Statement of Best Practices In Fair Use* como um contraponto à visão estática proprietária que serve de justificativa para a defesa da interpretação restritiva das limitações aos direitos autorais. Dessa experiência se extraiu a capacidade fática de desmitificar a premissa de que a relativização das limitações gera insegurança jurídica. Por meio, justamente, da flexibilidade e a adaptabilidade do *fair*

from matrices, memory banks and command models – and with these it can be reproduced an indefinite number of times.” (BAUDRILLARD, 1998, p. 166.)

use à evolução da tecnologia, tornou-se possível criar um mecanismo capaz de propor coletivamente diretrizes para resolução de problemas relevantes derivados das mudanças inovativas e sociais. Este fato já não é possível afirmar em relação à lei de direitos autorais que, atualmente, acaba por suprimir a criatividade que diz encorajar, justamente pela incapacidade de se adaptar aos novos contextos mercadológicos e sociais.

Valorizando essa adequação é que se torna possível superar a forma com que a lei de direitos autorais privilegia o capital financeiro em detrimento do capital cultural e, além disso, efetivar a criação de propostas de políticas públicas para efetivação dos usos transformativos. Tais políticas devem se socorrer à análise dos direitos autorais a partir dos direitos culturais, o que, na prática, tende a concretizar os direitos fundamentais ao acesso à cultura, à educação, à liberdade de expressão e criação cultural, à informação e ao conhecimento. A avaliação caso a caso nos tribunais é método reconhecidamente adequado para analisar a efetivação dos usos transformativos, uma vez que tem condições de avaliar faticamente as mudanças incrementais de forma ampla em utilizações criativas. Não obstante, é importante que se diga que a decisão judicial deve preservar a flexibilidade e o equilíbrio da interpretação das limitações aos direitos do autor buscando sempre aporte nos direitos fundamentais inerentes às questões que envolvem os usos. Caso contrário, arrisca-se a efetivar e legitimar a interpretação restritiva das limitações, fato que, como defendido, seria ataque frontal à liberdade de expressão cultural. Além disso, a jurisprudência se desenvolve lentamente e, muitas vezes, o julgamento de determinado uso transformativo diz respeito a usos suscetíveis de fácil verificação ou que não atraem a ira de um titular de direitos de autor, fato que não permite que a decisão abarque situações novas ou inovadoras. Essa realidade faz com que advogados e criadores se frustrem e as limitações aos direitos de autor fiquem restritas em sua eficácia.

Nesse contexto, entende-se que analisar o *fair use* em conjunto com as diretrizes e princípios constantes do *Documentary Filmmakers' Statement of Best Practices In Fair Use* pode, de fato, ser o norte que procuramos para a tentativa de solução dos dilemas de utilização no curto prazo e na efetivação da segurança jurídica das utilizações no longo prazo. Especificamente quanto ao *Documentary Filmmakers' Statement of Best Practices In Fair Use*, foi demonstrado que ele se tornou forte aliado na educação dos criadores – profissionais ou não – que não tinham familiaridade com a doutrina do *fair use*, razão pela qual se entende que um Código de Boas Práticas, em conjunto com diretrizes e cláusulas dotadas de maleabilidade, podem sim promover (a)

um ambiente saudável e equilibrado para as criações intelectuais e (b) a criação de um arcabouço cultural que valoriza o capital cultural da sociedade. Trata-se de uma declaração, instituidora de princípios que evidenciam entendimentos e práticas comumente realizadas em documentários, que ajuda a esclarecer e demonstrar a razoabilidade de usos possíveis. Não obstante a confecção de um Código de Boas Práticas tenha limitações, há a possibilidade de fornecer um comprometimento de ambas as partes para as difíceis questões que circundam os direitos de autor, tais como: acesso x apropriação, flexibilidade x incerteza, liberdade de expressão e criação x direitos de propriedade, entre outros.

Embora demande tempo e a condensação de ideias derivadas de diferentes pontos de vista, a criação de princípios e limitações retiradas diretamente da experiência da comunidade artística que produz documentários, tende a traduzir a realidade, uma vez que envolve questões que demandam compreensão e capacidade de julgamento a partir da prática para criação de diretrizes sobre que uso é razoável ou não. Ressalta-se que a construção de um Código de Boas Práticas não modifica a lei, pois suas diretrizes são muito mais limitadas, a partir do momento que estabelecem práticas de determinado segmento. No entanto, podem oferecer um norte, por meio de um consenso, para que as comunidades de criadores se livrem de um efeito paralisante provocado pela lei de direitos autorais que impede a proliferação de trabalhos baseados no uso transformativo de obras intelectuais, devido à incerteza que paira sobre a criação dos autores contemporâneos e as possíveis consequências dos usos. Dessa forma, a construção de um Código de Boas Práticas a partir da experiência da comunidade artística em conjunto com políticas públicas de promoção das liberdades de expressão e de criação tende a solidificar os usos transformativos. Com o intuito de construir um ambiente motivador e seguro para as transformações criativas, é necessário compreender que quanto mais restritiva for a interpretação da lei ou de cláusulas gerais haverá a inviabilização da criação. Efetivar os usos transformativos não se trata de aniquilar os direitos dos autores, massim para permitir que os autores utilizem obras existentes na criação de sua obra nova, fato que contribui enormemente para fomentar e diversificar o arcabouço cultural da sociedade.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002

ACORDO TRIPS. Disponível em: < http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm0_e.htm> Acesso em: 12 nov 2014.

ALEMANHA. Copyright Law (Urheberrechtsgesetz, UrhG). *Translation provided by the International Bureau of WIPO. IUSCOMP The Comparative Law Society*. Disponível em: <<http://www.iuscomp.org/gla/statutes/UrhG.htm>> Acesso em 15 jan. 2015

ALVES, Marco A. S. *O direito de apropriação privada em Locke: um pensamento de transição. Controvérsia*- Vol. 6, nº 3: 51-67 (set-dez 2010). ISSN 1808-5253.

ARE, Mario. *L'Objetto del diritto di autore*. Milano: Giuffrè, 1963.

ARENDT, Hanna. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras. 1989.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de autor e liberdade de criação. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. 2014.

_____. *Direito Intelectual em metamorfose*.in Revista de Direito Autoral, ABDA (São Paulo), ano II, n.º IV, fev. 2006, p. 3.

_____. *O futuro do direito moral*. In: Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, n. 54, jan./mar., 2003, p. 47.

_____. *O fair use no direito autoral*. *Revista Forense*. V. 365, jan-fev. 2003

_____. *Direito de autor e direitos conexos*. Portugal: Coimbra Editora, 2002.

_____. *Direito autoral*. 2. Ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

_____. *Direito da internet e da sociedade da informação: estudos*. Rio de Janeiro, 2002.

_____. *Direito intelectual, exclusivo e liberdade*. Conferência pronunciada em “Novos Rumos do Direito Constitucional na União Europeia e no Brasil”, seminário do Tribunal Federal Regional da 5.ª Região, Recife, a 12 de Junho de 2001. Disponível em: <<http://www.oa.pt/upl/%7B10ca2eef-a374-4211-8b85-3541b0658872%7D.pdf>> Acesso em 12 mai 2015.

AUFDERHEIDE, Patricia; JASZI, Peter, Untold stories: creative consequences of the rights clearance culture for documentary filmmakers. (2004). Disponível em: <<http://www.centerforsocialmedia.org/files/pdf/UNTOLDSTORIESReport.pdf>> Acesso em 4 de julho de 2015.

_____. *Reclaiming Fair Use: How to Put Balance Back in Copyright*. Chicago: University of Chicago Press, 2011.

AUFDERHEIDE, Patricia; SINNREICH, Aram. *Documentarians, Fair Use and Free Expression: Changes in Copyright Attitudes and Actions with Access to Best Practices*. In *Information, Communication & Society*, 1-10 (2015). Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2603400> Acesso em: 06 julho 2015.

AUFDERHEIDE, Patricia; JASZI, Peter, Untold stories: creative consequences of the rights clearance culture for documentary filmmakers. (2004). Disponível em: <<http://www.centerforsocialmedia.org/files/pdf/UNTOLDSTORIESReport.pdf>> Acesso em 4 de julho de 2015.

BADIN, Roxana. An appropriate(d) place in transformative value: appropriation art's exclusion from *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*”. *Brooklyn Law Review*, 1995.

_____. *Reclaiming Fair Use: How to Put Balance Back in Copyright*. Chicago: University of Chicago Press, 2011, p. 5.

BARBOSA, Denis Borges. *Tratado de Propriedade Intelectual – Tomo I*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

_____. *Do Bem Incorporado à Propriedade Intelectual*. In BARBOSA, Denis Borges. (Org.); GRAUKUNTZ, Karin (Org.). *Ensaio sobre o Direito Imaterial - Estudos Dedicados a Newton Silveira*. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009.

_____. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003.

BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, Rio de Janeiro, Renovar, 3ª ed., 1996.

BARRETO, Tobias. *O que deve entender por direito autoral*. In: BARRETO, Tobias. *Estudos de Direitos*. Campinas: Bookseller, 2000

BARTHES, Roland. A morte do autor. In: *O Rumor da Língua*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

BARTOW, Ann. *Copyrights and creative copying*. University of Ottawa Law & Technology Journal, Vol. 1, p. 75, 2003-2004. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=515582>> Acesso em 26 abr 2015. p. 88-89.

BASSO, Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000

BAUDRILLARD, Jean. *Simulacra and simulation*. In Jean Baudrillard Selected Writings, ed. Mark Poster. Stanford: Stanford University Press, 1998.

BERNE CONVENTION FOR THE PROTECTION OF LITERARY AND ARTISTIC WORKS Disponível em: Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=283698> Acesso em: 23 jun 2015.

BELLO, Enzo. *A teoria política da propriedade em Locke e Rousseau: uma análise à luz da modernidade tardia*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 09 out 2014.

BETTIG, Ronald. *Copyrighting culture: the political economy of intellectual property*. Boulder: Westview Press, 1996.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Os direitos da Personalidade*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. *Contornos atuais do direito do autor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 199.

BLACKMORE, Susan. *The meme machine*. Oxford, Oxford Paperbacks. New edition. 2000.

BLOCH, Marc L. B. *Apologia da história: o ofício de historiador*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manole, 2007.

_____. *Locke e o direito natural*. 2ª ed. Brasília: Editora UnB, 1997.

_____. A grade dicotomia: público/privado, in *Estado, Governo e Sociedade*, São Paulo, Paz e Terra, 1987.

BOCHUBERG, Lionel. *Le droit de citation*. Paris: Masson, 1994.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da dignidade humana. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. Disponível em: < http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bodin_n29.pdf> Acesso em: 26 jan 2014.

BOLLIER, David. *Growth of the commons paradigm*. In OSTROM, Elinor. HESS, Charlotte. Understanding knowledge as a commons: from theory to practice. Cambridge: The MIT Press, p. 29.

BORTKIEWICZ, Ladislaus. *Value and Price in the Marxian System*. International Economic Papers. 2. 1937. P. 713-714.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil AS, 1989.

_____. *A distinção: crítica social do julgamento*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Zouk, 2015.

BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunter. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Ed. Uniandes, 2000

BOYLE, James. *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*. Law and Contemporary Problems, Vol. 66, pp. 35. Winter-Spring 2003. Available at SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=470983>> Acesso em: 23 out 2014.

BRANCO, Sérgio. *A natureza jurídica dos direitos autorais*. Civilistica. Revista Eletrônica de Direito Civil, v. 2, p. 6, 2013

_____. *O domínio público no direito autoral brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. A Lei Autoral Brasileira como Elemento de Restrição à Eficácia do Direito Humano à Educação. Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos (Impresso), v. 6, p. 121-141, 2007

_____. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1. 203p.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 12 ago 2014.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei de Direitos Autorais, Lei n°. 9.610/98

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Novo Código Civil Brasileiro, Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Súmula n° 63, publ. DJU. 01.12.1992.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª T., Recurso Especial n° 186.197, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, pu bl. DJ 10.02.2003

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 744.979 - RJMin. Rel. João Otávio de Noronha. Data do Julgamento 25.08.2009

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4815-DF: Tribunal Pleno. Relator: Carmen Lúcia, Brasília, 10 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 14 jun 2015.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível: AC 10024112692926001 MG, julgado em 29 de abril de 2014

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação: 00145363720078190205 RJ 0014536-37.2007.8.19.0205, Relator: Des. Ricardo Rodrigues Cardozo, Data de Julgamento: 08/10/2013, Décima Quinta Camara Cível, Data de Publicação: 19/03/2014 11:46;

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Cível: AC 2010.028181-4 SC, julgado em 18 de novembro de 2013

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação: 00059105820118260281 SP, julgado em 29 de abril de 2014.

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação: 02174233920078260100 SP 0217423-39.2007.8.26.0100, Relator: Erickson Gavazza Marques, Data de Julgamento: 18/06/2014, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 23/06/2014.

BRASIL, Tribunal Regional Federal (TRF 4). Apelação Cível nº 1152, processo nº 2000.70.01.001152-5, Relator: VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, Data de Julgamento: 27/01/2010

BRAUNEIS, Robert. *The Transformation of Originality in the Progressive-Era Debate over Copyright in News*. GWU Legal Studies Research Paper No. 463; GWU Law School Public Law Research Paper No. 463. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1365366>> Acesso em 30 mar 2015.

BURK, Dan L.. COHEN, Julie E.. *Fair Use Infrastructure for Rights Management Systems*. Harvard Journal of Law & Technology, v. 15, n. 1, 2001

CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M.. Constituição e código civil brasileiro: âmbito de proteção de biografias não autorizadas. In: JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio; SANTOS, Márcio Gil Tostes dos. Constituição Brasileira de 1988. Reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário. Curitiba: Juruá, 2014

CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2006. p.33.

CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. v. 1: sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 3.

CATTANI, Rosane Maria Rizzi. *Baudrillando: o lado mais obscuro da globalização*. Revista FAMECOS. Porto Alegre. nº 19. dezembro 2002. p. 51. Disponível em:

<<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/viewFile/3185/2452>>. Acesso em: 16 set 2014.

CAVALHEIRO, Juciane dos Santos. *A concepção de autor em Baktin, Barthes e Foucault*. Signum: Estudos Linguísticos, Londrina, n. 11/2. 2008.

CENTER FOR MEDIA & SOCIAL IMPACT, Documentary Filmmakers' Statement of Best Practices in Fair Use. Disponível em: <<http://www.cmsimpact.org/fair-use/best-practices/documentary/documentarians-fair-use-and-best-practices>> Acesso em: 06 de julho de 2015.

CHAVES, Antonio. *Plágio*. Revista da Informação Legislativa, n. 77, janeiro/março, 1983.

_____. *Cinema, TV, Publicidade cinematográfica*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1987, p. 35.

_____. *Direito do autor: princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. *Obras protegidas pelo direito de autor*. RT-556 (fev/82), p. 264.

CHINELATO, Silmara Juny de Abreu; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos. Reflexos no direito autoral*. Revista de Direito Autoral, ano I, n. 1, Rio de Janeiro: Lumen Juris, ago., 2004

CONGOST, Rosa. *Tierras, leyes, historia: estúdios sobre la grand obra de la propiedad*. Barcelona. Editora Crítica. 2007.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. *Commission Staff Working Paper: on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/review/sec-2004-995_en.pdf> Acesso em 30 mar 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPENDIUM OF U.S. COPYRIGHT OFFICE PRACTICES, THIRD EDITION. Disponível em: <<http://copyright.gov/comp3/>> Acesso em: 21 fev 2015.

CONVENÇÃO DE BERNÁ. Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=283698> Acesso em: 12 nov 2014.

COPYRIGHT POLICY, CREATIVITY, AND INNOVATION IN THE DIGITAL ECONOMY (2013). Disponível em: <<http://www.uspto.gov/sites/default/files/news/publications/copyrightgreenpaper.pdf>> Acesso em: 26 jun 2015.

CORIAT, Benjamin. *Le retour des communs: Sources et origines d'un programme de recherché*. Disponível em: <<http://regulation.revues.org/10463#ftn9>> Acesso em: 23 out 2014.

CRIVELLI, Ivana C. *Direitos autorais na obra cinematográfica*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2008.

CUPIS, Adriano de. *Os Direitos da Personalidade*. Campinas: Romana, 2004.

DEAZLEY. R., KRETSCHMER. M., BENTLY. L. *Privilege and Property: essays on the history of copyright*. Cambridge: OpenBook.

DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. Campinas: Romana, 2004.

DOCK, Marie Claude. *Etude sur le Droit D'Auteur*. Paris: Pichon et R. Durand-Auzias, 1963.

DOSI, Giovanni. STIGLITZ, Joseph. *The role of intellectual property rights in the development process, with some lessons developed countries: an introduction*. Scuola Superiore Sant'Anna: Institute of Economics. November 2013. ISSN (online) 2284-0400.

DROBAK, J. and NYE, J. V. C. *The Frontiers of the New Institutions Economics*. Londres. 1997.

DUARTE, Elizabeth Bastos; CASTRO, Maria Lilia Dias de. *Comunicação audiovisual – gêneros e formatos*. Porto Alegre: Editora Sulina, 2007.

DURANGO ÁLVARES, Gerardo A. “Aproximación a los derechos fundamentales desde la perspectiva habermasiana”. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho n. 11*, 2007/2008

DUVAL, Hermano. *Violações dos direitos autorais*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968.

ESTADOS UNIDOS, *Bleistein v. Donaldson lithographing co. 188 u.s. 239*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/188/239/case.html>> Acesso em: 06 de maio de 2015.

ESTADOS UNIDOS, *Berlin v. E.C. Publications, Inc.* Disponível em: <<http://mcir.usc.edu/cases/1960-1969/Pages/berlinecpublications.html>> Acesso em: 06 de maio de 2015.

ESTADOS UNIDOS, Copyright Law of the United States of America and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code. *United States Copyright Office*. Disponível em: <<http://www.copyright.gov/title17/>> Acesso em 16 jan. 2015.

ESTADOS UNIDOS. *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991)*. In MERGES, Robert P.. MENELL, Peter S.. LEMLEY, Mark A.. *Intellectual Property in the New Technological Age*. 5. Ed. Aspen Publishers, 2010

ESTADOS UNIDOS, *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151, 156 (1975). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/422/151/case.html>> Acesso em 06 de maio de 2015.

FALZONE, Anthony; URBAN, Jennifer. *Demystifying Fair Use: The Gift of the Center for Social Media Statements of Best Practices*, 57 *J. Copyright Soc'y U.S.A.* 337 (2009), p. 338. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1228>> Acesso em: 02 jul 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

FERRAZ JR., T. S.. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo. Atlas. 1988.

FISHER, William. Theories of intellectual property. Disponível em: <www.law.harvard.edu/faculty/ffisher/iptheory.html> Acesso em: 08 mai 2015

FOUCAULT, Michel. "O que é um autor?", *Bulletin de la Societé Française de Philosophie*, 63º ano, no 3, julho-setembro de 1969

FRANÇA. Code de la propriété intellectuelle. *Legifrance. Le service public de la diffusion du droit*. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414&dateTexte=20090925>> Acesso em 16 jan. 2015).

GIBSON, James. *Risk Aversion and Rights Accretion in Intellectual Property Law*, 116 *YALE L.J.* 882, 895-98. 2007

GINSBURG, Jane C.. *The concept of authorship in comparative copyright law*. Columbia Law School. Pub. Law Research Paper No. 03-51. 2003. p. 1-2. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=368481>

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. O estatuto da propriedade perante o novo ordenamento constitucional brasileiro, *Revista Forense*, v. 86, n. 309, p. 25-32, jan./mar., 1990.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Direitos Reais*, Rio de Janeiro: ed. Forense, 10ª ed., 1994.

_____. A agonia do Código Civil, in *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, n. 7, 1988.

GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HAMMES, Bruno Jorge. *O direito da propriedade intelectual: conforme a Lei 9610 de 19.2.1998*. 3. ed. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2002. p. 52.

HARDIN, Garret. The Tragedy of the commons. *Science*, New Series, Vol. 162, No. 3859. (Dec. 13, 1968), p. 1244.) Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0036-8075%2819681213%293%3A162%3A3859%3C1243%3ATTOTC%3E2.0.CO%3B2-N>> Acesso em: 22 out 2014.

HELLER, Michael. *The Tragedy of the Anticommons: property in the transition from Marx to Markets*. Disponível em: <<http://deepblue.lib.umich.edu/bitstream/handle/2027.42/39430/wp40.pdf?sequence=3>> . Acesso em: 23 out 2014.

HESS, Charlotte; OSTROM, Elinor. *Introduction: an overview of the knowledge commons*. In *Understanding knowledge as a commons: from theory to practice*. Cambridge: The MIT Press. 2007.

HIRSCHMANN, Albert. *Two Hundred Years of Reactionary Rhetoric: The Case of the Perverse Effect*. The Tanner Lectures On Human Values. University of Michigan. 1988. p. 5. Disponível em: <http://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/h/hirschman89.pdf> Acesso em: 13 out 2014.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. p. 17. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/anthist/.../hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf> Acesso em: 08 fev 2015.

HOBSBAWN, Eric. *Sobre história*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

HUGHES, Justin. *The philosophy of intellectual property*. 77 *Georgetown Law Journal* 287 (1988), p. 6. Disponível em: <http://www.justinhughes.net/docs/a-ip01.pdf>. Acesso em 09 out 14.

HUNT, E. K. ; LAUTZENHEISER, M. *História do Pensamento Econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

JASZI, Peter. *Toward a theory of copyright: the metamorphoses of authorship*. American Society for Eighteenth Century Studies. Washington DC: Washington College of Law. 1991.

JOYCE, Craig P. & PATTERSON, L. Ray. *Copyright in 1791*. In *Emory Law Journal*, vol. 52, 2004.

JUNDI, Maria Elaine Rise. Das limitações aos direitos autorais. *Revista de direito autoral*. a. I. n. I, ago. 2004.

KAMINA, Pascal. *Film copyright in the European Union*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2002.

KOSKENNIEMI, Martti. *The History of International Law*. 4 *Rechtsgeschichte*. 2004.

LANDES, William M., POSNER, Richard A. *The economic structure of intellectual property law*. United States of America. Cambridge, Massachusetts. The Belknap Press of Harvard University Press. 2003.

LANTAGNE, Stacey. *Sherlock Holmes and the case of the lucrative fandom: recognizing the economic power of fanworks and reimagining fair use in copyright*. (February 28, 2014). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2402951>. p. 40.

LEITE, Eduardo Lycurgo. A doutrina do “fair use” delineada no direito autoral norte-americano: uma ferramenta para o ponto de equilíbrio entre a rigidez autoral e o interesse público relevante. *Revista de direito autoral*. a. II. N. IV, fev. 2006.

LEWICKI, Bruno Costa. *Limitações aos direitos de autor: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo*. 2007. 299 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

LOCKE, John. *Two treatises of government*. London: McMaster University Archive of the History of Economic Thought, 2004.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

MANOVICH, L. *Remixing and remixability*. 2005. Disponível em <http://www.manovich.net/DOCS/Remix_modular.doc> Acesso em 20 set. 2014.

MANSO, Eduardo Vieira. *Os fundamentos da exclusão de ilicitude de atos que contrariam direitos autorais*. *Revista dos Tribunais*. n. 577, mar. 1982.

MARQUES, Aída. *Idéias em movimento: produzindo e realizando filmes no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco, 2007.

MARX, Karl. *Capital: A Critique of Political Economy - Volume III*. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=3504> Acesso em: 21 out 2014.

_____. *Los debates sobre la ley acerca del robô de Lena*. Fernando Torres. Valencia. 1983. p. 233-235.

MAZZONE, J. *Copyfraud and other abuses of intellectual property law*. Stanford, California: Stanford Law Books, 2011.

MÉSZÁROS, István. *Para além do capital: rumo a uma teoria da transição*. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2011.

MICHELMAN, Frank. *Ethics, Economics, and the Law of Property*. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.utulsa.edu/tlr/vol39/iss3/10>> Acesso em: 23 out 2014.

MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor – repersonalizando o direito autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MORATO, Antônio Carlos. *Direito de autor em obra coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOTTA, Márcia. “Das discussões sobre posse e propriedade da terra na história moderna: velhas e novas ilações”, p. 19-45. In: MOTTA, M. M.; SECRETO, Maria V. (Orgs.) **O direito às avessas: por uma história social da propriedade**. Guarapuava: Unicentro; Niterói: EdUFF, 2011.

NASCIMENTO, João Paulo Capella. *A natureza jurídica do direito sobre os bens imateriais*. *Revista da ABPI*, n. 28.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos Contratos – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NETANEL, Neil Weinstock. *Copyright's paradox*. Neil W. Netanel, COPYRIGHT'S PARADOX, Oxford University Press, 2008; UCLA School of Law Research Paper No. 08-06. Available at SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1099457>> Acesso em: 11 ago 2014.

_____. Making sense of fair use. *Lewis & Clark Law Review*, 15(3), p. 715-772, 2011.

NETANEL, Neil Weinstock; ELKIN-KOREN, Niva. *The commodification of information*. Londres: Kluwer Law International, 2002, p. viii.

NETO, Margarida. *Terra e conflito: região de Coimbra (1700-1834)*. Viseu: Palimage Editores, 1997.

NORTH, D. y THOMAS, R. *El Ascenso del Mundo Occidental*. Estudio correspondiente a los cinco últimos capítulos del libro *The Rise of the Western World: A New Economic History*. Cambridge University Press. 1973. Disponível em: <www.cepchile.cl/dms/archivo.../rev34_north.pdf> Acesso em: 10 out 2014.

OAKERSON, Ronald J. *The Erosion of Public Highways: a policy analysis of the eastern Kentucky Coal-Haul Road Problem*. Doctoral dissertation, Department of Political Science, Indiana University. Disponível em: <<http://dlc.dlib.indiana.edu/dlc/handle/10535/3578>> Acesso em: 3 nov 2014.

OCHOA, Tyler T. Dr. Seuss, the juice and fair use: how the Grinch silenced a parody. *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* . v. 45. n.4. 1998

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Pacto dos Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso em 09 jun 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso em 09 jun 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Pacto dos Direitos Civis e Políticos. Disponível em:

<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso em 09 jun 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: < http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf > Acesso em 09 jun 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Pacto de São José da Costa Rica. Disponível em: < http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm > Acesso em 09 jun 2015.

OSTROM, Elinor. *Institutional Analysis and Development: elements of the framework in historical perspective*. Disponível em: <www.eolss.net/sample-chapters/c04/e6-99a-34.pdf>

OSTROM, Vincent. *Freedom and Organization*. Workshop in Political Theory & Policy Analysis, Indiana University, Bloomington. 1984. Disponível em: <<http://dlc.dlib.indiana.edu/dlc/bitstream/handle/10535/2267/vostr015.pdf?sequence=1> > Acesso em: 4 nov 2014.

PALFREY, John. GASSER, Urs. SIMUN, Miriam. BARNES, Rosalie Fay. *Youth, creativity, and copyright in the digital age*. Int'l J. Learning & Media. Spring 2009

PATTERSON, L. Ray; LINDBERG, Stanley W. *The nature of copyright: a law of user's right*. Georgia: Yniversity of Georgia Press, 1991, p. 202.

PEREIRA, Alexandre Dias. *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Napoli: ESI, 1972.

PEREIRA, Carlos Alberto Messeder, HERSCHMANN, Micael. *Comunicação e novas estratégias organizacionais na era da informação e do conhecimento*. Comunicação & Sociedade. São Bernardo do Campo: PósCom-Umesp, n. 38, p. 31-33, 2o. sem. 2002.

PFISTER, Laurent. *Author and work in the french print privileges system*. Em Deazley. R., Kretschmer. M., Bently. L. *Privilege and Property: Essays on the History of Copyright*. Cambridge: OpenBook.

PILATI, José Isaac. *Propriedade na pós-modernidade: as propriedades especiais e o resgate do coletivo*. In WACHOWICZ, Marcos. *Direito da sociedade da informação e propriedade intelectual*. Curitiba: Juruá, 2012.

POLANY, Karl. *The Great Transformation: the political and economic origins of our time* (1957). Disponível em: <www2.dse.unibo.it/.../KarlPolanyi_The-Great-Transformation_book.pdf> Acesso em: 23 out 2014.

PORTUGAL. Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. Disponível em: <https://ciist.ist.utl.pt/docs_da/codigo_direito_autor_republicado.pdf> Acesso em 16 jan. 2015.

POSNER, Richard A. *The little book of plagiarism*. Pantheon Books: Nova Iorque, 2007.

POZZO, Riccardo. *Immanuel Kant on intellectual property*. Trans/Form/Ação, Marília, v. 29, n. 2, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732006000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 Jan. 2015.

PROUDHON, Pierre-Joseph. Qu'est-ce que la propriété? Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=86369> Acesso: 21 out 2014. p. 10.

PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Giuffrè, 1964.

PUTNAM, Haven G. Authors and their public in ancient times, p. 275. Disponível em: <<https://archive.org/details/authorsandtheir01putngoog>> Acesso em: 02 nov 2014.

RINGER, Barbara. *The demonology of copyright*. New York. R.R. Bowker Memorial Lecture, 1974

RAMOS, Carolina Tinoco. BARBOSA, Denis Borges. MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Contributo Mínimo na Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

RAMOS, Carolina Tinoco. *Contributo Mínimo em Direito de Autor: o mínimo grau necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e no direito brasileiro*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. p. 132

ROSE, Mark. *Nine-tenths of the Law: the English Copyright Debates and the Rhetoric of the Public Domain*. In *Law & Contemporary Problems*, vol. 66, p. 77-78, winter/spring 2003.

_____. *Authors and Owners: the invention of copyright*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

_____. *The Author as Proprietor: Donaldson v. Becket and the Genealogy of Modern Authorship*. p. 54 Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/2928566?sid=21105430438791&uid=2&uid=4&uid=2129&uid=3737512&uid=70>> Acesso em: 23 jan 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=2284> Acesso em: 21 out 2014.

_____. *Do contrato social*. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=2244> Acesso em 21 out 2014. p. 11.

SANDEL, Michael. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: civilização Brasileira. 9ª ed. 2012.

SANTIAGO, Oswaldo. *Aquarela do direito autoral*. Rio de Janeiro, s/ed., 1946.

SANTOS, Celso de Oliveira. *Os limites entre a inspiração e a cópia: aefetividade do tratamento jurídico sobre obra derivada*. In Anais do I Seminário de Direito, Artes e Políticas Culturais do NEDAC. Disponível em: <ibpibrazil.org/ojs/index.php/Revel/article/download/12/12>. Acesso em: 10 jun 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do "hate speech"*. In: Cristiano Chaves. (Org.). *Leituras Complementares de Direito Civil. O direito civil-constitucional em concreto*. 2aed. Slavador: Jus Podivm, 2009

_____. *Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado*. *Revista Diálogo Jurídico*, n.º. 16 – mai/jun/jul/ago 2007. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>

SCHLAGER, Edella. OSTROM, Elinor. *Property-Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis*. Law and Economics, Vol. 68, No. 3. 1992.

SCHREIBER, Anderson. *Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 6, 2000.

SENFTLEBEN, Martin. *Copyright, limitations and the three-step test: an analysis of the three-step test in international and EC copyright law*. The Hague: Kluwer, 2004, p. 135.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações – investigação sobre sua natureza e suas causas*. São Paulo: Abril Cultural. 1983.

SOUZA, Allan Rocha de. *Os direitos culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Azougue, 2012.

_____. *Os direitos morais do autor*. *Civilistica*, v. 2, p. 1-22, 2013.

_____. *Dilemas da legislação autoral no brasil*. In: CASTRO, Ana Célia; POSSAS, Cristina de Albuquerque; GODINHO, Manoel Mira. (Org.). *Propriedade intelectual nos*

Países de Língua Portuguesa: temas e perspectivas. 1ed. Rio de Janeiro: E-papers, 2011, v. 1.

_____.; CASTRO, Raul M. R.. *Direitos Autorais: entre o patrimonial e o existencial*. In: XIX Encontro Nacional do Conpedi, 2010, Fortaleza. Anais do XIX Encontro Nacional do Conpedi.. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2010.

_____. *Os direitos culturais e as obras audiovisuais cinematográficas: entre a proteção e o acesso*. 2010. 299 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

_____. *Limitações aos Direitos Autorais*. In: III Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, 2010, São Paulo. Estudos de Direitos de Autor: A Revisão da Lei de Direitos Autorais. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2010.

_____. *A Proteção do Audiovisual e o Cineclubismo: o Caso do Cine Falcatrua*. In: XVII Encontro Nacional do Conpedi, 2008, Salvador. Anais do XVII Encontro Nacional do Conpedi. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2008.

_____. *A Construção Social dos Direitos Autorais*. Revista da ABPI, v. 93, 2008.

_____. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica: Brasil: 1988-2005*. Campos dos Goytacazes: Ed. da Faculdade de Direito de Campos, 2006.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Abuso do direito autoral*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

_____. *O domínio público e a função social do direito autoral*. Liinc em Revista, v. 07, p. 664-700, 2011.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *Direitos autorais: entre as relações sociais e as relações jurídicas*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2006.

SUZOR, Nicolas. *Transformative use of copyright material*. LLM Thesis, QUT School of Law. 2006. p. 5. Disponível em: <www.eprints.qut.edu.au/16226/1/Nicolas_Suzor_Thesis.pdf> Acesso em: 22 jun 2015.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil, in *Revista de Direito do Estado*, v. 2, 2006a.

_____. *Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução*. Temas de Direito Civil II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b.

_____. *Contornos Constitucionais da Propriedade Privada*. Temas de Direito Civil, 4ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004a.

_____. A garantia da propriedade no direito brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 76, 2004b, p. 102.

_____. *O Código Civil, os Chamados Microsistemas e a Constituição: Premissas para uma Reforma Legislativa*. Problemas de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, v. 1.

_____. *Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 85.

TRAVIS, Hannibal. *Pirates of the Information Infrastructure: Blackstonian Copyright and the First Amendment*. Berkeley Technology Law Journal, Vol. 15, No. 777, 2000. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=758885>.

THOMPSON, E. P. *The Essential E. P. Thompson*. The New York Press: New York, 2001.

_____. *Costumes em comum*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, *Creative Economic Report 2013*. Disponível em: <www.unesco.org/culture/pdf/creative-economy-report-2013.pdf>. Acesso em: 11 ago 2014.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, *Resource Book on TRIPS and Development*. New York: Cambridge University Press, 2005.

WALTERSCHEID, Edward C. *The nature of the intellectual property clause: a study in historical perspective*. New York: William S. Hein & Co., Inc., 2002.

WOODMANSEE, Martha; JASZI, Peter. *Beyond Authorship: Refiguring Rights in Traditional Culture and Bioknowledge*. 2004. p. 1. Disponível em: <<http://www.case.edu/affil/sce/authorship-spring2004/article.pdf>> Acesso em: 20 jan 2015.

WOODMANSEE, Martha. *On the author effect: recovering collectivity*. Disponível em: <<http://cyber.law.harvard.edu/IPCoop/92wood.html>> Acesso em: 20 jan 2015.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION – WIPO. *Guide to the Berne Convention for the protection of literary and artistic works (Paris Act, 1971)*. WIPO: Genebra, 1978. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/copyright/615/wipo_pub_615.pdf>

VAIDHYANATHAN, Siva. *Cultural Production in a Digital Age: remote control: the rise of electronic cultural policy*. The Annals of The American Academy of Political and Social Science, 2005, n. 597, p. 5. Disponível em: <http://msl1.mit.edu/furdlog/docs/Annals_VaidhyathanDraft.pdf>. Acesso dia 14 jun. 2014.

VASCONCELOS, C. L. *As Limitações, o fair use e a guinada utilitarista do direito autoral brasileiro*. Revista da ABPI, v. 119, 2012.

_____. *Mídia e Propriedade Intelectual: a crônica de um modelo em transformação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

VEBLEN. Thorstein. *The beginnings of ownership*. In: *Essay's in Our Changing Order*. New York: Augustus M. Kelley, 1964, p. 32.

YU. Peter K. *Of Monks, Medieval Scribes, and Middlemen*. Michigan State Law Review, pp. 1-30, 2006; MSU Legal Studies Research Paper No. 03-25. p. 11. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=897710>> Acesso em 10 ago. 2014.

ZLOTNICK, David. Justice Scalia and hiscritics: na exploration of Scalia's fidelity to his constitucional methodology. *Emory Law Journal*. N. 48, 1999