

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

CURSO DE DIREITO

BRENO AZEVEDO CURZIO

UMA ANÁLISE SOBRE O LIMITE TEMPORAL DOS DIREITOS AUTORAIS

JUIZ DE FORA/MG

2017

BRENO AZEVEDO CURZIO

UMA ANÁLISE SOBRE O LIMITE TEMPORAL DOS DIREITOS AUTORAIS

Monografia apresentada à faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como pré-requisito parcial a obtenção do grau de bacharel em Direito sob orientação do Professor Bruno Stigert de Sousa.

JUIZ DE FORA/MG

2017

CURZIO, Breno.

Uma Análise Sobre o Limite Temporal dos Direitos
Autorais / Breno Curzio. – 2017. 49 p

Orientador: Bruno Stigert de Sousa
Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade
Federal de Juiz de Fora, Faculdade de Direito, 2017.

1. Direito Autoral. 2. Direitos Fundamentais. 3. Direitos Culturais.
4. Limite Temporal.

BRENO AZEVEDO CURZIO

UMA ANÁLISE SOBRE O LIMITE TEMPORAL DOS DIREITOS AUTORAIS

Monografia apresentada à faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como pré-requisito parcial a obtenção do grau de bacharel em Direito, submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Aprovado em: Juiz de Fora, de de 2017

Prof. Dr. Bruno Stigert de Sousa - Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Bruno Amaro Lacerda
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. João Beccon de Almeida Neto
Universidade Federal de Juiz de Fora

Dedico esse trabalho à infinita capacidade criativa do homem, onde não há lei.

AGRADECIMENTO

Aos meus pais, que sempre buscaram me apoiar. A minha avó, pelas conversas sobre a vida. A minha irmã, que me ajudou a ver que é preciso focar no presente antes do futuro. Ao Iago, por sempre demonstrar o quanto é atencioso. A Isabela, pela ajuda e por sempre me apoiar. Ao Théo, por me ajudar com toda sua boa vontade. A Vivian, por me ajudar sempre que preciso. Aos amigos em geral, pelos bons momentos e, principalmente, risadas. Ao orientador, por toda a ajuda. A vida, que, através da sua forma estranha, nos revela para nós mesmos a cada dia.

“The little things... there's nothing bigger, is there?
It's the sour and the sweet. And I know sour, which
allows me to appreciate the sweet.”

Vanilla Sky

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a relação existente entre os direitos autorais e os direitos culturais. Para tanto, será feita uma análise quanto o surgimento dos direitos do autor, como também do tratamento Constitucional dado a ambos os direitos a fim de que seja possível avaliar e ponderar sobre os limites temporais dos direitos patrimoniais de uma obra e se os fins objetivados com tal limitação são atingidos, tornando possível ponderar sobre a possibilidade de utilização de outros meios para garantir um acesso mais amplo à cultura.

Palavras-chave: Direito Autoral. Direitos Fundamentais. Direitos Culturais. Limite Temporal.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the link between author rights and cultural rights. For this purpose, an analysis of the appearance of the author's rights will be made, as well as of the constitutional treatment given to both rights, so that it is possible to evaluate and ponder the temporal limits of a work's patrimonial rights and if the intended goals with such limitation are achieved, making it possible to consider the possibility of using other means to ensure wider access to culture.

Keywords: Author Rights. Fundamental Rights. Cultural Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1 – HISTÓRICO DOS DIREITOS AUTORAIS.....	12
1.1 O surgimento e a evolução do Direito Autoral no mundo.....	12
1.2 O Direito Autoral no Brasil	17
1.2.1 Histórico.....	18
1.2.2 A Constituição Federal de 1988.....	21
1.2.3 Análise da Lei nº 9.610/98.....	23
CAPÍTULO 2 – O CONFLITO ENTRE OS DIREITOS AUTORAIS E O DIREITO AO ACESSO À CULTURA, À EDUCAÇÃO, À CIÊNCIA, À TECNOLOGIA, À PESQUISA E À INOVAÇÃO	27
2.1 Um direito que garante o acesso à cultura e ciência.....	27
2.2 A consagração do direito ao acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação como direito fundamental na Constituição de 1988.....	28
2.3 O conflito entre direitos fundamentais	33
2.3.1 A centralidade dos direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico.....	33
2.3.2 A colisão de direitos fundamentais.....	34
2.3.3 Uma análise das limitações do direito autoral em prol aos direitos culturais.....	35
2.3.3.1 Reflexões sobre limitações temporais do direito autoral.....	37
CAPÍTULO 3 – UMA ANÁLISE DOS REAIS EFEITOS DO LIMITE TEMPORAL DOS DIREITOS AUTORAIS E DIFERENTES PROPOSTAS PARA OBTENÇÃO DE UMA MAIOR ACESSIBILIDADE	40
3.1 O debate entre os defensores e os críticos da limitação temporal	40
3.2 O famoso caso do Mickey Mouse.....	44
3.3 Propostas de alterações.....	45
CONCLUSÃO.....	47

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 buscou consagrar, em seus artigos, a proteção aos direitos fundamentais do cidadão. Dentre eles, podemos citar a proteção aos direitos dos autores sobre suas obras no artigo 5º, inciso XXVII¹, bem como a busca por assegurar meios de acesso à cultura pelos cidadãos, previsto no artigo 23, inciso V² desse mesmo diploma legal.

Dessa forma, existe um conflito na proteção de ambos os direitos citados, na medida em que a proteção de um, por sua vez, pode acabar cerceando a consagração do outro. Assim, torna-se necessário fazer uma análise histórica do surgimento da proteção aos direitos autorais no mundo e no Brasil e sua relação com os direitos fundamentais para, de tal modo, fazer uma análise crítica sobre a Lei nº 9.610/98, conhecida como “Lei de Direitos Autorais”, também sendo feita uma análise sobre a relação da proteção ao acesso à cultura e informação e os direitos fundamentais.

A Lei de Direitos Autorais, em vigor atualmente em nosso país, terá diversos aspectos analisados, bem como serão consideradas a título de evolução o surgimento dos direitos autorais no mundo e as normas nacionais anteriores que regulavam o tema a fim de que seja traçado um quadro comparativo e evolutivo na aquisição de direitos, havendo uma contextualização em seus devidos momentos históricos e sendo consideradas as evoluções tecnológicas que também influenciaram naquele contexto.

Por fim, será feito um paralelo para que seja avaliada a viabilidade de se encontrar um ponto de equilíbrio na proteção dos direitos supracitados que figuram em polos, por sua vez, antagônicos. Finalmente, será debatido acerca do limite temporal dos direitos autorais, reconhecidamente existente como forma de proteger os autores das obras e o acesso à cultura e informação, a fim de se aventar se realmente consagram seu objetivo, também sendo consideradas outras possíveis formas de proteção.

¹ Artigo 5º, inciso XXVII da Constituição: “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”.

² Artigo 23, inciso V da Constituição: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação”.

CAPÍTULO 1 – HISTÓRICO DOS DIREITOS AUTORAIS

1.1 O surgimento e a evolução do Direito Autoral no mundo

O ser humano, desde a pré-história, passou a produzir e criar de diversas formas, dentre estas pinturas, figuras, desenhos e esculturas que passaram a fazer parte do cotidiano de diversos povos, possuindo um leque interminável de serventias. Na Antiguidade Grega, a arte continuou a ser desenvolvida e, cada vez mais, evoluía e passava a ocupar novos espaços, como a literatura e o teatro. A opinião pública nessa época já rejeitava exposições, reproduções e representações não-autorizadas, porém, até então, não se falava sobre “direitos do criador” ou sobre a existência de regras ou costumes que tratassem sobre direitos quanto à obra e suas diversas formas de exploração. Em Roma, todavia, ainda que não se falasse em direitos autorais, o surgimento de profissionais que reproduziam obras – chamados estes de copistas – gerou uma noção rudimentar da divisão que atualmente temos entre propriedade moral e propriedade econômica: enquanto aquela se referia à titularidade e honra de quem desenvolveu a atividade artística em si, essa diz respeito ao trabalho de reprodução e comercialização da obra (BARROS, 2007, p. 468). Desta forma, quem recebia algum retorno direto pelas obras eram os copistas, enquanto os autores da obra recebiam honras e glória (GANDELMAN, 2007)³.

O surgimento da imprensa e da tipografia no século XV foi um grande marco para os autores de obras escritas⁴. A inovação que surgia permitiu uma publicação em massa de suas obras de uma forma que era inviável até então, de maneira que ocorreu um aperfeiçoamento da noção de cessão de direitos de reprodução. Os autores passaram a ceder estes às editoras e livreiros a fim de que reproduzissem e comercializassem seu trabalho, já ocorrendo aqui uma certa transmissão da propriedade econômica. Sobre o tema, Gandelman analisa:

³ Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10853&revista_caderno=7#_edn2. Acesso em: 18 out. 2017.

⁴ Sobre a invenção da imprensa, Abrão diz: “mudou a história do pensamento e do conhecimento humanos pela possibilidade de multiplicação dos escritos: a imprensa” (ABRÃO, 2002, p. 27)

Com Gutenberg, que inventou a impressão gráfica com os tipos móveis (século XV), fixou-se de maneira definitiva a forma escrita, e as idéias e suas diversas expressões puderam finalmente, e aceleradamente, atingir divulgação em escala industrial. Aí, sim, surge realmente o problema da proteção jurídica do direito autoral, principalmente no que se refere à remuneração dos autores e do direito de reproduzir e de utilizar suas obras. Começa então a surgir também uma certa forma de censura, pois os privilégios em relação a assuntos autorais concedidos por alguns governantes (e por prazos determinados) estavam sujeitos a ser revogados, de acordo com os interesses dos próprios concedentes. Cumpre ainda assinalar que os privilégios, quase sempre, eram concedidos aos editores e não aos autores (GANDELMAN, 2007, p.26).

Todavia, tal crescimento da difusão de conhecimento e informação ia de encontro aos interesses das classes dominantes e da Igreja, que temiam por perder o controle do que era divulgado e veiculado, controle este que detinham fortemente no período anterior da Idade Média. Nas palavras de Barros, sobre a Idade Média:

Passava, então, a Igreja a tutelar rigorosamente a produção intelectual, o que muito agravou a desculturação da Europa, ou seja, o esquecimento de grande parte do legado cultural romano, repudiando obras e restringindo o acesso das pessoas às que acolhia (BARROS, 2007, p. 468).

Paralelamente, a imprensa passou a se preocupar com a concorrência injusta que surgia devido a atuação de terceiros que reproduziam as obras de forma não-autorizada, diminuindo seus lucros. Nesse contexto, os interesses econômico e político passaram a influenciar na criação de normas que protegiam o proveito econômico do autor e da imprensa e que facilitavam um maior controle e censura das classes dominantes sobre os conteúdos que seriam distribuídos, tornando-se aqui evidente a preocupação em se proteger, a princípio, o lucro dos interessados. Não se falava, até então, de uma relação moral ou existencial entre criador e obra e muito menos da importância de acesso da população à cultura e informação, ao passo que, por outro lado, já havia um grande interesse na proteção dos direitos de lucro e exploração daquela “propriedade”. Acerca das reais intenções por trás da mudança de pensamento, Branco e Paranaguá advertem:

Claramente, o alvorecer do direito autoral nada mais foi que a composição de interesses econômicos e políticos. Não se queria proteger prioritariamente a “obra” em si, mas os lucros que dela poderiam advir. É evidente que ao autor interessava também ter sua obra protegida em razão da fama e da notoriedade de

que poderia vir a desfrutar, mas essa preocupação vinha, sem dúvida, por via transversa (PARANAGUÁ & BRANCO, 2009, p.16).

A partir desse período, algumas medidas, ainda que de forma incipiente, passaram a ser, portanto, implementadas. Na Inglaterra, por exemplo, os comerciantes livreiros passaram a ter proteção do governo através da concessão a estes do monopólio de impressão e veiculação de todos os materiais, surgindo ali então o “copyright”, que nada mais era do que um direito que atingia as editoras. Concomitantemente, foi decretado o *Licensing Act*⁵ no ano de 1662, originalmente limitado a dois anos, que proibia a impressão de qualquer obra sem a emissão de uma licença prévia. Às classes dominantes não havia vantagem na divulgação de obras contrárias aos seus interesses: “à realeza não interessava tanto o copyright como valor econômico, mas como instrumento de censura. Livros piratas ou censurados eram queimados em praça pública, misturando-se os conceitos porque não havia interesse de lado nenhum em separá-los” (ABRÃO, 2002, p. 29).

No início do século XVIII, em 1710, ainda na Inglaterra, foi cunhado o *Statute of Anne*⁶, conhecido como *Copyright Act*, tendo grande importância por ser a primeira normal legal que tratava sobre os direitos relativos aos autores e suas propriedades intelectuais, introduzindo, por exemplo, um limite temporal quanto à titularidade⁷. O *Copyright Act* foi de fundamental importância pois, além de introduzir oficialmente no âmbito do direito o vínculo do autor com sua propriedade imaterial, também criou a noção de domínio público ao estabelecer-se um limite de exploração de cada livro, diferentemente do que ocorria até então, em que não havia uma limitação temporal quanto a exploração feita pelos livreiros e não se tratava como um direito o acesso das pessoas às obras. Abrão analisa que, novamente, tais mudanças ocorreram devido à um interesse econômico:

Ao assistirem seu poder econômico diminuindo, os livreiros passaram então a defender uma proteção dos direitos dos próprios autores, dos quais ambicionavam uma cessão dos direitos sobre as obras. Deste fato nasceu, em 1710, o *Statute of*

⁵ Disponível em: <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/17219056/677787.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 out. 2017

⁶ Traduzido como Estatuto da Rainha Ana, a norma impunha multas para aqueles que importavam ou faziam trocas de livros não-licenciados estrangeiros. Também especificava que livros eram propriedades, com ênfase na ideia de que os autores mereciam direitos por conta de seus esforços intelectuais.

⁷ Nos casos em que existissem cópias impressas, a titularidade sobre a obra era de 21 anos, do contrário, o direito era concedido pelo prazo de 14 anos, que era renovável.

Anne, ou como ficou mais conhecido, o *Copyright Act*, “uma lei para o encorajamento da aprendizagem, através da concessão das cópias dos livros impressos aos autores ou compradores de tais cópias, durante os tempos mencionados” (apud ABRÃO, 2007).

Até então, como podemos ver, o direito autoral avançava lentamente. No entanto, já passava a se ocupar não mais apenas sobre a figura das editoras e distribuidoras, mas também da pessoa do autor. Observamos, mais uma vez, que o direito autoral surgia com um grande enfoque na proteção aos direitos patrimoniais, não se abordando até o momento a existência do vínculo moral.

Tal quadro passou a alterar-se no contexto da Revolução Francesa, conjuntura na qual surgia o reconhecimento da necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana, bem como passou a difundir-se a noção da importância de acesso a informações no geral como um direito inerente ao cidadão.

Ao mesmo tempo, também ganhava forças o movimento cultural e intelectual conhecido como o Iluminismo, que tinha como uns de seus pilares a valorização da razão e a ampla difusão do conhecimento – ao contrário do pensamento predominante anteriormente da “Idade das Trevas” –, defendendo uma maior aquisição de direitos em prol dos autores a fim de aumentar a circulação de obras e estimular novos estudos. Nesse cenário, em 1789 o *droit d’Auteur*⁸ surge na França como um contraposto à mentalidade que fundamentou do *Copyright Act*⁹ ao conceder aos autores o direito exclusivo de autorizar a reprodução de suas obras, se preocupando com o acesso da população através da noção de domínio público ao instituir a transmissão deste direito aos herdeiros dos criadores por um período de 5 anos. Tal oposição é evidente pois, ao passo que o decreto inglês se preocupava enfaticamente com a face do proveito econômico, o direito do autor que surgiu

⁸ Importante frisar que o direito do autor na França era limitado e, de certa forma, condicionado pelo interesse público. O político Le Chapelier defendia o direito de propriedade sobre a obra como irrefutável e personalíssimo, sendo proveniente de um trabalho intelectual do autor. Porém, quando o autor publica sua obra, ele traz ao público a sua propriedade. Assim, é necessário que os autores ganhem algo por seu trabalho e que tenham direitos totais à suas obras como recompensa por suas atividades intelectuais e como forma de estimular e promover a cultura. Depois de um período, no entanto, a obra passar a pertencer ao domínio público passa a ser a regra. Becourt, *Révolution française et droit d’auteur: pour un nouvel universalisme*, Volume XXIV, n°4, 1990, p. 4-13.

⁹ “[...] passou a ser conhecido como direito de autor, tutelando o criador da obra, contrapondo-se e ao mesmo tempo convivendo com o sistema anglo americano do copyright, cuja tutela se assenta na materialidade da obra. Quanto aos direitos morais de autor, sua tutela independia do privilégio concedido” (NIGRI, 2006, p.15).

contemporaneamente à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão pode ser considerado um marco legislativo que chamou a atenção para os direitos autorais como sendo também um direito e propriedade moral e intelectual dos autores, mas que também consideravam a importância de tal direito ser limitado temporalmente em face dos interesses concorrentes da população.

Pouco menos de um século depois, a Convenção de União de Berna (CUB), realizada na Suíça em 1886, buscou tratar acerca do reconhecimento de um direito autoral no âmbito internacional, objetivando assim criar um reconhecimento da proibição de reprodução de obras literárias, artísticas e científicas para além de seus países de origem (ABRÃO, 2002). Por outro lado, a CUB também se preocupou em versar sobre os direitos morais¹⁰ inerentes ao autor ao defender o seu direito sobre suas obras sem a necessidade de registros formais, como também o direito dele se contrapor a qualquer mudança ou uso de sua propriedade que seja considerada prejudicial à sua honra e reputação ou à própria obra. Destaca-se também o reconhecimento por parte da Convenção da noção de domínio público e de um limite temporal imposto ao direito autoral, como é possível observar através da leitura dos artigos 7º e 18¹¹, denotando um reconhecimento, ainda que implícito, da importância do acesso à população a tais obras e das limitações possíveis decorrentes de tal reconhecimento:

ARTIGO 7º

(1) A duração da proteção concedida pela presente Convenção compreende a vida do autor e cinquenta anos depois da sua morte.

(4) Para as obras anônimas ou pseudônimas, a duração da proteção fixa-se em cinquenta anos a contar da publicação respectiva. No entanto quando o pseudônimo adotado pelo autor não deixa qualquer dúvida acerca de sua identidade, a duração da proteção e a prevista na alínea (1)

(1) Para as obras póstumas, que não entram nas categorias de obras reguladas nas alíneas (3) e (4) do presente artigo, a duração da proteção a favor dos herdeiros ou dos outros detentores dos direitos do autor finda cinquenta anos depois da morte do mesmo.

ARTIGO 18

¹⁰ Texto do artigo 6bis: “(1) Independently of the author’s economic rights, and even after the transfer of the said rights, the author shall have the right to claim authorship of the work and to object to any distortion, mutilation or other modification of, or other derogatory action in relation to, the said work, which would be prejudicial to his honor or reputation”. Texto do artigo 12: “Authors of literary or artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing adaptations, arrangements and other alterations of their works”. Disponível em: http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/en/berne/trt_berne_001en.pdf. Acesso em: 18 out. 2017

¹¹ Disponível em: <http://www.camelier.com.br/legislacao/legislacao-direitos-autorias/42/convencao-de-berna.html>. Acesso em: 18 out. 2017

1. A presente Convenção aplica-se a tôdas as obras que na data da entrada em vigor dêste instrumento, não caíram ainda no domínio público dos seus Países de origem por ter expirado o prazo de proteção.
2. Todavia, se uma obra, por ter expirado o prazo de proteção que lhe era anteriormente reconhecido, caiu no domínio público no País onde a proteção é reclamada não voltará a ser ali protegida.

A Convenção de Berna foi um grande marco devido à sua abrangência a nível mundial. Ela foi ratificada por diversos países, atingindo atualmente a marca de 173 os participantes, incluindo o Brasil. Também foi pioneira por ter elencado diversos gêneros de obras como detentoras do direito à proteção, permitindo ainda que tal rol seja ampliado¹². Faz-se mister ressaltar que Berna destaca em diversos de seus artigos a importância de se respeitar a legislação interna dos países e a soberania dos Estados, asseverando sobre a necessidade de adequar aspectos do tratado a questões internas de cada país. Sobre a importância da Convenção, versam Branco e Paranaguá:

A convenção impôs verdadeiras normas de direito material, além de instituir normas reguladoras de conflitos. Mas o que de fato impressiona é que, apesar das constantes adaptações que sofrem em razão de seu texto [...], a Convenção de Berna, passados mais de 120 anos de sua elaboração, continua a servir de matriz para a confecção das leis nacionais (entre as quais a brasileira) que irão, no âmbito de seus Estados signatários, regular a matéria atinente aos direitos autorais. Inclusive no que diz respeito a obras disponíveis na internet” (PARANAGUÁ & BRANCO, 2009, p. 17).

À par da evolução dos direitos autorais no mundo, em seguida analisaremos o surgimento do Direito Autoral no Brasil e como ele se encontra inserido em nosso ordenamento jurídicos nos dias de hoje.

1.2 O Direito Autoral no Brasil

A análise quanto ao surgimento e evolução do Direito Autoral em território nacional deve ser feita de modo que se considere os estímulos externos que influenciaram esse processo e como o Direito brasileiro adaptou essas acepções em seu ordenamento jurídico.

¹² Texto do artigo 2: “(1) The expression “literary and artistic works” shall include every production in the literary, scientific and artistic domain, whatever may be the mode or form of its expression, such as books, pamphlets and other writings; lectures, addresses, sermons and other works of the same nature (...)”. Disponível em: http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/en/berne/trt_berne_001en.pdf. Acesso em: 18 out. 2017

1.2.1 Histórico

O surgimento do direito autoral no país ocorreu de modo lento, sendo que, mesmo após a sua independência no ano de 1822, ainda não se falava em direitos de autor no Brasil, mas apenas sobre privilégios de impressão (ASCENSÃO, 1980, p. 3) que, por analogia, pode-se dizer que se assemelham aos direitos de exploração econômica protegidos na Inglaterra pelo *Copyright Act* já que estipulavam uma espécie de compensação em razão dos investimentos realizados pelas editoras e impressores. Conforme Menezes:

Mesmo após a independência, o regime imperial de D. Pedro II baseava a exclusividade de exploração econômica das obras autorais no antigo sistema de privilégios. Só tinham, portanto, direitos sobre as obras, os editores e impressores, mesmo assim mediante outorga política de prerrogativas. Assim sendo, a Constituição do Império de 1824, enquanto primeira Constituição Federal brasileira (sic), só protegia os direitos do inventor sobre a Propriedade Industrial, não trazendo qualquer referência ao Direito de Autor. (MENEZES, 2007, p.25)

Encontramos no Código Criminal de 1830 uma nuance da proteção econômica em seu artigo 261, que proibia a reprodução de obras feitas, compostas ou traduzidas por cidadão brasileiro enquanto este estava vivo e até 10 anos após sua morte caso possuísse herdeiros¹³. Nesse período, a noção da existência de um direito moral ainda não estava inserida plenamente em nossa ordem jurídica, mas a garantia de tais direitos sobre a obra já revelava seus indícios.

Costa Netto (1998, pp. 36-37), porém, afirma que vestígios de proteções aos direitos de autor já existiam antes do Código Penal de 1830. A Lei Imperial de 1827¹⁴, que criou as duas primeiras faculdades de Direito, trazia em seu artigo 7º:

Art. 7.º - Os Lentes farão a escolha dos compendios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, com tanto que as doutrinas estejam de accôrdo com o systema jurado pela nação. Estes compendios, depois de approvados pela Congregação, servirão interinamente; submittendo-se porém á approvação da Assembléa Geral, e o Governo os fará imprimir e fornecer ás escolas, competindo aos seus autores o privilegio exclusivo da obra, por dez annos.

¹³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 18 out. 2017

¹⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-11-08-1827.htm. Acesso em: 18 out. 2017

Em 1889, à semelhança da Convenção de Berna, foi assinado com Portugal um acordo que garantia que o Brasil concederia tratamento nacional aos autores portugueses e o mesmo aconteceria de forma recíproca em Portugal, o que na prática não representou um grande avanço no direito autoral brasileiro tendo em vista que, em território nacional, os autores portugueses apenas passaram a ser protegidos penalmente pelo artigo supracitado, não se aproveitando ou adaptando qualquer norma de origem portuguesa (ASCENSÃO, 1980, p.4).

Após a proclamação da República em 1889, foi promulgado o Código Penal de 1890. O diploma mantinha a punição para aqueles que reproduziam obras sem o conhecimento do autor, inovando em relação ao código anterior quanto ao rol de obras, que aqui eram muito mais amplas e abrangiam para além das obras literárias¹⁵. No ano seguinte, a matéria ganhou tratamento constitucional com a Constituição da República de 1891 (ASCENSÃO, 1980, p.4) em seu artigo 72, parágrafo 26, o qual consagrava aos autores o direito exclusivo de reprodução e a seus herdeiros o gozo desse direito pelo tempo determinado em lei¹⁶.

A Lei nº 496¹⁷ de 1898 é um marco na seara do direito autoral no Brasil por se tratar da primeira lei que tinha por escopo tratar especificamente sobre o tema. Ainda que timidamente, é possível notar nessa lei o surgimento de uma valorização do liame moral do autor para com sua obra, que aparece em primeiro plano, desvinculado e acima, a priori, de questões de cunho financeiro e indenizatório. Em seu artigo 5º, por exemplo, é previsto que “A cessão ou herança, quer dos direitos de autor, quer do objecto que materialisa a obra de arte, litteratura ou sciencia, não dá o direito de a modificar, seja para vendel-a, seja para explora-la por qualquer fórma”. Na contramão desse pensamento, porém, seu artigo 4º prevê a possibilidade de cessão dos direitos de autor em sua totalidade, tornando possível observarmos aqui diferentes tratamentos do legislador quanto ao direito autoral, que ora comporta-se à semelhança de um direito existencial inerente ao autor, ora é passível de ser cedido no todo em prol de proveitos econômicos. Ademais, pela primeira vez buscou-se estabelecer um prazo de garantia legal quanto ao direito à reprodução pelo autor, o

¹⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 18 out. 2017

¹⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 18 out. 2017

¹⁷ Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-496-1-agosto-1898-540039-publicacaooriginal-39820-pl.html>. Acesso em: 18 out. 2017

que consideramos ter relação com a noção de direitos culturais, ainda que não assim especificados. Sobre a lei, Branco e Paranaguá observam:

[...] classificou o direito de autor como bem móvel, fixou o prazo prescricional da ação civil por ofensa a direitos autorais em cinco anos e regulou alguns aspectos da matéria nos capítulos “Da propriedade literária, artística e científica”, “Da edição” e “Da representação dramática” (BRANCO e PARANAGUÁ, 2009, p. 18).

Alguns anos depois, a lei em comento acima foi revogada pelo Código Civil de 1916, que versou especificamente sobre o tema no Capítulo VI “Da Propriedade Literária, Científica e Artística”¹⁸ ao longo de vinte e cinco artigos. Segundo Menezes:

Alguns anos mais tarde, a Lei n. 496 seria revogada pelo nascente Código Civil. Datada de 1916, a nova lei civilista regulava o instituto autoral nos artigos 649 a 19 673. Assim permaneceria dali por diante o Direito de Autor, dentro do campo do próprio Direito Civil, sendo modificado constantemente por leis extravagantes, até que fosse chegada a época de renovação dos códigos, quando se decidiu editar uma lei específica para regular a matéria. (MENEZES, 2007, p.26)

Observa-se que o novo diploma legal não reproduziu o que versava o artigo 4º da Lei nº 496 sobre a possibilidade cessão total de direitos. Através da leitura do artigo 659 desse mesmo código, podemos ver uma mudança de perspectiva quanto a esse pensamento tendo em vista que, ainda que ocorra a cessão dos direitos autorais, o direito de modificar a obra permanece junto ao autor, o que nos remete à ideia de ser um direito de sua personalidade com possibilidade apenas de sua transmissão parcial, ainda que o Código não diferenciase os direitos patrimoniais dos direitos morais nesses termos:

Art. 659. A cessão, ou a herança, quer dos direitos de autor, quer da obra de arte, literatura ou ciência, não transmite o direito de modificá-la. Mas este poderá ser exercido pelo autor, em cada edição sucessiva, respeitados os do editor.

A Lei nº 5.988 de 1973, decretada em meio ao período da Ditadura Militar, buscou unificar o tema e tornar “Direito Autoral” um ramo do direito com autonomia legislativa (ASCENSÃO, 1980, p.7), tendo importância substancial por trazer explicitamente os termos “direitos morais” e

¹⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 18 out. 2017

“direitos patrimoniais”¹⁹. Sobre dos direitos morais, há um exposto tratamento destes como direitos inalienáveis e irrenunciáveis, sendo possível ao autor reivindicar sua paternidade perante a obra a qualquer momento, o que se contrapõe diametralmente à perspectiva outrora apresentada pela Lei nº 496. Teve grande importância ao definir conceitos que são incorporados até os dias de hoje, de acordo com Barros:

A preocupação com o primor legislativo já se percebe no quarto artigo da lei, em que se relacionam conceitos de 12 termos e expressões atualmente importantes em sede de direitos autorais, desde publicação, edição, contrafação até transmissão, fonograma, produtor cinematográfico, produtor fonográfico, artista, videofonograma etc. O mesmo se dá em relação aos tipos de obras intelectuais, relacionando-se desde livros, brochuras, cartas-missivas e outros escritos, até obras musicais, cinematográficas, desenhos, pinturas e assemelhados, cartas geográficas, adaptações e traduções de obras, etc. (BARROS, 2007, p.495)

A lei de 1973 foi a última que tratou do assunto²⁰ até a promulgação da Constituição Federal, que trouxe mudanças efetivas e de grande importância ao cenário jurídico como um todo ao país.

1.2.2 A Constituição Federal de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi promulgada após um período de turbulência e de grande opressão da Ditadura Militar. Esse período perdurou por mais de duas décadas, consolidando a Constituição de 88 uma transição de um regime autoritário e totalitário para um regime democrático que perdura até os dias de hoje.

Com participação popular, a nova constituição buscou estabelecer direitos, deveres e garantias fundamentais aos cidadãos através de normas que têm por objetivo regular a vida em sociedade. Tais garantias visam a proteção da dignidade da pessoa humana, resguardando no

¹⁹ O artigo 21 do diploma legal tem a seguinte redação: “O autor é titular de direitos morais e patrimoniais sobre a obra intelectual que produziu”.

²⁰ Vale lembrar que no dia 20 de abril de 1975, a Convenção de Berna para a Proteção de Obras Literárias e Artísticas entrou em vigor no Brasil através do Decreto nº 75.699, não existindo até os dias de hoje qualquer tipo de revogação expressa deste. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm. Acesso em: 18 out. 2017

documento normativo de força vinculativa máxima os valores mais caros da existência humana (BRANCO e MENDES, 2013, p.135). Ressalta-se a universalidade e a indisponibilidade como características inerentes aos direitos aqui discutidos.

Os Direitos e Garantias Fundamentais estão dispostos em diversos artigos do diploma, sendo a análise do artigo 5º de primordial importância no que tange o ramo do Direito Autoral. Ao dispor sobre as garantias e direitos fundamentais, há de se destacar os seus incisos XXVII e XXVIII, respectivamente:

XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;
 XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:
 a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
 b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

Também de suma importância, a proteção à propriedade trazida no caput do artigo anteriormente citado e no seu inciso XII pode ser interpretada em sentido amplo, estendendo-se ao direito autoral. Sobre o tema, nas palavras de Paulo Branco e Gilmar Mendes:

A doutrina considera que o art. 5º, XXVII, da Constituição busca assegurar a proteção do direito intelectual do autor em relação às obras literárias, artísticas, científicas ou de comunicação pelo tempo em que viver, que envolva não só os direitos morais concernentes à reivindicação e ao reconhecimento da autoria, à decisão sobre circulação ou não da obra, inclusive sobre a sua conservação como obra inédita, à possibilidade de se lhe introduzirem modificações antes ou depois de utilizada, à adoção de medidas necessárias à proteção de sua integridade, mas também os direitos patrimoniais relativos à forma de uso, fruição e disposição. (BRANCO e MENDES, 2013, p. 326)

Ainda se concernindo ao inciso XXVII, analisa Silva:

A matéria consta do art. 5º, XXVII, que contém duas normas bem distintas. A primeira e principal confere aos autores o *direito exclusivo de utilizar, publicar e reproduzir suas obras*, sem especificar, como faziam as Constituições anteriores; mas, compreendidos e, conexão com o disposto no inciso IX do mesmo artigo, conclui-se que são obras literárias, artísticas, científicas e de comunicação. Enfim, aí se asseguram os direitos do autor de obra intelectual, reconhecendo-lhe, vitaliciamente, o chamado “direito de propriedade intelectual”, que compreende *direitos morais e patrimoniais* [...] (SILVA, 2007, p. 119, grifos do autor).

Através da leitura destes e dos demais incisos do artigo 5º, podemos aduzir a ideia do que chamamos de Direitos da Personalidade ou Direitos Existenciais, quais sejam a vida, imagem e a criação intelectual, dentre outros. De acordo com Pereira:

A personalidade é atributo inerente ao homem; não requer o preenchimento de qualquer requisito, nem depende do conhecimento ou da vontade do ser humano. Mesmo que o indivíduo não tenha consciência da realidade, é dotado de personalidade, pelo simples fato de ser pessoa (PEREIRA, 2001, p. 142)

Indo ao encontro da ideia trazida acima, temos o ensinamento trazido por Maria Helena Diniz, citando Gofredo da Silva Telles, ex-professor de direito na Faculdade de Direito na Universidade de São Paulo:

[...] a personalidade consiste no conjunto de caracteres próprio da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é o objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é [...] (DINIZ, 2003, p. 119)

Diante do exposto, torna-se possível notar que a Constituição trouxe, com grande enfoque, a figura da pessoa humana como o centro das discussões em nosso ordenamento jurídico. Analisaremos a seguir se tais mudanças se projetaram sobre Lei nº 9.610/98, lei vigente do Direito Autoral atualmente, e de que forma podemos relacionar o conceito de dignidade humana e o direito da personalidade com o direito moral do autor sobre sua obra, a fim de que possamos também analisar, em sequência, a dicotomia existente entre o direito do autor e o direito de acesso à cultura, direito este também previsto em nosso ordenamento jurídico.

1.2.3 Análise da Lei nº 9.610/98

Conhecida como Lei de Direitos Autorais, a Lei nº 9.610/98²¹ foi uma tentativa antes do final do século XX de substituir a Lei nº 5.988 de 1973, atualmente revogada e que regulava o tema até então.

²¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em: 18 out. 2017.

De maneira geral, a atual lei busca ser mais ampla e legislar sobre o tema de modo mais detalhado. Num primeiro momento, é muito importante chamar a atenção para seu artigo 22, que manteve o entendimento da lei anterior de que o direito autoral tem duas faces, quais sejam os direitos morais e os direitos patrimoniais.

A partir desse binômio, é possível observar diversos de seus artigos que tomam por base tal premissa. O artigo 3º define os direitos autorais, para os efeitos legais, como bens móveis. Deve-se entender como bem móvel aqui os direitos patrimoniais – direito de exploração, uso e gozo econômico – decorrentes da coisa constituída pelo autor com sua capacidade intelectual. Ao reproduzi-la, passa a ter valores patrimoniais, podendo ser transmitida, o que passa a ser caracterizado como “distribuição”. O artigo 5º, em seu inciso I, por sua vez, é claro em resguardar o cunho personalíssimo do direito moral do autor ao expressamente atrelar à publicação a necessidade de existir o consentimento do autor. Nessa mesma toada, é de suma importância notar que a aplicação às pessoas jurídicas da proteção concedida ao autor no parágrafo único do artigo 11 diz respeito aos direitos patrimoniais apenas, não podendo o direito moral, ao contrário do que dizia a lei anterior, ser exercido por alguém que não a pessoa física criadora da obra. Para que haja o exercício da titularidade por uma pessoa jurídica, é necessário que ocorra, em primeiro lugar, a transmissão de direitos patrimoniais pelo autor a esta. (OLIVEIRA e WILLINGTON, 2005, p. 4, 7 e 44)

Artigos como o 12 e 13²² da lei tornam possível a observância da vigência da Convenção de Berna, que fora recebida em nosso país por meio do decreto nº 75.699. Os artigos citados são exemplos da não obrigatoriedade de registro da obra sob requisitos formais – o que é previsto nos artigos 18 e 19²³ – para a obtenção da proteção do ordenamento jurídico, sendo identificado como o autor, independentemente de registros formais, o nome, pseudônimo ou qualquer outro sinal convencional atrelado ao título da obra, o que também vai de encontro com a lei anterior.

²² Art. 12. Para se identificar como autor, poderá o criador da obra literária, artística ou científica usar de seu nome civil, completo ou abreviado até por suas iniciais, de pseudônimo ou qualquer outro sinal convencional. Art. 13. Considera-se autor da obra intelectual, não havendo prova em contrário, aquele que, por uma das modalidades de identificação referidas no artigo anterior, tiver, em conformidade com o uso, indicada ou anunciada essa qualidade na sua utilização. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em: 18 out. 2017

²³ Art. 18. A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro. Art. 19. É facultado ao autor registrar a sua obra no órgão público definido no caput e no § 1º do art. 17 da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em: 18 out. 2017

A lei em comento dedicou a integridade seu capítulo II para tratar dos direitos morais do autor. Uma breve análise do conteúdo de seus artigos torna possível aduzir características fundamentais dos direitos morais. Pode-se dizer que sua natureza pessoal de ordem personalíssima e a perpetuidade no tempo são aferidas através da garantia de reivindicação da autoria da obra a qualquer tempo e a possibilidade de oposição a qualquer modificação desta, por exemplo. São, ainda, imprescritíveis, havendo possibilidade de seu reconhecimento por via judicial a qualquer tempo e impenhoráveis, não suportando constrição judicial. A irrenunciabilidade e inalienabilidade, por sua vez, são expressamente colocadas no artigo 27, o que torna impossível, mesmo que queira o autor, dispor do direito moral, que será apenas transmitido, em parte, na hipótese de morte do autor, prevista no §1º do artigo 24²⁴. (BITTAR, 1998, p. 52).

Vale notar o que versa o §2º do artigo 24, que expressamente afirma o papel do Estado em garantir a integridade e autoria das obras que caem em domínio público. A leitura, à luz da Constituição, deve ser feita de maneira que se entenda, ao meu ver, que o parágrafo aqui discutido não tem por intuito negar a recíproca, ou seja, cabe também ao Estado a defesa dos direitos morais a qualquer momento.

O capítulo III do diploma legal aborda, por outro lado, os direitos patrimoniais do autor. Ainda que de natureza econômica, tais direitos guardam relação com a natureza personalíssima do direito autoral, o que se pode ser observado pela leitura, por exemplo, dos artigos 28 e 29, que garantem ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir ou dispor da obra, como também determinam que sua utilização depende de autorização prévia e expressa, respectivamente. Ainda nesse sentido, o artigo 35 desse mesmo capítulo defende um vínculo moral do autor que com ele permanece até mesmo após sua morte, não podendo seus sucessores modificarem ou reproduzirem versões anteriores quando se trata de obras que, em virtude de revisão, tiverem uma versão definitiva.

O artigo 49 do capítulo V trata da transferência dos direitos de autor, que pode ocorrer de forma total ou parcial. É imprescindível, porém, a leitura de seu inciso I, que define que a transmissão total compreende todos os direitos do autor, não incluídos aqui os de natureza moral.

²⁴ De magistral importância a observância da limitação dos direitos que são transmitidos aos sucessores do autor após sua morte. O §1º se refere aos direitos morais do autor dispostos nos incisos I ao IV. Assim, o direito de modificar a obra, de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada e de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem não é transmitido para os sucessores do autor.

Por fim, é de sumo valor observar que a ampliação do prazo anterior de sessenta²⁵ para setenta anos de proteção, previsto no artigo 41, diz respeito aos direitos patrimoniais apenas, não havendo qualquer menção de prazos quanto ao direito moral, não restando dúvidas, assim, quanto ao caráter personalíssimo do direito moral e da sua perpetuidade ao longo o da vida do autor. Fica claro, também, o reconhecimento que o Estado dá ao direito de acesso à cultura, motivo pelo qual se sustenta a limitação temporal do direito patrimonial que gozam os herdeiros.

A Lei 9.610/98, portanto, adotou o *droit d'auteur*, vinculando o autor à obra, reconhecendo a teoria dualista que assimila as duas faces do direito do autor, moral e patrimonial, não sendo adotado o sistema de copyright, que não abrigam os direitos morais do autor, se preocupando em garantir os direitos de reprodução da obra.

A seguir, será debatida com mais ênfase a influência dos direitos culturais na Lei do Direito Autoral e como se dá a relação entre ambos os direitos. Tratar-se-á, ainda, da finalidade de certos limites impostos aos direitos autorais originados pela colisão das normas fundamentais, procurando-se fazer uma análise crítica sobre os meios utilizados e os fins pretendidos.

²⁵ O artigo 42 da antiga lei determinada que os direitos do autor perduravam por toda sua vida, determinando que os sucessores do autor também poderiam gozar dos direitos patrimoniais pelo período de sessenta anos a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento. Importante notar que os filhos, os pais, ou o cônjuge do autor gozavam de forma vitalícia de tais direitos, entendimento este abandonado definitivamente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5988.htm. Acesso em: 30 out. 2017

CAPÍTULO 2 – O CONFLITO ENTRE OS DIREITOS AUTORAIS E O DIREITO AO ACESSO À CULTURA, À EDUCAÇÃO, À CIÊNCIA, À TECNOLOGIA, À PESQUISA E À INOVAÇÃO

A fim de estabelecer um olhar crítico sobre como os direitos autorais se comportam num plano fático, necessário se faz analisar como se dá o conflito entre os direitos autorais e o direito ao acesso à cultura e ciência em geral, ambos direitos fundamentais.

2.1 Um direito que garante o acesso à cultura e ciência

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948 na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), é um documento considerado base da proteção à dignidade da pessoa humana. Criada após a Segunda Guerra Mundial, o Brasil assinou a Declaração na data de sua proclamação.

Dentre seus diversos artigos, destacamos aqui o conteúdo dos artigos 22 e 27²⁶, que tratam diretamente da cultura como direito indispensável:

Artigo 22

Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Artigo 27

1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.
2. Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor.

Como é possível notar, os artigos supracitados definem a cultura como direito indispensável à dignidade humana e inerente à formação da personalidade, bem como garante o direito de participação na cultura, nas artes e também no âmbito científico. Notamos, também, a preocupação

²⁶ Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 30 out. 2017

de se estabelecer a proteção ao direito autoral, tanto em sua natureza moral quanto em sua natureza patrimonial.

Atualmente, os princípios assegurados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos são consagrados em nossa Constituição vigente na forma de direitos, princípios e garantias fundamentais.

2.2 A consagração do direito ao acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação como direito fundamental na Constituição de 1988

Como dito anteriormente, os direitos culturais encontram-se normatizados na Constituição Federal de 1988 devido à sua grande importância como imperativos para a construção da dignidade humana e como elementos formadores da personalidade. Nas palavras de José Márcio Barros:

Fato é que a cultura reflete o modo de vida de uma sociedade, além de interferir em seu modo de pensar e agir, sendo fator de fortalecimento da identidade de um povo e indubitavelmente de desenvolvimento humano. A cultura refere-se tanto ao modo de vida total de um povo – isso inclui tudo aquilo que é socialmente aprendido e transmitido, quanto ao processo de cultivo e desenvolvimento mental, subjetivo e espiritual, através de práticas e subjetividades específicas, comumente chamadas de manifestações artísticas. (BARROS, 2007, pag. 256)

Nesse sentido, ao longo de diversos artigos²⁷ é notável a preocupação em proteger obras de caráter histórico, artístico e cultural, como também de garantir o direito de acesso à cultura. Em seu artigo 23, inciso V, nossa Constituição define como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger documentos ou obras de valor histórico e proporcionar meios de acesso à cultura, à educação e à ciência.

O artigo 215 versa especificamente sobre a cultura, atribuindo ao Estado a função de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, apoiando e incentivando a difusão das manifestações culturais. O artigo subsequente, por sua vez, define o que constitui o patrimônio cultural brasileiro:

²⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 out. 2017

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Conforme disposto, fica clara a preocupação em garantir aos cidadãos brasileiros o efetivo acesso à cultura, entendida aqui de maneira ampla, como é possível aferir pelo artigo acima citado. A filósofa Marilena Chauí nos reforça a importância da cultura como elemento precípua da cidadania:

[...] a política cultural definida pela idéia de cidadania cultural [...] se realiza como direito de todos os cidadãos, direito a partir do qual a divisão social das classes, ou luta de classes, possa manifestar-se e ser trabalhada porque, no exercício do direito à cultura, os cidadãos, como sujeitos sociais e políticos, se diferenciam, entram em conflito, comunicam e trocam suas experiências, recusam formas de cultura, criam outras e movem todo o processo cultural (CHAUÍ, 2006).

O direito de acesso à cultura não é um dos elencados no rol do artigo 5º de nossa Constituição. Apesar de inegável a sua condição de direito fundamental, trataremos aqui de fazer uma análise que irá nos confirmar tal afirmação. Nos ensinamentos de Paulo Branco e Gilmar Mendes, o catálogo dos direitos fundamentais é extenso e vem aumentando e sendo alterado de acordo com as especificidades de cada momento histórico, não havendo uma homogeneidade entre eles. A partir da dificuldade de conceituar-se materialmente o que são os direitos fundamentais, descobrir as características básicas que os norteiam torna-se uma tarefa de suma importância para identificarmos os direitos fundamentais que não são explicitamente colocados como tais em nossa Constituição.

Em primeiro lugar, os direitos fundamentais têm como característica serem universais e absolutos, se aplicando ao direito ao acesso à cultura de forma que todas as pessoas detêm sua titularidade. Tal assertiva, contudo, não nos leva ao entendimento de que não pode sofrer

limitações, o que é totalmente possível quando um direito fundamental enfrenta outros valores de ordem constitucional ou outros direitos fundamentais.

Em segundo lugar, temos a característica da historicidade, devendo o direito fundamental guardar estreita relação com o contexto histórico no qual pretende-se inserir, existindo um interesse prático na sua criação. Evidente que, em meio à era digital, garantir à pessoa o direito de obter acesso à cultura, informações científicas e às novas tecnologias passa ser indispensável para o exercício de sua cidadania e faz parte da formação do indivíduo como pessoa. É clara a importância de garantir-se um amplo acesso a tais informações, que servem como caminho de concretização dos direitos essenciais inerentes à sua dignidade.

A indisponibilidade é a terceira característica que aqui será analisada, sendo fundamentada no valor da dignidade humana e na potencialidade do homem de se autodeterminar. Ainda que o exercício de certos direitos possa ser restringido em prol de uma finalidade que guarde coerência com os demais princípios constitucionais, a indisponibilidade aqui se adequa ao direito de acesso à cultura na medida em que esta se relaciona diretamente com a liberdade de escolha e autodeterminação da coletividade, como também do cidadão na sua individualidade. A liberdade individual de cada indivíduo ter sua faculdade de acessar e se inteirar acerca da cultura e tecnologia não significa que haveria qualquer razoabilidade em possibilitar uma renúncia integral de tal direito.

Paulo Branco e Gilmar Mendes apresentam como quarta característica associada aos direitos fundamentais a constitucionalização, ou seja, a consagração do direito em preceito da ordem jurídica. Os artigos supramencionados ao longo desse tópico confirmam a presença da característica aqui refletida, havendo uma direta conexão com quinta característica: a vinculação dos poderes públicos. A previsão constitucional dos direitos fundamentais torna-os parâmetros da organização e da limitação dos poderes públicos. O artigo 23, em seu inciso V, define claramente como competência comum dos entes da federação a atribuição de proporcionar meios de acesso à cultura e informação, assim como o artigo 215 atribui ao Estado, de maneira geral, o dever de garantir pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura.

Por fim, a aplicabilidade imediata é a sexta e última característica adotada como essencial por Branco e Mendes. A fim de que os direitos fundamentais não necessitem de regulação por lei para que ganhem efetividade, nossa Constituição firmou em seu artigo 5º, parágrafo 1º, que as

normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Tal assertiva permite que, mesmo na falta de um comando legislativo, a aplicação dos direitos fundamentais seja possível ainda que contrária a uma lei nos casos em que esta não se conforme com os preceitos do ordenamento jurídico como um todo. De tal modo, a previsão constitucional do artigo 215, ao meu ver, não deve ser entendida como mera norma programática, tendo natureza, assim, de uma norma constitucional de eficácia plena. Paulo Branco e Gilmar Mendes explicam:

As normas de eficácia plena são as idôneas para produzir todos os efeitos previstos, isto é, podem disciplinar de pronto as relações jurídicas, uma vez que contêm todos os elementos necessários. Correspondem aos casos de norma autoexecutável. (BRANCO e MENDES, 2013, p. 69)

Pela análise feita, pode-se concluir que o direito aqui tratado é, de fato, um direito fundamental, restando clara a pretensão de que se adote determinados comportamentos que garantam o objetivo almejado, qual seja, o acesso à cultura de maneira ampla, para isso exigindo-se do poder público uma postura positiva que garanta a sua proteção.

José Afonso da Silva também reconhece a dificuldade em conceituar sintética e precisamente os direitos fundamentais tendo em vista sua evolução ao longo do tempo. Sua visão sobre os direitos fundamentais do homem é expressa da seguinte forma:

[...] a expressão [...] além de referir-se a princípios que resumem a concepção de mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais*, acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; *fundamentais do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do *homem*, não como macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*. *Direitos fundamentais do homem* significa *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos fundamentais*. (SILVA, 2005, p. 178)

À semelhança de Branco e Mendes, Silva reconhece como caracteres dos direitos fundamentais a historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade²⁸, se

²⁸ “(1) *Historicidade*. São históricos como qualquer direito. Nascem, modificam-se e desaparecem. [...] (2) *Inalienabilidade*. São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são

afastando dos autores anteriormente citados ao não reconhecer o caráter absoluto, entendendo que o caráter histórico atribui mutabilidade aos direitos. As características citadas, como disposto anteriormente, podem nos auxiliar a atribuir aos direitos culturais o status de direito fundamental e, para corroborar com esse entendimento, José Afonso da Silva trata do assunto diretamente, doutrinando que a Constituição de 1988 atribuiu grande importância à cultura, tomando esse termo em seu sentido mais abrangente, atingindo a formação educacional da sociedade, a formação das pessoas e as projeções das ambições humanas, o que foi chamado pelo autor de “constituição cultura”, englobando esse termo um conjunto de normas que contêm referências culturais. Ensina, ainda, que a Constituição possui um “conjunto de normas que contêm referências culturais e disposições consubstanciadoras dos direitos sociais relativos à educação e à cultura”. (SILVA, 2005, p. 311). Especificamente sobre o direito à cultura – direitos culturais – leciona que:

[...] não foram arrolados no art. 6º como espécies de direito social [...] estão explicitamente referidos no art. 215, consoante o qual o *Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais*. Por i também se vê que se trata de direitos informados pelo princípio da universalidade, isto é, direitos garantidos a todos.”, (SILVA, 2005, p. 313)

Portanto, os direitos culturais fazem parte dos direitos sociais, sendo que estes têm como objetivo garantir a cada indivíduo as condições plenas para que gozem de seus direitos, devendo o Estado intervir na ordem social de maneira positiva a fim de que sejam assegurados tais direitos. De acordo com Andreas J. Krell²⁹:

As normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais que hoje encontramos na grande maioria dos textos constitucionais dos países europeus e latinoamericanos definem metas e finalidades as quais o legislador ordinário deve elevar a um nível adequado de concretização. Essas “normas-programa” prescrevem a realização, por parte do Estado, de determinados fins e tarefas⁵; no entanto, elas não representam meras recomendações ou preceitos morais com

indisponíveis. [...] (3) *Imprescritibilidade*. O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. [...] (4) *Irrenunciabilidade*. Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admitis que sejam renunciados.” (SILVA, 2005, p. 181)

²⁹ Disponível em: <http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/06/Direitos-sociais-Andreas-Krell.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2017.

eficácia ético-política meramente diretiva, mas constituem direito diretamente aplicável.

2.3 O conflito entre direitos fundamentais

Analisaremos como solucionar conflitos que advêm da possibilidade de se adequar à uma situação concreta mais de um direito fundamental.

2.3.1 A centralidade dos direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico

Ao longo deste capítulo, foi feita uma discussão sobre as características inerentes aos direitos fundamentais, sendo possível observar-se a importância de tais direitos dentro de nosso ordenamento jurídico. Nos ensinamentos de Branco e Mendes, os direitos fundamentais apresentam-se em duas dimensões, a subjetiva e a objetiva, dimensões estas que guardam relação de complementariedade entre si.

A dimensão subjetiva se revela como uma pretensão de que esses direitos ensejem a adoção de determinados comportamentos na sociedade, como também a criação de dispositivos legais que produzam efeitos nas relações jurídicas, exigindo-se para tal uma postura ora negativa ora positiva.

A dimensão objetiva, por sua vez, é entendida como a colocação de direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional, operando como limites aos poderes e como diretrizes do Estado, também revelando os valores protegidos pela Constituição. Segundo Paulo Branco e Gilmar Mendes:

Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos. Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posição individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo. Foram, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático. Essa dimensão objetiva [...] faz com que o direito fundamental não seja considerado exclusivamente sob perspectiva individualista, mas, igualmente, que o bem por ele tutelado seja visto como um valor em si, a ser preservado e fomentado. A perspectiva objetiva, nesse sentido, legitima até restrições aos direitos subjetivos individuais, limitando o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais em favor

dos seus próprios titulares ou de outros bens constitucionalmente valiosos. (BRANCO e MENDES, 2013, p. 167)

É de suma importância ressaltar que a perspectiva objetiva não nega que os direitos fundamentais são passíveis de sofrerem restrições, que é o que ocorre no plano fático quando há um conflito entre dois direitos fundamentais. A seguir, trataremos de como nosso ordenamento jurídico aborda a colisão desses direitos de forma genérica para podermos, posteriormente, discutir sobre as limitações que o direito autoral pode sofrer em face dos direitos culturais.

2.3.2 A colisão de direitos fundamentais

A colisão de direitos fundamentais ocorre quando duas ou mais posições protegidas como direitos fundamentais podem ser visadas numa mesma situação. Tais direitos existem para que determinado bem jurídico seja protegido na medida em que as circunstâncias reais permitam. Devido a tal característica, o confronto entre direitos fundamentais se trata de um confronto de princípios que incidem em uma situação concreta, devendo-se, portanto, buscar a aplicação deles na medida da sua relevância para o caso concreto, não se falando aqui de uma exclusão de um princípio do ordenamento jurídico, mas sim uma ponderação sobre a importância de cada um deles em face das situações que surgem cotidianamente. Pela ponderação, estabelece-se qual direito fundamental deve prevalecer naquela situação. Nos ensinamentos de Branco e Mendes:

O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. Devem-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial (modos primários típicos de exercício do direito). (BRANCO e MENDES, 2013, p; 184)

Extraímos destas disposições o caráter relativo inerente aos direitos fundamentais que, enquanto princípios constitucionalmente protegidos, não possuem caráter absoluto, cabendo ponderação entre eles em caso de tensão, decidindo-se naquele momento por aquele mais adequado. A relatividade nada mais é do que um desdobramento do Estado democrático de direito,

no qual a Constituição cria normas e princípios que servem para nortear sua atuação, mas admitindo não ser possível prever no texto legal todas as situações fáticas e também aceitando as diferentes visões de mundo e ideologias que são inerentes à uma sociedade, logo sendo necessária existir a possibilidade de discussões acerca da aplicabilidade das normas constitucionais nos casos concretos. Os direitos e garantias fundamentais encontram limites em si próprios. Sobre o tema, Barroso (2009, p. 329) afirma que “não existe hierarquia em abstrato entre princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto”. No mesmo sentido, Sarmiento e Galdino ensinam que:

[...] apesar da relevância ímpar que desempenham nas ordens jurídicas democráticas, os direitos fundamentais não são absolutos. A necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais. (SARMENTO e GALDINO, 2006, p. 293)

Deve-se salientar aqui a importância da atuação do legislador e do judiciário no momento em que decidem pela preponderância de uma norma sobre outra, tanto na criação dos diplomas legais quanto nas decisões de conflitos, sendo demasiado o valor de se submeter ambos a um exame constitucional rigoroso, exigindo-se uma justificativa das constringências determinadas a certo direito fundamental. Com o objetivo de que não ocorram equívocos, existem limites quanto à utilização da ponderação, devendo haver uma preservação do fim perquirido pelos direitos fundamentais como um todo. No pensamento de Morais:

[...] quando houver conflito entre dois ou mais direitos e garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar ou combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios) sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua. (MORAIS, 2003, p. 61)

2.3.3 Uma análise das limitações do direito autoral em prol aos direitos culturais

A lei nº 9.610/98, no seu capítulo IV³⁰, trata diretamente sobre as limitações aos direitos autorais. O artigo 46 institui o que a proteção aos direitos autorais não atinge:

³⁰ Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 30 out. 2017

I - a reprodução:

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;

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

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

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;

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.

Analisando os incisos do artigo expostos acima, reproduzidos na íntegra, podemos observar que as limitações impostas pelo legislador, no geral, são quanto aos direitos patrimoniais que surgem do direito autoral, não havendo uma limitação quanto aos direitos morais. Ainda que tímidas as limitações, é possível relacioná-las com os direitos culturais pela via do princípio da ponderação, através do qual o legislador entendeu que nos casos específicos a seguir citados os direitos autorais deveriam sofrer uma limitação. Em seu inciso I, alínea d, além da clara proteção ao princípio da dignidade humana, vemos aqui uma limitação do direito autoral em face das necessidades de deficientes visuais, que não podem ser privados de acesso às obras, as quais poderão ser reproduzidas de forma que possibilite seu acesso amplo. Ainda que não mencionadas a possibilidade de aplicação do inciso em situações análogas, cremos ser possível haver uma ampliação do entendimento desse artigo a fim de que o acesso seja aqui visto de forma ampla, também devendo ser possibilitado também, por exemplo, para deficientes auditivos em relações a obras musicais.

Ainda sobre o mesmo artigo, os demais incisos reproduzidos todos são dispostos de forma que, não havendo um intuito lucrativo na reprodução das obras, não há de se falar em uma proteção excessiva aos direitos autorais, o que o limitaria demasiadamente o alcance das obras e até mesmo tornaria inviável sua proteção pelo ordenamento jurídico. Como disposto, o direito autoral não impossibilita a reprodução de pequenos trechos para uso privado ou de partes das obras para fins

de estudo, tampouco reprova representações teatrais ou musicais em ambientes familiares ou em estabelecimentos de ensino para fins didáticos. De mesmo maneira, não recrimina a reprodução integral de obra quando arte plástica quando esse não seja o objetivo principal nem prejudique a obra original.

Nesse mesmo capítulo, o artigo 47 possibilita a criação de paráfrases e paródias, consistindo em uma limitação do direito autoral em prol de si mesmo, possibilitando a criação de novas obras também detentoras de direitos autorais. Por fim, artigo 48 permite de maneira ampla que obras situadas em logradouros públicos possam ser representadas livremente sem qualquer limitação, o que garante que obras públicas com grande importância cultural tenham seu acesso difundido de forma ampla e sem restrições claramente em prol dos direitos culturais.

2.3.3.1 Reflexões sobre limitações temporais do direito autoral

As limitações temporais quanto ao direito autoral datam de séculos, não sendo uma inovação do ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, faz-se necessária uma reflexão quanto aos motivos que sustentam sua manutenção na lei, sendo possível traçar uma relação direta com os direitos culturais.

Não pertencentes ao capítulo das limitações, os artigos 41 e 43 também impõem uma limitação. A limitação temporal aqui trata de um limite à exploração patrimonial:

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

Art. 43. Será de setenta anos o prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre as obras anônimas ou pseudônimas, contado de 1º de janeiro do ano imediatamente posterior ao da primeira publicação.

A origem da limitação temporal remonta ao *Copyright Act* e é justificada com base em diversos motivos, que variam desde aqueles que argumentam que o autor cria sua obra com base no que lhe é oferecido pela sociedade, sendo a limitação temporal uma forma de retribuição do autor para esta, até os que defendem que, após certo tempo, a localização dos sucessores do direito autoral seria tarefa de extrema dificuldade ou que um grande número de herdeiros também tornaria

demasiadamente árduo determinar quais seriam detentores da sua titularidade. Ambos argumentos partem da noção de que, sem a limitação temporal, nos casos em que o autor falecesse sem deixar sucessores e no caso também da morte destes, o acesso à obra seria literalmente impossível em face da Lei do Direito Autoral, que determina em seu artigo 29 que o uso da obra deve ser prévia e expressamente autorizado.

Além dos motivos comumente apresentados, é notório que o limite temporal deve também ser considerado como uma forma de se garantir um amplo acesso das obras após determinado tempo, permitindo a sua entrada no domínio público com o claro intuito de se preservar o acesso à cultura e ciência. Pode-se considerar que o limite de setenta anos existe, ainda, em face de uma ponderação originada no conflito entre o direito autoral e os direitos culturais, considerando o legislador a entrada no domínio público como solução.

A disposição do artigo 45³¹, porém, nos mostra uma situação em que fica clara a preponderância do princípio relativo aos direitos culturais, já que prevê em seus incisos dois casos em que a obra pertence ao domínio público imediatamente, além dos casos em que decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, sendo eles quando o autor falece e não deixa nenhum sucessor e nos casos de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais. Portanto, não há que se falar aqui de ponderação já que, no caso concreto, não há a necessidade de proteger-se os direitos autorais nesses casos específicos.

Na contramão desse pensamento, existem aqueles que argumentam contra a existência da limitação temporal da forma como ela ocorre. A limitação, por vezes, pode acabar privando os herdeiros de um patrimônio deixado pelo autor e que pode ser ainda explorado pelos familiares, bem como acaba por beneficiar em grande parte as indústrias, que passam a poder publicar qualquer obra daquele autor sem que tenha que pagar ou requerer qualquer tipo de autorização.

Pode-se perceber que a limitação do direito autoral tem grande parte de sua origem na necessidade de se tornarem públicas e acessíveis as obras, permitindo que os cidadãos tenham seus direitos de acesso à cultura a fim de que possam exercer plenamente sua cidadania e sua autodeterminação. No entanto, na prática, a simples adoção do prazo de setenta anos não

³¹ Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 30 out. 2017

necessariamente vem atingindo a sua finalidade, ou seja, de um lado não garante plenamente o acesso à cultura e, do outro lado, retira o direito patrimonial dos herdeiros.

A ponderação, como vimos, é norteadada pelo fim de se consagrar o que o ordenamento jurídico prevê na sua totalidade de normas, princípios e garantias. Dessa forma, trataremos no seguinte capítulo como essa limitação, da forma que foi feita, pode estar sendo infrutífera para ambos os interesses, não atingindo da melhor maneira seu fim – proporcionar um maior acesso por parte da população – e privando os sucessores de uma exploração econômica que, por vezes, só acaba por facilitar os lucros das grandes empresas. Será abordado, ainda, como o Código Civil pode ajudar a propor uma solução alternativa que melhor atenda à finalidade de garantir que ambos os direitos fundamentais sejam preservados ou talvez de forma a complementar o que já é previsto em nossa lei.

CAPÍTULO 3 – UMA ANÁLISE DOS REAIS EFEITOS DO LIMITE TEMPORAL DOS DIREITOS AUTORAIS E DIFERENTES PROPOSTAS PARA OBTENÇÃO DE UMA MAIOR ACESSIBILIDADE

Com o escopo de se observar os reais efeitos do estabelecimento do limite temporal pela Lei do Direito Autoral, neste capítulo trataremos de observar situações concretas e as consequências de tal limite e, a fim de aprofundar a discussão, elaborar-se-á possíveis adequações e inovações quanto à proposta da lei atual com a finalidade de enriquecermos a discussão.

3.1 O debate entre os defensores e os críticos da limitação temporal

Ainda que expressamente definida na lei, a limitação temporal aos direitos autorais é tema controvertido, havendo posições divergentes sobre a validade ou não de sua existência. A existência de tal limitação não é exclusividade do ordenamento nacional, sendo amplamente difundida por vários países resguardadas, é claro, as diferenças dos sistemas legislativos e peculiaridades culturais. Apresentaremos aqui críticas que recaem sobre ambos pontos de vista, examinando-as de maneira crítica e pontuando sua adequação aos preceitos do nosso ordenamento jurídico.

Clóvis Beviláqua, jurista brasileiro, em face do projeto do Código Civil de 1916, foi um dos importantes defensores do posicionamento de que o direito do autor deveria ter um caráter perpétuo, eterno, justificando sua posição da seguinte forma:

[...] E, uma vez criada essa riqueza imaterial, não há, em princípio, razão teórica para que se não transmita pelos modos adotados para a transmissão da riqueza material. São razão de ordem prática, e uma certa obscuridade de ideias, próprias da fase evolucionar, em que se acha o direito autorar, que explicam essa forma de propriedade menos plena, de propriedade temporária e revogável, que as leis imprimem ao direito dos autores. (BEVILAQUA, 1923, p. 181-182)

A crítica feita por Beviláqua recai sobre a emenda que acresceu ao Código de 1916 o limite temporal de sessenta anos para que os herdeiros e sucessores do autor gozassem de sua propriedade

literária, científica e artística. Como abordado no Capítulo I, à época do Código não se diferenciava o caráter patrimonial do caráter moral dos direitos autorais de forma clara. Dito isso, analisem a pertinência da possível perpetuidade dos direitos autorais no tempo dentro do contexto em que se insere nosso ordenamento atual.

Com base em princípios constitucionais, não é mais possível considerar a corrente da perpetuidade ilimitada dos direitos autorais no tempo. O pensamento defendido por Beviláqua pode ser facilmente desconstruído, no contexto atual, sendo a comparação feita por ele entre a propriedade material e a propriedade imaterial impropriedade à luz dos princípios constitucionalmente protegidos. A Constituição de 88, ao estabelecer em seus artigos³² 5º, inciso XXIII e 170, inciso III a função social da propriedade, apresenta a propriedade em geral não mais como um bem ilimitado, mas sim como um direito passível de sofrer restrições quando confrontado com interesses de ordem pública e da coletividade. Até mesmo a propriedade material em específico é limitada, como pode-se destacar através leitura dos artigos 182, parágrafo 2º e 186, caput.

Para pôr à termo a possibilidade de termos os direitos autorais como eternos e intangíveis, a leitura do Código Civil de 2002 pode nos auxiliar nessa tarefa. Em seu artigo 187, determina-se que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Entendemos que o uso de um direito de maneira excessiva configura um abuso de direito, segundo Silvio Rodrigues:

Há abuso de direito quando ele não é exercido de acordo com a finalidade social para a qual foi conferido, pois como diz este jurista, os direitos são conferidos ao homem para serem usados de uma forma que se acomode ao interesse coletivo, obedecendo à sua finalidade, segundo o espírito da instituição. (RODRIGUES, 1994)

O artigo 1.228 do Código Civil, também sobre a propriedade em geral, diz em seu parágrafo 1º que:

³² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 nov. 2017.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

A aplicação desse entendimento na seara do direito autoral brasileiro é válida, devendo o direito autoral, através do princípio da ponderação, como dito no capítulo anterior, sofrer uma limitação nessa esfera. No atual contexto em que procura-se atingir em máximo grau a valorização da dignidade da pessoa humana, não há pertinência em tratar de nenhum direito como absoluto ou irrestrito, sendo importante relembrar que até mesmo o direito à vida e à liberdade sofrem restrições em nossa ordem jurídica.

Destarte, analisamos aqui a não procedência da defesa dos direitos autorais como perpétuos, sendo agora nosso objeto de apreciação a corrente extrema oposta, que defende a temporalidade do direito. A corrente da temporalidade, numa via contrária, entende que os direitos autorais atualmente se situam como um direito moral, que pretende proteger o vínculo entre criador e sua obra quanto em vida, não devendo, assim, proteger o interesse econômico acerca da exploração da obra, conforme o pensamento de José de Oliveira Ascensão (2011), o que leva ao entendimento de que o direito autoral não passaria da pessoa do autor para seus sucessores. No mesmo sentido, os juristas Pedro Paranaguá e Sérgio Branco (2009, p. 56-57), criticam o prazo de setenta anos e também questionam a necessidade da transmissibilidade aos sucessores:

O prazo parece excessivo, e talvez seja mesmo. Afinal, se a lei pretende proteger o autor, não faz sentido prolongar a proteção a suas obras por tanto tempo após sua morte. Na verdade, se fosse intenção da lei proteger de fato o autor, seria possível admitir que as obras caíssem em domínio público no momento de sua morte. (BRANCO e PARANAGUÁ, 2009, p. 56-57)

Sobre a validade dessa corrente de pensamento, faz-se novamente necessário um confronto com o ordenamento jurídico e principalmente os valores constitucionais. A Constituição vigente, em seu artigo 5º, inciso XXX, garante aos brasileiros e estrangeiros que residem no país o direito de herança, que possui caráter subjetivo, sendo uma das formas de proteção ao próprio direito de propriedade, protegido igualmente pelo Código Civil de 2002, que versa sobre o tema nos seus artigos 1.784 e subsequentes.

É inegável que nosso ordenamento jurídico permite a transmissibilidade da propriedade, bem como protege o uso desta, desde que alinhados com os demais valores protegidos. A hipótese de os direitos autorais não protegerem o direito de exploração econômica não nos parece razoável, tampouco a hipótese de não transmissibilidade destes aos sucessores. É evidente que as proteções são necessárias até mesmo de forma a instigar a própria criação intelectual do autor, que se veria desestimulado caso não existissem proteções à sua obra, fato que se relaciona diretamente com o direito de acesso à cultura e informação.

Portanto, o limite temporal aparenta ser, a princípio, uma solução razoável em meio a ambos os pensamentos divergentes acima citados³³. O prazo de setenta anos é, portanto, um resultado de uma ponderação que tenta de um lado proteger o autor e seus direitos sobre a sua criação, mas, por outro lado, também tenta resguardar os direitos culturais. Em consonância com este pensamento, Rodrigo Moraes diz que:

A sabedoria popular diz: “nem oito nem oitenta”. Nem tanta proteção ao acesso à cultura, nem tanto enrijecimento na proteção autoral. O direito do autor não pode ser considerado o bode expiatório para a falta de acesso ao conhecimento, à cultura e à educação. A sociedade não pode fazer ouvidos mochos ao criador intelectual. O direito do autor não é a raiz de todos os males. Rechaça-se, pois, qualquer tentativa de diminuição do prazo de 70 anos post mortem auctoris em prol do acesso à cultura. (MORAES, 2010, p. 286- 287)

Ainda que no plano teórico o estabelecimento de um limite temporal pareça ser uma boa medida para que ocorra uma ampliação e facilitação do acesso à informação, na prática, tal medida pode não atingir esse fim. Quem se beneficia com o fim da proteção patrimonial não são os autores, nem os herdeiros e nem a população em geral, mas sim seus intermediários, ou seja, as gravadoras, os empresários, as editoras e a indústria do copyright³⁴. Em face disso, analisaremos um caso concreto e discutiremos sobre possíveis propostas de alterações que melhor protejam o fim almejado.

³³ Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/268/262>. Acesso em: 29 out. 2017.

³⁴ Revista do CAAP | Belo Horizonte n. 1 | V. XVII | p. 91 a p. 120 | 2012

3.2 O famoso caso do Mickey Mouse

O personagem Mickey Mouse, criado em 1928, é um dos mais famosos e reconhecidos mundialmente, sendo um personagem da companhia Disney que é protegido pelos direitos autorais. O que nos interessará aqui é discutir o que aconteceu nos Estados Unidos para que Mickey, até os dias de hoje, não tenha caído em domínio público e, através da análise desse caso, discutir se há uma proporcionalidade em se definir um prazo unificado de exploração para qualquer tipo de obra, independentemente de seu uso devido ou não pelos sucessores, tendo em vista que já foi discutido que a adoção de um limite não acarreta, por si só, uma maior possibilidade de acesso.

A lei que protegia o personagem à época de sua criação estipulava uma proteção cinquenta e seis anos, o que acarretaria numa expiração do direito autoral sobre o personagem no ano de 1984. Devido à grande influência e poder econômico da Disney, mudanças legislativas foram feitas e o Congresso ampliou a proteção para um máximo de setenta e cinco anos, o que protegeria o personagem até 2003. Novamente, alterações na lei foram feitas e, atualmente, o prazo máximo de proteção consta ser de noventa e cinco anos, o que garante à Disney os direitos sobre o personagem até 2023³⁵.

Na suposição de o limite dos direitos autorais não serem novamente estendidos, faz-se pertinente questionar até que ponto seria justo que a Disney, que ainda explora a propriedade no caso, perdesse o direito exclusivo de exploração do personagem e de todas suas obras datadas em mais de 95 anos. À luz do Direito brasileiro, é importante, novamente, analisarmos a situação sob a égide do princípio da ponderação. Pode-se vislumbrar que tal situação possivelmente será reproduzida em nosso país, por exemplo, com a personagem Mônica, da Turma da Mônica, criada pelo autor Maurício de Souza, que já deixou claro sua pretensão de que seus filhos deem continuidade ao seu patrimônio após a sua morte.

Assim, podemos refletir que, nos casos acima, com as obras pertencendo ao domínio público, haveria um maior número de empresas publicando e disponibilizando as obras, o que, teoricamente, poderia ser positivo por conta de haver uma concorrência entre as empresas, que buscariam oferecer as obras de maneiras mais acessíveis e baratas. Contudo, não estaríamos nos

³⁵ Disponível em: <http://illinoisjltp.com/journal/wp-content/uploads/2013/10/schwartz.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2017

deparando com uma falta de razoabilidade e proporcionalidade? Não deveriam os sucessores ter a possibilidade de manter seus direitos, contanto que adotassem mudanças que ampliassem o acesso às suas obras? Não seria possível uma mudança legislativa que, além de possibilitar a manutenção do direito, também garantisse ainda um acesso ainda mais facilitado do que aquele decorrente da concorrência entre empresas?

3.3 Propostas de alterações

Como forma de conciliar a proteção de ambos os direitos, pode-se falar em uma hipótese em que os direitos patrimoniais transmitidos aos herdeiros pudessem, de alguma forma, ser regulados a fim de que se perpetuassem por um tempo maior do que o já previsto em lei nos casos em que ainda há uma exploração efetiva por parte dos sucessores.

Claramente, não falamos aqui de uma extensão do direito de maneira desregrada. Para que isso fosse possível e funcionasse de maneira a respeitar e, inclusive, privilegiar o acesso à cultura, seria necessário que se exercesse pelo Poder Público um controle efetivo. Tal fiscalização deveria ocorrer de forma que, aqueles que ensejam pela extensão do prazo de exploração econômica sobre as obras e personagens que lhes foram transmitidos através de sucessão, tivessem a obrigação de disponibilizar as obras do autor já falecido de maneira que seu acesso fosse amplo, sendo para tanto necessário avaliar-se os menores valores possíveis de se divulgar e publicizar tais obras.

Tal medida seria efetiva de ambos os lados. Para os sucessores, seria uma forma de perpetuar seu controle sobre a propriedade intelectual e, em contrapartida, também seria beneficiada a população em geral. A obrigação legal de se divulgar a obra a um preço mais acessível do que seria nos casos em que obra cai no domínio público seria uma forma de garantir um maior acesso à cultura.

Considera-se que tal inovação não iria de encontro à possibilidade de reprodução e utilização das obras pelas pessoas sem fins comerciais após o prazo legal, hipóteses que devem ser mantidas e protegidas, devendo apenas o direito de explorar a obra comercialmente ser resguardado aos herdeiros. A obra pertencer ao domínio público não necessariamente deveria ser excluir o monopólio de sua exploração econômica, sendo possível a coexistência de ambas as situações.

De maneira contrária, é claro, os sucessores que não demonstram interesse na divulgação das obras deveriam, da mesma forma como já ocorre, perder o monopólio de sua exploração econômica. Tal hipótese poderia até mesmo permitir que o prazo de setenta anos fosse reduzido significativamente, sendo sua ampliação concedida apenas sob condições específicas, sendo necessário demonstrar que, além do uso, há uma divulgação e distribuição que permitam uma realização dos direitos culturais.

Outra possível sugestão consiste na possibilidade de se estabelecer um decaimento da proteção de forma individualizada sobre cada obra. Pode-se pensar, por exemplo, na hipótese de, após o prazo de setenta anos, haver uma regulação de que as obras mais antigas do autor devessem cair em domínio público, sendo estabelecido outros prazos – mais curtos – para que se perdesse progressivamente o monopólio de uso sobre as demais obras.

Além disso, a legislação poderia estabelecer prazos de proteção diferenciados em face do interesse público que se estabelece sobre cada obra. Ainda que irrefutável que sobre toda obra recaia um interesse coletivo, a lei poderia estabelecer prazos menores de proteção para certas obras, sendo possível que os sucessores optassem por ampliar o acesso dentro de parâmetros estabelecidos a fim de prolongar seus direitos patrimoniais.

CONCLUSÃO

O direito do autor foi aqui abordado dentro de suas duas dimensões – direito moral e direito patrimonial – sendo confrontado com o direito de acesso à cultura e informação.

Analizamos ao longo desse trabalho como o direito moral do autor é protegido tanto quanto em vida, tanto quanto após o seu falecimento, ainda que não seja transmitido aos sucessores. Os direitos patrimoniais, todavia, além de serem protegidos atualmente em nosso ordenamento quando em vida do autor, são também protegidos e transmitidos aos seus sucessores por um prazo estabelecido em lei.

O cerne da discussão se referiu ao conflito existente entre os direitos patrimoniais e os direitos culturais, não se falando de uma limitação quanto ao direito moral do autor. Ao considerarmos a corrente que defende a perpetuidade dos direitos patrimoniais do tempo, pode-se observar que tal posição não se coadunava com os demais preceitos previstos em nosso ordenamento. De igual forma, não é razoável desprover a obra de qualquer proteção quanto à sua exploração econômica.

Através da técnica da ponderação, a criação de um limite temporal de uso mostrou ser uma solução apresentada pelo legislador para os direitos fundamentais em conflito. Contudo, uma análise crítica tornou possível notar que esse limite não necessariamente atinge seu fim de proteger em parte os direitos patrimoniais e também de garantir um amplo acesso após o tempo decorrido. Em face disso, foram apresentadas prováveis soluções com o objetivo de se demonstrar que mudanças legislativas poderiam proporcionar um cenário em que a dimensão econômica do direito autoral pudesse ser limitada pelos direitos culturais, porém, de forma que realmente garanta a ampla difusão das obras.

Obras com grande relevância ao interesse coletivo não devem ter seu acesso limitado, sendo que a difusão generalizada do direito de explorá-las economicamente após o prazo de setenta anos não se apresenta como uma solução que logra êxito em atingir sua finalidade, mas acaba por beneficiar o lucro das empresas.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

ABRÃO, Eliane Yachouh. Considerações em torno do Direito Autoral no Mundo Digital. In: VALLE, Regina Ribeiro do (org.). **E-dicas: O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Usina do Livro, 2005.

BARROS, Carla Eugenia Caldas. **Manual de Direito da Propriedade Intelectual**. Aracaju: Evocati, 2007.

BARROS, José Márcio. **Diversidade Cultural e Desenvolvimento Humano** – Curso de Gestão e Desenvolvimento Cultural Pensar e Agir com Cultura, Cultura e Desenvolvimento Local 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECOURT, **Révolution française et droit d’auteur: pour un nouvel universalisme**, Volume XXIV, n°4, 1990, p. 4-13.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**, v. I. Rio de Janeiro: Editora Rio, 6ª ed., 1975.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da Personalidade**. 7ª ed., revista e atualizada com o novo Código Civil por Eduardo C.B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRANCO, Sérgio; PARANAGUÁ, Pedro. **Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 27 out. 2017.

CHAUÍ, Marilena. **Cidadania cultural: O direito à cultura.** São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006.

COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil.** São Paulo: FTD, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro.** Vol. I, 20ª ed., rev. e aum. de acordo com o novo código. São Paulo: Saraiva, 2003.

GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à internet: direitos autorais na era digital.** Rio de Janeiro, São Paulo: Editora Record, 1997.

MENEZES, Elisângela. **Curso de Direito Autoral.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MORAIS, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional.** 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NIGRI, Deborah Fisch. **Direito Autoral e a Convergência de Mídias – Cadernos de Direito da Internet, vol. II.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

OLIVEIRA, J. N. de.; WILLIGTON, J. **Anotações à Lei do Direito Autoral: Lei 9.610/98.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 59-60.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 19ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil - Parte geral.** São Paulo: Saraiva, 1994.

SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.