

Conflitos entre Direito de Autor e Direito de Acesso ao Conhecimento, à Cultura e à Informação¹

Guilherme C. Carboni²

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) – aluno de pós-graduação,
nível doutorado;

IDCID – Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento –
coordenador da área de direitos autorais e tecnologia da informação;

Fundação Armando Álvares Penteado – professor da Faculdade de Direito

¹ Trabalho apresentado para Mesa Temática do XXVIII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação – INTERCOM 2005.

² Formado em Direito pela Faculdade de Direito da USP e em Comunicação Social pela ESPM. Especializou-se em Sociologia do Direito pela Universidade Estatal de Milão. Mestre e doutorando em Direito Civil na Faculdade de Direito da USP. Autor do livro “O direito de autor na multimídia” (São Paulo: Quartier Latin, 2003), além de diversos artigos na área de propriedade intelectual. carboni@bcvadvogados.com.br.

Resumo:

Os países em desenvolvimento têm a necessidade de um amplo acesso ao conhecimento, à cultura e à informação, de forma a diminuir a distância cultural e tecnológica com os países desenvolvidos. Por essa razão, Brasil e Argentina apresentaram à Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) uma nova agenda, que leva em conta a questão da propriedade intelectual como ferramenta para o desenvolvimento e não como um fim em si mesmo. Um elemento de crucial importância dessa agenda é a proposta de elaboração de um Tratado Internacional sobre Acesso ao Conhecimento, que incluiria a inserção de novas limitações e exceções nas leis de propriedade intelectual. Pretendemos, em nossa apresentação, discorrer sobre os conflitos entre o direito de autor e o direito de acesso ao conhecimento, à informação e à cultura, sob a ótica dos países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo.

Palavras-chave:

Direito de autor; liberdade de expressão; direito de acesso; direito ao desenvolvimento tecnológico.

CONFLITOS ENTRE DIREITO DE AUTOR E DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO E À CULTURA

1. Introdução

O direito de autor passa por significativas transformações desencadeadas, principalmente, pelo advento da tecnologia digital e das redes de informação. Tais transformações afetam o ponto crítico do direito de autor, que é o conflito entre o interesse individual do autor pela concessão da tutela e o interesse coletivo pelo desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico.

Esse conflito de interesses se manifesta através da inclusão de limitações ao direito de autor nos tratados internacionais e nas diversas legislações internas. No entanto, não é apenas por meio de restrições intrínsecas que o direito de autor busca resolver esse conflito, mas também pela regulamentação do seu exercício, como o cumprimento da função social da propriedade, bem como a aplicação da teoria do abuso de direito.

Neste estudo, pretendemos examinar, sob a ótica do direito constitucional, os possíveis conflitos entre o direito de autor e o direito de livre acesso à informação e à cultura, para então sugerir soluções, quando possível, com base no interesse público e nos valores instaurados pela atual realidade social e tecnológica.

2. A Proteção Constitucional do Direito de Livre Acesso à Informação e à Cultura e os conflitos com o Direito de Autor

O direito de livre acesso à informação e à cultura está previsto nos artigos 5º, inciso XIV, e 215, da Constituição Federal, que dispõem:

“XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

“Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

A leitura dos dispositivos acima permite constatar que tais direitos são informados pelo princípio da universalidade, isto é, são direitos garantidos a todos³, ou, em outras palavras: direitos sociais.

Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, atenua-se progressivamente a nítida separação – típica do Estado constitucional do século XIX – entre os poderes públicos e a sociedade dos sujeitos privados. Entre o Estado e os particulares introduzem-se poderes que constituem a origem dos direitos sociais. No entanto, as sociedades decidiram conservar o Estado de direito, para não sacrificar ilimitadamente a esfera jurídica autônoma dos indivíduos. É justamente dessa opção que surge a constante tensão entre os direitos sociais e os direitos individuais garantidos pela Constituição Federal⁴.

Tércio Sampaio Ferraz Junior comenta que a efetividade dos direitos sociais depende não apenas das regulamentações infraconstitucionais, como também do orçamento do Estado. Os direitos sociais na Constituição contêm um encargo vinculante para o legislador, sem que haja uma correspondente linha diretora para o preenchimento desse encargo⁵, conforme se pode depreender da leitura dos artigos acima citados.

³ Cf. SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 312.

⁴ Cf. DEL NERO, João Alberto Schützer. *O significado jurídico da expressão “função social da propriedade”*. In: Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, v. 3, 1997, p. 82.

⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*, p. 117.

No caso dos direitos culturais, a sua positivação na Constituição Federal se deu na forma de normas programáticas, pois o legislador não regulou imediatamente o seu objeto, mas apenas estabeleceu um programa de ação com relação ao mesmo⁶.

José Afonso da Silva preleciona que devem ser considerados os seguintes direitos culturais na Constituição Federal: (a) direito de criação intelectual, que compreende as criações científicas, artísticas e tecnológicas; (b) direito de acesso às fontes da cultura nacional; (c) direito de difusão da cultura; (d) liberdade de formas de expressão cultural; (e) liberdade de manifestações culturais; e (f) direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e de proteção dos bens de cultura, que, assim, ficam sujeitos a um regime jurídico especial, como forma de propriedade de interesse público⁷.

Para o mesmo José Afonso da Silva, alguns direitos culturais guardariam uma íntima relação com a liberdade de expressão. Pode-se dizer, portanto, que o Estado garante a todos os indivíduos, não apenas a liberdade de expressão, mas também um direito cultural de criação intelectual que, evidentemente, sofre as mesmas limitações impostas pelo direito de autor à liberdade de expressão, referidas no item 4, supra.

O direito de acesso à informação e à cultura é, sem dúvida, o que possui uma maior possibilidade de conflito com o direito de autor, principalmente na sociedade

⁶ De acordo com Eros Roberto Grau, “as Constituições dos Estados capitalistas passaram, desde o início deste século, a consagrar determinados direitos econômicos e sociais. Tais ‘direitos’, no entanto, são concebidos como destituídos de eficácia. Vale dizer, são ‘direitos’ aos quais não corresponde nenhuma garantia jurídica de operacionalização. Aí a teorização das *normas programáticas*. Com isso os jogadores dotados de poder de dominação impedem que os demais se afirmem capazes de realizar suas metas e de conquistar seus objetivos. Às conquistas que historicamente seriam logradas por estes últimos antecipam-se os titulares do capital, paternalisticamente ofertando-as a eles. O mínimo que estes últimos ousariam conquistar, assim, é a eles atribuído como uma dádiva daqueles. Atribuído, porém, apenas e tão-só formalmente, como ‘direito’ inscrito no texto constitucional, não juridicamente obtível. O fato, todavia, é que tais ‘direitos’ não constituem senão uma ‘concessão’ que serve a interesses bem definidos, na medida em que contribuem eficazmente à continuidade do jogo. Aparentando, por vezes, corresponderem a verdadeiras ‘conquistas’, tais ‘direitos’ nada mais consubstanciam senão estratégicas concessões de um dos jogadores, que ‘perde’ neste ou naquele lance, para que o jogo continue a ser jogado, segundo as regras que o ordenam”. (GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*, p. 17 e 18).

⁷ Cf. SILVA, J. A. da. Obra citada, p. 312.

da informação, que tem a Internet como um dos principais instrumentos de divulgação do conhecimento e do saber.

Com a Internet, a possibilidade de acesso à informação e à cultura ampliou-se exponencialmente. Conseqüentemente, o direito de autor também teve o seu âmbito de proteção ampliado, em virtude da divulgação das obras intelectuais nesse novo meio. O desafio que se impõe é o de equacionar o direito de autor com o direito social de acesso à informação e à cultura, de forma a que a esfera pública volte a ser um espaço destinado à livre formação da opinião pública⁸.

Há que se atentar, também, para as questões relativas à “inclusão digital”, envolvidas em uma opção por um direito autoral rígido a ponto de provocar um menor acesso à informação e à cultura. Isso porque defendemos que a “inclusão digital” não visa somente a um maior acesso à infra-estrutura e ao conhecimento necessário para a obtenção de informações nas redes de informação, mas, também, a uma maior liberdade na criação⁹ e na fruição de bens intelectuais, o que remete à necessidade de flexibilização do direito de autor.

Como exemplo de um conflito concreto entre o direito de autor e o direito de acesso à informação e à cultura, podemos mencionar o projeto de digitalização do acervo de algumas discotecas municipais, com o intuito de proteger as obras musicais da deterioração dos discos. O intuito desses projetos é evidentemente social, isto é, o de garantir o direito da população de continuar ouvindo as músicas contidas no acervo da discoteca.

No entanto, é bem provável que se argumente que a digitalização do acervo da discoteca pública não seria permitida sem a expressa anuência dos titulares dos

⁸ Ver HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

⁹ A esse respeito, Lawrence Lessig diz o seguinte: “*digital technology could enable an extraordinary range of ordinary people to become part of a creative process. To move from the life of a ‘consumer’ (just think about what that word means – passive, couch potato, fed) of music – and not just music, but film, and art, and commerce – to a life where one can individually and collectively participate in making something new*”. (LESSIG, Lawrence. *The future of ideas: the fate of commons in a connected world*, p. 9).

direitos autorais sobre as músicas, pois tal processo envolve uma reprodução integral da obra em um outro suporte físico (no caso, passa-se do disco de vinil para o CD), o que – em tese – violaria os artigos 5º, inciso VI¹⁰, 29, inciso I¹¹, 31¹² e 46, inciso II¹³, todos da Lei 9.610/98, principalmente porque o artigo 4º da Lei nº 9.610/98 estabelece que os negócios jurídicos envolvendo direitos autorais devem ser interpretados restritivamente.

Na Lei 9.610/98, não há qualquer previsão de que a reprodução integral de uma obra intelectual deveria ser permitida em determinadas situações, a serem definidas com base na finalidade da reprodução e no seu impacto mercadológico. Se, no exame da sua finalidade, verificar-se que o interesse público deva prevalecer, o direito de autor – a nosso ver – deveria sofrer uma limitação.

No exemplo acima, é evidente que o interesse público de acesso da população ao acervo da discoteca – que somente poderia ser assegurado, em longo prazo, através do processo de digitalização dos discos – deve prevalecer sobre os direitos autorais e conexos dos compositores e das gravadoras sobre as músicas que fazem parte do seu acervo. Portanto, apesar de ter sido previsto de forma genérica na Constituição Federal brasileira, o direito de acesso à informação e à cultura deve, a nosso ver, ser invocado para garantir o acesso da população ao acervo da discoteca, apesar de a Lei 9.610/98 não ter incluído tal hipótese nos seus artigos 46 a 48, que tratam das limitações ao direito de autor.

¹⁰ “Art. 5º. Para os efeitos desta lei, considera-se:

(...)

I – reprodução – a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido”.

¹¹ “Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I – a reprodução parcial ou integral”.

¹² “Art. 31. As diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais”.

¹³ “Art. 42. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

(...)

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

Importantes subsídios para sustentar essa nossa tese e para uma melhor interpretação dos conflitos entre o direito de autor e o direito de acesso à informação e à cultura advêm da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948; da Declaração de Princípios da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação, de dezembro de 2003; e do Relatório da Comissão para Direitos da Propriedade Intelectual – Integrando Direitos da Propriedade Intelectual e Políticas de Desenvolvimento, da Organização Mundial do Comércio (OMC), de setembro de 2002.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem consagrou como direitos humanos tanto o direito à cultura como o direito de autor, o que significa que deve haver um equilíbrio (apesar do aparente conflito) entre esses dois direitos¹⁴.

A Declaração de Princípios da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação, de 2003, no capítulo sobre “acesso à informação e ao conhecimento” (Capítulo 3), estabelece, em linhas gerais, que todos devem ter acesso à informação, às idéias e ao conhecimento e contribuir para fomentá-los; à eliminação de barreiras que impedem o acesso equitativo à informação para realizar atividades, sociais, econômicas, políticas e culturais, entre outras; à facilitação de acesso à informação de domínio público; ao incentivo ao desenvolvimento de um domínio público rico e à proteção da informação contra toda apropriação indevida; ao acesso universal e equitativo ao conhecimento científico¹⁵. Dispõe, ainda, no capítulo sobre “diversidade e identidade

¹⁴ Sobre o equilíbrio entre o direito à cultura e o direito de autor, o atual Ministro da Cultura, Gilberto Gil, assim se expressou em seu discurso no 1º Congresso Internacional da Propriedade Intelectual, realizado em São Paulo, no dia 31.3.2003: “é evidente que os interesses econômicos neste ramo de direito são consideráveis. No entanto, é importante salientar que os direitos de propriedade intelectual sempre se pautaram pela busca de um equilíbrio entre os direitos do criador, que deve receber uma justa compensação pelo seu esforço criador, e o conjunto da sociedade, que deve ter garantido o seu direito de acesso à informação, à tecnologia e ao patrimônio cultural comum.

Tenho afirmado que não cabe ao Estado fazer cultura, mas, sim, proporcionar condições necessárias para a criação e a produção de bens culturais, sejam eles artefatos ou mentefatos. O acesso à cultura é um direito básico de cidadania, assim como o direito à educação, à saúde, à vida num ambiente saudável. Neste sentido, reveste-se da maior importância - no âmbito dos direitos autorais - a busca de uma legislação equilibrada e que tenha como objeto principal a efetiva proteção dos criadores nacionais”. (GIL, Gilberto. Discurso no 1º Congresso Internacional da Propriedade Intelectual, realizado em São Paulo, no dia 31.3.2003. (<http://www2.cultura.gov.br/scripts/discursos.idc?codigo=83>, consultado em 21.12.2004).

¹⁵ Segue o inteiro teor dos artigos da Declaração de Princípios da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação que tratam dessa questão:

“ 3) Acesso à informação e ao conhecimento

culturais, diversidade lingüística e conteúdo local” (Capítulo 8), que é essencial promover a produção de conteúdos e a acessibilidade aos mesmos, independentemente de propósitos educativos, científicos, culturais ou recreativos, em diferentes idiomas e formatos.

Verifica-se que a tendência apontada pela Declaração de Princípios da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação é no sentido da prevalência do direito de acesso à informação e à cultura sobre o direito de autor, em determinadas circunstâncias, principalmente quando estiverem em jogo interesses sociais, econômicos e culturais de um povo.

O Relatório da Comissão para Direitos da Propriedade Intelectual – Integrando Direitos da Propriedade Intelectual e Políticas de Desenvolvimento, da Organização Mundial do Comércio (OMC) foi bem claro quanto à necessidade de cada país (especialmente aqueles em desenvolvimento) produzir políticas próprias de direitos de propriedade intelectual, de acordo com as suas necessidades, a serem elaboradas com a participação de representantes do governo, do setor privado e de Organizações Não Governamentais (ONGs).

24. Que todos possam ter acesso e contribuir para a informação, as idéias e o conhecimento é indispensável em uma sociedade da informação inclusiva.

25. É possível melhorar o intercâmbio e o incremento dos conhecimentos mundiais para favorecer o desenvolvimento, se forem eliminadas as barreiras que impedem o acesso equitativo à informação para realizar atividades econômicas, sociais, políticas, sanitárias, culturais, educativas e científicas e se for facilitado o acesso à informação que existe no domínio público, o que pode ser alcançado, entre outras coisas, mediante o design universal e a utilização de tecnologias auxiliares.

26. Um domínio público rico é um fator essencial para o crescimento da sociedade da informação, já que gera múltiplos benefícios, tais como um público informado, novos empregos, inovação, oportunidades comerciais e o avanço da ciência. O acesso sem barreiras à informação de domínio público é essencial na sociedade da informação, como também o é a proteção de tal informação contra toda apropriação indevida. Há que se fortalecer as entidades públicas tais como bibliotecas e arquivos, museus, coleções culturais e outros pontos de acesso comunitário, para promover a preservação dos registros de documentos e o acesso livre e equitativo à informação.

(...)

28. Nos esforçamos para propiciar o acesso universal e equitativo ao conhecimento científico e a promover a criação e divulgação de informação científica e técnica, inclusive de iniciativas de acesso aberto para as publicações científicas”.

Dentre as diversas soluções que o referido relatório propõe para os problemas relativos à aplicação dos direitos de propriedade intelectual (especialmente os de autor, software e Internet) de forma idêntica nos países desenvolvidos e em desenvolvimento, cabe destacar a recomendação de que os países em desenvolvimento deveriam ter permissão para manter ou adotar exceções abrangentes para usos em educação, pesquisa e bibliotecas em suas leis de direitos autorais¹⁶. Daí a preocupação internacional redobrada com o acesso à informação e à cultura por parte dos países em desenvolvimento, como o Brasil.

Cumpre-nos também examinar a questão do acesso à informação nas bases de dados, que são protegidas pela Lei 9.610/98, desde que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, sejam dotadas de originalidade¹⁷.

Há uma discussão internacional para saber se a proteção à base de dados deveria abranger não apenas aquelas dotadas de originalidade, mas também as que tenham recebido consideráveis investimentos qualitativos e quantitativos no seu processo de criação, de forma a justificar uma proteção *sui generis* adicional, independentemente da proteção pelo direito de autor, conforme recomendação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), com o apoio da *Association Internationale pour La Protection de La Propriété Intellectuelle* (AIPPI)¹⁸.

¹⁶ De acordo com o citado Relatório, “o desenvolvimento e a difusão da tecnologia digital permitem criar, sem autorização e a custo nulo, quantidades ilimitadas de cópias fiéis de obras protegidas, bem como distribuí-las instantaneamente por todo o mundo. Os setores de direitos autorais reagem empregando tecnologia digital, sob a forma de técnicas de criptografia e medidas antiviolação, suplementadas por direito contratual e formas *sui generis* de proteção de bancos de dados. Os críticos argumentam que tais medidas restringem efetivamente o “uso justificável” e podem reduzir a capacidade de acesso à informação de professores, estudantes, pesquisadores e consumidores, particularmente em países em desenvolvimento. Segundo tal perspectiva, há necessidade de novas abordagens para garantir a manutenção de isenções para “uso justificável” neste contexto digital”.

¹⁷ O artigo 7º, inciso XIII, dispõe o seguinte:

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

(...)

XIII. As coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual”.

¹⁸ De acordo com a Questão Q182 da AIPPI, foi adotada uma resolução relativa à proteção de bases de dados em nível nacional e internacional. Os itens 4 e 5 dessa resolução dispõem o seguinte:

“4) *This protection should only be granted when qualitatively and/or quantitatively substantial investment has been made in the obtaining, verification or presentation of the contents of the database.*

Na Europa, a Diretiva 96/9/CE, de 11 de março de 1996, do Parlamento Europeu e do Conselho, já prevê a proteção *sui generis* das bases de dados¹⁹.

O que chama a atenção na mencionada proteção é o fato de que a mesma não fica restrita à forma de organização dos dados (conforme estabelece o citado artigo 7º, inciso XIII, da Lei 9.610/98), mas também abrange uma parte do conteúdo da base de dados²⁰.

Portanto, a eventual adoção, pelo Brasil, de uma proteção *sui generis* das bases de dados, nos termos descritos acima, representaria, a nosso ver, um grave risco. Em primeiro lugar, conferir um direito com base em “consideráveis investimentos qualitativos ou quantitativos” levaria, sem dúvida, a interpretações subjetivas, que muitas vezes poderiam tomar como base apenas o valor do investimento e não a originalidade da obra, em total desconformidade com o nosso sistema de concessão de direitos de propriedade intelectual. Em segundo lugar – e o que é mais importante –, o fato de a proteção *sui generis* das bases de dados não se restringir à forma de organização dos dados, mas também abranger parte do conteúdo, representaria um sério obstáculo ao exercício do direito de acesso à informação contida nessas bases de dados²¹.

5) *Harmonized protection for databases achieved through a sui generis right or other proprietary right should be available irrespective of any copyright protection*”.

¹⁹ O Capítulo III, artigo 7º, item 1, da Diretiva 96/9/CE dispõe o seguinte:

“1. Os Estados-membros instituirão o direito de o fabricante de uma base de dados proibir a extração e/ou a reutilização da totalidade ou de uma parte substancial, avaliada qualitativa ou quantitativamente, do conteúdo desta, quando a obtenção, verificação ou apresentação desse conteúdo representem um investimento substancial do ponto de vista qualitativo ou quantitativo”.

²⁰ O artigo 8 da Resolução da AIPPI estabelece o seguinte:

“8) The right holder of a protected database should have the right to prohibit reproduction or transfer to another medium (extration) and making available (re-utilization) of **the whole or a qualitatively or quantitatively substantial part of the contents of the database**. Collection of information or data from sources other than the protected database should not be prohibited on this basis. (Negritamos).

O item 2, letra “a”, do artigo 7º, Capítulo III, da Diretiva 96/9/CE dispõe:

“2. Para efeitos do presente capítulo, entende-se por:

a) “Extração”: a transferência permanente ou temporária da totalidade ou de uma parte substancial do conteúdo de uma base de dados para outro suporte, seja por que meio ou sob que forma for”.

²¹ De acordo com James Boyle, a adoção da Diretiva 96/9/CE não fez crescer a produção de bases de dados na Europa, ao contrário dos Estados Unidos da América, que não adotaram a proteção *sui generis*. (BOYLE, James. *James Boyle: a natural experiment*. (<http://news.ft.com/cms/s/4cd4941e-3cab-11d9-bb7b-00000e2511c8.html>, consultado em 4 de janeiro de 2005).

Segundo Clóvis Silveira, “estudos recentemente realizados por especialistas e submetidos em encontros promovidos pela OMPI indicam que a proteção *sui generis* das bases de dados não originais, tal como proposta atualmente, repercutiria negativamente nos círculos científicos e acadêmicos de todo o mundo, como também nos países em desenvolvimento”. O autor aponta os seguintes argumentos contrários à adoção da proteção *sui generis* das bases de dados: (a) a proteção *sui generis* elevará os custos das pesquisas, o que as tornará proibitivas para os países em desenvolvimento; (b) dará lugar a um aumento dos custos das empresas de Internet nas comunidades locais e obstaculizará sua difusão; (c) as empresas que tomam iniciativas para compilar bases de dados sobre os recursos e patrimônio locais podem chegar a obter efetivo monopólio, destrutivo, com efeitos negativos sobre o desenvolvimento e o acesso à informação; (d) em resumo, a proteção *sui generis* para as bases de dados não-originais poderá ter como conseqüências a redução significativa na disponibilidade de informações e dados gratuitos; a criação de monopólios perpétuos aos titulares de bases de dados; a diminuição do livre fluxo de informação científica no mundo; o surgimento de obstáculos ao desenvolvimento da Internet e novas dificuldades para os países em desenvolvimento²².

Uma outra perspectiva importante dos direitos culturais diz respeito ao direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e proteção dos bens de cultura, como forma de propriedade de interesse público.

De acordo com o artigo 216 da Constituição Federal brasileira, “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

²² SILVEIRA, Clóvis. *Bancos de dados originais e não-originais*. In: Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, n^o 69, mar/abr de 2004, p. 35.

demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”.

Hugues de Varine-Boham sugere que o patrimônio cultural seja dividido em três grandes categorias de elementos: (a) os elementos pertencentes à natureza, ao meio ambiente, que são os recursos naturais²³; (b) o conhecimento, as técnicas, o saber e o saber fazer, que compõem os elementos intangíveis do patrimônio cultural; e (c) os bens culturais, como objetos, artefatos e construções obtidas a partir do meio ambiente e do saber fazer²⁴.

²³ Teixeira Coelho menciona que a ampliação do conceito de patrimônio cultural “aponta para a necessidade de não se considerar como objeto da prática patrimonialista apenas as obras do homem, os monumentos e edificações urbanas, mas também, seguindo a ascendência do movimento ecológico, espaços naturais como bosques, matas, reservas de água, a fauna, etc. (patrimônio ambiental)”. (COELHO, Teixeira. *Dicionário crítico de política cultural*, p. 287).

²⁴ VARINE-BOHAM, Hugues de, citado por LEMOS, Carlos A.C. *O que é patrimônio histórico*, p. 8, 9 e 10.

De acordo com Teixeira Coelho, “o lugar de destaque dado habitualmente à cultura do passado explica-se pela existência já razoavelmente cristalizada, neste caso, de um campo consensual para o qual convergem as opiniões e interesses de parcelas mais amplas da população – opiniões e interesses que certamente entrariam em conflito se referidos a aspectos do presente e mergulhados em debates aquecidos do ponto de vista social e político”.

O referido autor menciona, ainda, que se discute não apenas a extensão do conceito de patrimônio cultural, mas também a função a ser assumida pela prática denominada “patrimonialista”. Segundo ele, para boa parcela dos profissionais, “o grande papel do patrimônio cultural é o da manutenção, construção ou reconstrução da identidade (pessoal e coletiva) de modo sobretudo a proporcionar, ao indivíduo e ao grupo: a) um sentimento de segurança, uma raiz, diante das acelerações da vida cotidiana na atualidade; b) o combate contra o estranhamento das condições de existência, ao proporcionar a vinculação do indivíduo e do grupo a uma tradição, e, de modo particular, a resistência contra o totalitarismo, que faz da criação de massas desenraizadas o instrumento central de uma manipulação em favor da figura atratora do ditador apresentado como único ponto de referência e orientação. (...). Numa época dita de globalização, em que predominam os fenômenos de extrema mobilidade de tudo e de todos (produtos e pessoas, indivíduos isolados e grupos inteiros), geradores, entre outras, da desterritorialização, o próprio conceito de identidade entra em crise. As políticas culturais patrimonialistas lidaram, na ampla maioria, com a idéia da *descoberta* de uma identidade a ser preservada ou restaurada e pouco (ou nada) aderiram ao conceito oposto, o da *invenção* de uma identidade. (...). E a idéia da descoberta traz consigo uma noção-reboque, a da imutabilidade ou, em todo caso, permanência da obra: a identidade surge como algo, se não perene, pelo menos constante durante largos intervalos, o que justifica a ação patrimonialista. (...) Isso não significa dizer que, em tempos de globalização, a identidade seja uma questão superada. Nos tempos de globalização, é como se a força de fusão (que provoca a concentração em torno de alguns poucos pólos) provocasse, na expressão de Ignácio Ramonet, a multiplicidade das fissões (de que são exemplo o conflito fragmentalista que atingiu a ex-Iugoslávia, ou os movimentos separatistas dos estados do sul do Brasil, sempre latentes e reacesos, ou a explosão da antiga URSS, etc.). E com as fissões, a identidade ressurgiu como questão – ainda que não mais como ponto pacífico e, sim, como tema conflitivo – e, em sua esteira, o patrimonialismo reacende”. (COELHO, T. Obra citada, p. 287-289).

O parágrafo 1º do artigo 216 da Constituição Federal dispõe que “o poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”.

Cumprir verificar se, ao proteger o patrimônio cultural, seja através do registro, tombamento ou mesmo desapropriação, o Estado poderia interferir nas obras protegidas pelo direito autoral.

A tese que defendemos é a de que o Estado poderia sim interferir nas obras protegidas pelo direito autoral, até na forma de desapropriação, visando ao cumprimento do seu dever de zelar pela proteção do patrimônio cultural brasileiro. Portanto, tal interferência deve ter como fundamento e limite a proteção do patrimônio da cultura nacional e, conseqüentemente, os excessos não seriam permitidos, pois – aí sim – haveria violação de direitos autorais.

Um exemplo interessante para ilustrar esse conflito foi o caso envolvendo a estátua do Cristo-Redentor, no Rio de Janeiro. No primeiro semestre de 2004, os jornais divulgaram que os herdeiros do escultor do Cristo estariam pleiteando que as pessoas não mais comercializassem camisetas e *souvenirs* contendo a imagem do Cristo, pois, estando vivos, seriam os detentores dos direitos autorais sobre a escultura.

A proprietária da estátua do Cristo-Redentor é a Arquidiocese do Rio de Janeiro, que arrecadou contribuições para que o monumento fosse erguido e cuidou da sua construção. Por se tratar de uma escultura colocada em local público, ninguém (nem a própria Arquidiocese) pode impedir a sua livre representação por parte de outras pessoas, pois o artigo 48 da Lei 9.610/98 estabelece que “as obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais”.

Não entraremos, aqui, na discussão envolvendo a titularidade dos direitos autorais sobre o Cristo-Redentor por parte dos herdeiros do escultor. Ainda que se parta do pressuposto de que os herdeiros são os detentores dos direitos autorais, e considerando que, à época da construção do Cristo, ainda não havia o artigo de lei supracitado (ou um dispositivo legal semelhante), os herdeiros do escultor não podem fazer jus a um rendimento pela utilização da imagem do Cristo – ainda que para fins comerciais –, uma vez que o mesmo tornou-se não apenas um patrimônio cultural, mas um símbolo da cidade do Rio de Janeiro e do Brasil.

Hoje, exemplos como esse podem ser facilmente resolvidos com base no referido artigo 48 da Lei 9.610/98, que privilegia o interesse social de livre representação de obras que, pelo fato de estarem localizadas em logradouros públicos, pertencem ao patrimônio cultural da localidade. Nesse caso, portanto, o artigo 216 da Constituição Federal, com base no princípio da proporcionalidade, deve sobrepor-se ao direito patrimonial de autor, não havendo que se falar no pagamento de *royalties* aos herdeiros do escultor, já que se trata de um importante patrimônio cultural brasileiro.

Em suma, entendemos que, não obstante o fato de o direito de acesso à informação e à cultura (que é um dos direitos que compõe os chamados “direitos culturais”) ter sido positivado como norma programática em nossa Constituição Federal e de o direito de autor não estabelecer a possibilidade de sua limitação na forma de um princípio geral em situações em que deva prevalecer, entendemos que esse direito deverá ser invocado em determinadas situações concretas (como as descritas nos exemplos referidos neste item), com base no princípio da proporcionalidade, sempre que o interesse público tiver de prevalecer sobre o interesse particular do autor.

3. Conclusão

A Constituição Federal brasileira e a nossa atual legislação de direito de autor não contêm dispositivos adequados para solucionar os possíveis conflitos entre os interesses do autor e os da coletividade relativos ao acesso à informação e à cultura. Na

ausência de regulamentação adequada, deverão ser aplicadas ao caso concreto as normas relativas à função social da propriedade e de abuso de direito, apesar das suas limitações no que diz respeito ao direito de autor.

Somente através da introdução de princípios destinados a resguardar a função do direito de autor como instrumento de interesse público, voltado ao progresso cultural e tecnológico, na extensão permitida pelos tratados internacionais, é que poderemos ter um balanceamento mais claro dos interesses conflitantes individuais e coletivos inerentes ao direito de autor.

Referências Bibliográficas:

COELHO, Teixeira. *Dicionário crítico de política cultural*. São Paulo: Iluminuras, 1997.

DEL NERO, João Alberto Schützer. *O significado jurídico da expressão “função social da propriedade”*. In: Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, v. 3, 1997, p. 79-97.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. São Paulo: Atlas, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

LEMONS, Carlos A.C. *O que é patrimônio histórico*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

LESSIG, Lawrence. *The future of ideas: the fate of commons in a connected world*. New York: Random House, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVEIRA, Clóvis. *Bancos de dados originais e não-originais*. In: Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual n° 69, mar/abr de 2004, p. 31-35.

Endereços Consultados na Internet

BOYLE, James. *James Boyle: a natural experiment*. (<http://news.ft.com/cms/s/4cd4941e-3cab-11d9-bb7b-00000e2511c8.html>, consultado em 4 de janeiro de 2005).

MOREIRA, Gilberto Passos Gil. Discurso no 1º Congresso Internacional da Propriedade Intelectual, realizado em São Paulo, no dia 31.3.2003. (<http://www2.cultura.gov.br/scripts/discursos.idc?codigo=83>, consultado em 21.12.2004).