

- Artigo 12: DIREITO AUTORAL – LIMITES À PROTEÇÃO - Dr. João Carlos de Camargo Eboli

“DIREITO AUTORAL - LIMITES À PROTEÇÃO”

Dr. João Carlos de Camargo Eboli
Assessor Jurídico da SOCINPRO

XXVI SEMINÁRIO NACIONAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL
28 a 30 de outubro de 2006
Hotel Blue Tree Alvorada – BRASÍLIA – DF
Organizado pela ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual

A partir do final do Século XVIII avolumaram-se as legislações nacionais sobre direitos autorais. Embora alguns países adotassem normas protecionistas aplicáveis às obras estrangeiras, a grande maioria das nações só protegia, através de lei interna, o autor nacional e apenas algumas delas o autor estrangeiro domiciliado no país.

Assim, a proteção da obra além-fronteiras dependia muito da celebração de tratados bilaterais ou multilaterais por diferentes países.

A multiplicidade desses acordos bilaterais gerou o desejo e a necessidade de se buscar uma uniformização, condensando em um único instrumento a regulamentação internacional do instituto, com a celebração de tratado multilateral de tendência universalista.

A primeira tentativa nesse sentido, liderada por países europeus, redundou na famosa Convenção de Berna, que instituiu em 1886 a “União Internacional para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas”, mais conhecida como “União de Berna” e que continua sendo, mais de um século depois, a principal referência sobre a matéria, em nível mundial. A Convenção de Berna foi revisada pela última vez em Paris, em 1971, e é administrada pela OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual. Mas os Direitos Intelectuais não protegem apenas a OBRA, como criação primígena.

Tutelam também, com um direito conexo ao direito do autor, outros bens imateriais assemelhados às obras para fins de proteção.

No campo internacional, os Direitos Conexos estão contemplados na “Convenção Internacional sobre a Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão”, conhecida como Convenção de Roma, que resultou de uma conferência diplomática realizada em 1961.

Em 1979, o GATT – General Agreement of Tariffs and Trade – iniciou discussões envolvendo a propriedade intelectual e o comércio internacional. A esses dois ingredientes se juntou a necessidade de se igualar métodos de ação, de punição e de proteção entre países com sistemas jurídicos diferentes, o que era evitado por Berna, cuja maior preocupação sempre foi o respeito às legislações internas e à soberania de seus Estados membros.

Esse obstáculo político, imposto por Berna, motivou a discussão da matéria em outro foro, não vinculado à ONU. Por isso, com a criação da OMC – Organização Mundial do Comércio, em 1994, esta passou a atuar diretamente na regulação do comércio internacional dos bens imateriais por meio do Acordo Relativo aos Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, conhecido pela sigla TRIPs, derivada da expressão inglesa, ou pela sigla ADPICs, do espanhol.

Os debates em torno da Convenção de Berna, circunscritos à soberania e ao território dos Estados membros, começaram a se revelar prejudiciais aos interesses dos países economicamente mais poderosos, liderados pelos Estados Unidos.

Diante dessa nova realidade do comércio mundial, especialmente de marcas, e da crescente indústria de difusão cultural, cuja mercadoria traz gravada a identidade de seu titular, onde quer que seja disponibilizada, atravessando fronteiras e dispensando discussões em torno de soberanias territoriais, uma nova ordem internacional começava a ser desenhada.

Em suma, os direitos intelectuais se transformaram em mercadoria, aumentando a cada dia a sua importância econômica e comercial no mundo moderno. Uma forte evidência disso reside no fato de os recursos gerados hoje nos Estados Unidos pela indústria do copyright só serem superados pelos valores decorrentes dos negócios envolvendo o petróleo e o comércio de armas.

A OMPI, por seu turno, atendendo às exigências dos novos meios de difusão de obras intelectuais, como, sobretudo, a Internet, houve por bem patrocinar dois novos tratados multilaterais sobre a matéria, ambos em 1996 – o WIPO Copyright Treaty, ou WCT, que versa sobre direitos de autor, e o WIPO Performances and Phonograms Treaty, ou WPPT, que versa sobre os direitos conexos dos artistas e dos produtores de fonogramas. Esclareça-se que WIPO é a sigla inglesa de “World Intellectual Property Organization”, correspondente à sigla francesa OMPI, de “Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle”.

A própria OMPI os intitula “Tratados da OMPI sobre a Internet”, como resposta ao desafio das novas tecnologias digitais. Ambos não admitem reservas, mas preservam e reafirmam os princípios contidos nas Convenções de Berna e de Roma.

Acreditamos que a permanente polêmica sobre os limites à proteção do direito de autor, tema central desta palestra, tenha adquirido novas dimensões diante de dois fatores fundamentais: o fantástico aumento da expressão econômica dos Direitos Intelectuais e o surgimento da Informática.

A Lei nº 9.610/98, que regula os direitos autorais em nosso País, define com precisão as duas modalidades básicas de utilização das obras intelectuais: o direito de reprodução, que compreende o direito de distribuição, e o direito de comunicação ao público.

Ao definir a distribuição e a comunicação ao público, a Lei de regência consagra o princípio da disponibilidade, ou seja, a máxima de que a simples disponibilização da obra ao público já tipifica uma nova modalidade de utilização, que obviamente dependerá da prévia e expressa autorização do autor.

Quando expõe o conceito de reprodução, a Lei brasileira abarca expressamente a cópia por meios eletrônicos, referindo-se a qualquer forma de armazenamento permanente ou temporário. Para se ter uma idéia da importância econômica desse conceito, citamos o fato de que, só no primeiro trimestre de 2005, um conhecido “hit”, bastante popular, foi alvo de mais de dois milhões e setecentos mil “downloads”, correspondentes ao número de chamadas (“ringtones”) em que foi executado em telefones celulares em todo o país. Como o direito cobrado por chamada era, à época, de vinte e quatro centavos de real, a respectiva retribuição autoral equivalia a mais de 500 mil reais. Estamos falando de uma única obra, em um único trimestre !

Para Nicholas Negroponte, a mudança dos átomos para os bits é irrevogável e não há como detê-la. Segundo Negroponte, Thomas Jefferson, que nos legou o conceito de bibliotecas públicas e o direito de consultar livro de graça, jamais considerou a possibilidade de milhões de pessoas terem, ao mesmo tempo, acesso eletrônico a uma biblioteca digital, podendo retirar dela o material desejado sem qualquer custo. Afirma o mesmo autor que se trata de uma mudança exponencial, que poderá acarretar conseqüências assombrosas. (in “A Vida Digital”, tradução de Sérgio Tellaroli – Companhia das Letras – 2ª edição – São Paulo – 2000 – pág.

10).

Na trilha de Negroponte, podemos afirmar que a informática não tem mais nada a ver com os computadores. Tem a ver com a vida das pessoas. Na verdade, estamos vivendo em um “planeta digital”, capaz de concentrar uma gama fantástica de informações em uma cabeça de alfinete, para usar a expressão de Negroponte.

Contudo, os modernos meios de comunicação serão sempre meios, como o próprio nome já diz, nunca fins em si mesmos.

E como situar os direitos intelectuais dentro desse novo contexto?

Afinal de contas, diante do avanço da comunicação, especialmente da Informática, a vulnerabilidade da propriedade sobre os bens imateriais tornou-se infinitamente maior do que a da propriedade sobre os bens corpóreos.

Por outro lado, o interesse coletivo pelo uso de obras literárias, artísticas e científicas obviamente cresceu diante do fácil e relativamente barato acesso às mesmas por meios eletrônicos e digitais.

A pergunta, no fundo, é uma só: como conciliar essa sede natural e justa de conhecimento e lazer, de cultura e de entretenimento, que se espalha pelos quatro cantos do mundo, com o legítimo exercício dos direitos intelectuais por parte de seus titulares?

O direito de autor experimenta momentos de rara e inédita perplexidade. O abusivo “uso pessoal”, que tem na “cópia privada” a sua expressão maior, a crescente “pirataria”, consistente na reprodução clandestina e fraudulenta de impressões gráficas, de produções fonográficas, de obras audiovisuais e de programas de computadores, e, por fim, o advento da Internet terminaram por gerar na comunidade autoral internacional um agudo sentimento de impotência.

Para se ter uma pálida idéia da gravidade do problema, a quantidade estimada de “downloads” realizados através do NAPSTER, em um único mês de 2001, superou a quantidade de exemplares de fitas e discos negociados legitimamente durante o ano inteiro de 2000 !

Assim é que apenas no mês de fevereiro de 2001, quando o NAPSTER ainda funcionava irregularmente, foram feitos 2.790.000.000 “downloads”, segundo o “Jornal do Brasil”, Caderno B, edição de 27 de junho de 2001, enquanto que, de acordo com os dados fornecidos pela IFPI – International Federation of the Phonographic Industry, durante todo o ano de 2000 foram vendidos, em todo o mundo, cerca de 2.511.000.000 exemplares de suportes matérias, entre CDs, minidiscs, cassetes e LPs.

De lá para cá a situação só fez se agravar, sempre em detrimento dos criadores intelectuais.

Um denominador comum pode e deve ser encontrado para ajustar a irrenunciável proteção aos direitos intelectuais com o crescente interesse coletivo no acesso às letras, às artes e à ciência.

E o primeiro passo talvez esteja em se evitar a paranóia. Freqüentes são as manifestações daqueles mais afoitos que pregam a mudança constante da legislação, para acompanhar o avanço tecnológico. Nada mais inadequado e precipitado. Até porque, como salienta João Carlos Muller Chaves, em suas manifestações sobre o tema, os princípios básicos que motivam os direitos intelectuais continuam os mesmos e se encontram estampados na Convenção de Berna, de 1886, com a sua última revisão de Paris, em 1971, e na Convenção de Roma, de 1961. Impõe-se, apenas, a progressiva atualização da legislação autoral, sempre de forma equilibrada e coerente, sem perder de vista, como nos ensina Müller Chaves, os princípios gerais.

Duas são as modalidades genéricas de uso da criação intelectual: a reprodução, aí compreendida a distribuição, e a comunicação ao público. Isso não mudou. Novas formas de utilização surgiram, sobretudo em virtude do avanço tecnológico, mas sempre em função

daquelas ou delas derivadas, como espécies do mesmo gênero.

Assinale-se que o progresso exponencial dos veículos de comunicação ampliou muito mais os meios de utilização do que as modalidades de uso das obras e das produções, que permanecem praticamente as mesmas consagradas na Convenção de Berna.

Destarte, tal avanço, antes de desafiar o direito substantivo dos autores em sua essência e contornos, pode, na prática, dificultar-lhes o exercício desse direito, o que de fato vem ocorrendo.

No que tange ao uso pessoal ou privado, a tolerância deve-se revestir da máxima cautela e parcimônia. Nesse sentido, a Lei nº 9.610/98 é ainda mais restritiva do que aquela que a antecedeu, a de nº 5.988/73.

A fórmula mais eficiente para garantir a proteção dos direitos intelectuais se assenta em duas premissas básicas : a relação das obras protegidas deve ser sempre exemplificativa, pois a criação intelectual é infinita; mas as limitações aos direitos de autor devem ser sempre enumeradas de maneira exaustiva. Essa foi a conduta adotada pelo legislador brasileiro, tanto de 1973, quanto de 1998. Assim é que a nossa atual Lei relaciona, em seus Artigos 46, 47 e 48, de forma clara e exaustiva, as exceções ao exercício dos direitos autorais.

Daí a nossa grande apreensão diante da infeliz e inoportuna Resolução nº 67 da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, amplamente divulgada no meio autoral, que propõe a alteração do Artigo 46 da Lei nº 9.610/98.

A referida Resolução mereceu incisivo parecer contrário, adotado em comum pela Comissão Permanente de Direito de Propriedade Intelectual – que tenho a honra de presidir - do IAB – Instituto dos Advogados Brasileiros e da Comissão de Direitos Autorais e do Entretenimento (presidida por Adriana Brasil Guimarães) da OAB – Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado do Rio de Janeiro.

O texto do parecer conjunto é da lavra de João Carlos Muller Chaves, relator da matéria em ambas as Comissões, e, pela sua qualidade e importância, merece ser parcialmente reproduzido. É o que fazemos em seguida. Diz Muller Chaves :

“Em 1998, quando foi promulgada a Lei nº 9.610, os desenvolvimentos tecnológicos haviam trazido tantas possibilidades de usos abusivos de obras e produções protegidas que o legislador, nos seus artigos 46 a 48, inseriu algumas modificações. No que se refere à cópia para uso próprio, por exemplo, limitou-a a “pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro”. Por outro lado, foi inserida pela primeira vez, em nosso direito positivo, a exceção em favor dos deficientes visuais.

A Lei nº 9.610/98 tramitou durante quase uma década entre todos os interessados, valendo notar que o Capítulo relativo às Exceções aos Direitos Autorais mereceu cuidadoso estudo, especialmente face às novas tecnologias que facilitam a apropriação indevida da propriedade intelectual alheia, como é o caso da troca de arquivos eletrônicos através do sistema denominado “peer to peer” ou, abreviadamente, “P2P”.

Desnecessário enfatizar que os direitos autorais integram o rol dos Direitos e Garantias Fundamentais através dos incisos XXVII e XXVIII do artigo 5º da Constituição do Brasil, e que nosso país comprometeu-se, através da ratificação da Convenção de Berna (Revisão de Paris, de 1971), a só estabelecer limitações quando atendidos, em conjunto, três requisitos : que se trate de certos casos especiais, que a reprodução não prejudique a exploração normal da obra e que não cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor. A disposição do artigo 9.2 de Berna, que se referia exclusivamente ao direito de reprodução, aplica-se, hoje, a qualquer outra forma de uso, por força do que dispõe o artigo 13 do TRIPs.

Ora, a Resolução 67 da ABPI, de 2005, propõe a modificação do artigo 46 da Lei nº 9.610/98, criticando-o por enumerar “de forma taxativa as hipóteses de utilização da obra intelectual”,

declarando que “a proposta que se segue foi redigida com a intenção de substituir o rol taxativo de limitações ao Direito de Autor por princípios gerais, tal qual ocorre no decreto norteamericano com o chamado “fair use”. Penitenciando-se antecipadamente pela invocação de um instituto que não é da tradição do direito continental, segue a Comissão da ABPI :

“A Comissão de Estudo de Direitos Autorais não teve como intuito adotar o “fair use” na forma como é regulado nos Estados Unidos da América, pois é evidente que o referido instituto demanda uma adaptação ao Direito Autoral Brasileiro”.

Todavia, em continuação, o texto insiste :

“Esta Comissão, também não entende que a adoção de princípios gerais para regular as limitações aos Direitos Autorais seja incompatível com o sistema de proteção autoral brasileiro”.

Data vênua, é sim, incompatível. A rigor, a simples leitura da Justificação seria suficiente para uma opinião contrária à proposição, que parte de dois fundamentos equivocados : o texto constitucional, a Convenção de Berna e o acordo TRIPS, assim como a melhor doutrina, exigem a lista taxativa, e o “fair use” foi institucionalizado na legislação norteamericana desde setembro de 1976, através de sua inclusão no Título 17 do Código Civil. Mais ainda, a doutrina do “fair use” não elide o exame de cada caso em concreto (in “Direito Autoral – Exceções Impostas aos Direitos Autorais”, de Eduardo Vieira Manso – São Paulo, 1980, José Bushatsky, Editor – página 227).

O exame do novo texto proposto para o artigo 46 é, porém, ainda mais preocupante. Abrange ele “qualquer forma de utilização de obras”, inclusive a distribuição, que é um ato fundamentalmente comercial, bastando conferir a definição do inciso IV do artigo 5º da Lei nº 9.610/98. A inexistência de finalidade de lucro foi substituída por um vaguíssimo “sua finalidade não seja essencialmente comercial para o destinatário da reprodução”. E se for para quem a procede, embora não para o destinatário ? Por outro lado, o que é “essencialmente comercial”?

O inciso III do proposto artigo é ainda mais subjetivo : o que vem a ser “efeito no mercado potencial da obra seja individualmente desprezível”? Um “download” é individualmente desprezível, mas que dizer de milhares de “downloads” da mesma obra ?

Em resumo, entendemos que o texto proposto é incompatível com a legislação interna, inclusive a Carta Magna, e com os acordos internacionais ratificados pelo Brasil, além de ser tecnicamente defeituoso.”

Será de todo recomendável que a ABPI reexamine cautelosamente a polêmica proposta, antes de dar prosseguimento ao seu trâmite no Congresso Nacional.

Consideramos fundamental que nos unamos na luta permanente para impedir o paulatino enfraquecimento de prerrogativas duramente conquistadas ao longo dos anos por autores, artistas e empresários culturais, com a inestimável assessoria de advogados especialistas em Direitos Intelectuais.

Sob esse aspecto, não poderíamos concluir este breve trabalho sem tecer algumas considerações críticas sobre o “Creative Commons”.

Como bem salienta João Carlos Müller Chaves, em palestra que proferiu sobre o tema, “a primeira observação a ser feita é no sentido de que a Internet não é senão um caminho novo, uma nova via para a utilização de obras intelectuais. Em si, ela é juridicamente neutra, trata-se apenas de uma nova tecnologia, como o foram a fonografia, o cinema, a fotografia, a televisão etc.”

Toda nova tecnologia interessa ao mundo jurídico, sobretudo quando interfere diretamente no exercício de direitos consagrados. Muito natural, nessa trilha, que a primeira reação de muitos juristas, advogados, magistrados etc, diante do surgimento da Internet, tenha sido a de uma certa perplexidade, o mesmo sentimento que tomou conta de um bom número de autores de obras literárias, artísticas e científicas, artistas, editores, produtores de fonogramas, organismos de radiodifusão e autores de programas de computador.

Como ainda nos ensina Muller Chaves, “Diante de um fato novo, de uma nova tecnologia, há duas atitudes a serem tomadas: ou se lhe aplicam as normas gerais já existentes, ou se elaboram regras novas, especificamente voltadas para aquela situação. Ambas apresentam vantagens e defeitos. Aplicando-se sempre as normas gerais, por meio de interpretação, corre-se o risco das interpretações divergentes, fragmentárias, o que vai de encontro à segurança jurídica. A opção pela legislação nova freqüentemente conduz à elaboração apressada e ao risco de se considerar que as situações não previstas escapam à norma legal, como parece ter ocorrido, com alguns, no caso do NAPSTER. A solução parece estar, como quase sempre, no meio: a progressiva atualização da legislação, sem perder de vista os princípios gerais.” Foi dessa forma que reagiu a comunidade jurídica internacional ao proceder, em 1971, em Paris, a uma grande revisão da Convenção de Berna, para adequá-la aos novos desenvolvimentos tecnológicos representados pelo surgimento da fonografia, da cinematografia, do rádio e da televisão.

Na progressão histórica dos fatos, a OMPI, atendendo às exigências dos novos meios de difusão das obras intelectuais, especialmente através da Internet, houve por bem patrocinar dois novos tratados multilaterais, um sobre direitos de autor e outro sobre interpretação e execução de fonogramas. A própria OMPI os intitula, como já destacamos, “TRATADOS DA OMPI SOBRE INTERNET”, como resposta aos desafios lançados pelas novas tecnologias digitais. Os referidos Tratados reafirmam, respectivamente, – reiteramos - os princípios das Convenções de Berna, sobre direitos do autor, e de Roma, sobre direitos conexos.

Se considerarmos que o direito de distribuição, como espécie do gênero maior “direito de reprodução”, já vinha sendo reconhecido, compreendendo, inclusive, o direito de aluguel, poucos foram os novos direitos de fato estabelecidos pelos Tratados da OMPI, mas todos eles da maior relevância.

Constitui infração a inutilização de qualquer informação referente à gestão de direitos, ou seja, aqueles sinais eletrônicos inseridos em gravações (suportes) ou em transmissões que permitem identificar autor, artista, produtor de fonogramas etc, facilitando a distribuição dos direitos devidos pela utilização de obras e produções. O ilícito alcança, ainda, quem importa ou distribui os dispositivos proibidos.

Igual proteção é estendida às medidas tecnológicas que impeçam ou dificultem a prática de atos não autorizados pelos legítimos titulares.

Esses preceitos dos Tratados da OMPI fazem parte do que se convencionou chamar “agenda eletrônica ou digital”, ou seja, regras destinadas especificamente à aplicação no ambiente da Internet.

Já o Artigo 8 do Tratado OMPI sobre Direitos de Autor enquadra o direito de “pôr à disposição” dentro do direito de comunicação ao público, assegurando, destarte, aos autores, o reconhecimento de um direito exclusivo no que concerne a essa forma de comunicação interativa.

No que tange aos direitos conexos, chegou-se a uma solução de consenso, negociada, em que os países se comprometem a reconhecer, no caso, um direito exclusivo, seja como comunicação ao público, seja como distribuição (ficta, é verdade), seja como um direito específico, o “making available”, do inglês, ou o direito de “puesta a disposición”, dos hispânicos.

A nossa Lei nº 9.610, de 1998, acolheu expressamente esse direito, equiparando-o ao direito de distribuição no inciso VII de seu Artigo 29. Merece ser reproduzido, nesse sentido, o “caput” do Artigo 30 da Lei de Regência, que preceitua :

“Art. 30. No exercício do direito de reprodução, o titular dos direitos autorais poderá colocar à disposição do público a obra, na forma, local e pelo tempo que desejar, a título oneroso ou gratuito.” (grifamos)

Assim, no âmbito interno, considero que a nossa legislação autoral pode ser considerada uma das mais avançadas do mundo. Como toda lei democraticamente discutida e aprovada, a nossa não poderia ser perfeita e ainda bem que não é, pois supostamente perfeitas são aquelas que brotam das cabeças dos ditadores e não as que correspondem, como a nossa, a um pacto ou contrato social.

A Lei nº 9.610, de 1998, preserva os princípios básicos de Berna e de Roma, mas agrega ao seu texto as boas novidades oferecidas pelos Tratados da OMPI, tornando-se bastante eficaz diante do vertiginoso avanço tecnológico.

Em seu Artigo 5º, a referida Lei define “publicação” como sendo o oferecimento da obra ao público por qualquer forma ou processo. A mesma “malha fina” é usada na definição de “distribuição”, conceituada como sendo a colocação das obra, interpretações, execuções e produções à disposição do público mediante a venda, locação, ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse.

Na definição de “comunicação ao público”, estabelece a Lei que se trata do ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público por qualquer meio ou procedimento que não consista na distribuição de exemplares.

Por fim, ao definir “reprodução”, além de se referir aos meios físicos, a Lei inclui expressamente qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido.

Na catalogação das obras protegidas, a Lei de regência inclui, no inciso XII de seu Artigo 7º, os “programas de computador”.

Já em seu Artigo 29, que enumera as utilizações que dependem da prévia e expressa autorização do autor, a Lei agrega expressamente, em seus incisos VII (já referido), IX e X, as seguintes modalidades :

.....
“VII – a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário; “

.....
“IX – a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero”;

.....
“X – quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.”
.....

Não resta dúvida de que o uso de obras através da Internet compreende as duas modalidades básicas de utilização de obras literárias, artísticas e científicas: a reprodução, aí compreendida a distribuição, e a comunicação ao público.

Ninguém discute, por exemplo, que a reprodução eletrônica de uma obra, feita através de “download”, importa tanto ao direito quanto a reprodução por meios físicos, como, por exemplo, através da impressão gráfica.

Claro que não há direito absoluto, tanto que a nossa Lei de regência, em seu Artigo 46, enumera, de forma exaustiva e taxativa, as limitações aos direitos autorais.

São os limites ou exceções que podem fazer entender aquilo que os anglo-saxões chamam de “fair use”, os hispânicos de “usos honrados” e, nós, brasileiros, de “uso permitido” ou “uso justo”, à falta de uma tradução melhor. Contudo, para que se caracterize o “fair use” há três requisitos: que ocorra em certos casos especiais, que não afete a exploração normal da obra, nem cause prejuízo injustificado aos interesses do autor. É o denominado “teste tríplice”, derivado do Artigo 9.2 da Convenção de Berna, antes específico para o direito de reprodução e que agora se aplica a todos os direitos exclusivos, conforme disposto no Artigo 13 do já referido TRIPS, que integra o Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio – OMC, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 1.355, de 30 de setembro de 1994.

Definitivamente, a utilização de obras e produções protegidas através da Internet não se encaixa em qualquer das exceções previstas no Artigo 46 da Lei de regência. Não pode, pois, ser enquadrada na categoria dos “fair use”.

Daí a preocupação internacional provocada pelo surgimento do “Creative Commons”, uma ONG – Organização Não Governamental internacional, criada nos Estados Unidos por iniciativa de Lawrence Lessig, professor da Universidade de Stanford. Como se sabe, “commons” em inglês significa pedaço de terra destinado ao uso comum, o que praticamente permite uma associação literal do título aos objetivos do projeto.

Os defensores do “Creative Commons” o justificam como sendo um instrumento de democratização da cultura, que conta hoje com representantes em vários países, incluindo o Brasil, e visa a criar licenças para o uso de obras pelo público através da Internet. Segundo eles, o “Creative Commons” oferece aos autores o direito de eleger quais os usos que pretendem autorizar de suas obras, reduzindo a distância entre os usuários e as criações hospedadas no “site”.

Encaram o “Creative Commons” como uma grande licença, amparada na vontade soberana do autor e, por isso, não pode ser interpretado como uma espécie de “terra de ninguém”. A massa de conhecimentos, explicam, é canalizada para a Internet. Cabe ao “Creative Commons” disciplinar as licenças para o uso das obras através da rede.

Para eles, a liberdade de escolha que o “Creative Commons” proporciona contribui para o desenvolvimento cultural, pois o sistema se ampara no princípio da liberdade que caracteriza a essência da sociedade capitalista, dando novas opções ao criador intelectual.

Mas o certo é que as primeiras declarações do Sr. Lessig não deixaram de ser preocupantes e polêmicas. Em entrevista dada ao Jornal do Brasil do dia 14 de junho de 2004, quando esteve em nosso País para participar do 5º Fórum Internacional de Software Livre, em Porto Alegre, assim se pronunciou: “A tecnologia permite o uso da criatividade para encontrar pessoas. Mas a lei não deixa você conhecer o trabalho dos outros e produzir a partir dele. Por isso, decidimos remover as barreiras que impedem a criatividade e a mistura de culturas. Muitos ignoram os limites, mas nós construímos uma tecnologia que possibilita aos artistas a liberação de suas obras para o mundo. A intenção do Creative Commons é a globalização do trabalho artístico.” (grifamos)

Reconhecemos que o grande dilema do mundo moderno consiste na busca pela equalização dos conceitos de proteção autoral e acesso à cultura, ou seja, da conciliação dos Direitos Intelectuais com o interesse intelectual coletivo.

Mas nada justifica ou justificará um eventual uso abusivo e incontido da propriedade imaterial alheia. Não se pode confundir licença com licenciosidade e, sobretudo, com libertinagem.

Estou convicto de que o direito ao acesso à criação intelectual reveste a propriedade imaterial de um certo viés publicista, mas que não lhe retira a condição de propriedade, objeto de um direito eminentemente privado, tão passível de proteção quanto a propriedade dos bens materiais.

Aqueles que defendem o livre acesso à propriedade intelectual também deveriam defender, por coerência, o livre acesso aos alimentos, à terra etc. É, pois, fundamental que se encontre um

ponto de equilíbrio, sem rompantes, excessos ou intolerâncias, de parte a parte.

Destaque-se que o Sr. Lessig e seus seguidores não foram inicialmente bem recebidos, ao que tudo indica, nos Estados Unidos e na Europa. Sem grandes oportunidades nos países mais desenvolvidos e culturalmente mais nivelados, partiram eles para a conquista de novos mercados nos países subdesenvolvidos ou em fase de desenvolvimento do Hemisfério Sul, incluindo o Brasil. Tanto que, na mesma entrevista dada ao Jornal do Brasil, declarou o Sr. Lessig: “Os EUA têm um problema sério com a propriedade intelectual e só conseguem tratá-la por extremos, com proteção ou desproteção totais. Os brasileiros enxergam o arco-íris, e acho que o CC será um sucesso e provocará mudanças na proteção à propriedade intelectual em outros países.”

Ademais, ilustra a referida matéria jornalística uma foto em que o Sr. Lessig aparece ao lado do Sr. William Fisher, professor da Escola de Direito de Harvard e mentor do projeto ALTERNATIVE COMPENSATION SYSTEM.

Também entrevistado, o Sr. Fisher confessa um total desprezo de seu projeto pela propriedade intelectual. Ao responder à pergunta “Qual a sua opinião sobre o Creative Commons?”, diz ele: “É o primeiro passo para um projeto maior, como o Arternative Compensation System. O CC permite que sons, imagens e códigos sejam vistos, utilizados e reinventados, mas deve encorajar artistas a desafiar a lei de direito autoral.” (grifamos)

Convenhamos, é muita pretensão. A reportagem declara, aliás, que Lessig e Fisher, embora tenham propostas extremas, concordam em um ponto: “a lei dos direitos autorais deve ser revista.” (grifamos) Pergunto eu: deve ser revista a troco de quê? A nossa lei, como as dos demais países civilizados, não impede que um autor autorize o uso de sua obra, por qualquer modalidade, sem limite de tempo ou território e a título gratuito.

Portanto, a Lei brasileira não será obstáculo a qualquer projeto dessa natureza, desde que se restrinja aos autores que dele queiram livremente participar. O que a Lei não permite e não pode mesmo permitir é que se cumprimente com o chapéu alheio. Nesse sentido, lamentamos que alguns autores e artistas, sem conhecimento de causa e ignorando os direitos arduamente conquistados por seus colegas ao longo dos anos, pratiquem mais um ato de “autofagia autoral”, dando declarações favoráveis a tais iniciativas, contrárias aos interesses morais e patrimoniais dos criadores do espírito.

Muito obrigado.

João Carlos de Camargo Eboli