



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Sérgio Vieira Branco Júnior

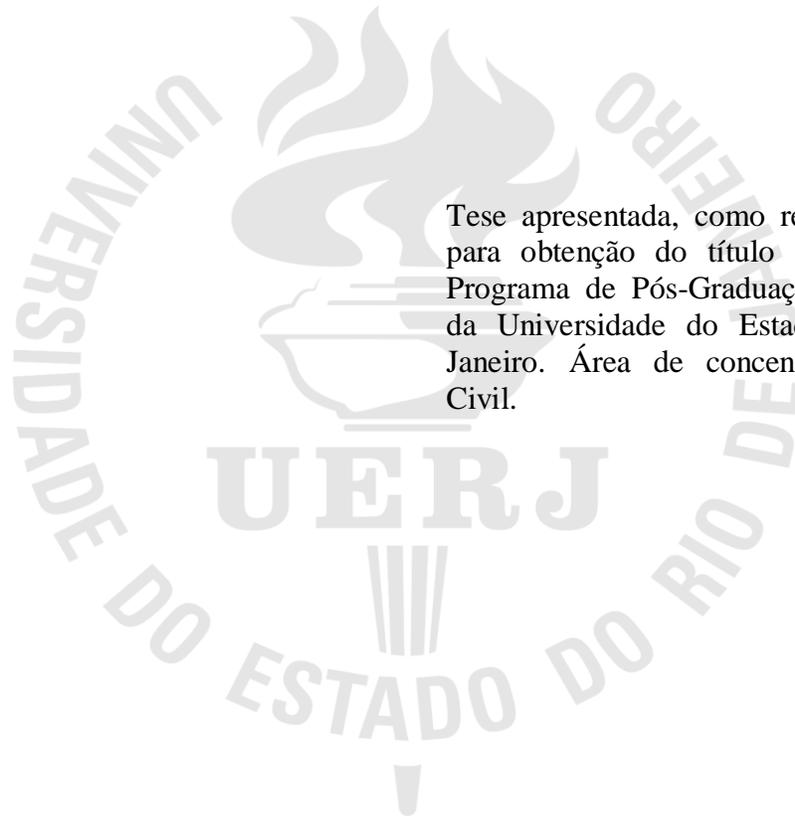
O domínio público no direito autoral brasileiro – estrutura e função

Rio de Janeiro

2011

Sérgio Vieira Branco Júnior

O domínio público no direito autoral brasileiro – estrutura e função



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil.

Orientador (a): Prof.^a Dra. Maria Celina Bodin de Moraes

Rio de Janeiro

2011

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

B816d Branco Júnior, SérgioVieira.

O domínio público no direito autoral brasileiro - estrutura e função /
Sérgio Vieira Branco Júnior. - 2011.
329 f.

Orientadora: Profa. Dra. Maria Celina Bodin de Moraes.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito.

1.Direitos autorais Brasil - Teses. 2. Domínio público- Teses. 3.
Propriedade intelectual- Teses. 4. Direito de propriedade – Teses. I. Moraes,
Maria Celina Bodin de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.78(81)

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Sérgio Vieira Branco Júnior

Domínio público no direito autoral brasileiro – estrutura e função

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil.

Aprovada em:

Banca Examinadora:

Prof^a. Dr^a. Maria Celina Bodin de Moraes

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. José Carlos Vaz e Dias

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Ronaldo Lemos da Silva Júnior

Fundação Getúlio Vargas

Prof. Dr. Bruno Costa Lewicki

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2011

DEDICATÓRIA

Para meus pais.

AGRADECIMENTOS

Em tempos de cultura colaborativa, fazer uma tese ainda é uma atividade conservadoramente solitária. Os meses que o trabalho demanda se passam quase sempre com o pesquisador rodeado de livros, diante da tela do computador. Ainda assim, como é óbvio, o texto se constrói também a partir de ideias, de conselhos e da ajuda – muitas vezes involuntária – de quem surge pelo caminho. É a todos esses que vão meus agradecimentos.

À professora Maria Celina Bodin de Moraes, sempre em primeiro lugar, por estimular em mim o gosto pelo debate, pela precisão e pelo desejo de um mundo melhor, para muito além dos muros do direito.

Aos professores do curso de doutorado, Paulo Galvão e Bethânia Assy, exemplos de dedicação e generosidade.

Aos meus queridos amigos do Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS), da FGV Direito Rio, que são como uma família, só que sem as brigas. Ao Carlos Affonso Pereira de Souza eu devo a sugestão do tema, de modo que esta tese é, em si mesma, um grande agradecimento a ele. Ao Ronaldo Lemos, pelo peculiar talento de saber unir profundo conhecimento acadêmico a videogames e moda. Ao Pedro Mizukami, substituto da Wikipedia nos momentos de pânico e amigo para todas as horas. Ao Koichi Kameda e ao Maurício Veiga, pela ajuda nas pesquisas. Ao Luiz Moncau, ao Pedro Francisco, à Paula Martini, à Marília Maciel, à Joana Varon, ao Eduardo Magrani, ao Bruno Magrani, ao Arthur Protásio, ao Danilo Doneda, à Jhéssica Reia e à Oona Castro (que nunca saiu da família) pela presença acolhedora e constante.

À Patrícia Sampaio, madrinha desta tese.

Ao professor Joaquim Falcão, diretor da FGV Direito Rio, por acreditar em um ensino de direito renovado.

Ao Bruno Lewicki, que, ao contrário dos passantes apressados, sabe ouvir, refletir e ajudar. Por esta tese, sem dúvida, devo muito a ele.

À Mariana Tancredo e à Diana Chaves, delicadas e gentis como sempre, pela ajuda com alguns textos estrangeiros e ao Marcus Tavares pela bibliografia de apoio em temas relacionados à educação.

Ao Marcelo Thompson, que mesmo do outro lado do mundo é um amigo que se importa.

Aos meus amigos que ouviram, deram opinião e por algum motivo se interessam por este trabalho: Ruth Albuquerque, Marcus Vinícius, Pedro Belchior, Pedro Teixeira.

Ao Ronaldo, que tanto me ajudou durante toda a elaboração da tese, devo muito.

À Renata, minha prima, por estar sempre por perto.

E aos meus pais e irmãos, como sempre.

O escrever não tem fim.

Fedro

RESUMO

BRANCO Jr., Sérgio Vieira. *O domínio público no direito autoral brasileiro - estrutura e função*. 2011. 329 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011.

O estudo do domínio público no direito autoral não se resume a analisar os prazos de proteção conferido às obras intelectuais. De tratamento escasso pela doutrina, o tema é bem mais complexo do que aparenta em um primeiro momento, abrangendo diversas áreas do direito e tendo implicações diretas na vida da sociedade. Uma vez que o direito autoral é composto de dois feixes distintos de direitos – o patrimonial e o moral – compreender o domínio público é, em primeiro lugar, determinar que efeitos decorrem do ingresso de determinada obra em domínio público quanto a cada um de tais grupos de direitos. Além disso, o impacto do domínio público se faz sentir em outras áreas jurídicas, como direito contratual, direito de propriedade, direito do consumidor, direito de família, direito das sucessões. Sem contar com a relação inevitável a aspectos econômicos e sociais relacionados ao uso de obras em domínio público. Esta tese procura determinar a estrutura jurídica do domínio público no direito autoral brasileiro a partir das leis atualmente em vigor, bem como traçar a função do instituto, a fim de dar ao domínio público a importância devida e estimular o desenvolvimento sócio-cultural do país.

Palavras-chave: Direitos autorais. Domínio público. Limitações e exceções. Estrutura e função.

ABSTRACT

BRANCO Jr., Sérgio Vieira. *The public domain in copyright brazilian law - structure and function*. 2011. 329 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011.

The study of public domain in the copyright law is not limited to the analysis of the terms of copyright protection. Being scarcely studied by the doctrine, the issue is more complex than it appears at first, covering different areas of law and having direct implications in society. Since copyright is composed of two distinct bundles of rights - the economic and the moral - to understand the public domain is, first, to determine what effects result from the entry of certain work in public domain on each of these groups of rights. Moreover, the impact of public domain is felt in other legal areas such as contract law, property law, consumer law, family law, law of succession. Apart from the inevitable relation to economic and social aspects related to the use of public domain works. This thesis seeks to determine the legal structure of the public domain in copyright according to Brazilian laws currently in force, as well as tracing the role of the institute in order to give due importance to the public domain and stimulate the social and cultural development of the country.

Keywords: Copyright. Public domain. Limitations and exceptions. Structure and function.

RÉSUMÉ

BRANCO Jr., Sérgio Vieira. *Le domaine public dans le droit d'auteur brésilien - structure et fonction*. 2011. 329 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011.

L'étude du domaine public dans le droit d'auteur ne se limite pas à l'analyse de la durée de la protection du droit d'auteur. Le thème est peu étudié par la doctrine, mais la question est plus complexe qu'il n'y paraît au premier abord, dès lors qu'elle couvre différents domaines du droit et qu'elle a des implications directes dans la société. Le droit d'auteur est composé de deux branches distinctes – le droit patrimonial et le droit moral – et, comprendre le domaine public, c'est, en premier lieu, déterminer les effets de l'entrée de certaines œuvres dans le domaine public sur chacun de ces droits. En outre, l'impact du domaine public se fait sentir dans d'autres domaines juridiques tels que le droit des contrats, le droit de la propriété, le droit de la consommation, le droit de la famille, le droit des successions. Le domaine public a également une relation inévitable avec les aspects économiques et sociaux liés à l'utilisation des œuvres qui ne sont plus protégées. Cette thèse vise à déterminer la structure juridique du domaine public en droit d'auteur conformément à la législation brésilienne en vigueur, ainsi qu'à déterminer le rôle du domaine public, afin de le donner l'importance voulue et de stimuler le développement social et culturel du pays.

Mots-clés: Droit d'auteur. Domaine public. Les limites et exceptions. Structure et fonction.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 PROPRIEDADE, PROPRIEDADE INTELECTUAL E DOMÍNIO PÚBLICO	20
1.1 O Direito de Propriedade	20
1.1.1 <u>Conceitos fundamentais</u>	20
1.1.2 <u>As diversas propriedades</u>	27
1.1.3 <u>Propriedade material e propriedade imaterial</u>	30
1.2 Propriedade Intelectual	37
1.2.1 <u>Propriedade Industrial</u>	37
1.2.2 <u>Direitos autorais</u>	51
1.3 O Domínio Público	67
1.3.1 <u>Distinção do domínio público no Direito Administrativo</u>	67
1.3.2 <u>Fundamentos para o domínio público</u>	69
1.3.2.1 Razões sociais	69
1.3.2.2 Razões econômicas	72
1.3.2.3 Razões jurídicas	81
2 O DOMÍNIO PÚBLICO NO SISTEMA INTERNACIONAL	102
2.1 Breve histórico	102
2.2 Convenções internacionais: Berna e TRIPS	109
2.3 O domínio público na experiência internacional	117
2.3.1 <u>O direito comparado</u>	117
2.3.2 <u>Droit d'auteur, copyright e domínio público</u>	133
2.3.2.1 Estados Unidos	137

2.3.2.2	Canadá	146
2.3.2.3	Israel	150
2.3.2.4	União Europeia	155
2.3.2.5	França	158
2.3.2.6	Alemanha	161
2.3.2.7	México	164
2.3.2.8	Japão	166
2.4	Uniformização de prazos e aumento progressivo da proteção	169
2.5	Existe um prazo ideal?	176
3	O DOMÍNIO PÚBLICO NO BRASIL – ESTRUTURA E FUNÇÃO	179
3.1	Natureza jurídica	179
3.2	Estrutura do domínio público	182
3.2.1	<u>Domínio público legal</u>	183
3.2.1.1	O domínio público na lei de direitos autorais	183
3.2.1.2	A insuficiência da previsão legal	241
3.2.2	<u>Domínio público voluntário</u>	258
3.3	Função do domínio público	276
3.3.1	<u>A funcionalização dos institutos</u>	276
3.3.2	<u>Função social do domínio público</u>	281
3.4	Direito subjetivo ao domínio público	299
	CONCLUSÕES	306
	REFERÊNCIAS	319

INTRODUÇÃO

Em outubro de 2009, a documentarista Verena Kael foi à Biblioteca Nacional, na cidade do Rio de Janeiro, com o propósito de obter cópias de algumas fotos para o documentário que estava produzindo, sobre prostituição feminina no Rio de Janeiro, no início do Século XX^{1 2}. Após pesquisar o arquivo da Biblioteca Nacional, solicitou a uma funcionária do órgão a reprodução de duas fotos publicadas em um jornal carioca no ano de 1937.

A funcionária explicou que a cópia de cada uma das fotos seria fornecida pelo valor de R\$ 2,00 e então indagou Verena a respeito do uso que pretendia dar às reproduções. A documentarista explicou que iria usar as imagens em um documentário de curta-metragem. Ao ouvir a resposta, a funcionária lhe disse que, sendo assim, não seria possível, atender seu pedido. Se o uso se limitasse à ilustração de um trabalho acadêmico – como monografia, dissertação ou tese –, as cópias poderiam ser fornecidas, mas não para uma obra audiovisual.

Verena, então, perguntou que diferença havia entre os usos e tudo que ouviu foi que para se valer daquelas fotografias em obra não acadêmica, ela deveria fazer a solicitação diretamente ao titular dos direitos autorais³ sobre o material – a empresa que havia adquirido o acervo do jornal, que não mais existia.

Hesitante quanto à veracidade das informações recebidas, Verena escreveu e-mail para os supostos titulares dos direitos autorais sobre as fotos objeto de seu interesse e soube que poderia obter as reproduções desejadas ao preço de R\$ 65,00 cada uma – e isso lhe daria o direito de usá-las em seu filme.

Ainda que inconformada com o valor cobrado, Verena se dirigiu aos donos do acervo do jornal que publicara as fotos originalmente. Após negociação, e alertada a tempo a respeito do fato de as fotografias estarem em domínio público, Verena Kael conseguiu obter cópia das obras gratuitamente, vindo posteriormente a usá-las em seu filme.

¹ Os fatos narrados nesta introdução são verídicos e nos foram relatados pela própria documentarista a cujo nome nos referimos e a quem agradecemos pelo exemplo didático.

² Seu trabalho de pesquisa resultou no filme “... Aquelas Mulheres...”, finalizado em 2010.

³ Do ponto de vista gramatical, “direito de autor” e “direito autoral” são sinônimos. Por isso, a despeito de a LDA atribuir à expressão “direitos autorais” uma abrangência maior, em razão de nela estarem abrangidos os direitos de autor e os direitos conexos, trataremos nesta tese ambas as expressões como sinônimas, a menos que expressamente façamos referência em contrário.

A narrativa acima pode, apesar de breve, ser bastante elucidativa acerca do propósito desta tese. O domínio público⁴, verdadeiro manancial cultural de qualquer civilização, é certamente bem pouco compreendido no Brasil. Até onde pudemos averiguar, não há obras acadêmicas dedicadas a lhe traçar os contornos ou explicar seu fundamento – social, econômico ou jurídico. Mesmo internacionalmente o tema é muito pouco explorado, resultando em trabalhos escassos e incompletos.

Em uma análise sucinta dos fatos narrados acima – e pressupondo a precisão de todas as informações prestadas, algumas observações podem ser bastante interessantes. Vejamos:

A lei brasileira de direitos autorais (Lei 9.610/98, doravante “LDA”) data de 1998 e prevê que as obras protegidas em seu âmbito geram para seu autor o surgimento de dois feixes de direitos tão logo uma obra protegida por direitos autorais seja criada: os de natureza moral e os de natureza patrimonial. Os primeiros têm por objetivo primordial vincular o autor à sua criação, tendo natureza extrapatrimonial. Já os direitos ditos patrimoniais são aqueles que autorizam a exploração econômica da obra criada. Por diversos motivos, que serão a seguir discutidos, os direitos patrimoniais vigoram por determinado período, ao fim do qual se extinguem. O tempo padrão de vigência dos direitos autorais patrimoniais no Brasil é hoje de 70 anos contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da morte do autor⁵.

No entanto, não é este o prazo de proteção de que gozam os fotógrafos. De acordo com o art. 44 da LDA, “o prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras audiovisuais e *fotográficas* será de 70 (setenta) anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação” (*grifamos*). Isso significa, portanto, que fotografias publicadas em 1937 estariam, de acordo com o previsto na LDA, aparentemente fora do âmbito de proteção dos direitos autorais (patrimoniais) desde 2008.

Quais as consequências dessa ausência de proteção? Expirado o prazo previsto na LDA, as obras ingressam no *domínio público*. Em uma concepção introdutória do instituto, podemos dizer que o domínio público representa o fim dos direitos patrimoniais do autor, normalmente em razão de ter sido atingido o prazo previsto em lei. Em outras palavras, as obras podem ser utilizadas por toda a sociedade independentemente de licença por parte de seus autores originais,

⁴ Referimo-nos exclusivamente ao domínio público relativo aos direitos autorais, não àqueles relacionados ao direito administrativo, como elucidaremos adiante.

⁵ LDA, art. 41.

seus sucessores ou outros titulares de direitos autorais. Isso inclui o uso comercial e não há qualquer distinção legal quanto ao uso que se pretenda dar às obras até então protegidas.

Podemos então afirmar que as fotografias por que Verena Kael havia se interessado estão em domínio público desde janeiro de 2008 e que a Biblioteca Nacional não se deu conta do fato, o que acarretou a negativa do pedido da documentarista? Não, o caso é ainda mais grave.

A LDA, aprovada em fevereiro de 1998, entrou em vigor em junho do mesmo ano. Até então, havia vigorado a lei 5.988/73. Ao contrário da LDA, que prevê período de proteção de 70 anos, a lei anterior dispunha, em seu artigo 45, que “também de *sessenta anos* será o prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras cinematográficas, fonográficas, *fotográficas*, e de arte aplicada, a contar do 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua conclusão” (*grifamos*).

Ora, sabendo-se que as fotografias haviam sido publicadas em 1937, o prazo de proteção começou a ser contado em janeiro de 1938. Sessenta anos depois, isto é, em janeiro de 1998, ainda estava em vigor a lei 5.988/73, que previa prazo de proteção de sessenta anos – que se esgotaram exatamente um mês antes da aprovação da LDA pelo Congresso Nacional. Dessa forma, as fotos que despertaram o interesse de Verena Kael e a levaram a ir à Biblioteca Nacional estão em domínio público desde 1998.

Conforme mencionado acima, segundo nossa lei autoral, uma vez que a obra entre em domínio público, pode ser aproveitada por toda a sociedade, independentemente de autorização, licença ou pagamento de direitos autorais. É uma forma de se estimular a criação intelectual e diversos são os fundamentos para isso (tanto de ordem legal quanto de ordem social ou econômica). Por isso, a limitação ao uso de obras em domínio público é ato no mínimo abusivo. E, obviamente, é a última conduta que alguém espera de um dos órgãos públicos que mais deveriam estar preocupados com o acesso ao conhecimento, como é o caso da Biblioteca Nacional.

Isso significa que para o fornecimento da cópia da fotografia não se poderia cobrar qualquer valor? Não. Como se verá adiante, a cobrança pelo acesso é legalmente possível, mas é incompreensível que haja discriminação quanto ao uso que se pretende fazer da obra. Exceto por alguns poucos casos, o usuário pode fazer com a obra em domínio público o que quiser.

No entanto, é espantoso que a Biblioteca Nacional trate o domínio público com tão pouca deferência. Mas acreditamos que não seja uma conduta exclusivamente institucional. O domínio público vem sendo pouquíssimo estudado e muito mal compreendido. O caso aqui apresentado é

apenas uma ilustração de como a falta de entendimento acerca da matéria pode gerar prejuízos culturais significativos.

Como síntese dos problemas levantados, podemos apontar:

a) Verena Kael não pôde obter cópia das fotos em um órgão que poderia lícitamente tê-las fornecido, ainda que cobrando pelo acesso;

b) a Biblioteca Nacional fez distinção para o uso de obra em domínio público onde essa distinção legalmente não existe;

c) aparentemente a Biblioteca Nacional está orientando de maneira equivocada seus usuários quanto à necessidade de pedir autorização a terceiros para uso de obras em domínio público, na medida em que os direitos autorais patrimoniais já não são protegidos;

d) o valor cobrado de Verena Kael para obter cópia das obras em domínio público foi superior àquele praticado pela Biblioteca Nacional. Se isso em si mesmo não chega a ser um fato abusivo (em regra, cada um pode cobrar o quanto quiser pelo *acesso* às obras), a recusa da Biblioteca Nacional retira da documentarista o direito de escolher pagar mais ou menos por uma reprodução com maior ou menor qualidade.

Por outro lado, a ampla difusão de obras em domínio público (com limites bem definidos e sua função respeitada) pode ter como consequência, entre outras:

a) maior acesso à cultura e à informação, promovendo desenvolvimento educacional e cultural do país;

b) maior efetividade ao princípio constitucional da liberdade de expressão;

c) crescimento econômico por conta da maior circulação de obras culturais;

d) maior segurança jurídica quanto ao uso de obras de terceiros que tenham ingressado em domínio público.

A falta de discussão acadêmica e social do papel do domínio público acarreta o surgimento de situações a nosso ver inaceitáveis. Não é raro encontrarmos abaixo dos dados de catalogação de obras impressas informações publicadas pelas editoras no sentido de se proibir a cópia parcial ou integral da obra editada, mesmo quando essa informação se revela equivocada.

Veja-se o caso do livro “Curso de História do Direito”, de autoria de José Reinaldo de Lima Lopes, Rafael Mafei Rabelo Queiroz e Thiago dos Santos Acca e publicado pela Editora

Método⁶. Na quarta página do livro, logo abaixo de seu número ISBN, encontramos o seguinte texto:

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda todos os direitos autorais, é proibida a *reprodução total ou parcial* de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor. (*grifamos*)

O texto acima reproduzido, não há dúvida, é abusivo. Em primeiro lugar, em termos absolutos. Em segundo lugar, por conta de características específicas da obra.

Dizemos que o texto é abusivo de maneira absoluta porque é a LDA (exatamente a lei a que ele se refere) que garante a reprodução de pequenos trechos de quaisquer obras, ainda que estejam protegidas por direitos autorais. Nos termos do art. 46, II, da LDA, está expressamente previsto que não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro. Ora, se é a lei a determinar que é lícita a cópia de pequenos trechos de qualquer obra, mesmo protegida, independentemente de autorização ou licença, não pode a editora fazer exigência em sentido diverso⁷.

Além disso, o texto também é abusivo em virtude de peculiaridades da obra. Como se percebe pelo seu próprio título, o livro se destina a tratar da história do direito. Dessa forma, vale-se de diversos textos legais há muito redigidos. Desde a Magna Carta, de João Sem Terra (de 1215), até o Projeto de Lei do Estatuto da Terra (em meados do século XX), o livro cobre cerca de 800 anos de história do direito estrangeiro e nacional.

Com o total de 783 páginas, o livro tem, entretanto, mais de 500 páginas (portanto mais de 60%) de material consistente em textos de leis (boa parte anterior ao século XX) e textos em domínio público (como trechos de obras de Gregório de Matos, Martins Pena e Machado de Assis).

Como poderemos ver nos capítulos seguintes, os textos legais não são protegidos por direito autoral porque a lei expressamente os exclui da proteção (conforme determina o art. 8º, IV da LDA). Adicionalmente, podemos constatar que os textos literários utilizados ao longo do livro

⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo e ACCA, Thiago dos Santos. **Curso de História do Direito**. São Paulo: Método, 2006.

⁷ A conclusão decorre também do preceito constitucional de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Se a LDA não impede a cópia de pequenos trechos, ninguém poderá ser impedido de fazer cópias nessa medida. Ainda que o conceito de “pequenos trechos” seja, sem dúvida, discutível.

se encontram em domínio público porque seus autores estão falecidos há mais de 70 anos, conforme estabelece a regra contida no art. 41 da LDA.

Informar os leitores, portanto, que é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, da obra ora em análise constitui verdadeiro desserviço à disseminação do conhecimento.

É claro que sempre se poderá alegar que a lei vale mais do que a informação contida no livro e que na prática as pessoas, em sua grande maioria, fazem cópias de livros independentemente do que digam a lei ou as editoras. Ainda assim, o direito deve existir para tutelar as relações sociais, não para permitir frestas abertas pelas condutas sociais, por conta de sua ineficácia ou obsolescência.

Dessa forma, o que pretendemos com esta tese é fazer a análise do domínio público do direito autoral brasileiro com o objetivo de lhe conferir a devida importância, buscando traçar-lhe os contornos mais precisos – sua estrutura, bem como sua função.

Fazer uma tese sobre domínio público é também fazer uma tese sobre direitos autorais. Como se verá ao longo deste trabalho, a abordagem a que nos propomos não se limita (nem poderia se limitar) a cuidar dos prazos de proteção previstos na lei. Para analisarmos com profundidade e adequação o domínio público, é indispensável discutirmos quais são as obras protegidas e as não protegidas pelo direito autoral; quais são e como devem ser compreendidos os direitos patrimoniais e morais; qual a relevância das limitações e exceções diante do domínio público, *etc.* Ou seja, o domínio público obriga uma reanálise dos direitos autorais a partir de sua própria perspectiva, ainda que ao leitor desavisado possa parecer estranho uma tese que tenha por objeto um instituto pouco discutido e escassamente tratado na LDA.

O tema é, de fato, vastíssimo. Inicialmente, porque o domínio público tangencia todos os ramos clássicos do direito civil. Os direitos de personalidade (por conta do direito moral do autor), o direito de propriedade (na discussão acerca da natureza do direito autoral), os negócios jurídicos (em razão dos direitos decorrentes da exploração econômica das obras), os laços familiares e os direitos sucessórios (ao tratarmos dos direitos transmissíveis aos herdeiros) devem ser todos considerados para a perfeita compreensão do tema. E não só. Outros ramos do direito contribuem para a análise da matéria. Daí se percebe a complexa rede jurídica na qual o domínio público se encontra tecido. O objetivo da tese será trilhar todas essas relações e suas consequências.

Em segundo lugar, porque o domínio público exerce função essencial na difusão da cultura e do conhecimento. No momento, vivemos o recrudescimento das regras de proteção aos direitos autorais, fenômeno observado em todo o mundo. Na exata medida em que as os titulares de direitos autorais tentam, em grande medida, proteger suas criações contra qualquer uso não autorizado, o domínio público surge como o grande manancial da cultura, disponível a quem por ele se interesse. E seu aproveitamento conta com relevante importância econômica, social e jurídica.

Para buscarmos atingir o objetivo pretendido, dividiremos o trabalho em 3 partes:

(i) Começamos com o direito de propriedade. Afinal, o domínio público pode ser visto como uma limitação ao direito de *propriedade* intelectual de que goza o autor da obra protegida por direitos autorais. Por isso, precisamos discutir se existe um único tipo de propriedade ou se há múltiplas propriedades que justificariam tratamento diferente para, por exemplo, bens tangíveis e intangíveis. Sobretudo, é indispensável definirmos se os direitos autorais podem ser de fato qualificados como objeto de propriedade ou se estão sujeitos a outro instituto jurídico.

Tratamos, ainda, nesta primeira parte, dos aspectos sociais, econômicos e legais do domínio público, sua base constitucional e qual sua importância dentro do sistema de direitos autorais brasileiro.

(ii) A seguir, buscamos encontrar parâmetros internacionais para a aferição dos limites do domínio público. Para tanto, fazemos a análise dos principais tratados internacionais que disciplinam a matéria, bem como de algumas leis estrangeiras e casos paradigmáticos para a discussão do domínio público no sistema internacional.

(iii) Finalmente, na terceira e última parte da tese, temos por objetivo esclarecer as fronteiras do domínio público no Brasil, sistematizando a matéria a partir de seu tratamento legal. São analisados, portanto, cada um dos dispositivos da LDA que cuidam do domínio público, buscando-se enfrentar algumas das questões mais controvertidas sobre o tema. Concluímos com reflexões acerca de sua função social.

Uma última nota, desta vez metodológica. Escrever uma tese nos tempos atuais, qualquer que seja o tema, é praticamente o equivalente acadêmico de lançar-se ao mar na Era dos Descobrimientos. O acesso à inesgotável quantidade de informações disponíveis tem uma consequência incontornável: todo trabalho produzido é fruto de escolhas e renúncias inevitáveis por conta da impossibilidade prática de lidar com todas as fontes disponíveis.

Duas décadas atrás, a elaboração de uma tese contava com um elemento limitador bastante prático: o acesso à bibliografia. Em um mundo em que o papel era o principal (e academicamente, o único) meio difusor do conhecimento, e a aquisição de obras internacionais era escassa, o autor se encontrava refém do material que lhe fosse possível coletar em meio físico.

Atualmente, entretanto, a internet redefine as possibilidades de uma tese por conta de infindáveis recursos postos à disposição do pesquisador: vastíssimo material acessível gratuitamente; decisões de diversas cortes nacionais e internacionais; notícias dos principais periódicos de todo o mundo que tratam da matéria estudada e tradutores instantâneos que auxiliam a compreensão de textos estrangeiros. O autor não está mais sozinho, tantas são as vozes à sua disposição.

Entretanto, mesmo que acompanhado de tantos recursos, ainda é uma pena que obra que conchama ao *remix* e à produção colaborativa deva ser feita solitariamente, como ainda são elaboradas as obras acadêmicas hoje em dia. As fontes são inesgotáveis, infinitas, e muito melhor seria se todos pudessem contribuir diretamente com a obra. Mesmo assim, toda pesquisa é restringida pelo tempo e pelas escolhas individuais do autor.

A despeito da internet e de seus múltiplos recursos, persistem, ainda assim, limitações linguísticas, cognitivas, bibliográficas. Com a multiplicidade de fontes, fazer uma tese acaba sempre por ser um trabalho inconcluso. Daí, mais uma vantagem do domínio público: permitir ao menos que outros trabalhem a partir do trabalho alheio, sem qualquer limitação e sem precisar começar do início sempre.

Como menciona Denis Borges Barbosa acerca da visão contemporânea do domínio público, seu “espaço real e mítico (...) passa a ser a terra prometida e os campos elísios da Era da Informação”⁸. Esperamos que esta tese proporcione uma reflexão precisa acerca da estrutura e da função do domínio público, dando-lhe o tratamento devido e a importância de que é merecedor.

⁸ BARBOSA, Denis Borges. *Domínio Público e Patrimônio Cultural*. Disponível em denisbarbosa.addr.com/bruno.pdf.

1 PROPRIEDADE, PROPRIEDADE INTELECTUAL E DOMÍNIO PÚBLICO

1.1 O Direito de Propriedade

1.1.1 Conceitos fundamentais

Em março de 2009, foi noticiado pela imprensa que os cantores e compositores Roberto Carlos e Erasmo Carlos haviam rompido o contrato com a gravadora EMI, readquirindo os direitos autorais sobre algumas de suas composições, anteriormente transferidos à gravadora⁹.

A demanda consistia em poder veicular, por meio de CD e DVD gravados pela Sony/BMG, músicas como “*Amor Perfeito*”, “*Como é Grande meu Amor por Você*” e “*É Proibido Fumar*”, cujos direitos pertenciam, por força contratual, à EMI.

Roberto Carlos e Erasmo Carlos alegavam que quando da assinatura do contrato com a EMI, ainda nos anos 1960 e 1970, não existiam mídias como CD e DVD. Dessa forma, a cessão não poderia se operar a respeito dessas modalidades. Com base em tal argumento, entre outros, a juíza de primeiro grau, da comarca do Rio de Janeiro, julgou o pedido procedente.

O que nos interessa na decisão não é propriamente a aplicação da atual lei de direitos autorais brasileira (Lei 9.610/98, doravante “LDA”) ao caso concreto¹⁰. Interessante é observar como a juíza se refere à titularidade das composições objeto da disputa judicial.

Por diversas vezes, menciona-se a palavra “propriedade” ao longo da sentença. Primeiro, para se dizer que “[a]s gravadoras normalmente obtêm a *propriedade* parcial ou total dos direitos autorais da composição, conhecidos por cessão ou transferência dos direitos autorais”¹¹(*grifamos*). A seguir, menciona que “há uma transferência da *propriedade* da composição à gravadora em troca do pagamento dos direitos autorais ao compositor em parcelas

⁹ COSTA, Priscyla. *Roberto Carlos e Erasmo Carlos rompem contrato com EMI*. Disponível em <http://bit.ly/i6d3Og>. Acesso em 15 de fevereiro de 2010.

¹⁰ O art. 49, V, da LDA prevê que a cessão de direitos autorais só poderá se operar para as modalidades de utilização existentes à data do contrato. Este dispositivo não constava da lei 5.988/73, antiga lei autoral brasileira.

¹¹ Disponível em <http://bit.ly/fQBqLI>. Acesso em 15 de fevereiro de 2010.

e intervalos de tempo acordados no contrato”¹²(*grifamos*). Finalmente, ao comentar cláusulas contratuais abusivas inseridas nos instrumentos contratuais por parte das gravadoras, afirma¹³:

As editoras incluem nos contratos cláusulas que são verdadeiras violações ao direito autoral - e mesmo ao direito civil *lato sensu* - tendo como objetivo: (i) a *propriedade* definitiva das obras; (ii) a retenção ilegal do repertório; e (iii) a concessão de adiantamento ou ‘*advance*’ como maneira de garantir uma ausência de risco do investimento. O primeiro dos atos praticados pelas editoras é o fato de que, a partir da cessão ou edição das obras, passam a exercer a *propriedade* definitiva das mesmas. Ocorre que a editora musical, que em verdade contrata com o compositor a administração de seu repertório, para fazer crescer a assimilação deste, pretende tornar-se *proprietária* eterna das composições dos cedentes.

Como observado, a sentença menciona, quanto às obras objeto da disputa judicial, (i) a propriedade dos respectivos direitos autorais, (ii) a transferência de sua propriedade, (iii) a propriedade definitiva dos bens (no caso, a composição musical) e até mesmo (iv) sua propriedade eterna. Em nenhum momento, entretanto, faz-se referência ao termo “propriedade intelectual”, nem tampouco é referida qualquer de suas peculiaridades. O direito autoral é tratado, aqui, como qualquer outra propriedade. Como a propriedade terrena. Ou como a propriedade de bens tangíveis móveis. A sentença se limita a definir os direitos autorais como objeto de “propriedade”.

Sendo assim, indagamos: é adequado tratarmos os bens protegidos por direito autoral como objeto de propriedade? Fazer a distinção entre a propriedade física e a imaterial é, de alguma forma, necessária (ou útil)? Existe um instituto jurídico a que devemos denominar propriedade capaz de abranger todos os bens passíveis de serem objeto de apropriação?

A ideia de propriedade é, em primeiro lugar, intuitiva. Desde a pré-história, o homem é capaz de formular o conceito de que algo é seu, de que lhe pertence¹⁴. E apesar de seu conceito variar “conforme o sistema político [em] que esteja inserido e, também, sem dúvida de acordo com a ordem jurídica vigente em cada momento histórico de cada povo”¹⁵, a verdade é que a compreensão do que vem a ser propriedade é algo humano. Até mesmo as crianças, ainda que de maneira imprecisa, possuem essa percepção.

¹² Disponível em <http://bit.ly/fhr8Nh>. Acesso em 15 de fevereiro de 2010.

¹³ *Grifamos*. Disponível em <http://bit.ly/dSU92x>. Acesso em 15 de fevereiro de 2010.

¹⁴ Alguns autores afirmam que a ideia de propriedade surge apenas quando o homem deixa de viver em um mundo de abundância (enquanto nômade) para viver em um mundo de escassez (decorrente de sua afixação em determinado lugar). Ver, entre outros, PROUDHON, J. P.. **Que é a Propriedade? Estudos sobre o Princípio do Direito e do Estado**. São Paulo: Edições Cultura Brasileira; p.64.

¹⁵ TORRES, Marcos Alcino. *O impacto das novas idéias na dogmática do Direito de Propriedade. A multiplicidade dominial. Transformações do Direito de Propriedade Privada*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 102.

Mas o que é propriedade?¹⁶

O dicionário Houaiss assim a define, entre outras definições aplicáveis¹⁷: (i) coisa possuída com exclusividade, (ii) pertença ou direito legal de possuir (algo), (iii) imóvel pertencente a alguém; prédio, casa, (iv) direito de usar, gozar e dispor de um bem, e de reavê-lo do poder de quem ilegalmente o possua.

Naturalmente, não se espera de um dicionário que traga definição jurídica precisa. Vê-se que os conceitos de posse (i e ii) e de propriedade imóvel (iii) encontram-se imbricados. Mas é o item (iv) que mais se destaca pela terminologia adotada.

O Código Civil brasileiro¹⁸ (doravante, “CCB”) não define o que vem a ser propriedade. Apenas determina, em seu art. 1.228 que “[o] proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald criticam a decisão do legislador em omitir o conceito de propriedade¹⁹:

No Código Civil em vigor, o art. 1.228 reproduz a ideia mestra da propriedade. Endossamos a crítica formulada por Luiz Roldão de Freitas no sentido de o Código Civil de 2002 – a exemplo do BGB – ter mais uma vez omitido o conceito de propriedade, pois, ao enumerar as faculdades essenciais que integram o domínio – uso, fruição e disposição da coisa –, a lei guiou-se menos por um viés científico do que por um singelo critério descritivo da propriedade, através de seus poderes. Isso conduz a soluções pouco exatas, pois aprisiona o direito de propriedade a um só tipo de propriedade.

A crítica final dos autores – aprisionar o direito de propriedade a um único tipo – é de fato pertinente. Não é possível tratarmos o instituto da propriedade a partir de uma perspectiva absoluta. Ao contrário: a propriedade é múltipla. Por conta disso, a definição de propriedade é, sem dúvida, tormentosa. Orlando Gomes afirma que “[o] *direito real de propriedade* é o mais amplo dos *direitos reais*, - ‘*plena in re potesta*’²⁰. A seguir, preceitua²¹:

¹⁶ Apesar de ser intuitivamente simples a compreensão da propriedade, sua explicação jurídica é bastante complexa. Podemos aqui parafrasear Cecília Meirelles, que disse a respeito da liberdade: “Liberdade, essa palavra que o sonho humano alimenta / que não há ninguém que explique e ninguém que não entenda”. **Romanceiro da Inconfidência**. Disponível em <http://bit.ly/gE2q7W>. Acesso em 15 de fevereiro de 2010.

¹⁷ HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa - 2ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

¹⁸ Lei 10.406/02.

¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 167. Para uma análise estrutural e funcional do art. 1.228 do CCB, ver BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de e TEPEDINO, Gustavo (orgs.). **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República, Vol. III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

²⁰ *Grifos no original*. GOMES, Orlando. **Direitos Reais** - 10ª ed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 1994; p. 85.

²¹ *Grifos no original*. GOMES, Orlando. **Direitos Reais** - 10ª ed. Cit.; p. 85.

Sua conceituação pode ser feita à luz de três critérios: o *sintético*, o *analítico* e o *descritivo*. Sinteticamente, é de se defini-lo, com Windscheid, como a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa. Analiticamente, o direito de usar, fruir e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem que injustamente o possua. Descritivamente, o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei.

Para Miguel Nogueira de Brito, “faz sentido defini-la como o direito mais amplo sobre uma coisa corpórea conhecido pela ordem jurídica. A esta definição está subjacente a ideia de que ao proprietário cabe a liberdade de decidir, no âmbito do mais amplo domínio sobre a coisa, quanto ao seu uso, ou não uso”²².

Depois de afirmar que “[a] propriedade é comumente qualificada como o *direito real máximo*”, sendo “modelo de todos os outros direitos reais”²³, José de Oliveira Ascensão a define como “*direito real que outorga a universalidade dos poderes que à coisa se podem referir*”²⁴.

Pontes de Miranda, ao apresentar o conceito de propriedade, afirma analiticamente²⁵:

Em sentido amplíssimo propriedade é domínio ou qualquer direito patrimonial. Tal conceito desborda o direito das coisas. O crédito é propriedade. Em sentido amplo, propriedade é todo direito irradiado em virtude de ter incidido regra de direito das coisas (...). Em sentido quase coincidente, é todo direito sobre as coisas corpóreas e a propriedade literária, científica, artística e industrial. Em sentido estritíssimo, é só o domínio. O primeiro sentido é o de propriedade, no art. 5º, XXII, da Constituição de 1988. O segundo é o que corresponde aos arts. 524-530 [atuais arts. 1.228, 1.229, 1.231, 1.232, 1.281 e 1.245] do Código Civil. O terceiro é o menos usado nas leis, e mais em ciência. O quarto é mesclado aos outros e quase sempre é o que se emprega quando se fala de proprietário, em relação a outro titular de direito real (e.g., arts. 713 e 730) [atuais arts. 1.390 e 1.401]. Costuma-se distinguir o domínio, que é o mais amplo direito sobre a coisa, e os direitos reais limitados. Isso não significa que o domínio não tenha limites; apenas significa que os seus contornos não cabem dentro dos contornos de outro direito.

Como podermos perceber a partir dos vários *sentidos* de propriedade propostos por Pontes de Miranda, é possível sofisticar um pouco mais o conceito ao lhe atribuir nuances variadas. Desde a amplíssima ideia de direito patrimonial (qualquer que seja) até o sentido estrito de domínio. Também interessante perceber que Pontes de Miranda faz referência expressa à propriedade intelectual ao se referir à propriedade literária, artística, científica e industrial.

Marcos Alcino de Azevedo Torres parte da determinação legal do art. 1.228 do CCB para afirmar que “a despeito de tudo que se tem escrito a respeito, não é possível identificar todas as possibilidades de atuação do titular, resumindo as principais formas na faculdade de usar, gozar,

²² BRITO, Miguel Nogueira de. **A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 897.

²³ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil - Reais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 443.

²⁴ *Grifos no original*. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil - Reais**. Cit., p. 448.

²⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado – Tomo XI**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, p. 37.

dispor de alguma coisa e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou obtenha, para guardar correspondência com o novo código civil”²⁶. A seguir, comenta:

A série de faculdades consagradas no titular está representada pelos verbos acima e correspondem ao conteúdo econômico, ou elemento interno do direito de propriedade e o direito de reaver a coisa, o seu conteúdo jurídico, ou elemento externo. Contudo, ninguém ignora, a literatura assim demonstra, que o direito de propriedade “mudou de roupa”, ou pelo menos tem tentado mudar, incrustado que está o “germe da transformação”, em que pese muitos não perceberem ou agirem com indisfarçável indiferença.

Ora, até aqui viu-se que o CCB não define o que vem a ser propriedade, embora esta possa ser considerada um direito real complexo, absoluto, perpétuo, exclusivo, que outorga a seu titular o exercício de amplos poderes sobre determinada coisa. Esses poderes incluem as faculdades de usar a coisa, bem como dela gozar e dispor, além de poder reavê-la de quem a injustamente possua ou detenha. Mas nem todas essas considerações bastam para entendermos o que vem a ser o direito de propriedade.

Inicialmente, porque a propriedade é um conceito que varia com o tempo. A seguir, porque a doutrina vem pregando, já há alguns anos, a ideia de que não podemos considerar a propriedade como um instituto de definição única. Finalmente, porque a análise da propriedade necessariamente perpassa por elementos não exclusivamente jurídicos²⁷.

Como se sabe, com o resultado da ascensão da burguesia ao poder europeu no final do século XVIII, tornou-se imperativo organizar juridicamente as conquistas burguesas. Dessa forma, durante o século XIX (chamado não por outro motivo de “mundo dos códigos”²⁸), o mundo viu surgir diversos códigos regulando a propriedade, sendo o primeiro deles o Código francês (ou Código Napoleônico) de 1804.

²⁶ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A Propriedade e a Posse – Um Confronto em torno da Função Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 115.

²⁷ “Fonte de riqueza e de poder, inviolável e sagrada, essencial e natural segundo a Declaração da Virgínia de 1776, natural e imprescritível segundo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na França, odiada por uns, acusada de todos os males, amada, cobiçada por outros, a propriedade ou o direito de propriedade é um tema ericado, não importa a conformação que tome, a questão envolve sempre seu uso, distribuição, enfim, o acesso aos bens que se podem tornar próprios ou que possam permitir uma melhor condição de vida para o cidadão, não importa o regime político em que viva, o que importa é que a cada tempo vem-se reinterpretando a propriedade”. TORRES, Marcos Alcino. *O impacto das novas idéias na dogmática do Direito de Propriedade. A multiplicidade dominial*. Cit., p. 84.

²⁸ “De acordo com IRTI, o sentido de segurança surgiu das estruturas profundas da sociedade. A exigência de estabilidade, ou de previsibilidade, quanto aos comportamentos individuais passou a ser o pressuposto intrínseco das relações jurídicas, na medida em que a burguesia francesa, vitoriosa da Grande Revolução, se tornara a nova classe dirigente, portadora da tábua de valores na qual toda a sociedade foi chamada a reconhecer-se. O ‘mundo da segurança’ é, portanto, o ‘mundo dos códigos’, os quais consubstanciam, em ordenada seqüência de artigos, os valores do liberalismo do pacífico século XIX”. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma Leitura Civil Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; p. 65.

Sob a égide desse influente estatuto legal, o francês Pierre-Joseph Proudhon escreveu seu célebre tratado “*Que é a Propriedade?*”, onde critica fortemente o instituto, símbolo máximo da vitória burguesa que se consolidava no século então em curso.

Logo no início de sua obra, Proudhon ataca a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) por incluir a propriedade entre os direitos naturais, como a liberdade, a segurança e a resistência à opressão²⁹. Afirma ainda que “[o] direito de propriedade foi o princípio do mal sobre a terra, o primeiro anel da grande cadeia de crimes e de misérias que o genero humano vem arrastando desde o seu nascimento”³⁰.

Ainda assim, o que se viu nos anos seguintes foi a construção do direito de propriedade como um direito subjetivo por excelência, que passou a integrar o ordenamento jurídico positivado da maioria dos países.

Foi “a partir da justificação da propriedade com base no trabalho que os movimentos sociais do século dezanove põem em causa o direito de propriedade privada do liberalismo”³¹. Em tal cenário, as ideias de Locke (que via no trabalho uma justificativa da propriedade) passam a ser inevitavelmente contestadas com o alvorecer do capitalismo e suas características elementares: a exploração da mão-de-obra alheia (nítida distinção entre o dono do meio de produção e o operário) e o pagamento de salários inferiores ao valor de mercado do bem produzido³².

Desde o final do século XVIII, a propriedade assume relevo legislativo a partir de dois paradigmas. “De acordo com um deles, desenvolvido na Inglaterra e nos Estados Unidos, a propriedade seria encarada sobretudo no seu aspecto político e vista como direito constitucional;

²⁹ “Porque, se a propriedade é um direito natural, como diz a *Declaração dos Direitos do Homem*, tudo o que me pertence em virtude desse direito é tão sagrado como a minha própria pessoa. É meu sangue. É minha vida. Sou eu mesmo. Quem quer que ataque a minha propriedade, atenta contra a minha existência”. PROUDHON, J. P.. **Que é a Propriedade? Estudos sobre o Princípio do Direito e do Estado**. Cit.; p. 38.

³⁰ PROUDHON, J. P.. **Que é a Propriedade? Estudos sobre o Princípio do Direito e do Estado**. Cit.; p. 80.

³¹ BRITO, Miguel Nogueira de. **A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional**. Cit.; p. 656. O autor critica a teoria de Proudhon ao afirmar: “[n]o pensamento de Proudhon parecem combinar-se, de forma aparentemente paradoxal, ambas as tendências: com efeito, ao mesmo tempo que proclama ‘a propriedade é um roubo!’, afirma também que ‘a propriedade é a liberdade’. Mas não é apenas a justificação da propriedade com base no trabalho a ser visada pela crítica de Proudhon. De modo mais radical, sustenta que ‘todos os argumentos imaginados para defender a propriedade, quaisquer que sejam, pressupõem sempre e necessariamente a igualdade, quer dizer, a negação da propriedade’.

³² Curiosamente, Locke não estava se referindo à propriedade intelectual ao desenvolver sua teoria nem jamais se valeu desta argumento para defendê-la. Mas o argumento da proteção em decorrência do trabalho vem sendo invocada sistematicamente para atribuir um direito de propriedade aos frutos da propriedade intelectual. DUSSOLIER, Séverine. *Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain*; p. 19. Disponível em <http://bit.ly/92t0ax>. Na verdade, John Locke critica os monopólios e defende a ideia de domínio público. KING, Peter. *The Life and Letters of John Locke*. Disponível em <http://bit.ly/eDzfCg>. Acesso em 20 de janeiro de 2011.

de acordo com o outro, difundido no direito civil continental, a propriedade seria encarada como um direito privado”³³.

Mesmo nos países de direito civil continental, a propriedade angariou o *status* de bem protegido constitucionalmente. Assim, a constituição mexicana de 1917 foi pioneira ao prever, em seu art. 27, que “a nação terá, a todo tempo, o direito de impor à propriedade privada as determinações ditadas pelo interesse público”³⁴ e a constituição alemã de 1919, em seu art. 153, determinou que “a propriedade obriga”³⁵. Estavam abertas as portas para a construção da teoria da função social da propriedade.

Mais recentemente, o que se viu foi a desmaterialização de propriedade, uma vez que os ativos intangíveis são, não raras vezes, o aspecto patrimonial mais rentável de diversas sociedades empresárias³⁶.

Apesar da existência de variadas formas de justificar o fenômeno da propriedade, o certo é que as teorias não se excluem mutuamente. É possível afirmarmos que “elas se entrelaçam e refletem uma evolução histórica no exame da questão. Alguns autores consideram que houve uma seqüência: ocupação, trabalho e por último o reconhecimento da lei”³⁷.

Como última palavra deste item, cabe mencionar a síntese de Maurício Mota acerca do caminho trilhado na construção do direito de propriedade a partir do movimento final da Idade Moderna para a Idade Contemporânea³⁸:

³³ BRITO, Miguel Nogueira de. **A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional**. Cit., p. 719.

³⁴ Disponível em <http://bit.ly/faEx5A>. Acesso em 10 de janeiro de 2011.

³⁵ Disponível em <http://bit.ly/fleivG>. Acesso em 10 de janeiro de 2011.

³⁶ BRITO, Miguel Nogueira de. **A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional**. Cit., p. 645. “A dissolução de um conceito robusto de propriedade, entendido como direito sobre uma coisa, e a emergência da análise da propriedade como um agregado complexo de direitos, privilégios, poderes e imunidades, difundida (no conceito anglo-saxónico) a partir da sua articulação por Wesley Newcomb Hohfeld, acompanha, segundo Thomas Grey, o movimento de crescente desmaterialização da propriedade nas modernas economias capitalistas. Na verdade, ‘a maior parte da propriedade numa economia capitalista moderna é intangível (...): ações de capital em empresas, obrigações, vários tipos de papel comercial, contas bancárias, apólices de seguro – já para não falar de intangíveis mais arcanos como marcas, patentes, direitos de autor, franquias e *goodwill* de empresas”.

³⁷ TORRES, Marcos Alcino. *O impacto das novas idéias na dogmática do Direito de Propriedade. A multiplicidade dominial*. Cit., p. 96. O autor aponta questão interessante: “[a]lgumas indagações são possíveis em tema de propriedade entre nós. A propriedade (se assim podemos identificar a relação de posse da terra) de nossos antepassados indígenas decorria do direito natural, do direito do primeiro ocupante, do trabalho e especificações sobre a terra ou de todas estas hipóteses em conjunto? E a posse das terras por nossos antepassados portugueses: um direito de ocupação decorrente da conquista pela força, como sempre aconteceu na história das civilizações? Isto é, em cada tempo uma nação domina certa região e os povos conquistados. Da dádiva divina através das bulas papais? Da convenção decorrente dos tratados firmados na época dividindo o mundo novo em duas partes a serem conquistadas pela Espanha e por Portugal, ou seria mesmo um histórico ato de grilagem dos portugueses sobre nossas terras, como afirmou Miguel Baldez? Eram terras públicas, porque pertencentes à Coroa Portuguesa, que foram gradativamente se transformando em terras privadas, em especial a partir da Lei de Terras?” Idem, p. 99.

³⁸ MOTA, Maurício. **Questões de Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 581.

A propriedade, direito subjetivo por excelência na época contemporânea, é uma construção social. Construção que se expressa na vitória dos movimentos revolucionários liberais que culminaram com a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 4 de julho de 1776, e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, em 26 de agosto do mesmo ano. Neles triunfa a idéia de propriedade como direito subjetivo, fruto maior da liberdade do homem. Mas também essa propriedade, culminante e absoluta nos Oitocentos, de características sumamente individualísticas, tem de se conformar à nova realidade social, na qual a irrupção das necessidades de uma sociedade de massas hipercomplexa torna necessárias mudanças profundas nesse direito. Não há que se falar mais em propriedade, mas sim em propriedades (cada qual com a diversidade de sua função).

No século XX, a propriedade passou a ser compreendida dentro de outros parâmetros. Não se concebia mais a visão oitocentista de propriedade absoluta. A doutrina passou a encarar a propriedade como uma realidade funcionalizada. E já não é mais possível falar em um conceito único de propriedade. Se são diversas as propriedades, cada uma com sua função, precisamos analisar as diversas propriedades para entender como os direitos autorais se adequam – se é que se adequam – a este cenário.

1.1.2 As diversas propriedades

O direito de propriedade faz parte do direitos das coisas³⁹, sendo classificado como um dos direitos subjetivos⁴⁰. Para Gustavo Tepedino, entretanto, “[a] classificação central que deve ser estabelecida, para a interpretação e aplicação das normas jurídicas, é a que extrema as *relações jurídicas patrimoniais*, constituídas por situações jurídicas economicamente mensuráveis, e as *relações jurídicas não patrimoniais*, formadas por situações jurídicas insuscetíveis de avaliação econômica, caracterizadas por interesses não patrimoniais”⁴¹. Como se verá, tal distinção será

³⁹ Nomenclatura adotada pelo CCB, em seu Livro III da Parte Especial, para tratar dos direitos reais. Por direitos das coisas “designa-se tradicionalmente a categoria das relações jurídicas que regula a apropriação e a utilização dos bens jurídicos por parte dos homens”. TEPEDINO, Gustavo. *Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução. Temas de Direito Civil II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; p. 135. Quanto à distinção dos direitos reais para os obrigacionais, leciona o autor: “[p]or regularem o aproveitamento econômico dos bens, os direitos reais têm por objeto as coisas apropriáveis ou suas utilidades (bem jurídico da relação real), postas à disposição do seu titular. Já os direitos de crédito têm por objeto (bem jurídico da relação obrigacional) a prestação a ser cumprida pelo devedor, de cujo desempenho resultará na coisa pretendida pelo credor (bem jurídico que almeja incorporar ao seu patrimônio). Daí inclusive a etimologia da palavra crédito, proveniente da síntese latina *creditum* (de *credere*), associada à confiança, a indicar a fidúcia depositada no devedor com vistas à satisfação do vínculo obrigacional”. TEPEDINO, Gustavo. *Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução*. Cit.; pp. 138-139.

⁴⁰ Para Orlando Gomes, os direitos subjetivos admitem diversas classificações, tais como (i) quanto à eficácia (absolutos ou relativos); (ii) quanto ao conteúdo (públicos e privados); (iii) patrimoniais (reais e pessoais) e extrapatrimoniais (direitos de personalidade e direitos de família) etc. GOMES, Orlando. *Introdução do Direito Civil*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2002; pp. 112-113.

⁴¹ *Grifos no original*. TEPEDINO, Gustavo. *Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução*. Cit.; p. 137.

crucial na análise dos direitos autorais, por conta do traço distintivo entre os direitos morais e patrimoniais do autor.

Já vimos que o CCB não define o direito de propriedade, limitando-se a informar que “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e do direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”⁴².

Apesar disso, a doutrina tem buscado encontrar as características inerentes ao direito de propriedade. Levando-se em conta a análise de Gustavo Tepedino, podemos apontar as seguintes duas características (a partir das distinções entre direitos reais e obrigacionais), das quais todas as outras são decorrentes^{43 44}:

(i) no direito de propriedade, o poder do credor é exercido imediatamente sobre a coisa objeto do direito, ao contrário dos direitos de crédito, que são exercidos de maneira mediata, ou seja, com a intermediação do devedor;

(ii) o direito de propriedade tem caráter absoluto, ou *erga omnes*, sendo exercido em face de toda a coletividade, que deverá assim respeitar o aproveitamento econômico do titular⁴⁵.

De acordo com Orlando Gomes, “a propriedade é o mais amplo direito de utilização econômica das coisas, direta ou indiretamente. O proprietário tem a faculdade de se servir da coisa, de lhe perceber os frutos e produtos, e lhe dar a destinação que lhe aprouver. Exerce poderes jurídico tão extensos que a sua enumeração seria impossível”⁴⁶.

Se é certo que esta noção inicial de propriedade é bastante abrangente para nela se incluírem propriedades tão diversas quanto aquela exercida sobre bens materiais ou quanto esta outra exercida sobre bens imateriais, não é possível tratarmos todas as formas de propriedade como se fossem a mesma. Tanto é assim que cada uma das propriedades, sobre bens móveis e imóveis, rural ou urbana, de bens materiais ou imateriais, de bens particulares ou públicos, é regulada a partir de suas peculiaridades.

Em meados do século XX, Salvatore Pugliatti já havia atentado para a multiplicidade de facetas da propriedade⁴⁷. Em sua análise, separa o tratamento dado em relação aos sujeitos do direito (perfil subjetivo) daquele dado ao objeto (perfil objetivo). Quanto ao primeiro, leva em

⁴² CCB, art. 1.228.

⁴³ TEPEDINO, Gustavo. *Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução*. Cit.; pp. 139-145.

⁴⁴ São características atribuídas aos direitos reais, mas fazemos referência aqui à propriedade por ser o nosso objeto de análise e investigação.

⁴⁵ Importante observar, entretanto, que a oponibilidade *erga omnes* não é exclusiva dos direitos reais, mas de todos os direitos absolutos, como por exemplo os direitos de personalidade.

⁴⁶ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Cit.; p. 86.

⁴⁷ PUGLIATTI, Salvatore. *La Proprietà e le Proprietà. La Proprietà nel Nuovo Diritto*. Milão: Giuffrè, 1964.

consideração os aspectos qualitativos (propriedade pública ou privada) e quantitativos (condomínio e propriedade coletiva, por exemplo). Já quanto ao segundo, propõe investigar a propriedade a partir das peculiaridades do objeto.

Para Pugliatti, é indispensável a observância de características intrínsecas do objeto para bem compreendermos como se estrutura o respectivo direito de propriedade. O autor propõe, entre outras possibilidades, o estudo das seguintes categorias: (i) coisas corpóreas e incorpóreas; (ii) coisas móveis e imóveis; (iii) coisas simples e compostas. Para cada uma das categorias mencionadas, é possível atribuir uma determinada sistematização do direito de propriedade (ou mesmo sua negação).

Naturalmente, outras categorias podem ser consideradas. A própria Constituição Federal de 1988 (“CF/88”) dá tratamento distinto aos diversos tipos de propriedade. A partir da potencialidade econômica da propriedade, percebe-se a distinção da disciplina legal. “Na esteira desses princípios, são postos a salvo da desapropriação, para os fins da reforma agrária, a pequena e média propriedades, quando o titular não possuir uma outra (art. 185, I). No mesmo sentido é vedada a penhora da pequena propriedade familiar rural, por débitos derivados da atividade produtiva. A propriedade familiar terá meios específicos de financiamento para o seu desenvolvimento (art. 5º, XXVI)”⁴⁸.

Em suma, a CF/88 estabeleceu “vários estatutos para as diversas ‘situações proprietárias’, segundo a destinação do bem – rural ou urbano –; a potencialidade econômica – produtiva ou não produtiva –; e a titularidade, isto é, levando em conta se a aquisição se dá por parte de estrangeiro ou de brasileiro”⁴⁹.

A legislação infraconstitucional também cumpriu com seu papel de disciplinar a propriedade levando-se em conta os aspectos subjetivos e objetivos de que tratou Pugliatti. Os bens imóveis e móveis, de modo geral, estão sujeitos a regras distintas, como por exemplo quanto aos prazos de usucapião e necessidade de registro. Também sujeitos a regras próprias estão os bens públicos quando comparados aos bens privados, especialmente quanto à possibilidade de alienação e, a depender do caso, à possibilidade de uso por parte de terceiros. Os exemplos são inúmeros e para efeitos desta tese, meramente ilustrativos.

⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Contornos Constitucionais da Propriedade Privada*. **Temas de Direito Civil**, 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; p. 326.

⁴⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Contornos Constitucionais da Propriedade Privada*. Cit.; p. 327.

Por tudo isso, não nos parece cabível darmos por certo que uma única formulação do conceito de propriedade seja capaz de abarcar tantas e tão variadas situações jurídicas. Nesse cenário, é de fato indispensável começarmos atentando para as peculiaridades que caracterizam a propriedade intelectual a fim de estabelecermos, com rigor técnico, se os direitos autorais podem de fato ser objeto de propriedade.

1.1.3 Propriedade material e propriedade imaterial

Nem toda propriedade recai sobre um bem material. Por séculos, a terra significou o bem paradigmático sujeito à doutrina da propriedade, exatamente por representar o bem mais valioso. No entanto, nas últimas décadas, viu-se um verdadeiro processo de *desmaterialização da propriedade*. Ações e marcas – ambas sujeitas ao regime das propriedades de bens imateriais, ainda que distintos um do outro – podem valer quantias inimagináveis, frequentemente mais do que qualquer bem tangível⁵⁰.

De modo geral, a doutrina – tanto brasileira quanto estrangeira – se vale da nomenclatura “propriedade intelectual” sem qualquer questionamento mais profundo, sendo comum identificar em sua natureza um tipo de propriedade com características especiais⁵¹, e dividindo-a classicamente em dois grandes grupos: os direitos autorais e conexos de um lado e a propriedade industrial de outro⁵². Apesar das possíveis críticas à denominação “propriedade intelectual”, vamos por ora adotá-la por conta de sua consagração⁵³. Voltamos ao tema quando tratarmos especificamente de sua natureza jurídica.

⁵⁰ Segundo *ranking* da BrandZ, a marca Google valia, em abril de 2010, cerca de US\$ 114 bilhões. Disponível em <http://bit.ly/cyfJq0>. Acesso em 10 de janeiro de 2011.

⁵¹ Ver, entre outros, HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito de Propriedade Intelectual**. 3ª edição. Porto Alegre: Ed. Unisinos, 2002 e FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. Cit.. Para análise profunda das diversas correntes que discutem a origem, a abrangência e a natureza da propriedade intelectual, ver CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial – Vol. I**. Rio de Janeiro: Forense, 1952.

⁵² “A propriedade industrial se constitui em um dos ramos da propriedade intelectual, cujo outro ramo é o direito autoral dirigido à propriedade literária e artística”. Dannemann, Siemsen, Bigler & Ipanema Moreira (obra coletiva). **Comentários à Lei de Propriedade Industrial e Correlatos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; p.29. Neste tópico, tratamos da propriedade intelectual como um conjunto único. Para a análise dos diversos bens que a compõem, remetemos o leitor ao próximo item.

⁵³ João da Gama Cerqueira comenta a discussão a respeito da nomenclatura a ser adotada: “[a]o conjunto desses direitos resultantes das concepções da inteligência e do trabalho intelectual, encarados principalmente sob o aspecto do proveito material que deles pode resultar, costuma-se dar a denominação genérica de propriedade intelectual, ou as denominações equivalentes – direito de autor, direito autoral, propriedade imaterial e, ainda, direitos intelectuais, como os chamou Picard, e direitos imateriais ou direito sobre bens imateriais, segundo Kohler. Deve-se, porém, preferir a denominação propriedade imaterial, que está mais de

No direito positivo brasileiro, a propriedade intelectual é tratada no âmbito de diversas leis, sendo as duas mais relevantes a LDA, para a proteção dos direitos autorais e conexos, e a lei 9.279/96, para a proteção da propriedade industrial, conhecida, por isso mesmo, como Lei de Propriedade Industrial (doravante, “LPI”). E ainda que a propriedade intelectual seja considerada uma única disciplina autônoma, é importante observarmos que os bens intelectuais são protegidos por institutos jurídicos diferentes, com naturezas jurídicas, peculiaridades e justificações diversas⁵⁴.

De fato, desde o século XIX, variadas têm sido as teorias para tentar compreender melhor o instituto da propriedade intelectual, sendo que as inúmeras (e aparentemente infundáveis) discussões abrangem, entre outros temas de interesse, que bens se encontram protegidos sob a chamada propriedade intelectual e qual sua natureza jurídica. Tratar detalhadamente cada uma dessas controvérsias seria redundante diante de tantos excelentes trabalhos que já as esmiuçaram com o devido senso crítico⁵⁵ além de excessivo para este trabalho, por lhe fugir totalmente do limite e do propósito. Por isso, vamos nos ater apenas às questões essenciais para a compreensão do liame existente entre a essência da propriedade intelectual e a construção do domínio público.

Com essa diretriz como norte, indagamos: em que medida a propriedade intelectual se aproxima e, por outro lado, se afasta, das demais propriedades? É possível inserir de fato a propriedade intelectual ao lado das demais propriedades?

A discussão não é desprovida de consequências práticas. Afinal, a lei deve disciplinar os institutos a partir das categorias a que pertencem. Se a propriedade intelectual é de fato propriedade, então estará submetida a determinadas regras jurídicas. Se não, seu regramento será outro.

Neste item, cuidaremos da propriedade intelectual como um conjunto único de bens e buscaremos compreender em que medida ela se assemelha ou não às demais propriedades –

acôrdo com o objeto dos direitos a que se aplica”. CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial – Vol. I.** Cit.; p. 69.

⁵⁴ BARBOSA, Cláudio R. **Propriedade Intelectual.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009; p. 40. Tanto assim é que Cláudio R. Barbosa, ao comentar a obra de Gama Cerqueira, afirma que este autor, “[p]ragmático, afirmava que a propriedade intelectual seria um conglomerado de institutos reunidos segundo critério estritamente prático. Classificados por sua intangibilidade, não houve a preocupação de identificar princípios únicos que permitissem a unificação científica e conceitual dos mesmos, o que pode ser explicado pelo reduzido desenvolvimento industrial nacional e pela limitada penetração e comercialização dos ‘produtos culturais’ na sociedade brasileira, pois os bens protegidos pelo direito autoral, salvo algumas exceções, não eram vistos como ‘produtos comerciais’”. BARBOSA, Cláudio R. **Propriedade Intelectual.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009; p. 41.

⁵⁵ Ver, entre outros, CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial – Vol. I.** Cit., e pelo menos no que diz respeito aos direitos autorais, CHAVES, Antônio. **Direito de Autor – Princípios Fundamentais.** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1987.

especialmente a propriedade material. No item 1.2, discutiremos sua natureza jurídica a partir de análise mais detalhada dos bens que a integram.

É certo que entre a propriedade intelectual e os demais tipos de propriedade existem diversas interseções. Desde logo, podemos citar que toda propriedade confere ao seu titular um direito absoluto, exercido *erga omnes*, característica que também se verifica nos bens protegidos pela propriedade intelectual.

As faculdades conferidas ao proprietário abrangem os direitos de usar, gozar e dispor da coisa, além de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha⁵⁶. São essas as mesmas faculdades conferidas ao titular dos direitos sobre qualquer dos bens protegidos pela propriedade intelectual, ainda que pela natureza da coisa seu exercício se dê de maneira peculiar⁵⁷. O autor de uma música ou o titular de uma patente de invenção, por exemplo, poderão sempre se valer do bem intelectual como melhor julgarem (usando a coisa, bem como dela gozando ou dispondo), especialmente no que concerne a seu aproveitamento econômico.

Finalmente, apontamos como um terceiro ponto de contato entre a propriedade intelectual e as demais propriedades o fato de o direito incidir sobre um bem determinado⁵⁸. Ocorre que o bem protegido pela propriedade intelectual é imaterial, intangível, impalpável, e daí começam a decorrer as principais divergências quando se compara a propriedade intelectual às demais propriedades.

De fato, é justamente a imaterialidade que leva a apontar a *primeira* das principais diferenças entre a proteção conferidas aos bens que compõem a propriedade intelectual dos

⁵⁶ CCB, art. 1.228.

⁵⁷ Assim, “dispor” da obra imaterial terá uma conotação peculiar, que não poderá ser confundida com a possibilidade de se “dispor” de um automóvel ou de um terreno. Da mesma forma devemos entender, por exemplo, o direito de “reaver” a coisa de quem injustamente a possua, que somente fará sentido se observadas as características das obras intelectuais.

⁵⁸ Segundo José de Oliveira Ascensão, “[o] direito real tem por objeto uma coisa; o direito de crédito tem por objeto uma prestação. Mas enquanto o direito real recai sobre a coisa, o direito de crédito é um direito à prestação, como entidade abstrata, mas que toda a estrutura do crédito visa efetivamente a assegurar. Pois também o direito de autor tem por objeto a obra, mas não é correto dizer que recai sobre esta, a não ser como imagem; não é o que corresponde ao regime jurídico”. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2ª ed. Rio de Janeiro:Renovar, 1997; p. 609. A construção do civilista português faz sentido uma vez que o Código Civil de Portugal prevê, em seu artigo 1302, que “só as coisas corpóreas, móveis ou imóveis, podem ser objecto do direito de propriedade regulado neste código”. Em nosso sistema jurídico, entretanto, a propriedade pode ser exercida sobre coisa (que teria um significado atrelado a bens corpóreos) ou sobre bens em sentido estrito, conforme prega Caio Mário da Silva Pereira, ao analisar o que considera “bem”: “*Bem* é tudo que nos agrada: o dinheiro é um bem, como o é a casa, a herança de um parente, a faculdade de exigir uma prestação; *bem* é ainda a alegria de viver o espetáculo de um pôr-do-sol, um trecho musical; *bem* é o nome do indivíduo, sua qualidade de filho, o direito à sua integridade física e moral. Se todos são bens, nem todos são *bens jurídicos*. (...) Em sentido estrito, porém, o objeto da relação jurídica, o bem jurídico, pode e deve, por sua vez, suportar uma distinção, que separa os *bens* propriamente ditos das *coisas*. Os bens, especificamente considerados, distinguem-se das coisas, em razão da materialidade destas: as coisas são materiais, ou concretas, enquanto que se reserva para designar os imateriais ou abstratos o nome *bens*, em sentido estrito” (*grifos no original*). PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Vol. I**. 22ª ed. Atualização: Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008; pp. 400-401.

demais bens⁵⁹. Os bens intelectuais são não-rivais, o que não ocorre com os outros bens. Significa dizer, de modo simplificado, que um bem protegido nos termos da propriedade intelectual pode ser usado por mais de uma pessoa ao mesmo tempo, com fins diversos, o que é impossível quando qualquer outro bem (material, tangível) é considerado⁶⁰.

Imagine-se, por exemplo, o uso de um texto ou de uma música. Diversas pessoas, em localidades diferentes, podem usar a mesma obra (trata-se aqui da concepção intelectual e não do suporte onde ela se insere, ou seja, o texto e não o livro; a música, não o CD) ao mesmo tempo, já que o uso por uma pessoa não rivaliza com o uso da mesma obra pelas demais.

Por outro lado, o uso de um bem material – um automóvel, por exemplo – não se dá nas mesmas condições. Como é óbvio, duas pessoas não podem usar o mesmo carro, ao mesmo tempo, com finalidades diversas.

Essa não-rivalidade no uso dos bens protegidos pela propriedade intelectual acarreta o que se convencionou chamar de “falha de mercado”. Como afirma James Boyle, “quando as coisas são fáceis de serem copiadas e difíceis de excluir terceiros, nós estamos diante de um potencial colapso do mercado”⁶¹.

A escassez dos bens materiais garante que apenas parte da sociedade (aqueles que têm interesse em determinado bem e podem por ele pagar) terão acesso a suas reproduções controladas e que, em virtude desse controle, mantêm em regra um valor de mercado mais ou menos constante.

Os bens protegidos pela propriedade intelectual têm como característica o fato de poderem (em termos práticos) ser copiados. Se pensarmos no momento atual, então, percebemos quão facilmente são feitas cópias (muitas vezes perfeitas) de obras protegidas por direito autoral,

⁵⁹ As diferenças indicadas têm como base o *direito autoral*, embora possam, em alguns casos, ser aplicadas a outros ramos da propriedade intelectual. Como veremos adiante, os bens sujeitos ao regime da propriedade intelectual gozam de características distintas entre si, o que acaba por ter como consequência efeitos jurídicos diversos.

⁶⁰ Ao apontar a distinção entre a propriedade sobre bens materiais e a alegada propriedade sobre bens imateriais, Pugliatti alerta: “[a] lei pode estabelecer o direito exclusivo de alguém a um dado nome: este direito significa nada mais nada menos do que a faculdade de o titular de proibir a qualquer outro que use aquele nome; no entanto, não é impossível que outros o portem, mesmo sem retirá-lo dele; aliás, é impossível que o retire, dele, o que é exatamente o inverso do que acontece com as propriedades físicas, onde a usurpação total da coisa não pode ocorrer senão mediante a expropriação do proprietário: é uma lei física da matéria, que exige não apenas uma regra da lei antiga como a que *duorum in solidum dominium vel possessio esse non potest*”. Tradução livre do autor. No original, lê-se que “[l]a legge può ben sancire il diritto esclusivo di alcuno ad un dato nome: questo diritto significa nè più nè meno che la facoltà del titolare di proibire a chiunque altro di portare quel nome; in linea di fatto però non è impossibile che altri lo porti, pur non togliendolo a lui; anzi è impossibile che altri glielo tolga; il che è proprio il rovescio di quello che avviene per la proprietà corporale, dove l’usurpazione totale della cosa non può avvenire che mediante spossessamento del proprietario; è una legge fisica della materia, che ciò imponem e non soltanto una regola del vecchio Diritto come quella che *duorum in solidum dominium vel possessio esse non potest*”. PUGLIATTI, Salvatore. *La Proprietà e le Proprietà*. Cit.; pp. 249-250.

⁶¹ BOYLE, James. *The Public Domain*. New Haven: Yale University Press, 2008; p. 4. Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “(...) wherever things are cheap to copy and hard to exclude others from, we have a potential collapse of the market”.

por marcas ou por patentes. Por isso, o mercado, isoladamente, não seria capaz de regular o preço dos bens intelectuais disponíveis. Assim que uma obra intelectual fosse lançada no mercado, seria razoavelmente fácil obter uma cópia não autorizada, o que teoricamente poderia reverter em prejuízo ao titular do direito.

No dizer de Denis Borges Barbosa, “se um agente do mercado investe num desenvolvimento de uma certa tecnologia, e esta, por suas características, importa em alto custo de desenvolvimento e facilidade de cópia, o mercado é insuficiente para garantir que se mantenha um fluxo de investimento”⁶². Como consequência, “a apropriação pelo concorrente de uma nova solução técnica permite que este reduza as margens de retorno do primeiro investidor. Quem não investe auferir, assim, maior prêmio do que aquele que realiza os gastos com o desenvolvimento da tecnologia”⁶³.

Daí a necessidade de o Estado intervir para suprir a “falha de mercado” por meio da criação de leis de proteção à propriedade intelectual⁶⁴.

No entanto, o simples fato de os bens protegidos por propriedade intelectual serem imateriais não é critério suficiente, por si só, para constituir uma categoria autônoma e independente das demais propriedades. Afinal, há outros direitos imateriais que não se enquadram entre os bens protegidos pela propriedade intelectual. Como exemplo, podemos citar as quotas das sociedades de responsabilidade limitada e as ações das sociedades anônimas. Nestes casos, tratam-se de bens também intangíveis, mas que não se encontram sujeitos à falha de mercado a que anteriormente nos referimos⁶⁵.

A *segunda* distinção importante entre a propriedade intelectual e as demais propriedades é que estas tendem à perpetuidade, enquanto que aquela tende a se extinguir com o tempo. A propriedade exercida sobre um imóvel ou sobre joias – ou ainda sobre bens sem qualquer valor

⁶² BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2003; p. 72.

⁶³ BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Cit.; p. 72.

⁶⁴ “Assim é que a intervenção é necessária - restringindo as forças livres da concorrência - e criando restrições *legais* a tais forças. Pois que a criação da propriedade intelectual é - completa e exclusivamente - uma elaboração da lei, que não resulta de qualquer direito imanente, anterior a tal legislação” (*grifo do autor*). BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Cit.; p. 88.

⁶⁵ Afinal, mesmo sendo bens imateriais, são bens rivais – o exercício dos direitos decorrentes de sua titularidade por parte de um sócio impede o exercício dos direitos por outro sócio. Nesse aspecto, as ações, assim como as quotas das sociedades de responsabilidade limitada, se assemelham mais aos bens materiais do que àqueles sujeitos ao regime da propriedade intelectual. José Edwaldo Tavares Borba afirma quanto à natureza das ações: “[a] ação é uma unidade do capital da empresa, dando ao seu titular o direito de participar da sociedade, como acionista. É, portanto, um título de participação. Título no sentido amplo, com cártula ou sem cártula: quem é titular de uma ação tem uma unidade do capital, um título de participação na sociedade”. Por isso é que “[a] posição do acionista perante a sociedade não é a de um credor – ainda que se considere o vocábulo credor no seu sentido mais amplo. A posição é a de um participante, com direitos e deveres. O título de crédito não impõe deveres, mas só direitos e, em certos casos, algum ônus”. BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**, 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; pp. 207-210.

comercial, mas de inestimável valor afetivo – podem (e frequentemente assim acontece) ser transmitidos de uma geração a outra, indefinidamente, pelo tempo que existir o bem material. O mesmo não acontece com os bens protegidos pela propriedade intelectual⁶⁶.

Direitos autorais, por exemplo, extinguem-se em regra 70 anos após o falecimento do autor. Já as patentes duram por 20 anos contados da data do depósito. Desenhos industriais podem vigorar pelo prazo máximo de 25 anos; programas de computador, por no máximo 50. Até mesmo as marcas podem deixar de gozar de proteção dependendo das circunstâncias. Assim é que, de modo geral, os bens intelectuais escapam aos limites da perpetuidade da propriedade. Ainda que o bem material onde a obra intelectual se encontra fixada continue a existir décadas depois de sua concepção e ainda que seu titular aufera grandes vantagens com a exploração econômica da obra, chegado o momento final do prazo de proteção legal, a obra intelectual ingressará em domínio público.

Dáí se infere uma *terceira* distinção entre a propriedade intelectual e as demais propriedades. Todas as coisas corpóreas pertencem (ou podem pertencer) a alguém. Todo objeto de propriedade pode pertencer a um particular ou ao Estado; pode pertencer a uma ou a mais pessoas. A coisa sem dono – *res nullius* – pode vir a pertencer a alguém. O mesmo se dá com a coisa abandonada – *res derelicta*. No entanto, decorrido o prazo de proteção conferido aos bens intelectuais, eles entram em domínio público e então não podem mais ser apropriados por quem quer que seja, nem pelo particular nem pelo Estado, ainda que a este incumba a sua defesa. A obra em domínio público não é – nem pode ser – propriedade de ninguém.

Por isso é que se pode afirmar que, quanto a todos os bens objeto de propriedade, existe uma potencialidade em sua apropriação, caso já não sejam de propriedade de alguém. Mas o mesmo não se dá com os bens intelectuais. Estes têm, em regra, o destino certo do domínio público. Pelo menos quanto aos direitos autorais (que são o objeto central desta tese), podemos afirmar sem erro que o domínio público é a regra, o fim a que se destinam de maneira inevitável, sendo a exclusividade que o autor (ou titular do direito) detém uma circunstância temporária.

Uma *quarta* distinção reside na transmissão de direitos. Todo bem objeto de propriedade pode ser transmitido, por seu titular, a terceiro. Ocorre que quando essa operação se dá com bens físicos (um automóvel, uma casa, um livro ou um animal), a transmissão do direito de

⁶⁶ Esta distinção também se presta a afastar os bens sujeitos à propriedade intelectual dos demais bens imateriais, como ações e quotas, que subsistem enquanto subsistir a sociedade empresária a que estão relacionados. A marca, entretanto, pode ser uma exceção quando comparada aos demais bens de propriedade intelectual.

propriedade põe fim a qualquer relação jurídica havida entre o proprietário anterior e o terceiro adquirente. Uma vez transferida a propriedade de determinado bem por meio de contrato de compra e venda, o vendedor fica, em regra, completamente desvinculado do bem objeto do contrato.

O mesmo não se pode dizer quanto à cessão⁶⁷ de determinados bens protegidos pela propriedade intelectual. Embora a regra não valha para todos os bens intelectuais indistintamente, em alguns casos – como nos direitos autorais –, o autor da obra gozará da prerrogativa de ter sempre seu nome vinculado à obra, mesmo após o decurso do prazo de proteção. Há, portanto, um vínculo indissolúvel entre autor e obra, independentemente da transmissão de sua titularidade.

Essa distinção, apontada eventualmente pela doutrina, não é entretanto isenta de críticas. Afinal, pelo menos no aspecto patrimonial, que alegadamente se reveste da natureza dos direitos reais, a transmissão se faz de modo absoluto. A propriedade se transmite e encerram-se os laços entre autor e obra. O vínculo remanescente decorre dos direitos morais, que não têm, certamente, natureza patrimonial.

Por isso, é possível afirmar que, ao menos no que diz respeito aos direitos autorais, existe um vínculo perene entre o titular originário e o objeto da cessão, e que esse vínculo não encontra paralelo na propriedade de bens materiais. Não seria portanto uma distinção intrínseca aos aspectos patrimoniais do direito, mas sim relativa aos direitos morais que à obra estão vinculados.

Como é possível ver, são muitas as diferenças entre a propriedade intelectual e os demais tipos de propriedade. Daí a pergunta: até onde é possível nos afastarmos de um determinado instituto jurídico sem descaracterizá-lo? Será que diante de tantas diferenças, é de propriedade que estamos tratando quando analisamos os bens intelectuais?

Tais indagações não têm resposta fácil. Assim como não é possível submeter todos os tipos de propriedade à mesma disciplina jurídica, entendemos que não dá para tratar também a propriedade intelectual como algo composto de diversos bens sobre os quais incidem sempre e infalivelmente as mesmas regras. É bem verdade que cada um dos bens que compõem a propriedade intelectual contém suas características próprias e as regras que regulam uns não necessariamente regulam os demais.

⁶⁷ Diz-se que a propriedade dos bens materiais se transfere pela tradição ou pelo registro, dependendo do tipo de bem. Já a titularidade dos bens imateriais se transfere por meio da celebração de contrato de cessão.

Nesse sentido, Pugliatti afirma que “[n]as relações materiais se modelam os institutos da propriedade e da posse, consideradas nas suas relações mútuas, ou como institutos autônomos. Se se prescindir desta relação, e se deve necessariamente prescindir quando se supõe a imaterialidade do objeto, não se pode mais falar de propriedade, a não ser por via de analogias e generalizações indevidas”⁶⁸. E acrescenta: “a propriedade dos bens imateriais constitui uma generalização verbal com a qual se designam diversas formas específicas de tutela que têm como base interesses particulares. Se trata, portanto, de direitos de vários conteúdos, relativos aos interesses que apresentam apenas analogias genéricas, e não se enquadram em um esquema único”⁶⁹.

De fato, direitos autorais, marcas e patentes, para ficarmos apenas com as categorias mais relevantes, têm características diversas, sobre eles recaem regras diversas e são tratados de modo distinto pela legislação, apesar de estarem todos abrangidos pela grande classe da propriedade intelectual. Haveria de fato uma unidade estrutural jurídica a abranger todos esses direitos?

Para compreendermos melhor a natureza jurídica da propriedade intelectual e de cada um dos bens que a compõem, bem como as consequências de tal classificação, é indispensável uma análise aprofundada de referidos institutos, o que faremos no item a seguir.

1.2 Propriedade Intelectual

1.2.1 Propriedade industrial

Já vimos que a propriedade intelectual carrega em si uma série de características que a distinguem das demais propriedades. Ocorre que, na verdade, a propriedade intelectual é um conceito amplo que serve para abarcar uma série de bens intangíveis que, por sua vez, também contam com peculiaridades e se distinguem uns dos outros de maneira significativa.

Por isso, façamos aqui uma analogia. A partir da ideia das múltiplas feições da propriedade apresentada anteriormente, cremos ser importante analisar cada um dos institutos da

⁶⁸ Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “[s]ulla relazione materiale si modellano gli istituti della proprietà e del possesso, considerati nei loro rapporti reciproci, o come istituti autonomi. Se si prescinde da codesta relazione, e se ne deve necessariamente prescindere quando si ipotizza l’immaterialità dell’oggetto, non si può più parlare di proprietà se non per via di traslati e di indebite generalizzazioni”. PUGLIATTI, Salvatore. *La Proprietà e le Proprietà*. Cit.; p. 250.

⁶⁹ Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “proprietà dei beni immateriali costituisce una generalizzazione verbale colla quale si designano diverse forme specifiche di tutela che hanno come basi particolari interessi. Si trata, perciò, di diritti di vario contenuto, relativi ad interessi che presentano soltanto generiche analogie, e non si inquadrano in uno schema unico”. PUGLIATTI, Salvatore. *La Proprietà e le Proprietà*. Cit.; p. 251.

propriedade intelectual tendo em vista tal perspectiva. Afinal, assim como não é mais possível compreendermos a propriedade como uma categoria única, cujas regras se espriam indistintamente por todas as várias propriedades, não é porque um determinado grupo de bens se qualifica como pertencentes à categoria da propriedade intelectual que partilham eles a mesma disciplina jurídica.

Ainda que parte da doutrina insista – a nosso ver de maneira equivocada – em afirmar que “não há grandes divergências quanto à aceitação de que a proteção aos bens intelectuais tem natureza jurídica de propriedade, ainda que tal propriedade tenha limitações especiais”⁷⁰, acreditamos que uma análise mais precisa faz-se necessária.

Para tanto, é indispensável indicarmos os bens protegidos por propriedade intelectual, tomando-se por referência inicial a distinção anteriormente apontada entre direitos autorais e propriedade industrial. Começamos, entretanto, por uma semelhança: ambas as categorias gozam de proteção constitucional.

Os direitos autorais são mencionados nos termos do art. 5º, XXVII e XXVIII, da CF/88, conforme segue:

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;

Já a proteção aos bens regulados pela propriedade industrial encontra-se prevista nos seguintes termos da CF/88, em seu art. 5º:

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

Apesar de a CF/88 fazer referência apenas aos direitos autorais e a determinadas categorias de propriedade industrial (inventos industriais e marcas), entende-se que a abrangência da propriedade intelectual é mais ampla do que a referida no texto acima. Para o Acordo

⁷⁰ BARBOSA, Cláudio R. **Propriedade Intelectual**. Cit., p. 48.

TRIPS⁷¹, por exemplo, o termo “propriedade intelectual” abrange as seguintes categorias: (i) direito do autor e direitos conexos; (ii) marcas; (iii) indicações geográficas; (iv) desenhos industriais; (v) patentes; (vi) topografias de circuitos integrados e (vii) proteção de informação confidencial⁷². Em razão da importância mundial deste tratado, vamos nos ater a estas categorias para analisarmos os bens protegidos pela propriedade intelectual⁷³.

Apesar dos vários institutos jurídicos que são conjuntamente classificados como propriedade intelectual, seria possível encontrar elementos comuns a todos? A partir da obra de Justin Hughes, Cláudio R. Barbosa aponta os seguintes critérios, que serviriam de princípios gerais para a proteção de bens intelectuais (além, é claro, de sua natureza imaterial^{74,75}):

- (i) a exigência de novidade absoluta ou relativa da criação;
- (ii) a corporificação da criação, a fim de que nenhuma proteção à propriedade intelectual possa ser concedida em abstrato, mas sempre em decorrência da incorporação em algum substrato concreto;
- (iii) limites à exclusividade conferida pela proteção de modo a permitir e incentivar outras criações;
- (iv) duração limitada a um período definido.

Os critérios acima de fato podem ser aplicados, de modo mais ou menos uniforme, aos diversos bens protegidos pela propriedade intelectual⁷⁶. Quanto à natureza jurídica, Cláudio R. Barbosa acaba por defender que uma característica comum a todos os direitos sujeitos à propriedade intelectual seria sua qualificação como propriedade⁷⁷. Afirma que “tem prevalecido a

⁷¹ Acordo internacional que dispõe sobre propriedade intelectual no âmbito da OMC – Organização Mundial do Comércio, TRIPS significa *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*. Em Português, “Acordo sobre Aspectos de Direito de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio”. Seu texto foi incorporado a nosso ordenamento jurídico por meio do Decreto nº 1.355 de 30 de dezembro de 1994.

⁷² **Item 2 [do TRIPS]**: Para os fins deste Acordo, o termo “propriedade intelectual” refere -se a todas as categorias de propriedade intelectual que são objeto das Seções 1 a 7 da Parte II. São, portanto, aquelas que são apontadas acima e numeradas de (i) a (vii).

⁷³ Naturalmente, outras categorias podem ser propostas. Cláudio R. Barbosa, por exemplo, apresenta classificação diversa, a partir de uma compreensão contemporânea dos direitos de propriedade intelectual. O autor sugere uma divisão em quatro grandes grupos, a saber: (i) sinais distintivos (marcas e indicação geográfica); (ii) criações industriais (patentes, modelos de utilidade, segredos empresariais e desenho industrial); (iii) propriedade literária e artística (programas de computador, direito de autor e direitos conexos e bases de dados) e (iv) proteção *sui generis* (conhecimentos tradicionais, direito de criadores e circuitos integrados). BARBOSA, Cláudio R. **Propriedade Intelectual**. Cit.; p. 59.

⁷⁴ Conforme apontado anteriormente, a imaterialidade por si só não basta como conceito unificador – ainda que seja o primeiro passo em busca de uma unidade conceitual – porque há outros bens imateriais que nem por isso se enquadram nas categorias da propriedade intelectual, tais como as quotas e as ações, no direito societário.

⁷⁵ BARBOSA, Cláudio R. **Propriedade Intelectual**. Cit.; p. 42.

⁷⁶ Algumas exceções são notáveis, todavia. As marcas podem gozar de proteção perpétua no caso de seus registros serem prorrogados indefinidamente; as informações confidenciais não ingressam em domínio público a menos que percam seu caráter de confidencialidade; e o direito autoral – no ordenamento jurídico brasileiro, ao menos – não depende da fixação da obra em qualquer suporte, bastando sua exteriorização.

⁷⁷ BARBOSA, Cláudio R. **Propriedade Intelectual**. Cit.; p. 46.

orientação doutrinária com o respaldo normativo e jurisprudencial de que a propriedade intelectual é propriedade de natureza especial. A natureza jurídica é equiparada à propriedade, mas obedece a parâmetros normativos próprios”⁷⁸.

Não nos parece, contudo, que a generalização seja incontroversa. Como será devidamente esclarecido, entendemos que tais bens, por mais paradoxal que possa parecer diante da nomenclatura que os une, não estão todos sujeitos ao direito de propriedade⁷⁹.

João da Gama Cerqueira, em obra clássica e minuciosa, afirma haver, de um lado, a teoria da propriedade e, de outro, as diversas teorias que pretendem substituí-la⁸⁰. O autor aponta as correntes que encaram os direitos de propriedade intelectual como privilégios de criação legal ou como reconhecimento de caráter subjetivo. Entre as primeiras situam-se as teorias (i) do privilégio, (ii) do monopólio (ainda sob o aspecto da primeira) e (iii) do contrato. Já entre as segundas, as teorias (i) dos direitos patrimoniais, (ii) dos direitos pessoais, (iii) mista (de natureza patrimonial-pessoal)⁸¹.

Robert Sherwood, partilhando a orientação majoritária da doutrina, defende que os bens intelectuais são protegidos enquanto propriedade⁸². Chega a afirmar que “o termo ‘direitos de propriedade intelectual’ é redundante”. Afinal, o conceito de direito estaria implícito em qualquer noção de propriedade⁸³.

⁷⁸ BARBOSA, Cláudio R. **Propriedade Intelectual**. Cit.; p. 46. No mesmo sentido, Elizabeth Kasznar Fekete: “[a] natureza jurídica dos direitos industriais é hoje pacífica na maioria dos países, bem como no Direito brasileiro, como configurando um direito de propriedade. Entre nós, qualifica-se o *jus* sobre os bens de propriedade industrial como patrimonial, de caráter real, *erga omnes*, constituindo propriedade temporária e resolúvel, cujo objeto é imaterial, indivisível, considerado pela lei como bem móvel (art. 5º da LPI), integrante do estabelecimento”. FEKETE, Elizabeth Kasznar. **O Regime Jurídico do Segredo de Indústria e Comércio no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2003; p. 130.

⁷⁹ Alguns dos diversos tribunais constitucionais do mundo tiveram julgados a respeito da propriedade intelectual selecionados e publicados na obra “**A Propriedade Intelectual na Construção dos Tribunais Constitucionais**”. Como é possível verificar a partir da análise das decisões transcritas, há decisões no sentido de atribuir a bens de propriedade intelectual a proteção conferida à propriedade tanto quanto proteção a partir de outras concepções, notadamente o monopólio, de modo que cercar todos os bens intelectuais na moldura da propriedade não nos parece adequado. BARBOSA, Denis Borges; BARBOSA, Ana Beatriz e GRAU-KUNTZ, Karin. **A Propriedade Intelectual na Construção dos Tribunais Constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁸⁰ CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial – Vol. I**. Cit.; pp. 97-149.

⁸¹ Não desejamos minudenciar cada uma dessas teorias porque seria excedente aos limites e às intenções deste trabalho. Na medida do que se nos apresente necessário, referidas teses serão apresentadas apenas com o fim de esclarecer o que julgamos útil: em última análise, apontar a natureza jurídica do direito autoral.

⁸² “É um tanto curioso que os conceitos de propriedade sejam atribuídos mais facilmente a coisas tangíveis que a coisas intangíveis. Se uma pessoa furta minha caneta ou minha bicicleta, surge uma sensação geral de violação em quase todas as culturas. Se uma pessoa rouba meu projeto para uma caneta ou uma bicicleta, o instinto de condenação já não é tão forte. No entanto, a utilidade comercial do intangível pode ser muito grande. A caneta é uma quantidade fixa de um; o projeto da caneta, embora um só, paira como uma possibilidade impalpável de fabricação de muitas canetas. O estudo da economia na última década vem esclarecendo o valor bastante considerável do conhecimento como tal, distinguindo-o dos bens que resultam deste conhecimento”. SHERWOOD, Robert M. **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico**. São Paulo: ed. da Universidade de São Paulo (EDUSP), 1992; p. 23. O autor aparentemente não está levando em conta diversas das distinções anteriormente indicadas, como a não-rivalidade dos bens intelectuais e seu prazo de proteção limitado.

⁸³ SHERWOOD, Robert M. **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico**. Cit.; p. 22.

Por outro lado, há doutrinadores que apontam aos bens intelectuais, de maneira geral, natureza jurídica diversa. Denis Borges Barbosa, por exemplo, defende que tais bens estariam sujeitos, de fato, a um monopólio legal⁸⁴. Vale transcrever algumas de suas palavras nesse sentido⁸⁵:

É de notar-se que, não obstante a expressão ‘propriedade’ ter passado a designar direitos nos tratados pertinentes e em todas as legislações nacionais, boa parte da doutrina econômica a eles se refira como ‘monopólios’.

Tal se dá, provavelmente, porque o titular da patente, ou da marca, tem *uma espécie de monopólio* do uso de sua tecnologia ou de seu signo comercial, que difere do monopólio *stricto sensu* pelo fato de ser apenas a exclusividade legal de uma oportunidade de mercado (do uso da tecnologia etc.) e não – como no monopólio autêntico – uma exclusividade de mercado. Exclusividade a que muito freqüentemente se dá o nome de propriedade, embora preferamos usar as expressões descritivas “monopólio instrumental” ou “direitos de exclusiva”.

Adiante, o mesmo autor afirma⁸⁶:

Mas exclusividade passa a haver – se o Direito o quis em geral e reconheceu no criador os pressupostos de aquisição do benefício. Há mesmo assim um monopólio, num certo sentido. Mas é necessário entender que nos direitos de Propriedade Intelectual – na patente, por exemplo – o monopólio é instrumental: a exclusividade recai sobre um meio de se explorar o mercado, sem evitar que, por outras soluções técnicas diversas, terceiros explorem a mesma oportunidade de mercado. Numa observação de Foyer e Vivant, há monopólio jurídico, mas não monopólio econômico.

Pierre-Yves Gautier é da mesma opinião, expressa de maneira indubitável: “o direito patrimonial é basicamente um monopólio de exploração, conferido provisoriamente para a sociedade ao autor que a ele faz jus, na tradição dos privilégios do antigo direito”⁸⁷.

José de Oliveira Ascensão, por seu turno, afirma, também de modo categórico que “[o]s bens intelectuais não são objeto de propriedade, mas de direitos de exclusivo, de natureza diferente. Nenhum dos preceitos aplicáveis à propriedade, que não sejam resultantes de características comuns a todos os direitos absolutos, se aplica aos direitos intelectuais”⁸⁸.

⁸⁴ Segundo José dos Santos Carvalho Filho, “[m]onopólio significa a exploração exclusiva de um negócio, em decorrência da concessão de um privilégio” (*grifo do autor*). CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo** – 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; p. 723. A vantagem do monopólio é evidente, uma vez que permite aquele que goza de tal situação “auferir lucros superiores aos que obteriam em um mercado em concorrência, através da redução da oferta e do aumento de preços”. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Direito da Concorrência e Obrigação de Contratar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009; p. 22.

⁸⁵ *Grifos do autor*. BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Cit.; p. 16.

⁸⁶ BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Cit.; p. 26.

⁸⁷ Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “[l]e droit pécuniaire est tout d’abord un monopole d’exploitation, conféré provisoirement par la société à l’auteur méritant, dans la tradition des privilèges de l’Ancien droit”. GAUTIER, Pierre-Yves. **Priopriété Littéraire et Artistique**. Paris: Presses Universitaires de France, 2003; p. 31.

⁸⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Reais**. Cit.; p. 39. O autor não faz distinção entre os direitos de exclusiva e o monopólio, embora expressamente afaste a classificação de direitos intelectuais como propriedade: “[o]s direitos intelectuais são

Como se percebe, a doutrina diverge acerca da natureza jurídica dos bens intelectuais. Alguns autores, inclusive, lidam com ambas as possibilidades – podem os bens intelectuais ser ou não ser objeto de propriedade, já que de certa maneira a disputa parece mesmo insuperável. O professor espanhol Luis Felipe Rangel Sánchez, por exemplo, afirma que “a propriedade intelectual não é realmente uma propriedade porque seu objeto não é uma coisa externa, mas o que surge da mente e das qualidades pessoais do criador”. Por outro lado, pondera, que “se se impusesse a tendência contrária e a chamada propriedade intelectual fosse uma verdadeira propriedade, seria sempre uma propriedade especial, porque seu objeto são os bens imateriais em sentido próprio, os bens que não são tangíveis, que apenas se apreciam através do espírito”⁸⁹.

Ainda assim, conforme anteriormente apontado, as classes de bens intelectuais são distintas umas das outras, e embora carreguem em si pontos de contato, não nos parece possível tratar todas de maneira idêntica sendo suas peculiaridades tão relevantes.

Dividimos este item em dois tópicos. No primeiro, cuidaremos dos bens protegidos como propriedade industrial. No tópico seguinte, trataremos dos direitos autorais.

Nosso objetivo essencial é discutir, a respeito de cada um dos bens acima apontados, se são de fato objeto de propriedade e em que medida, uma vez esgotado seu prazo de proteção, compõem o domínio público.

(i) Marcas

Além da proteção explicitamente constitucional, as marcas são ainda protegidas nos termos da LPI, de acordo com previsão de seu art. 2º⁹⁰.

Serão suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos que sejam visualmente perceptíveis⁹¹ desde que não compreendidos nas proibições legais⁹². Sua função se dá sobretudo

essencialmente direitos de exclusivo ou de monopólio. Reservam aos titulares a exclusividade na exploração, ao abrigo da concorrência. São frequentemente qualificados como direitos de propriedade, particularmente nas modalidades de propriedade literária ou artística e propriedade industrial. Mas a qualificação nasceu no final do século 18 e continua a existir com clara função ideológica, para cobrir a nudez crua do monopólio sob o manto venerável da propriedade”. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade*. **Revista da ABPI**, nº 59; p. 40.

⁸⁹ Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “[l]a propiedad no es realmente una propiedad porque su objeto no es una cosa externa, sino que surge de la mente y de las cualidades personales del creador”. E mais adiante: “si se impusiera la tendencia contraria y la llamada propiedad intelectual fuera una verdadera propiedad, sería siempre una propiedad especial, porque su objeto son los bienes inmateriales en sentido propio, los bienes que no son tangibles, que sólo se aprecian a través del espíritu”. RANGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. *La Propiedad Intelectual como Propiedad Temporal. La Duración de la Propiedad Intelectual y las Obras en Dominio Público*. Coord.; Carlos Rogel Vide. Madri: Réus, 2005; pp. 19-20.

⁹⁰ **Art. 2º**: A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante: **I** - concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade; **II** - concessão de registro de desenho industrial; **III** - concessão de registro de marca; **IV** - repressão às falsas indicações geográficas; e **V** - repressão à concorrência desleal.

em um plano comercial: “do ponto de vista público, na defesa do consumidor e evitando confusão; e do ponto de vista privado, auxiliando o titular no combate à concorrência desleal”⁹³.

Ao contrário dos direitos autorais, que têm proteção imediata (independem de registro), o direito sobre a marca adquire-se pelo registro validamente expedido⁹⁴. Perceba-se que, seguindo o disposto na CF/88, a LPI faz menção expressa à “propriedade” das marcas.

Uma vez expedido o registro, seu titular gozará de seu direito pelo prazo de 10 anos, sempre prorrogável por períodos iguais e sucessivos⁹⁵, de modo que é possível conceber registro de marca teoricamente perpétuo.

Assim é que a marca é o bem de propriedade intelectual que mais se assemelha, de fato, a uma verdadeira propriedade. Afinal, com a possibilidade de prorrogação indefinida dos prazos de proteção, é possível se cogitar de propriedade de marcas que tendem à perpetuidade, como ocorre em regra com os bens materiais sujeitos à propriedade. Não parece ser outra a conclusão a que chega Denis Borges Barbosa ao afirmar⁹⁶:

[A] propriedade é, no dizer do CC 2002, a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. Assim, será o direito *exclusivo* de usar a marca, de tirar dela os frutos, inclusive mediante licenciamento, é direito de alienar o título, e de defendê-lo contra quem o violar.

Não será por outra razão que a lei 9.279/96 menciona, em seu art. 129, o *uso exclusivo* – o *usus* da propriedade clássica – em todo o território nacional. O art. 130 menciona ainda as faculdades de ceder seu registro ou pedido de registro (*abusus*); de licenciar seu uso (*fructus*); e de zelar pela sua integridade material ou reputação (*jus persequendi*).

Ainda arremata o autor mencionando que “[p]ropriedade segundo a Carta e segundo a lei ordinária, pelo menos o direito sobre as marcas parece dever classificar-se como tal. Ou melhor: as marcas serão tratadas segundo idêntico paradigma, o que, para a prática do Direito, equivale-se a fazer um só o regime jurídico”⁹⁷. Além disso, diferentemente do que acontece com o direito autoral e com as patentes, cujo argumento de proteção enquanto propriedade decorre da expressão da obra ou da invenção como o resultado do esforço intelectual do autor ou inventor, a

⁹¹ “Em lugar de, exemplificativamente, relacionar os sinais passíveis de registro, o legislador, amplamente, manda que se protejam todos aqueles que a lei não proíba, desde que visualmente perceptíveis. Com essa condicionante, a lei proíbe o registro direto de sinais acessíveis apenas a outros sentidos humanos que não a visão, não abrindo os conceitos de marcas olfativas, gustativas, sonoras e tácteis”. Dannemann, Siemsen, Bigler & Ipanema Moreira (obra coletiva). **Comentários à Lei de Propriedade Industrial e Correlatos**. Cit.; p.229.

⁹² As previstas no art. 124 da LPI.

⁹³ DI BLASI, Gabriel; GARCIA, Mario Soerensen; MENDES, Paulo Parente M. **A Propriedade Industrial**. Rio de Janeiro: Forense, 2002; p. 162.

⁹⁴ LPI, art. 129.

⁹⁵ LPI, art. 133.

⁹⁶ *Grifos no original*. BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Cit.; p. 841.

⁹⁷ BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Cit.; p. 841.

marca poderia ser considerada objeto de propriedade em razão de sua função econômica no mercado⁹⁸.

Ainda assim, a lei prevê casos em que o registro da marca se extingue. Determina o art. 142 da LPI que:

Art. 142. O registro da marca extingue-se:

I - pela expiração do prazo de vigência;

II - pela renúncia, que poderá ser total ou parcial em relação aos produtos ou serviços assinalados pela marca;

III - pela caducidade; ou

IV - pela inobservância do disposto no art. 217.

Em síntese estreita, a perda da proteção marcária se dá *(i)* porque o prazo expirou sem que o titular tivesse requerido sua renovação ou; *(ii)* porque o titular renunciou à proteção legal ou; *(iii)* porque o titular, uma vez conferido o registro, não iniciou o uso de sua marca no Brasil no prazo de 5 anos ou, pelo mesmo prazo, interrompeu seu uso⁹⁹. Em tais hipóteses, o registro da marca é extinto e a marca deixa de ser objeto de proteção pela LPI^{100 101}.

⁹⁸ BARBOSA, Denis Borges; BARBOSA, Ana Beatriz e GRAU-KUNTZ, Karin. **A Propriedade Intelectual na Construção dos Tribunais Constitucionais**. Cit.; p. 61.

⁹⁹ Quanto a esta última hipótese, assim prevê o art. 143 da LPI: **Art. 143** - Caducará o registro, a requerimento de qualquer pessoa com legítimo interesse se, decorridos 5 (cinco) anos da sua concessão, na data do requerimento: **I** - o uso da marca não tiver sido iniciado no Brasil; ou **II** - o uso da marca tiver sido interrompido por mais de 5 (cinco) anos consecutivos, ou se, no mesmo prazo, a marca tiver sido usada com modificação que implique alteração de seu caráter distintivo original, tal como constante do certificado de registro. **§ 1º** Não ocorrerá caducidade se o titular justificar o desuso da marca por razões legítimas. **§ 2º** O titular será intimado para se manifestar no prazo de 60 (sessenta) dias, cabendo-lhe o ônus de provar o uso da marca ou justificar seu desuso por razões legítimas.

Não analisamos aqui a hipótese indicada no item (iv) do art. 142 por se tratar de questão meramente burocrática, cuja consequência em nada difere dos demais casos de perda de titularidade sobre a marca. A doutrina aponta outras hipóteses, como a perda da distintividade por diluição e a cessão parcial das marcas iguais ou semelhantes, relativas a produtos ou serviço idêntico, semelhante ou afim. Quanto a esta última possibilidade, ver BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Cit.; p. 892.

¹⁰⁰ Em tal hipótese, há de se indagar: há perda de propriedade? A marca volta ao domínio público? Parece-nos que à primeira resposta não há como responder de outro modo: sim, a marca deixa de ser objeto de propriedade. Embora a doutrina brasileira seja predominantemente silente acerca do tema, na França, por exemplo, é possível haver reapropriação de marca não mais protegida, sendo esta, para os juristas, a principal distinção entre o domínio público autoral e um suposto domínio público marcário; afinal, no primeiro a reapropriação com exclusividade – como veremos no terceiro capítulo deste trabalho – não é aceitável. Afirma Stéphanie Choisy: “[a] questão é se, quando o sinal distintivo não está mais protegido devido à não renovação de depósito, cai em domínio público comparável ao que existe em direitos autorais. Tal domínio imprime, no que diz respeito aos produtos em discussão, o mesmo mecanismo que de obras literárias e artísticas? A resposta é negativa porque, ao final do período de proteção, cada um (ex-titular de direitos sobre a marca ou terceiros) tem a opção de depositar novo pedido de registro sobre a mesma marca, para o mesmo produto. Essa possibilidade é estranha aos direitos sobre criações, a queda no domínio público [neste caso] é irreversível, exceto em circunstâncias excepcionais. Assim, este princípio de reapropriação do sinal do domínio público por um direito de mesma natureza é que distingue claramente o domínio público sobre o direito de marca do domínio público sobre as criações”. Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “*Reste à savoir si, lorsqu’un signe n’est plus protégé en raison d’un défaut de renouvellement de dépôt, celui-ci tombe dans un domaine public comparable à celui que existe en droit d’auteur. Ce domaine imprime-t-il, eu égard au produit en cause, le même mécanisme que celui de la propriété littéraire et artistique? La réponse est négatif car, à l’expiration du délai, chacun (ancien titulaire de la marque ou tiers) a la faculté de déposer de nouveau le signe pour le même produit. Une telle possibilité est étrangère aux droits sur les créations, la chute dans le domaine public étant irréversible sauf circonstances exceptionnelles. C’est donc ce principe de réappropriation du signe du domaine public par un droit de même nature qui distingue clairement le domaine public du droit des marques et le domaine public des droits sur les*

(ii) Indicações Geográficas

Além das marcas, a LPI prevê um outro tipo de sinal distintivo: as indicações geográficas. Tratam-se de “nomes de lugares geográficos ou regiões conhecidas pelo atributos únicos relacionados a seus produtos e serviços”¹⁰², podendo ser de dois tipos: indicação de procedência ou denominação de origem¹⁰³.

As primeiras podem ser definidas como nome de país, cidade, região ou localidade de seu território que se tenha tornado conhecido como centro de extração, produção ou fabricação de determinado produto ou de prestação de determinado serviço¹⁰⁴. Já as segundas são o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que designe produto ou serviço cujas qualidades ou características se devam exclusivas ou essencialmente ao meio geográfico, incluindo fatores naturais e humanos¹⁰⁵.

Algumas das indicações geográficas brasileiras registradas no Brasil são Vale dos Sinos (para indicar procedência de couro acabado), Paraty (para indicar procedência de aguardentes) e Vale dos Vinhedos (para indicar procedência de vinho branco, tinto e espumante). Já entre as indicações geográficas estrangeiras aqui registradas encontram-se *San Daniele* (para denominar a origem de coxas de suínos e presunto defumado cru) e *Franciacorta* (para designar vinhos, vinhos espumantes e bebidas alcoólicas).

Os direitos conferidos ao titular de registro de indicação geográfica consistem, entre outros, em tomar medidas jurídicas contra qualquer um que venha a fabricar, importar, exportar, vender, expor ou oferecer à venda ou ter em estoque produto que apresente falsa indicação geográfica¹⁰⁶.

créations”. CHOISY, Stéphanie. *Le Domaine Public en Droit d'Auteur*. Paris: Litec, 2002; p. 165. Se assim for, reforça-se o argumento de que sobre as marcas existe verdadeiro direito de propriedade ou, ao menos, direito muito semelhante em seus efeitos.

¹⁰¹ Christian Schmitz Vaccaro entende que uma marca que tenha perdido a proteção não volta ao domínio público, nem tampouco compõem o domínio público marcário as marcas que não tenham sido ainda registradas. Argumenta o autor – a nosso ver com razão – que ambos os casos se referem a marcas que podem vir a ser registradas e portanto “privatizadas”, o que é incompatível com a ideia de domínio público. VACCARO, Christian Schmitz. *Propiedad Intelectual, Dominio Público y Equilibrio de Intereses*. *Revista Chilena de Derecho* – Vol. 36, n. 2, 2009; p. 350.

¹⁰² BARBOSA, Cláudio R. *Propriedade Intelectual*. Cit.; p. 143.

¹⁰³ LPI, art. 176.

¹⁰⁴ LPI, art. 177.

¹⁰⁵ LPI, art. 178.

¹⁰⁶ LPI, art. 192.

A LPI determina que o Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI fica encarregado de estabelecer as condições de registro das indicações geográficas¹⁰⁷, e não aponta qual seu prazo de validade. Como parece ser lógico, não faz sentido impor prazo para o fim da proteção legal se o produto ainda estiver sendo explorado comercialmente por quem detenha o direito. Afinal, fazer a indicação geográfica se submeter a qualquer prazo de validade teria como consequência, findo o prazo previsto, a confusão dos consumidores, que estariam sujeitos a indicações geográficas idênticas para designar produtos de origem distinta.

Por essa razão, deve-se entender que as indicações geográficas devem vigorar enquanto persistirem as razões pelas quais o registro foi concedido, conforme orientação do próprio INPI. Dessa forma, assim como as marcas, as indicações geográficas não ingressam em domínio público por decurso de prazo.

(iii) Desenhos Industriais

De acordo com a LPI, “considera-se desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial”¹⁰⁸.

Uma vez conferido o registro ao desenho industrial, este vigorará pelo prazo de 10 anos contados da data do depósito, podendo ser prorrogado por 3 períodos sucessivos, de 5 anos cada¹⁰⁹. Após o prazo máximo de 25 anos, portanto, a obra ingressa no domínio público.

A LPI faz referência à “propriedade do desenho industrial”¹¹⁰. No entanto, por motivos já expostos e por outros que trataremos a seguir, quando da análise de patentes, acreditamos aqui tratar-se também de direito de exclusiva – ou monopólio legal, não de propriedade.

(iv) Patentes

São objeto de patente tanto as invenções quanto os modelos de utilidade¹¹¹. Em conformidade com o art. 8º da LPI, “é patenteável a invenção que atenda aos requisitos de

¹⁰⁷ LPI, art. 182, parágrafo único.

¹⁰⁸ LPI, art. 95.

¹⁰⁹ LPI, art. 107.

¹¹⁰ Vejam-se os seguintes artigos: **Art. 94.** Ao autor será assegurado o direito de obter registro de desenho industrial que lhe confira a *propriedade*, nas condições estabelecidas nesta Lei. **Parágrafo único.** Aplicam-se ao registro de desenho industrial, no que couber, as disposições dos arts. 6º e 7º. **Art. 109.** A *propriedade* do desenho industrial adquire-se pelo registro validamente concedido. **Parágrafo único.** Aplicam-se ao registro do desenho industrial, no que couber, as disposições do art. 42 e dos incisos I, II e IV do art. 43 (*grifamos*).

novidade, atividade inventiva e aplicação industrial”. Já quanto ao modelo de utilidade, será patenteável, de acordo com o art. 9º da LPI, “o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação”.

Uma vez observados os requisitos legais para a concessão da patente¹¹², bem como os trâmites legais-administrativos perante o INPI¹¹³, a patente de invenção, se concedida, vigorará pelo prazo de 20 anos, sendo de 15 anos a vigência da patente de modelo de utilidade¹¹⁴.

A LPI prevê que a patente conferiria ao titular verdadeiro direito de propriedade. Afinal, o art. 6º da referida lei determina que “ao autor de invenção ou modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta a *propriedade*, nas condições estabelecidas nesta Lei” (*grifamos*). Apesar de a lei expressamente mencionar o direito de propriedade a que faria jus o titular da patente, tal direito também não é incontroverso.

João da Gama Cerqueira faz o seguinte alerta acerca da indicação legal de tratarem-se os bens intelectuais por propriedade¹¹⁵:

Não obstante, o simples fato de empregar a lei a expressão *propriedade* nem sempre autoriza a concluir que seja essa a natureza que atribui ao direito imaterial, não só porque a denominação pode ser usada sem intenção de definir o direito, como também porque a ciência jurídica evolui e a concepção legal hoje adotada pode, amanhã, ser tida como errônea, passando-se a considerar inexata e desapropriada a denominação da lei.

O mesmo João da Gama Cerqueira afirma, entretanto, que “[a] propriedade assegurada ao inventor compreende, em seu aspecto positivo, as faculdades de usar, gozar e dispor da invenção”¹¹⁶.

Concordamos, entretanto, com Denis Borges Barbosa, que afirma que “[u]ma patente, na sua formulação clássica, é um direito, conferido pelo Estado, que dá ao seu titular a exclusividade

¹¹¹ Invenções e modelos de utilidade são bens distintos e por isso gozam de proteção diferenciada. As primeiras vigoram por prazo mais amplo, por exemplo. “Com a nova definição dada pelo art. 9º quanto ao objeto da proteção, conforme comentado acima, e com a adoção do requisito de ato inventivo, os modelos de utilidade adquirem a conotação de pequenas invenções e não apenas criações de forma, como vinha sendo objeto de discussões na vigência da Lei n. 5.772.71 (...). Enquanto a invenção revela uma concepção original no que toca à obtenção de um novo efeito técnico, o modelo de utilidade corresponde a uma nova configuração em objetos conhecidos que resulta em melhor utilização, dotando-o de maior eficiência ou comodidade na sua utilização, não revelando, necessariamente, uma nova função”. Dannemann, Siemsen, Bigler & Ipanema Moreira (obra coletiva). **Comentários à Lei de Propriedade Industrial e Correlatos**. Cit.; p.43.

¹¹² Ver, entre outros, os arts. 10 a 18 da LPI.

¹¹³ A partir do art. 19 da LPI.

¹¹⁴ LPI, art. 40.

¹¹⁵ *Grifo do autor*. CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial – Vol. I**. Cit.; p. 90.

¹¹⁶ CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial – Vol. II, Tomo I, Parte II**. Rio de Janeiro: Forense, 1952; p. 197.

da exploração de uma tecnologia. Como contrapartida pelo acesso do público ao conhecimento dos pontos essenciais do invento, a lei dá ao titular da patente um direito limitado no tempo, no pressuposto de que é socialmente mais produtiva em tais condições a troca da exclusividade de fato (a do segredo da tecnologia) pela exclusividade temporária de direitos¹¹⁷. Não se trata portanto de propriedade, mas de exclusividade temporária.

Uma vez encerrado o prazo legal de exclusividade, a patente passa a fazer parte do domínio público¹¹⁸. Isso significa dizer que qualquer pessoa poderá explorar comercialmente a invenção ou o modelo de utilidade outrora protegido, sem que haja necessidade de pagamento de *royalties* nem celebração de qualquer tipo de contrato com o titular anterior.

No entanto, ao contrário do que se verá quando tratarmos do domínio público no direito autoral, “a relação entre o sistema patentário e o domínio público não representa grande conflito, pois a duração da proteção é significativamente menor, a proteção é bem definida, existem mecanismos que impedem o abuso na apropriação, como a licença compulsória¹¹⁹ e, especialmente, não existe vedação à utilização da patente (e suas informações publicadas) para a pesquisa”¹²⁰.

(v) Topografias de circuitos integrados

Assim é que Denis Borges Barbosa define o que vem a ser um circuito integrado: “é um aparelhinho com um circuito eletrônico completo, funcionando como transistores, resistências e suas interconexões, fabricado em uma peça de material semicondutor, como o silício, germânio ou arsenídeo de gálio, folheados em *wafers* de 8 ou 12 camadas”¹²¹. Popularmente, são conhecidos como *microchips*.

O mesmo autor aponta sua relevância ao afirmar que, “[d]escrevendo assim, parece mais um dos novos artefato tecnológicos que de vez em quando surgem e com o qual todo mundo logo acaba por se acostumar. Mas o *microchip*, por sua importância econômica e estratégica crucial,

¹¹⁷ BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Cit.; p. 335.

¹¹⁸ Para demais casos em que a patente ingressa em domínio público, ver VACCARO, Christian Schmitz. *Propiedad Intelectual, Dominio Público y Equilibrio de Intereses*. Cit.; pp. 351-352.

¹¹⁹ Sobre a concessão de licenças compulsórias e direito da concorrência, ver, entre outros, VAZ E DIAS, José Carlos. *Licença Compulsória de Patentes e o Direito Antitruste*. **Revista da ABPI**, nº 54, 2001; pp. 3 e ss.

¹²⁰ BARBOSA, Cláudio R. **Propriedade Intelectual**. Cit.; p. 103.

¹²¹ BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Cit.; p. 765.

levou à criação de uma nova modalidade de direito, diferente de tudo quanto até então existia, e que representa um importante índice da evolução futura da proteção da tecnologia”¹²².

A LPI não regulamenta a topografia de circuitos integrados como objeto de propriedade industrial. Tal proteção é conferida pela lei 11.484/2007.

De acordo com seu art. 26, I, circuito integrado significa um produto, em forma final ou intermediária, com elementos dos quais pelo menos um seja ativo e com algumas ou todas as interconexões integralmente formadas sobre uma peça de material ou em seu interior e cuja finalidade seja desempenhar uma função eletrônica.

Já a topografia de circuito integrado, nos termos do art. 26, II, é uma série de imagens relacionadas, construídas ou codificadas sob qualquer meio ou forma, que represente a configuração tridimensional das camadas que compõem um circuito integrado, e na qual cada imagem represente, no todo ou em parte, a disposição geométrica ou arranjos da superfície do circuito integrado em qualquer estágio de sua concepção ou manufatura.

A lei determina que a proteção à topografia se dará pelo prazo de 10 anos, contados da data de depósito ou de sua primeira exploração, o que tiver ocorrido primeiro¹²³. Após esse prazo, a topografia ingressa em domínio público, podendo ser reproduzida livremente por terceiros.

(vi) Proteção de informação confidencial

Além das patentes, a outra forma usual de se proteger a tecnologia é por meio do segredo¹²⁴. Para Denis Borges Barbosa, esse caminho “é sempre socialmente desaconselhável, eis

¹²² BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Cit.; p. 765. O autor aponta as origens da proteção ao circuito integrado: “[d]e 1959 até 1981, a produção de circuitos integrados era exclusividade americana; a indústria desenvolvia-se bem e não pensava em propriedade intelectual. A entrada da indústria japonesa no mercado revolucionou as perspectivas do crescimento da oferta e inverteu a liderança da comercialização: em 1986, 47% do mercado mundial eram japoneses e 39%, americanos. Alguma coisa teria que ser feita para proteger a indústria americana de tais piratas. Mas o sistema de patentes não operava adequadamente na proteção dos circuitos integrados. O novo objeto de direito não satisfazia quase nunca os requisitos mínimos de patenteabilidade como invenção. O Congresso americano concluiu que a criação de um novo circuito integrado não altera em nada o estado da arte; nele não há invenção, via de regra, mas mera rearrumação de componentes em topografia nova, sem que disto resulte qualquer efeito técnico novo. Se, em um *microship*, há alguma invenção, ela é, provavelmente, a idéia de usar silício processado em *wafers* para substituir os transistores que faziam o mesmo trabalho antes. A fabricação de cada novo circuito integrado é o resultado de atividades sem maior conteúdo tecnológico”. A seguir, conclui informando em que 1984 o Congresso americano acabou por aprovar uma proteção *sui generis* aos circuitos integrados. BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Cit.; pp. 767-768.

¹²³ Lei 11.484/2007, art. 35.

¹²⁴ Como tudo, a classificação dos segredos também pode ser bastante complexa. No capítulo inicial de sua obra “*O Regime Jurídico do Segredo de Indústria e Comércio no Direito Brasileiro*”, Elisabeth Kasznar Fekete adverte: “[a]ssim, não existe uniformidade terminológica no plano do Direito Comparado, sendo as divergências fruto também das diferenças conceituais que caracterizam os diversos sistemas. Mais adiante, mencionaremos que o TRIPS optou pela expressão ‘proteção de informação confidencial’, no lugar de ‘proteção do segredo de negócio’ ou do ‘segredo industrial e comercial’, e esclareceremos as razões da escolha. Caber-nos-á, portanto, distinguir melhor os termos por meio do estudo dos conceitos pertinentes, em capítulo próprio, no qual procuraremos analisar o significado de cada uma das seguintes expressões: segredo (na acepção comum), informações

que dificulta o desenvolvimento tecnológico da sociedade”¹²⁵. Além disso, aduz o autor, “conservar o sigilo é arriscado do ponto de vista da empresa, senão de todo impossível”¹²⁶.

No sistema de patentes, o autor da invenção ou do modelo de utilidade “negocia” com o Estado nos seguintes termos: demonstra como fazer seu bem cuja patente objetiva (o que futuramente reverterá em favor da sociedade quando a patente entrar em domínio público) em troca de um período de exclusividade em sua exploração econômica. Essa exclusividade legal, conforme vimos, é garantida legalmente.

No caso do segredo, entretanto, seu titular não opera na base da *negociação*. Quer porque não seja seu interesse, quer porque não possa (no caso de se tratar de informação não sujeita a patente, por exemplo). A vantagem de, ainda que o pedido de patente seja viável, não fazê-lo, é poder gozar de proteção por tempo mais extenso, já que o segredo – desde que mantido o sigilo – não se tornará informação de conhecimento comum.

A desvantagem, entretanto, é evidente. Afinal, não havendo o monopólio de exploração do segredo garantido legalmente, é legítimo a qualquer terceiro que tenha acesso ao segredo licitamente passar a valer-se dele também.

Assim é que dessa maneira “manifestou-se o Tribunal de Justiça de São Paulo ao condenar um funcionário que se apropriou de uma lista com informações de vários clientes, ato considerado de concorrência desleal e, também, de infração ao segredo empresarial. Não existe questionamento, contudo, sobre dados obtidos de forma comprovadamente independentes, pois o segredo empresarial não atribui uma propriedade aos dados, mas um acesso exclusivo de seu titular”¹²⁷.

Também quanto ao segredo, inúmeras são as teorias para lhes atribuir natureza jurídica própria¹²⁸. Depois de analisar algumas das diversas teorias, Elizabeth Kasznar Fekete opta por

confidenciais, segredo industrial, segredo comercial, segredo de negócio, *trade secret*, *know-how*, *savoir-faire* e tecnologia”. FEKETE, Elizabeth Kasznar. **O Regime Jurídico do Segredo de Indústria e Comércio no Direito Brasileiro**. Cit.; p. 20. Apesar da importância das classificações, não traçaremos qualquer distinção aqui. Para o objeto desta obra, basta considerarmos as informações sigilosas como um único grupo, uma vez que acreditamos que os mesmos efeitos se abatem sobre todas (independentemente de sua classificação) quando analisadas sob a ótica de sua natureza jurídica.

¹²⁵ BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Cit.; p. 336.

¹²⁶ BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Cit.; p. 336.

¹²⁷ BARBOSA, Cláudio R. **Propriedade Intelectual**. Cit.; p. 96.

¹²⁸ Elizabeth Kasznar Fekete aponta pelo menos dez: (i) existência de um direito de propriedade, (ii) quase-propriedade, (iii) concorrência desleal, (iv) violação de confiança, (v) posse pessoal anterior, (vi) direitos da personalidade, (vii) direito autoral, (viii) bens imateriais, (ix) existência de direito de posse e (x) quase-contrato. FEKETE, Elizabeth Kasznar. **O Regime Jurídico do Segredo de Indústria e Comércio no Direito Brasileiro**. Cit.; pp. 143 e ss.

considerar o segredo como bem protegido pelo instituto da posse, com os seguintes argumentos¹²⁹:

[D]efendemos a caracterização jurídica do segredo de negócio como constituindo um direito de posse. Nossos civilistas bem demonstram que a posse “é o campo onde os temas andam mais controvertidos; tudo, em termos de posse, é debatido, negado, reafirmado”. Pelo menos, chegou-se ao consenso de que, “sem embargo dos diferentes entendimentos, em todas as escolas está sempre em foco a idéia de uma situação de fato, em que uma pessoa, independentemente de ser ou não proprietária, exerce sobre uma coisa poderes ostensivos, conservando-a e defendendo-a.

A seguir, conclui afirmando que o “exercício de ‘controle’ certamente não tem a abrangência do direito de propriedade, nem proporciona a noção de emanar de um direito de personalidade, mas não podemos deixar de observar tratar-se de relação jurídica mais próxima dos direitos reais, evocando um conceito que poderia tender a avizinhar-se da posse, dada a origem etimológica desta, de ‘ter algo em seu poder’”¹³⁰.

Qualquer que seja a teoria adotada, é certo que uma vez revelado ou descoberto de maneira independente, o objeto do segredo (que não mais poderá ser assim denominado) passará a compor o domínio público.

1.2.2 Direitos autorais

De acordo com o art. 1º da LDA, esta regula os direitos autorais, entendendo-se pela expressão os direitos de autor e os que lhe são conexos¹³¹. Os direitos autorais seriam, portanto, gênero, do qual os direitos de autor e os direitos conexos seriam espécies. Os direitos de autor são, assim, aqueles conferidos ao criador da obra literária, artística ou científica. Já os direitos conexos são os detidos pelos artistas intérpretes ou executantes, produtores fonográficos ou empresas de radiodifusão, aos quais são conferidos os mesmos direitos atribuídos aos autores, no que couber^{132 133}.

¹²⁹ FEKETE, Elizabeth Kasznar. **O Regime Jurídico do Segredo de Indústria e Comércio no Direito Brasileiro**. Cit.; p. 172.

¹³⁰ FEKETE, Elizabeth Kasznar. **O Regime Jurídico do Segredo de Indústria e Comércio no Direito Brasileiro**. Cit.; p. 175.

¹³¹ **Art. 1º**: Esta Lei regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos.

¹³² **Art. 89**. As normas relativas aos direitos de autor aplicam-se, no que couber, aos direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão. **Parágrafo único**. A proteção desta Lei aos direitos previstos neste artigo deixa intactas e não afeta as garantias asseguradas aos autores das obras literárias, artísticas ou científicas.

Desde logo, é importante esclarecer que a obra intelectual protegida se distingue do suporte físico em que se encontra eventualmente incorporada¹³⁴. A doutrina usualmente chama a obra intelectual de *corpus mysticum*, enquanto que ao bem físico se costuma atribuir a denominação de *corpus mechanicum*. Dessa forma, a LDA visa a proteger a obra intelectual, não seu suporte. A aquisição de um livro, por exemplo, confere a seu proprietário todos os direitos de propriedade sobre bens móveis: poderá ele vender, doar, abandonar ou destruir seu bem. No entanto, o mesmo proprietário do livro gozará, quanto ao *texto* contido no livro (a verdadeira obra intelectual) direitos distintos dos direitos de propriedade, na extensão que lhe tenham sido outorgados pela lei ou pelo titular¹³⁵.

Para a LDA, os direitos autorais se reputam bens móveis¹³⁶ e os negócios jurídicos a eles relacionados devem ser interpretados restritivamente¹³⁷. O autor sempre será pessoa física, sendo que a proteção conferida ao autor poderá ser aplicada às pessoas jurídicas nos casos previstos em lei¹³⁸. A proteção de que trata a lei independe do registro da obra em qualquer órgão público ou privado¹³⁹.

A LDA aponta quais as obras protegidas por direitos autorais, sendo a lista indicada em seu art. 7º¹⁴⁰ considerada meramente exemplificativa¹⁴¹. Também indica a LDA as criações do espírito não sujeitas à proteção por direitos autorais¹⁴².

¹³³ “Ao lado das autorais, surgiram, aproximadamente nos anos vinte, outras prerrogativas àquelas relacionadas por determinados laços de similitude, e que se foram definindo e firmando com o correr do tempo, devido, em grande parte, às gravações e aos meios de comunicação eletrônica que lhes deram um realce nem sequer suspeitado anteriormente. São, em primeiro lugar, os direitos dos artistas de interpretação musical ou dramática (em termos amplos), como elaboradores já não, evidentemente, de obras originárias (as literárias e as musicais que executam), mas de obras ‘conexas’, isto é, que criam a partir daquelas preexistentes, adquirindo, quando meritariamente desempenhadas, sua própria individualidade, como obras *interpretadas*, através de execuções ‘ao vivo’ ou mediante gravações sonoras” (*grifos no original*). CHAVES, Antônio. **Direitos Conexos**. São Paulo: LTr, 1999; p. 22.

¹³⁴ Assim é que o art. 37 da LDA prevê que “a aquisição do original de uma obra, ou de exemplar, não confere ao adquirente qualquer dos direitos patrimoniais do autor, salvo convenção em contrário entre as partes e os casos previstos nesta Lei”. Ainda que mais usualmente as obras protegidas por direitos autorais encontrem-se fixadas em algum suporte, não é impossível que a obra tenha sido apenas exteriorizada (oralmente, por exemplo), sem fixação, caso em que, ainda assim, seguiria protegida.

¹³⁵ Alexandre Dias Pereira, comentando a obra de Manuel de Andrade, invoca as seguintes palavras a respeito do tema: “o objecto de tais direitos é a obra na sua *forma ideal*, na sua concepção intelectual, e não a coisa ou as coisas materiais que constituem a sua *corporização ou encarnação exterior*, através das quais ela faz a sua aparição no mundo sensível. Os direitos que recaem sobre essas coisas materiais são vulgares direitos de propriedade, salva qualquer variante não essencial. Os que recaem sobre a obra como entidade ideal, como particular combinação de pensamentos ou impressões, é que revestem uma fisionomia específica, embora muito próxima, nos seus principais aspectos, da dos direitos reais sobre coisas corpóreas” (*grifos no original*). PEREIRA, Alexandre Dias. **Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001; p. 140

¹³⁶ **Art. 3º:** Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis.

¹³⁷ **Art. 4º:** Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais.

¹³⁸ **Art. 11.** Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica. **Parágrafo único.** A proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei.

¹³⁹ **Art. 18:** A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro.

¹⁴⁰ **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: **I** - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas; **II** - as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza; **III** - as obras dramáticas e dramático-musicais; **IV** - as

Um dos aspectos mais relevantes para o desenvolvimento deste trabalho é a divisão dos direitos autorais em dois feixes, ou grupos, de direitos: os morais e os patrimoniais¹⁴³. Muitas vezes, a doutrina trata (a nosso ver equivocadamente em ambos os casos, do que cuidaremos mais adiante¹⁴⁴) os primeiros como se fossem emanção da personalidade do autor, e os segundos como objeto de propriedade¹⁴⁵.

Quanto aos direitos morais do autor, prevê o art. 24 da LDA:

Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

III - o de conservar a obra inédita;

IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-la, como autor, em sua reputação ou honra;

V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma; **V** - as composições musicais, tenham ou não letra; **VI** - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas; **VII** - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia; **VIII** - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética; **IX** - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza; **X** - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência; **XI** - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova; **XII** - os programas de computador; **XIII** - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual. § 1º Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis. § 2º A proteção concedida no inciso XIII não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras. § 3º No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial.

¹⁴¹ Ver, entre outros, BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2004; p. 25: “[c]om base na diretriz assumida, as leis internas dos países também adotaram a técnica da enumeração exemplificativa de obras protegidas, permitindo, pois, a integração de outras criações estéticas no seu contexto (assim, entre nós, a Lei n. 9.610/98, art. 7º)”.

¹⁴² **Art. 8º:** Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: **I** - as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais; **II** - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios; **III** - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções; **IV** - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais; **V** - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas; **VI** - os nomes e títulos isolados; **VII** - o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras.

¹⁴³ “O Direito de Autor possui duas naturezas diversas, ou seja, o *jus in rem* e o *jus in personam*, as quais não se confundem, mas coexistem em harmonia para este ramo do direito. As características do *jus in rem* e do *jus in personam* são a alienabilidade do primeiro e a indisponibilidade do segundo, o qual jamais se afasta ou pode ser afastado do autor da obra”. LEITE, Eduardo Lycurgo. *Direito (moral) de inédito. Direito de Autor*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004; p. 119.

¹⁴⁴ Em trabalho anterior, defendemos a classificação que agora negamos. A compreensão dos direitos autorais como propriedade (em seu aspecto patrimonial) e como direito de personalidade (em seu aspecto moral) é bastante difundida, ainda que, em nossa opinião, menos complexa. A análise a que nos dedicamos agora exige maior detalhamento do instituto e, por conta disso, foi necessário rever a qualificação anteriormente adotada. BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; p. 29. Disponível em <http://bit.ly/eoEFGN>. Acesso em 20 de janeiro de 2011.

¹⁴⁵ “Com efeito, os direitos autorais não se cingem, nem à categoria dos direitos reais, de que se revestem apenas os direitos denominados patrimoniais, nem à dos direitos pessoais, em que se alojam os direitos morais. Exatamente porque se bipartem nos dois citados feixes de direitos – mas que, em análise de fundo, então, por sua natureza e sua finalidade, intimamente ligados, em conjunto incindível – não podem os direitos autorais se enquadrar nesta ou naquela das categorias citadas, mas constituem nova modalidade de direitos privados. São direitos de cunho intelectual, que realizam a defesa dos vínculos, tanto pessoais, quanto patrimoniais, do autor com sua obra, de índole especial, própria, ou *sui generis*, a justificar a regência específica que recebem nos ordenamentos jurídicos do mundo atual”. BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. Cit.; p. 11.

VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

§ 1º Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV.

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

§ 3º Nos casos dos incisos V e VI, ressalvam-se as prévias indenizações a terceiros, quando couberem.

A doutrina discute se os direitos morais do autor seriam, de fato, um direito de personalidade. Adriano de Cupis, por exemplo, assim os classifica¹⁴⁶.

Para o autor, os direitos de personalidade não são inatos, estando “vinculados ao ordenamento positivo tanto como os outros direitos subjetivos, uma vez admitido que as idéias dominantes no meio social sejam revestidas de uma particular força de pressão sobre o próprio ordenamento. Por consequência, não é possível denominar os direitos da personalidade como ‘direitos inatos’, entendidos no sentido de direitos relativos, por natureza, à pessoa”¹⁴⁷. Vê-se, portanto, que Adriano de Cupis rejeita a possibilidade de os direitos de personalidade serem um direito natural: o fundamento de sua existência é mesmo o ordenamento jurídico.

Por outro lado, o autor pondera que, ainda que todos os direitos subjetivos derivem do ordenamento positivo, aqueles que, para serem verificados, dependem apenas do pressuposto da personalidade, podem ser tidos como inatos¹⁴⁸.

No entanto, ao contrário dos demais direitos da personalidade – como imagem, privacidade, honra, integridade psicofísica etc. –, para os quais basta o nascimento com vida para que se façam proteger, os direitos morais do autor dependem de um evento externo ao nascimento com vida – a criação de uma obra artística que atenda a diversos pressupostos – a fim de que se possa de fato protegê-lo. Tanto é assim que Adriano de Cupis faz menção expressa ao fato em suas páginas introdutórias à matéria: “[p]ense-se, por exemplo, no direito moral do autor. A essencialidade apresenta-se, em tal espécie de direitos, como atenuada, pois que o fim de

¹⁴⁶ “Todos os direitos, na medida em que destinados a dar conteúdo à personalidade, poderiam chamar-se ‘direitos da personalidade’. No entanto, na linguagem jurídica, esta designação é reservada aos direitos subjetivos, cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo. Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados ‘direitos essenciais’, com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade”. CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. Campinas: Romana, 2004; pp. 23-24.

¹⁴⁷ CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. Cit.; pp. 24-25.

¹⁴⁸ CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. Cit.; p. 27.

assegurar um valor concreto à personalidade não chega a exigir necessariamente e só por si a sua existência, mas simplesmente a continuação desta, uma vez que eles são revelados pela eventual existência de uma figura que acresce ao pressuposto da personalidade”¹⁴⁹.

Com palavras a nosso ver mais claras, afirma um tanto adiante que “[o] direito moral de autor, (...), não é um direito inato. De fato, só surge em seguida a um ato de criação intelectual. Quer dizer, não corresponde a todo aquele que seja munido de personalidade, mas àquele que, além de ter personalidade, se qualifique ulteriormente como ‘autor’”¹⁵⁰. Além disso, o ato de criar é uma faculdade que pode jamais vir a ser exercida¹⁵¹.

Mas não só quanto a não serem de fato inatos repousa a crítica que pode ser tecida contra a tese de se defender os direitos morais do autor como direitos de personalidade. Todos os demais direitos desta categoria (v.g. imagem, privacidade, honra, nome, integridade psicofísica) encontram-se presentes de maneira indissolúvel ao próprio titular. Já o direito moral do autor depende de um fator exógeno para existir: a exteriorização da obra intelectual.

Em síntese, o ato de criação será o fato gerador do surgimento de ambos os feixes de direitos garantidos aos autores: os patrimoniais e os morais. É a criação da obra (exteriorizada por qualquer meio ou fixada em qualquer suporte, nos termos da lei) que garante a proteção autoral. Adriano de Cupis não vê nesse fato qualquer obstáculo, ao afirmar¹⁵²:

Por conseqüência, o fato de o direito moral de autor não ser inato, e de o seu fato constitutivo ser o mesmo que para o direito patrimonial de autor, não constitui argumento para negar a sua autonomia a respeito deste último, uma vez que, tendo embora a mesma origem, a sua vida segue regras próprias e distintas, correspondentes ao seu caráter de essencialidade. O sujeito adquire ao mesmo tempo, enquanto autor, o direito patrimonial e o direito moral de autor. Mas, como veremos, estes dois direitos cessam de existir a par quando o primeiro se destaca da pessoa.

Parece-nos que o entendimento de Adriano de Cupis pode ser sintetizado da seguinte forma: os direitos morais de autor, ainda que não sejam inatos e ainda que tenham o mesmo fato constitutivo dos direitos patrimoniais, são distintos e independente destes pois é possível que o

¹⁴⁹ CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. Cit.; p. 27.

¹⁵⁰ CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. Cit.; p. 337.

¹⁵¹ Segundo Luis Felipe Ragel Sánchez, “[a] maioria dos autores negam que os direitos morais de autor seja, direitos da personalidade. (...) O principal argumento apresentado consiste em afirmar que as pessoas têm liberdade de criar obras intelectuais, mas nem todas as pessoas as criam”. Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “[l]a mayoría de los autores niegan que los derechos morales del autor sean derechos de la personalidad. (...). El principal argumento esgrimido consiste en afirmar que las personas tienen libertad de crear obras intelectuales pero no todas las personas las crean”. RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. *La Propiedad Intelectual como Propiedad Temporal*. Cit.; p. 22.

¹⁵² CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. Cit.; p. 338.

direito patrimonial seja cedido (ou seja, se “destaque da pessoa do autor”), mas não o direito moral.

Até aí, não se nega em nada a teoria. O que indagamos é se apesar dessas distinções (não serem inatos, dependerem da existência de um bem externo ao próprio titular para começarem a existir e talvez sequer virem a existir, pela inércia – ou mesmo incapacidade de fato de seu potencial titular) os direitos morais de autor podem ser qualificados como direitos de personalidade.

Adriano de Cupis se limita a afirmar que “uma vez nascido, o direito moral de autor tem caráter de essencialidade e, portanto, constitui um verdadeiro direito da personalidade”. E acrescenta: “[d]e resto, já tínhamos visto a propósito do direito ao nome, a possibilidade de existir um direito *essencial* sem ser *inato*”¹⁵³. É bem verdade o fato de o nome não ser inato. Mas também aqui cabe uma distinção: o nome não depende da existência de algo externo, alheio ao titular do direito para existir. Existe por causa da existência mesma seu titular e não por causa de algo que lhe é exterior¹⁵⁴.

Para Bruno Jorge Hammes, “[o] direito moral é o que protege o autor nas relações pessoais e ideais (de espírito) com a obra”¹⁵⁵. Comentando a obra de referido autor, Elisângela Dias Menezes acrescenta que, para ele, o direito moral “nada diz sobre a moralidade (ética) do autor, ou seja, não se destina a tecer juízos de valor sobre sua condição de respeito como pessoa. Ao contrário, visa essa garantia legal proteger a moralidade da ligação entre criador e obra, possibilitando aos autores, em qualquer tempo, requerer a proteção do direito em favor de seus legítimos interesses de ordem não-patrimonial”¹⁵⁶.

Nesse sentido, José de Oliveira Ascensão critica fortemente a terminologia de direitos morais, por qualificar o termo “moral” como “impróprio e incorreto”. Impróprio, “pois há setores não-éticos no chamado direito moral e é incorreto, pois foi importado sem tradução da língua francesa. Aí se fala em pessoas morais, danos morais, direitos morais, e assim por diante. Mas no

¹⁵³ *Grifos no original*. CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. Cit.; p. 338.

¹⁵⁴ O nome pode ser entendido como um direito e como um dever. “Na Convenção Americana de Direitos Humanos – o chamado Pacto de San Jose da Costa Rica, já ratificado pelo Brasil –, o art. 18 prevê: ‘toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou de um deles. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário’. Daí se infere que “[a] relevância do nome não se reduz, então, como outrora, à designação como pertencente a determinada família. O nome, hoje, integra-se de tal maneira à pessoa e à sua personalidade que com ela chega a se confundir, vindo a significar uma espécie de sustentáculo dos demais elementos, o anteparo da identidade da pessoa, a sede do seu amor-próprio”. MORAES, Maria Celina Bodin de. *A Tutela do nome da pessoa humana. Na Medida da Pessoa Humana – Estudos de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010; pp. 151-152.

¹⁵⁵ HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito de Propriedade Intelectual**. Cit.; p. 70.

¹⁵⁶ MENEZES, Elisângela Dias. **Curso de Direito Autoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007; p. 67.

significado que pretende o qualificativo é estranho à língua portuguesa e deve, pois, ser substituído”¹⁵⁷. Prega, portanto, o autor português, que sejam denominados “direitos pessoais”¹⁵⁸. Concordamos inteiramente com a crítica, mas continuaremos a nos referir a “direitos morais” por conta da nomenclatura adotada pela LDA.

De maneira imprecisa e pouco técnica, a LDA informa que os direitos previstos nos incisos I a IV transmitem-se aos herdeiros do autor. Ocorre que a interpretação literal do dispositivo não faz sentido. Quanto aos incisos I, e II, é certo que não se trata da *transmissão* do direito de o herdeiro reivindicar para si a autoria da obra do *de cuius* nem tampouco de ter seu nome a ela vinculado. Só pode a lei estar fazendo referência à *defesa* do direito do autor da obra, e não da herança propriamente dita do direito.

O mesmo se pode dizer do inciso IV, já que a LDA é expressa em afirmar que competirá ao herdeiro (que sucedeu o autor nos termos do § 1º do art. 24) defender a reputação ou a honra do autor morto caso modificações na obra venham a ferir qualquer desses direitos.

Diverso, no entanto, é o entendimento quanto ao inciso III. De fato, aqui há verdadeira transmissão do direito, já que passará a competir ao sucessor do autor decidir quanto à conveniência de publicar a obra do autor falecido ou mantê-la inédita. Acreditamos, entretanto, que esse direito apenas existe se o autor, antes de falecer, não deixou manifestada de maneira inequívoca qual sua vontade quanto ao destino a ser dado a obras eventualmente ainda inéditas. Caso haja provas do interesse do autor de não permitir a publicação de alguma(s) de suas obras, sua vontade deve permanecer soberana mesmo após sua morte.

De acordo com o texto legal, não se transmitem aos sucessores os direitos morais constantes dos incisos V, VI e VII. Mas também aqui algumas considerações devem ser feitas.

Se se tratar de obra técnica, como livros jurídicos ou de medicina, por exemplo, é natural que haja modificações autorizadas pelos sucessores a fim de atualizar as informações constantes da obra. Do contrário, seria inclusive difícil mantê-la comercialmente disponível.

Fez bem a lei em não permitir aos sucessores que possam retirar obra de circulação comercial, conforme previsto no inciso VI do art. 24. Do contrário, seria possível aos sucessores, a título de exemplo, querer ser mais conservadores do que o próprio autor da obra. Imagine-se, por exemplo, escritor de livros infantis que publique, ainda em vida, livro de contos eróticos. Após sua morte, seus sucessores poderiam invocar o inciso VI para dizer que o teor do livro de

¹⁵⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Cit.; pp. 129-130.

¹⁵⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Cit.; p. 130.

contos atenta contra a reputação ou imagem do autor falecido. Ora, se o próprio autor em vida não se furtou à publicação, não podem os sucessores retirarem a obra de circulação comercial. Seria, neste caso, fazer a vontade dos sucessores mais soberana do que a do próprio autor.

Por outro lado, não faz sentido impedir os sucessores de terem acesso a exemplar único e raro de obra do autor falecido. Voltaremos a estes aspectos relacionados aos direitos morais no capítulo 3 desta tese.

Os direitos chamados de “patrimoniais” são aqueles que garantem ao titular dos direitos autorais o aproveitamento econômico da obra protegida. A LDA os menciona no art. 29¹⁵⁹:

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

I - a reprodução parcial ou integral;

II - a edição;

III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;

IV - a tradução para qualquer idioma;

V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;

VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;

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

VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:

a) representação, recitação ou declamação;

b) execução musical;

c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos;

d) radiodifusão sonora ou televisiva;

e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva;

f) sonorização ambiental;

g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado;

h) emprego de satélites artificiais;

i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;

j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas;

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

X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.

A doutrina, de modo geral, entende que os direitos patrimoniais previstos na LDA compõem uma lista exemplificativa. Não há como discordar. Afinal, de maneira um tanto exagerada, o legislador faz questão de afirmar, em três momentos distintos (duas vezes no *caput* e

¹⁵⁹ Além destes, podemos incluir no rol de direitos patrimoniais o direito de sequência previsto no art. 38 da LDA, que prevê: o autor tem o direito, irrenunciável e inalienável, de perceber, no mínimo, cinco por cento sobre o aumento do preço eventualmente verificável em cada revenda de obra de arte ou manuscrito, sendo originais, que houver alienado. Parágrafo único. Caso o autor não perceba o seu direito de sequência no ato da revenda, o vendedor é considerado depositário da quantia a ele devida, salvo se a operação for realizada por leiloeiro, quando será este o depositário.

a seguir no último inciso), que o uso de obra protegida, pela maneira que for, deve ser prévia e expressamente autorizada – ainda que se trate de modalidade de autorização não explicitamente mencionada.

Ocorre que numa interpretação precipitada de qualquer dos incisos acima transcritos, poderia parecer que mesmo uma única fotocópia de uma página de livro ou ainda o uso de um pequeno trecho de música em outra obra estaria ferindo o disposto na lei. Para se evitar esse tipo de controle extremado, a LDA prevê em seu art. 46 as chamadas limitações aos direitos autorais, das quais cuidaremos mais à frente.

Qual a importância de se discutir a natureza jurídica dos direitos autorais? Como lembra Teresa Negreiros, “as classificações jurídicas, se, por um lado, pecam por tentar reduzir a categorias abstratas fenômenos complexos, por outro lado, têm a importante função de sistematizar o conhecimento jurídico e (...) podem inclusive apoiar importantes reformulações no tratamento dogmático dos institutos e na sua aplicabilidade concreta”¹⁶⁰. No caso específico dos direitos autorais, Giselda Hironaka e Silmara Chinelato afirmam tratar-se a discussão sobre sua natureza jurídica algo de fundamental importância, “pois repercutirá em temas diversos em relação aos quais as polêmicas, dúvidas, indagações e perplexidades serão resolvidas à luz da tomada de posição quanto à natureza em tela”. Assim, por exemplo, “quanto à desapropriação de direito autoral”¹⁶¹.

Afirma Gama Cerqueira¹⁶²:

Segundo Piola Caselli, o erro principal de Kohler, assim como de todos os que porfiam em considerar o direito de autor simplesmente como instituto de direito patrimonial, consiste na apreciação unilateral e inexata da natureza da obra intelectual. A obra do engenho, diz o autor, é, certamente, um bem e apresenta, como tal, uma “objetividade externa”. Mas este bem é essencialmente diverso de qualquer outra espécie de bens, sob duplo aspecto. Em primeiro lugar, porque permanece sempre, senão compreendido na esfera da personalidade de seu autor ou criador, pelo menos ligado de modo constante a essa esfera da personalidade, que determina o nascimento e a extensão da relação jurídica, de que esse bem constitui objeto. Em segundo lugar, esse bem, ao contrário de todos os outros bens patrimoniais, é *representativo* da personalidade do autor nas relações sociais.

¹⁶⁰ NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos Contratos – Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; pp. 341-342.

¹⁶¹ CHINELATO, Silmara Juny de Abreu e HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos. Reflexos no direito autoral*. **Revista de Direito Autoral** – Ano I – Número I, agosto de 2004. Rio de Janeiro: Lumen Juris; p. 68. Acrescenta João Paulo Capella Nascimento: “há que se ponderar que, dependendo da natureza jurídica que se seja atribuída a qualquer direito, diferente será a interpretação e a aplicação da própria lei. Assim, se qualificarmos os direitos sobre os bens imateriais como direitos reais ou pessoais, a interpretação e aplicação da lei a eles relativa seguirá necessariamente, mesmo que de forma subsidiária, todo o regime jurídico relativo aos direitos reais ou pessoais. Ao revés, se qualificarmos a natureza jurídica desse direito como sendo, como apregoam alguns, um direito novo, imprescindível seria traçar-lhe um regime jurídico também novo, de forma a que tivesse ele uma perfeita integração no ordenamento jurídico como um todo”.

NASCIMENTO, João Paulo Capella. *A Natureza Jurídica do Direito sobre os Bens Imateriais*. **Revista da ABPI**, n. 28; p. 23.

¹⁶² *Grifo no original*. CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial – Vol. I**. Cit.; p. 111.

Ainda que não integralmente, concordamos com os argumentos acima no sentido de que as obras protegidas por direito autoral não carregam em si apenas o aspecto patrimonial, de modo que é forçoso admitir um aspecto moral ligando a obra a seu autor.

Em síntese, o resumo apresentado por Gama Cerqueira a partir da teoria de Piola Caselli nos parece extremamente interessante, pelo que o transcrevemos na íntegra¹⁶³:

[O] direito de autor representa uma relação de natureza pessoal, porque o objeto dêste direito constitui sob certos aspectos uma representação, ou uma exteriorização, uma emanção da personalidade do autor; representa, por outro lado, uma relação de direito patrimonial, enquanto a obra intelectual é, ao mesmo tempo, tratada pela lei como um bem econômico. O direito de autor representa, pois, um poder de domínio (*potere di signoria*) sôbre um bem intelectual (*jus is re intellectuali*), o qual, pela natureza especial dêste bem, abrange, no seu conteúdo, faculdades de ordem pessoal e faculdades de ordem patrimonial. Êste direito deve ser qualificado como direito pessoal-patrimonial e a denominação que mais lhe convém é a de “direito de autor”.

É importante observarmos, entretanto, que não nos parece possível encarar o direito autoral como um único direito composto de uma mescla de seus aspectos moral e patrimonial. Isso se dá, em primeiro lugar, por conta da crítica apontada por Gama Cerqueira de que, se se tratasse de um único direito pessoal-patrimonial, “[ê]ste direito seria, assim, concomitantemente, pessoal e patrimonial, e teria como objeto, ao mesmo tempo, uma pessoa e um bem patrimonial que lhe é externo: a pessoa do autor e sua obra. Segundo a doutrina do direito pessoal, o sujeito e o objeto do direito identificam-se, pois o autor é ao mesmo tempo sujeito e objeto do direito, o que é contrário à natureza das coisas e ao senso jurídico. Pela doutrina do direito pessoal-patrimonial o objeto consiste, ao mesmo tempo, na pessoa e em uma coisa incorpórea, o bem imaterial”¹⁶⁴.

Em segundo lugar, porque os aspectos pessoal e patrimonial têm fundamentos jurídicos distintos e sobre eles pesam regras jurídicas diversas. Dessa forma, não é possível tratarmos o direito autoral como um único direito composto de duas facetas, mas sim como o conjunto de dois feixes de direitos distintos que nascem para o autor no momento da criação da obra¹⁶⁵.

¹⁶³ CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial – Vol. I**. Cit.; p. 112.

¹⁶⁴ CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial – Vol. I**. Cit.; p. 112.

¹⁶⁵ Gama Cerqueira entende tratar-se de um direito puramente patrimonial, “que tem por objeto a própria obra criada e consiste, essencialmente, na faculdade exclusiva de reproduzi-la e de auferir as vantagens econômicas que dela possam resultar. Ao lado desse direito, que é, pròpriamente, o *direito de autor*, e independente dele, subsiste o seu *direito moral*, que designa o conjunto dos ‘direitos especiais da personalidade que acompanham as manifestações da atividade humana de caráter patrimonial’ e que não se confundem com os direitos pessoais pròpriamente ditos. São dois direitos diferentes: um que compete à pessoa enquanto autor; outro que compete ao autor como pessoa. Não se trata nem de um direito de dupla natureza, nem de faculdades diversas de um mesmo direito, nem de aspectos diferentes de um direito único; mas de dois direitos diversos e independentes, o que explica a

Conforme anteriormente mencionado, acreditamos que os direitos patrimoniais, que autorizam ao autor fazer uso econômico de sua obra, não podem ser classificados como direito de propriedade. Da mesma forma, apesar de a doutrina de modo geral assim tratá-los, entendemos que os direitos morais não podem ser qualificados como direitos de personalidade, mas tão-somente como direitos extrapatrimoniais, ou pessoais.

Alguns doutrinadores atribuem ao direito patrimonial de autor a natureza de direito real de propriedade¹⁶⁶. No entanto, conforme várias vezes enfatizado, a questão não é pacífica – muito pelo contrário.

Em obra clássica, Antônio Chaves aponta 9 diferentes teorias para determinar a natureza jurídica do direito autoral para finalmente concluir que “[p]odendo embora constituir uma parte relevantíssima do patrimônio, não é uma verdadeira propriedade. Se não chega a ser, como entende Laurent, uma criação arbitrária da lei, o fato de acrescentar, sob certos aspectos, duração limitada, confirma tratar-se de um direito ‘*sui generis*’”^{167 168}.

O autor ainda menciona as principais características do direito autoral a ponto de afastá-lo do direito de propriedade comum¹⁶⁹:

A diferença essencial, que existe entre o direito de autor e o de propriedade material, revela-se tanto pelo modo de aquisição originário (único título: criação da obra), como pelos modos de aquisição derivados, lembrando Bluntschli que no direito autoral uma perfeita transferência não existe, não saindo completamente uma obra intelectual da esfera de influência da personalidade que a criou.

Distingue-se, ainda, quanto à duração, quanto à sua extensão, posse, comunhão, formas de extinção.

No que porém mais se distancia o direito autoral da propriedade material é na separação perfeitamente nítida que se estabelece no período anterior e posterior à publicação da obra, sendo absoluto, na primeira, e constituindo-se, na segunda, de faculdades relativas, limitadas e determinadas: patrimoniais exclusivas de publicação, reprodução etc., que recaem sobre algumas formas de aproveitamento econômico da obra, e de natureza pessoal, referentes à defesa da paternidade e da integridade intelectual da obra.

faculdade que tem o autor de alienar o seu direito patrimonial da maneira mais completa, conservando íntegro o relativo à sua personalidade, bem como a possibilidade de ser violado o direito de autor sem ofensa ao seu direito moral” (*grifos no original*). CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial – Vol. I**. Cit.; p. 121.

¹⁶⁶ Ver, entre outros, os já citados CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial – Vol. I**. Cit.; p. 165 e BARBOSA, Cláudio R. **Propriedade Intelectual**. Cit.

¹⁶⁷ São as seguintes as teorias mencionadas: (i) direito da coletividade; (ii) direito real de propriedade; (iii) emanção do direito de personalidade; (iv) direito especial de propriedade, tendo por objeto um valor imaterial; (v) direito *sui generis*; (vi) direito de clientela; (vii) direito dúplice de caráter real: pessoal-patrimonial; (viii) direito pessoal de crédito; (ix) direito privativo de aproveitamento. CHAVES, Antônio. **Direito de Autor – Princípios Fundamentais**. Cit.; pp. 9-16.

¹⁶⁸ Stéphanie Choisy critica a qualificação *sui generis*, aplicável ao que quer que seja, pois consistiria no “*ressource suprême du juriste embarrassé*”. CHOISY, Stéphanie. **Le Domaine Public en Droit d’Auteur**. Cit.; p. 22. Tendemos a concordar com a autora. Se não há classe em que se ajuste, então novas classes devem ser buscadas. Conforme visto acima (v. Teresa Negreiros), há importância capital em se classificar adequadamente os institutos jurídicos.

¹⁶⁹ CHAVES, Antônio. **Direito de Autor – Princípios Fundamentais**. Cit.; p. 16.

Apesar de ligeiro em sua análise, Pugliatti é categórico ao afastar o direito autoral do direito de propriedade: “no grupo de situações subjetivas que se designam de modo complexo como ‘direitos de autor’, pode-se falar de propriedade em certos aspectos: o autor de um romance é proprietário das cópias enviadas pelo editor. Mas nesse sentido, é proprietário quem adquiriu uma cópia na livraria; e o direito (pessoal) do autor, direito sobre o bem imaterial, isto é, sobre a obra de arte como criação ideal, não tem nada a ver com o direito de propriedade”¹⁷⁰.

Carlos Alberto Bittar qualifica os direitos autorais patrimoniais como objeto de monopólio¹⁷¹. Solução semelhante à apontada por Denis Borges Barbosa na qualificação dos direitos de propriedade intelectual, que “ao tornar exclusiva uma oportunidade de explorar a atividade empresarial, se aproximam do monopólio”¹⁷², doutrina que guarda muita semelhança com aquela que consideramos a mais adequada e sobre a qual passamos a discorrer.

Alexandre Dias Pereira afirma, com toda a razão, que “[a] natureza jurídica do direito de autor é um problema clássico”¹⁷³. A positivação do direito autoral é claramente fundada no direito de propriedade. Tanto assim que Le Chapelier afirmava, em 1791, ser o direito autoral “a mais sagrada, a mais legítima, a mais inatacável e (...) a mais pessoal de todas as propriedades”, antecipando as palavras do escritor português Almeida Garrett, que qualificaria o mesmo direito como “a mais indefesa, porém (...) a mais nobre, e a mais inquestionável de todas as propriedades, a que se cria pela inteligência, e pelo espírito imortal do homem”^{174 175}.

Assiste, de novo, razão a Alexandre Dias Pereira ao afirmar que para se qualificar o direito autoral como um direito que abrange um feixe de direitos de propriedade (os direitos

¹⁷⁰ Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “*in quel gruppo di situazioni soggettive che si designa complessivamente come ‘diritto di autore’, si può parlare di proprietà per certi aspetti: l’autore di un romanzo è proprietario delle copie inviategli dall’editore. Ma in tale senso, è proprietario chi ne ha acquistato una copia in libreria; e il diritto (personale) di autore, diritto su bene immateriale, cioè sull’opera d’arte come creazione ideale, non ha nulla da vedere con codesto diritto di proprietà*”. PUGLIATTI, Salvatore. *La Proprietà e le Proprietà*. Cit.; pp. 251-252.

¹⁷¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. Cit.; p. 49.

¹⁷² BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Cit.; p. 25.

¹⁷³ PEREIRA, Alexandre Dias. **Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital**. Cit. ; p. 113.

¹⁷⁴ PEREIRA, Alexandre Dias. **Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital**. Cit.; p. 113. Assim como fazem Gama Cerqueira e Antônio Chaves em suas respectivas obras anteriormente citadas, Alexandre Dias Pereira aponta diversas teorias que ao longo dos anos se celebrizaram tentando justificar o direito de autor. Por mais tentador que seja, não incorreremos em um debate aprofundado do tema, pois que isso apenas se justificaria se fosse a definição da natureza jurídica do direito autoral o objetivo final deste trabalho. De fato, a questão é rica, mas aparentemente inesgotável. O esforço de pôr fim à disputa seria certamente infrutífero.

¹⁷⁵ Como lembra José de Oliveira Ascensão, eram exatamente os pensadores – escritores – os homens da Revolução Francesa. Por isso, rapidamente construíram uma ideia que os salvaguardasse. O direito a que fariam jus não seria um privilégio, mas uma propriedade – e a mais sagrada das propriedades. Era a justificação ideológica, no mau sentido da palavra, do direito de autor por via da propriedade, porém teria todos os ingredientes para triunfar. Surge assim a propriedade literária, depois prolongada como Propriedade Literária, Artística e Científica. E a arma da propriedade continua a ser usada hoje com a mesma função. ASCENSÃO, José de Oliveira. *En Torno al Dominio Público de Pago y la Actividad de Control de la Administración en la Experiencia Portuguesa. La Duración de la Propiedad Intelectual y las Obras en Dominio Público*. Coord.: Carlos Rogel Vide. Madri: Réus, 2005; p. 270.

patrimoniais) e um feixe de direitos de personalidade (os direitos morais) é necessário, antes de qualquer outra coisa, definir o que se entende por direitos de propriedade e de personalidade. Daí é que ganham corpo teorias como as do monopólio ou de exclusivo, que constituiriam um *tertium genus* dentro da classificação dos direitos¹⁷⁶.

José de Oliveira Ascensão, ao dar início à sua profunda análise da natureza jurídica do direito autoral, principia declarando que “[u]ma primeira qualificação é fácil – o direito de autor é uma *situação jurídica subjetiva*”¹⁷⁷. A seguir, estabelece serem os direitos autorais um tipo de direito absoluto, sem que com isso signifique dizer que se tratam de direitos reais¹⁷⁸. A partir daí, entretanto, apresenta-nos, exemplificativamente, diversas das incontáveis teorias já esmiuçadas pelos demais autores na análise da mesma questão¹⁷⁹.

Ascensão acaba por concluir que a obra protegida por direito autoral “não pode caber em propriedade a ninguém”¹⁸⁰, pelos seguintes argumentos: “[p]or natureza, a obra literária ou artística não é susceptível de apropriação exclusiva, não podendo, portanto, originar uma propriedade. Uma vez divulgada, a obra literária ou artística comunica-se a todos os que dela participarem. Não pode estar submetida ao domínio exclusivo de um só”¹⁸¹.

Para Ascensão, a grande distinção entre a propriedade material e a natureza dos direitos autorais reside no poder que o titular do direito pode exercer sobre a coisa representativa de seu direito. Alguns autores, que defendem não haver qualquer distinção entre a propriedade material e a imaterial, alegam que o gozo por terceiros (os usuários) da obra protegida por direito autoral seria como cheirar flores alheias, que em nada atingiria a integridade do respectivo direito patrimonial, assim como os visitantes de um hotel não prejudicariam os direitos de seu proprietário.

A esse raciocínio, Ascensão responde com as seguintes palavras¹⁸²:

¹⁷⁶ PEREIRA, Alexandre Dias. **Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital**. Cit.; p. 114. A pesquisa do autor aponta no sentido de que a natureza jurídica do direito autoral vem assumindo características distintas a depender do país onde a questão é analisada. Tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos, por exemplo, o direito autoral seria verdadeiro direito de propriedade. Na Alemanha, o direito autoral é constitucionalmente protegido como direito de propriedade. Na França, seria direito de personalidade, “afirmando-se a propriedade ou o direito de exclusivo relativamente aos direitos patrimoniais”. Na Espanha, assim como na Itália, o direito de autor pode ser qualificado pela jurisprudência como uma forma especial de propriedade, ainda que contando com pouco apoio da doutrina. Na Itália, inclusive, haveria uma forte corrente classificatória dos direitos autorais como um direito de exclusivo.

¹⁷⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Cit.; p. 598.

¹⁷⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Cit.; p. 601.

¹⁷⁹ Sendo assim, Ascensão menciona as teorias personalísticas e patrimonialísticas, cabendo a cada grupo uma gama de outras teorias.

¹⁸⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Cit.; p. 606.

¹⁸¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Cit.; p. 604.

¹⁸² ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Cit.; pp. 605-606.

Pensamos que estes argumentos acabam por se voltar destruidoramente contra os que os empregam. No que respeita ao gozo de bens materiais, a posição do público é efetivamente irrelevante, porque o seu gozo é devido somente a uma tolerância do proprietário. Esta tolerância pode a todo o tempo cessar, porque o proprietário arrancou as flores, ou contruiu e tapou a vista, etc.

Aqui não. Todos os outros desfrutam diretamente dos bens, e o seu gozo está subtraído à alçada do titular do direito de autor. Este não pode proibir o desfrute intelectual da sua obra por parte de outrem. Pode não autorizar a reprodução; em casos extremos, pode mesmo retirar do mercado os exemplares existentes, etc; mas tudo isto respeita à materialização da obra, e não à obra em si. Esta pertence a todos, por natureza e não por qualquer tolerância do criador intelectual, ou do transmissário do direito de autor.

Os autores que criticamos tentam implicitamente defender-se alegando um certo carácter excepcional destas faculdades dos estranhos, que não impediriam que a obra no seu conjunto ficasse sujeita ao titular. A verdade é que o que é restrito e demarcado são as utilizações que se reservam ao titular do direito de autor¹⁸³. Só lhe cabem aquelas faculdades (quer tomadas individualmente, quer em globo) que representam exploração econômica da obra, como sabemos.

Por fim, Ascensão conclui que os direitos autorais podem ser integrados na categoria dos direitos de exclusivo¹⁸⁴. Esta categoria, portanto, deveria vir a ser adicionada à clássica tripartição de direitos subjetivos em pessoais, reais e obrigacionais.

A grande vantagem da teoria de Ascensão é que ela se presta também a explicar a natureza dos direitos morais do autor.

Boa parte da doutrina vê nos direitos morais do autor uma emanção de sua personalidade, de modo que, não raro, são assim qualificados.

Caio Mário da Silva Pereira atribui aos direitos de personalidade as qualidades de absolutos, irrenunciáveis, intransmissíveis, imprescritíveis¹⁸⁵. Sem dúvida, tais definições são atribuíveis aos direitos morais do autor¹⁸⁶.

Conforme mencionado anteriormente, parece-nos que a qualificação como direitos de personalidade nos parece inadequada em razão de diversas circunstâncias. Inicialmente, porque ao contrário dos direitos de personalidade, os direitos morais do autor não são inatos. Em segundo lugar, porque todos os direitos de personalidade são atributos da própria pessoa. Por outro lado, os direitos morais de autor existem em função de uma criação externa – dependem de

¹⁸³ Aqui, parece que Ascensão defende um carácter excepcional ao direito autoral, sendo o uso por parte da sociedade a regra – e não o contrário, como normalmente se afirma.

¹⁸⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Cit.: p. 612. Em análise à obra do professor Ascensão, Alexandre Dias Pereira afirma, após mencionar inúmeros autores que em Portugal partilham da opinião de que os direitos autorais são direitos de propriedade: “[m]as há opiniões alternativas, sendo de destacar a teoria dos direitos de exclusivo ou de monopólio, que é defendida, entre nós, pelo Prof. Oliveira Ascensão, aproximando-se da doutrina dos ‘direitos intelectuais’”. PEREIRA, Alexandre Dias. **Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica**. Cit.: p. 119.

¹⁸⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Vol. I**. Cit.: p. 242.

¹⁸⁶ Inclusive, a própria LDA prevê, em seu art. 27, que os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis, em evidente aproximação intencional aos direitos da personalidade.

uma obra distinta da própria pessoa para que possam se manifestar juridicamente. Este é o argumento apresentado por Pascal Kamina, citado por Bruno Lewicki¹⁸⁷.

Finalmente, ao argumento de que os direitos morais seriam um direito de personalidade porque ligariam indissolavelmente a obra ao autor, é possível lembrar que diversos são os autores que publicam obras sob pseudônimos ou anonimamente, o que parece anunciar, em determinados casos (ainda que excepcionais) exatamente uma certa indiferença quanto ao suposto vínculo entre a obra e sua personalidade¹⁸⁸. Também por isso, então, torna-se enfraquecido o argumento que defende ser o direito moral de autor um direito de personalidade.

Com isso, voltamos à teoria de José de Oliveira Ascensão, que – já o mencionamos – nos parece a mais adequada.

Ao qualificar o direito autoral como um direito de exclusivo, tal qualificação se presta a definir a natureza tanto dos direitos patrimoniais quanto dos direitos morais do autor, sendo portanto mais abrangente do que a teoria que encara os direitos autorais como um direito *sui generis*, ou híbrido, um misto de direitos reais com direitos de personalidade, que aparentemente prevalece na doutrina.

Para Ascensão, “também as faculdades pessoais ínsitas no direito de autor não prejudicariam a qualificação deste direito como um direito de exclusivo, ainda que o aspecto patrimonial não fosse predominante. Porque elas se consubstanciam igualmente em exclusivos relativos à obra. O direito de conservar a obra inédita, o direito de ter o nome inserto na obra ou o direito de modificar são elementos do exclusivo e concorrem para aquele exclusivo global que é atribuído ao autor”¹⁸⁹.

Aqui cabe apenas uma observação. Concordamos com o fato de que o direito de exclusivo se presta a justificar os direitos morais do autor *enquanto a obra se encontra protegida*. Mas ao

¹⁸⁷ “Já criticamos a entranhada, por mais que se a negue, associação entre o exercício dos direitos patrimoniais do autor e aquele do domínio no âmbito “clássico” da propriedade; mas deve ser observado que a automática equiparação dos direitos morais de autor aos direitos de personalidade não é menos daninha que aquela entre faculdades patrimoniais e exercício dominial. Em tão instigante quanto incisivo trecho, Pascal Kamina afirma que os direitos morais de autor não são direitos da personalidade. Assim como as faculdades patrimoniais, os direitos morais são direitos que uma pessoa exerce para proteger algo externo a ela – sua obra. Difere, desta forma e por exemplo, do direito à honra, que é um atributo da própria pessoa”. LEWICKI, Bruno Costa. **Limitações aos Direitos de Autor**. Tese de Doutorado defendida perante a Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2007; p. 68.

¹⁸⁸ Alguns exemplos podem ser apontados. “Na Idade Média, a reprodução material se dava principalmente nos mosteiros, provavelmente sem fins lucrativos, objetivando principalmente a disseminação de temas religiosos. A identificação da autoria não era revelada, pois a elaboração e reprodução da obra era executada dentro do mosteiro, dificultando ou até impedindo a autoria individual. Pode-se considerar que havia, na organização da produção cultural da Idade Média nestes locais, a estrutura primária das futuras obras coletivas”. SOUZA, Allan Rocha de. **A Função Social dos Direitos Autorais**. Campos dos Goytacazes: ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006; p. 37. Mais recentemente, o surgimento em número cada vez maior de obras colaborativas, nas quais é impossível se identificar o autor, apenas corrobora este entendimento.

¹⁸⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Cit.; p. 614.

contrário dos direitos patrimoniais, os morais não se extinguem necessariamente com o fim do prazo de proteção. Sendo assim, mesmo que o direito de exclusivo sirva como justificativa, há que se fazer algum temperamento¹⁹⁰. Parece-nos, por isso, inevitável atribuir aos direitos morais do autor a natureza de direitos pessoais, ou extrapatrimoniais, em contraposição aos direitos autorais patrimoniais, pois que os efeitos que se abatem sobre cada feixe de direitos após o decurso do prazo de proteção são distintos, de modo que devem pertencer a categorias de fato distintas.

Por todo o exposto, concordamos com Ascensão e entendemos que os direitos autorais têm por natureza jurídica ser um direito de exclusivo. O direito é conferido pela lei e não por emanção de um suposto direito natural¹⁹¹. O direito exclusivo é adequado para justificar tanto o (i) direito patrimonial, que não é direito de propriedade, ainda que seja um direito, como o próprio nome diz, economicamente aferível, quanto (ii) o direito moral, que não é direito da personalidade, ainda que seja um direito pessoal – que inclusive lhe serviria de nomenclatura mais adequada.

Diante das considerações traçadas ao longo deste capítulo, entendemos que “propriedade intelectual” não parece ser a qualificação mais adequada para tratar os bens aqui analisados. Melhor seria denominá-los “direitos intelectuais”¹⁹², já que se trata substancialmente de uma atribuição legal distinta da propriedade. Mesmo no que diz respeito às marcas, conquanto se assemelhem mais à propriedade do que os demais bens qualificados como pertencentes à

¹⁹⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Cit.: p. 614. O autor não se furta às inevitáveis críticas, antecipando-as. Afirma que “nem sempre a situação nos surge com a mesma nitidez. Assim, no direito de retirada ou no direito à integridade são elementos da personalidade, como a honra, que surgem em primeiro plano, e não atividades atribuídas em exclusivo. Havendo embora uma extrinsecação da personalidade, há também o aspecto característico de essa extrinsecação se dar a propósito de uma determinada obra. Por isso admitimos que a própria obra é o objeto do direito pessoal do autor”. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Cit.: p. 614.

¹⁹¹ Gustavo Tepedino afirma que “poder-se-ia mesmo dizer quem fora de um determinado contexto histórico, não existe possibilidade de se estabelecer um bem jurídico superior, já que a sua própria compreensão depende de condicionantes multifacetados e complexos atinentes aos valores sociais historicamente consagrados”. E prossegue: “[a]final, bastaria lembrar que, em nome da vida e da liberdade, inúmeros contingentes humanos já foram sacrificados, invariavelmente sob fundamentos éticos, religiosos e políticos que, invocados pelos Estados, pretendem justificar guerras, genocídios, *apartheid* e outras formas de discriminação social, sexual, étnica e cultural”. Adiante, exemplifica, de maneira incontornável: “[r]esulta, em definitivo, assaz difícil para os defensores das teses jusnaturalistas definirem o que seria a expressão de direitos sagrados do homem, quando se pensa na variedade de posições adotadas pela consciência social dos povos nas diversas épocas históricas e pontos geográficos e, que se insere a pessoa humana. A religião muçulmana, com suas penas corporais e cirurgias através das quais milhares de mulheres africanas são mutiladas, ao nascer, nos dias de hoje, os países cristãos e as concepções ideológicas que adotam a pena de morte; o regime de escravidão em sociedades consideradas civilizadas; a prática de torturas e de linchamento como formas de sanção socialmente reconhecidas em diversos estados brasileiros; tudo isso coloca em crise a simplista tese segundo a qual seria a consciência universal a estabelecer os direitos humanos e os direitos da personalidade, cabendo ao ordenamento jurídico apenas reconhecê-los”. TEPEDINO, Gustavo. *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro*. **Temas de Direito Civil**, 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; pp. 45-46.

¹⁹² Ascensão não apenas se vale da terminologia (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Reais**. Cit.: p. 39) como defende que a propriedade industrial melhor se chamaria “direito industrial” (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Cit.: p. 20).

propriedade intelectual, há características que as distanciam da propriedade clássica (como o fato de serem não-rivais), de modo que seria prudente afastá-las de tal classificação.

Dessa forma, julgamos inadequada a terminologia utilizada na sentença que decidiu em primeira instância o caso entre Roberto e Erasmo Carlos e a gravadora EMI. Entendemos, por todos os argumentos aqui expostos, que obras protegidas por direitos autorais não se sujeitam ao sistema de propriedade *stricto sensu*, mas a um direito exclusivo. Sendo assim, sob esta categoria – de direito sujeito a um regime de exclusividade legal – trataremos os direitos autorais. E uma vez findo o prazo legal de proteção (e não o direito de propriedade, como poderia parecer), a obra outrora protegida por direitos autorais ingressa no domínio público.

1.3 O domínio público

1.3.1 Distinção do domínio público no direito administrativo

Apesar de esta ser uma tese de direito civil, que trata do instituto do domínio público no âmbito do direito autoral, julgamos relevante fazer menção breve, neste tópico, ao domínio público do direito administrativo, de modo a explicitar as diferenças entre um e outro. A relevância decorre de dois aspectos: em primeiro lugar, para que se fique evidenciado que apesar de serem institutos homônimos guardam entre si imensas distinções; em segundo lugar, porque da análise do domínio público em direito administrativo, alguns conceitos nos serão úteis quando da discussão acerca da natureza jurídica do domínio público no direito autoral.

Uma vez que nossa pretensão aqui é meramente incidental, não nos aprofundaremos em questões típicas do direito público. Vamos nos ater apenas a algumas considerações sobre determinadas facetas do direito administrativo que tangenciam o direito civil¹⁹³, tais como a disciplina dos bens públicos.

¹⁹³ “Há a costumeira controvérsia sobre o entorno da disciplina, se deveria ser feita pelo Direito Civil ou pelo Administrativo e Constitucional. A unificação traz a benesse de sistematizar a matéria, já que a teoria liberal da propriedade e seu regime não se diferem tanto nas duas esferas. Um ponto negativo é o encerro da questão dentro do direito privado, o que retiraria as minúcias necessárias à organização da esfera pública”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil – Parte Geral**. São Paulo: ed. Atlas, 2006; p. 116.

Quanto aos bens públicos, o CCB aponta, em seu art. 99, a forma como podem ser classificados. *In verbis*:

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

Nos artigos subsequentes, o CCB determina que os bens de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação (art. 100). Já os bens dominicais podem ser alienados (art. 101), pois como esclarece o parágrafo único acima transcrito, bens dominicais são aqueles a que se tenha dado estrutura de direito privado.

Para José Cretella Jr., ao analisar-se a denominação *bens públicos*, há que se verificar que “[o] atributo *público* significa, numa primeira acepção, *do ‘Público’, do Estado, estatal, da Administração*, quando aparece, por exemplo, na expressão *serviço público* (=serviço desempenhado pelo Estado)”. Já numa segunda acepção, deve significar “*para o ‘público’, para o povo, para o administrado*”. Ou seja, “*bem público* é o que, sendo do domínio do Estado, serve de qualquer maneira aos interesses públicos”¹⁹⁴.

“Quanto à locução *domínio público*”, para Odete Medauar “significa o conjunto de bens públicos, incluindo todos os tipos. Em ordenamentos estrangeiros, em especial no francês e no italiano, os vacábulo domínio ou domínio público abrangem somente dois tipos de bens públicos, os de uso geral do povo (exemplo: ruas, praças) e os bens empregados no serviço público (exemplo: prédio de uma escola pública)”. Segundo a autora, “[t]ais odernamentos utilizam a expressão *domínio privado* do Estado para designar os bens destinados ao uso direto da própria Administração, que podem ser mais facilmente alienados; embora autores brasileiros também empreguem essa expressão, parece que gera confusão, levando a supor que o Estado teria um domínio privado, o que é incorreto (...)”¹⁹⁵.

Diante de tal definição, percebe-se, portanto, que o domínio público de que trata este trabalho não se confunde, em hipótese alguma, com o domínio público do direito

¹⁹⁴ *Grifos no original*. CRETELLA Jr., José. **Tratado do Domínio Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1984; pp. 18-19.

¹⁹⁵ *Grifos no original*. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2005; p. 274.

administrativo¹⁹⁶. Afinal, o domínio público para o direito autoral significa o conjunto de bens que não mais têm seus aspectos patrimoniais, nem parte dos morais, submetidos ao monopólio legal – quer por decurso de prazo, quer por qualquer dos outros motivos a que iremos nos referir ao longo deste trabalho, de modo que fica livre a qualquer pessoa fazer uso da respectiva obra, independentemente de autorização.

Uma diferença evidente entre o domínio público no direito autoral e seu homônimo do direito administrativo é que o primeiro não se encontra regido por normas de direito público. Além disso, outra diferença reside no fato de que, no primeiro, é impossível sua apropriação por terceiros em decorrência de autorização estatal (em regra, e a bem da verdade, essa impossibilidade é absoluta). Já o bem em domínio público no direito administrativo poderá, em certas circunstâncias, ser *desafetado*.

Segundo Carvalho Filho, “pode conceituar-se a *afetação* como sendo o fato administrativo pelo qual se atribui ao bem público uma destinação pública especial de interesse direto ou indireto da Administração. E a *desafetação* é o inverso: é o fato administrativo pelo qual um bem público é desativado, deixando de servir à finalidade pública anterior”¹⁹⁷.

Ocorrendo a desafetação, muda a classificação jurídica do bem e assim as possibilidades de sua destinação. Por exemplo, um bem de uso especial que passasse pelo fenômeno da desafetação se tornaria um bem dominical, podendo, como consequência, ser alienado a terceiros.

Apesar de sob determinadas circunstâncias haver uma reapropriação dos direitos autorais antes em domínio público, o fenômeno é em tudo distinto do processo de desafetação por que podem vir a passar os bens públicos, como se verá no terceiro capítulo desta tese.

1.3.2 Fundamentos para o domínio público

1.3.2.1 Razões sociais

¹⁹⁶ Segundo Stéphanie Choisy, o termo “domínio público”, aplicável ao direito autoral e ao direito administrativo com características distintas seria, em razão disso, um termo polissêmico de justaposição. CHOISY, Stéphanie. *Le Domaine Public en Droit d’Auteur*. Cit.; p. 165.

¹⁹⁷ *Grifos no original*. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Cit.; p. 854.

O ser humano sempre criou. Desde as “Vênus Esteatopíguas”, que datam de 40.000 a.C., até o último *tweet*, o ser humano sempre sentiu uma irrefreável vontade de se expressar¹⁹⁸. É evidente, entretanto, que a criação do ser humano não é fruto de geração espontânea: toda a cultura, de todos os lugares e épocas, é reflexo das circunstâncias. Assim é que “pode-se dizer que a cultura é algo sempre inacabado, assim como é sempre inconcluso um *software* aberto. Em outras palavras: a cultura consiste em um estar-se-fazendo eterno. *Mutatis mutandis*, é possível parafrasear a máxima de Lavoisier: na cultura, nada se perde, tudo se transforma. [...] Portanto, todo criador intelectual age ‘refazendo tudo’, como escreveu Gilberto Gil, em 1975, em sua obra lítero-musical *Refazenda*. Toda criação é, de certo modo, uma derivação”¹⁹⁹.

Durante muitos séculos, a criação a partir de obras alheias não causou maiores especulações sociais ou jurídicas. Era um fato. Até a invenção da prensa mecânica por Guttemberg, no século XV, todas as obras literárias eram copiadas e anotadas manualmente – e a cópia e os comentários a elas apostos eram vistos como uma forma de difundir o conhecimento. Além disso, Shakespeare escreveu “Medida por Medida” sem se preocupar com violação dos direitos à peça Elizabetana “Promos e Cassandra”, escrita cerca de vinte e cinco anos antes de sua própria obra e na qual se inspira. Nem tampouco Milton se indagou se estaria violando direitos autorais do Velho Testamento ao escrever sua obra-prima “Paraíso Perdido”²⁰⁰.

No entanto, sempre que o ser humano atravessou uma revolução tecnológica (o advento da imprensa no século XV, a revolução industrial dos séculos XVIII e XIX e a revolução da internet que agora vivemos), uma das consequências diretas foi a tentativa de proteger os direitos autorais. A cada ato de proteção, retira-se da sociedade, por outro lado, a liberdade de uso de determinadas obras. A experiência ao longo do último século foi no sentido de que quanto mais o tempo passa, menos ampla (juridicamente) se torna a possibilidade de acesso e de uso de obras alheias.

¹⁹⁸ Nesse sentido, retomamos a célebre afirmação de Fernando Pessoa, que disse: “a literatura, como toda a arte, é uma confissão de que a vida não basta”.

¹⁹⁹ MORAES, Rodrigo. *Por que obras Protegidas pelo Direito Autoral Devem Cair em Domínio Público? Direitos Autorais – Estudos em Homenagem a Otávio Afonso dos Santos*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 305. O autor comenta ainda dois outros exemplos loquazes. No primeiro, cita Roland Barthes que, em seu ensaio “*A Morte do Autor*”, teria afirmado que “o texto é um tecido de citações, saídas dos mil focos da cultura” e que “o escritor não pode deixar de imitar um gesto sempre anterior, nunca original; o seu único poder é o de misturar as escritas”. No segundo exemplo, certamente mais lírico, apresenta a ideia de intertextualidade da poeta Adélia Prado: “[p]orque tudo que invento já foi dito nos dois livros que eu li: as escrituras de Deus, as escrituras de João. Tudo é Bíblias. Tudo é Grande Sertão”.

²⁰⁰ Exemplos apresentados por LANDES, William M. e POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Harvard University Press, 2003; pp. 66-67.

A questão do acesso e da criação a partir de trabalhos intelectuais de terceiros e dos elementos culturais disponíveis tem se prestado cada vez mais a calorosos debates²⁰¹. De um lado, há autores que defendem maior acesso às obras intelectuais de modo a se permitir liberdades mais expressivas de criação. De outro, autores propõem maior proteção aos direitos autorais, limitando-se dessa forma o acesso e reaproveitamento das obras por parte da sociedade. Algo, entretanto, é certo: quanto mais extenso o domínio público, maior o manancial para a (re)criação livre.

A discussão acerca da proteção conferida aos direitos autorais abrange inevitavelmente tratar da estrutura e da função jurídica do domínio público. Adicionalmente, podemos encarar o domínio público como elemento importante na construção da educação e do acesso ao conhecimento.

De modo simplificado, e apenas por ora – já que a questão será retomada com mais profundidade adiante, o domínio público pode ser inicialmente definido como o conjunto de obras cujo prazo de proteção por direitos autorais já tenha expirado.

O principal efeito da entrada de determinada obra no domínio público é a possibilidade de sua utilização independentemente de autorização do autor ou do titular dos direitos autorais. Por isso, obras em domínio público podem ser copiadas, reeditadas, transformadas, traduzidas, adaptadas etc., sem que seja necessário pagar por esse uso. Além disso – e ao contrário da regra geral que deve ser observada enquanto vigentes os direitos autorais sobre a obra –, é possível fazer uso comercial desta, auferindo lucros com seu uso, independentemente de autorização de terceiros.

É fácil, portanto, perceber o impacto social do domínio público. Ao se devolver à sociedade aquilo que a própria sociedade propiciou (por conta das múltiplas influências culturais que sofre, individualmente, cada um dos artistas criadores de obras intelectuais), permite-se, de fato, que as pessoas possam desfrutar, independentemente das limitações legais ou de licença, da obra anteriormente protegida. Da mesma forma, permite-se que a obra original sirva de matéria-prima direta para novos trabalhos.

²⁰¹ Entre outros exemplos de autores que vêm se dedicando à análise da questão, podemos citar: BOYLE, James. *The Public Domain*. Cit.; LESSIG, Lawrence. *Free Culture – How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*. New York: The Penguin Press, 2004, *Remix*. New York: The Penguin Press, 2008; TAPSCOTT, Don e WILLIAMS, Anthony D. *Wikinomics – How Mass Collaboration Changes Everything*. New York: Portfolio, 2007. E em sentido oposto ao defendido pelos demais autores: KEEN, Andrew. *O Culto do Amador*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2009.

Dessa maneira, fazer a obra ingressar em domínio público é consentir que siga seu curso natural, autorizando sua reapropriação pela sociedade e admitindo seu aproveitamento por parte de todos.

Passamos a seguir a abordar o segundo aspecto: a utilização de obra alheia que tenha ingressado em domínio público e as suas consequências econômicas²⁰².

1.3.2.2 Razões econômicas

Podemos afirmar, sem muita chance de erro, que todas as obras compostas por autores falecidos até 1910²⁰³, em todo o mundo, encontram-se no momento em domínio público. Portanto, desde as primeiras pinturas rupestres ou a saga de Gilgamesh até as obras de Mark Twain, toda a cultura compreendida desde a aurora da criação até o início do século XX está em domínio público.

Se a proteção perpétua das obras intelectuais acarretaria diversas dificuldades sociais, não seriam menores os inconvenientes econômicos²⁰⁴. Estes serão analisados a partir de duas perspectivas distintas e complementares: primeiro do ponto de vista do autor (ou do titular dos direitos autorais) e a seguir do ponto de vista da sociedade (do usuário da obra intelectual).

Afirma a doutrina, de modo geral, que, para o autor, a exclusividade garantida pelos direitos autorais funciona como incentivo para a criação^{205 206}. No entanto, não faz sentido essa

²⁰² Uma síntese das razões sócio-econômicas para a construção do domínio público são apontadas pela professora Pamela Samuelson, da Universidade da Califórnia. SAMUELSON, Pamela. *The Future of the Public Domain: Identifying the Commons in the Information Law*. Kluwer Law International, 2006; p. 22. Entre outros motivos para a existência do domínio público, com relação aos direitos autorais e às patentes, podemos citar: servir como base para criação de novos trabalhos; permitir a competição; permitir inovação; permitir acesso a informação a custo mais baixo; dar acesso à herança cultural; promover a educação; promover a saúde pública e a segurança; promover valores e processos democráticos.

²⁰³ Tomamos como prazo máximo de proteção o definido na lei mexicana, que prevê que as obras intelectuais restam protegidas por até 100 anos contados do falecimento do autor, de acordo com a lei de direitos autorais mexicana.

²⁰⁴ Sempre houve, entretanto, quem advogasse a perpetuidade dos direitos autorais. Em Portugal, tornou-se clássica a disputa entre Alexandre Herculano, que pregava a perpetuidade dos direitos autorais, e Almeida Garrett, defensor do direito de acesso por parte da sociedade. Para compreensão do panorama na Espanha, ver TOLSADA, Mariano Yzquierdo. *La Duración del Derecho de Autor. La Duración de la Propiedad Intelectual y las Obras en Dominio Público*. Coord.: Carlos Rogel Vide. Madri: Réus, 2005; p. 36.

²⁰⁵ Ver, por todos, Antônio Chaves que, de maneira um tanto apoteótica, declara: “[o]nde houver criatividade, originalidade, aí estará, sempre solícito e solerte, o direito de autor, procurando dignificar e salvaguardar o trabalho do criador e do artista, a fim de que dele possam auferir meios de subsistência para continuar produzindo cada vez mais e melhor”. CHAVES, Antônio. **Direito de Autor – Princípios Fundamentais**. Cit.; p. 20.

²⁰⁶ Não significa, entretanto, que toda a criação existirá por causa da expectativa de proteção. O ser humano cria desde muito antes da primeira lei de propriedade intelectual. Ainda hoje, sobretudo quando tratamos de obras colaborativas (como a

proteção ser excessivamente longa. Primeiramente por uma questão lógica: se o objetivo conferido pela exclusividade é promover a criação, que criação se pode esperar de um autor morto, já que a proteção se estende – e muito – para além da vida do autor²⁰⁷? A seguir, porque a expectativa de compensação econômica por parte do autor dificilmente se cumpre após os primeiros anos de divulgação da obra. Ambas as considerações estão intrinsecamente conectadas.

Quanto ao primeiro aspecto, Ana Paula Fuliaro comenta que existe certa deturpação dos direitos patrimoniais, que garantirão “ao empreendedor exploração por período consideravelmente longo, fundamentado em proteção que tem como legítima justificativa a preocupação do criador intelectual com a subsistência dos seus familiares no caso de seu falecimento”²⁰⁸. A autora prossegue com sua análise ao sopesamento dos interesses quanto à proteção da obra intelectual²⁰⁹:

As razões desta proteção já foram especuladas, chegando-se à conclusão de que a norma visa a assegurar a necessária segurança financeira ao autor para que faça do desenvolvimento da arte seu ofício, garantindo-lhe, também, que sua família não estará imediatamente desamparada no caso de seu falecimento.

De outro lado, no que se refere à exploração econômica pelos grupos empresariais, empreendedores da área da comunicação social em geral, a duração no tempo justifica-se como resposta de possibilidade de obtenção de lucro em contraposição ao investimento efetuado.

Ambas as razões são absolutamente plausíveis e em tudo se conformam com o pilar do direito de autor que prevê a possibilidade de exploração econômica da obra como forma de incentivo à produção cultural.

O que se questiona aqui é algo que, na verdade, tem como pano de fundo questão eminentemente social: será razoável prazo de 70 anos de proteção numa realidade econômico-social de celeridade nunca antes vista?

Pelo menos quanto à proteção de fonogramas, Stef van Gompel, pesquisador da Universidade de Amsterdã, vai responder que não. Em sua análise à segunda (e mais importante)

enciclopédia virtual *Wikipedia*), torna-se evidente que a criação não se deu tanto por base o desejo de uma proteção nos moldes tradicionais. Afirmam Landes e Posner: “[a] pesar da ironia de Samuel Johnson ao afirmar que só os tolos não escrevem por dinheiro, sempre houve pessoas talentosas que escrevem ou compõem ou pintam mais por causa da satisfação pessoal do que por causa do rendimento econômico. Se a demanda por um determinado tipo de trabalho é pequena, os esforços de autores automotivados podem ser suficientes para satisfazê-la”. Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “*Despite Samuel Johnson’s quip that only fools don’t write for money, there have always been talented people who wrote or composed or painted because of the personal satisfaction it gave them rather than because of the pecuniary income that they obtained. If the demand for a class of work is small, the efforts of the self-motivated producers may be sufficient to satisfy it*”. LANDES, William M. e POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cit.; p. 65.

²⁰⁷ Não há que se subestimar a matéria. Casos de obras psicografadas já foram objeto de análise pelo poder judiciário, sendo o mais célebre de todos o que discutiu a titularidade dos direitos autorais de obras atribuídas a Humberto de Campos.

²⁰⁸ FULIARO, Ana Paula. *A sucessão em direito de autor: aspectos morais e patrimoniais*. **Direitos Autorais – Estudos em Homenagem a Otávio Afonso dos Santos**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 15.

²⁰⁹ FULIARO, Ana Paula. *A sucessão em direito de autor: aspectos morais e patrimoniais*. Cit., p. 18.

das ponderações acima apontadas, o autor, ao discutir um possível aumento de prazo na proteção aos fonogramas no âmbito da União Europeia²¹⁰, informa que²¹¹:

A partir de uma perspectiva econômica, o aumento do prazo seria razoável se o presente prazo de 50 anos não fosse suficiente para os produtores de fonogramas recuperarem seus investimentos. Ainda assim, parece que: “para a grande maioria dos fonogramas, os produtores normalmente recuperam seus investimentos nos primeiros anos – quando não nos primeiros meses – seguintes ao lançamento, ou então não os recuperam jamais. Se um fonograma não teve seus investimentos recuperados em 50 anos, é bastante questionável que algum dia recuperará”. Assim, 50 anos parecem ser mais do que suficientes para os produtores recuperarem seus investimentos²¹².

Com a superabundância cultural e o incessante e exponencial crescimento de obras intelectuais, sobretudo na internet²¹³, é compreensível que o interesse por determinados produtos diminua (ou mesmo cesse) com o passar do tempo – sendo naturalmente substituído por obras mais recentes. Exemplificando nesse sentido, Chris Anderson afirma que “[o] filme *Twister* foi o segundo maior sucesso de bilheteria em 1996, mas hoje [em 2006], no Amazon, sua versão em DVD vende a metade de um documentário de 2005 do History Channel sobre a Revolução

²¹⁰ A proteção conferida aos fonogramas é de 50 anos e a proposta da Comunidade Europeia seria de aumentar o prazo para 95 anos.

²¹¹ Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “*From an economic perspective, a term extension would be sensible if the present term of 50 years was not sufficient for phonogram producers to recoup their investment. Yet, it appears that: “for the large majority of sound recordings the producers are likely to either recoup their investment within the first years, if not months, following their release, or never. If a recording has not recouped its investment after 50 years, it is very questionable that it ever will”. Thus, 50 years seem to be more than enough for producers to recoup their investment*”. GOMPEL, Stef van. **Extending the term of protection for related rights endangers a valuable public domain**. Disponível em <http://bit.ly/gWyLrG>. Acesso em 02 de abril de 2010.

²¹² Com relação aos sucessivos aumentos de prazo de proteção, alguns outros aspectos podem ser apontados. De modo a mitigar os efeitos deletérios das prorrogações legais, Joseph P. Liu sugere que o tempo de publicação da obra seja levado em conta quando da aplicação dos critérios do *fair use*. Assim, sobre o Mickey Mouse haveria hoje um escopo maior de *fair use* do que sobre Harry Potter. LIU, Joseph P. *Copyright and Time: a Proposal*. **Michigan Law Review**, n. 101; p. 464. Disponível em <http://bit.ly/eVBpTR>. Acesso em 20 de janeiro de 2011. Yochai Benkler, por sua vez, defende que o tempo desempenha papel relevante no custo de transação para o uso de obras alheias, e dá o seguinte exemplo: quando “... *E o Vento Levou*” foi escrito, em 1936, poderia ser protegido até, no máximo, 1992. Dessa forma, licenciar o livro para uma adaptação cinematográfica em 1938 teria um custo *P*. Esse custo leva em consideração o fato de que a obra ingressará em domínio público em 1992, e terá portanto pouco relevância na discussão do valor demandado pela licença em 1938. Mas será provavelmente de suma importância caso se deseje filmar a adaptação do livro em 1991. Prorrogar o prazo de proteção após a obra ter sido criada geraria mudança nas regras inicialmente vigentes e aumentaria o custo de transação. BENKLER, Yochai. *Through the Looking Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain*. **Law and Contemporary Problems – vol. 66**; pp. 199-200.

²¹³ Andrew Keen, um dos maiores opositores do crescimento no número de obras criadas por amadores, na internet, publicou em 2007 um livro bastante polêmico intitulado “*O Culto do Amador*”. No livro, o autor critica o que seria uma “celebração do amadorismo”: “[o]s macacos assumem o comando. Diga adeus aos especialistas e guardiões da cultura de hoje – nossos repórteres, nossos âncoras, editores, gravadoras e estúdios de cinema de Hollywood. No atual culto do amador, os macacos é que dirigem o espetáculo. Com suas infinitas máquinas de escrever, estão escrevendo o futuro. E talvez não gostemos do que ele diz”. KEEN, Andrew. **O Culto do Amador**. Cit.; p. 14. Ocorre que diversos de seus argumentos são tomados de evidente preconceito e (suposto) elitismo cultural, sendo facilmente rebatíveis. Quando afirma que “certamente não consigo imaginar Johann Sebastian Bach lançando uma versão tosca de seus ‘*Concertos de Brandenburgo*’ para ser remixada ou recombinada por seu público”, não leva em conta que tão importante quanto o direito autoral é a liberdade de expressão; que o direito autoral protege indistintamente obras de maior ou de menor qualidade (ou ainda sem qualquer qualidade); mas sobretudo não leva em conta que ninguém é obrigado a gostar mais de Bach do que de um *remix* de sua obra, feito por um amador.

Francesa”²¹⁴. Assim, cada vez mais um bem protegido por direitos autorais precisará recuperar seu investimento no menor espaço de tempo possível.

Não parece ser outra a conclusão a que chegam William Landes e Richard Posner. Os autores informam que, entre 1883 e 1964, quando o prazo de proteção de direitos autorais os EUA era de 28 anos, renováveis a pedido do titular dos direitos, menos de 11% dos registros foram renovados ao final do prazo legal, ainda que os custos de renovação fossem pequenos²¹⁵. Parece-nos bastante razoável crer que essa não renovação se deveu ao fato de os autores não verem mais propósito em manterem o direito de exclusivo conferido pela lei. O destino da obra era, então, o domínio público por falta de renovação do registro.

Em outro estudo a respeito do tema, mas chegando a conclusão idêntica, James Boyle afirma que “[e]stimativas sugerem que apenas vinte e oito anos após sua publicação, 85% das obras não estão mais sendo comercialmente produzidas. (Sabe-se que quando os EUA requeriam renovação de direitos autorais após vinte e oito anos, cerca de 85 por cento de todos os titulares de direitos autorais não se preocupavam em obter a renovação. Esta é uma indicação razoável, ainda que superficial, de viabilidade comercial)”²¹⁶.

Além disso, de novo segundo Landes e Posner, dos 10.027 livros publicados nos EUA em 1930, apenas 174 continuavam sendo publicados em 2001²¹⁷. São duas as conclusões claras a partir desta informação. Em primeiro lugar, que nem toda obra conserva relevância comercial décadas depois de editada. Isso, no entanto, não significa que não haja interesse por ela. O interesse pode ser pequeno (a partir da teoria da cauda longa, apontada por Chris Anderson), pode não justificar um investimento editorial, mas provavelmente subsiste. E tal fato nos conduz à segunda conclusão: não fosse o domínio público, a oferta de acesso à obra seria ainda menor, além de muito mais difíceis as utilizações derivadas.

²¹⁴ ANDERSON, Chris. **A Cauda Longa: Do Mercado de Massa para o Mercado de Nicho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006; p. 140.

²¹⁵ LANDES, William M. e POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cit.; p. 212. Stephen Fishman afirma que, de acordo com o Copyright Office dos Estados Unidos, cerca de 15% das obras publicadas antes de 1964 tiveram seu registro renovado. O número é, ainda assim, consideravelmente baixo. FISHMAN, Stephen. *The Public Domain – How to Find & Use Copyright-Free Writings, Music, Art & More*. Berkeley: Nolo, 2008; p. 280. Segundo Lessig, entre 1790 e 1799, foram publicadas 13.000 obras nos Estados Unidos e apenas 556 registros foram solicitados. Sem o pedido de registro, a obra ingressava, naquela época, imediatamente em domínio público. Foi o que aconteceu, portanto, com 95% das obras naquela década. LESSIG, Lawrence. *The Architecture of Innovation*; p. 185. Disponível em <http://bit.ly/ifXOU6>. Acesso em 20 de janeiro de 2011.

²¹⁶ BOYLE, James. *The Public Domain*. Cit.; p. 9. Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “*Estimates suggest that a mere twenty-eight years after publication 85 percent of the Works are no longer being commercially produced. (We know that when U.S. copyright required renewal after twenty-eight years, about 85 percent of all copyright holders did not bother to renew. This is a reasonable, if rough, guide to commercial viability)*”.

²¹⁷ LANDES, William M. e POSNER, Richard A. *Indefinitely Renewable Copyright*. University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper n. 154, 2001; p. 3. Disponível em <http://bit.ly/gF9Jw1>. Acesso em 20 de janeiro de 2011.

Em síntese, por todo o exposto, do ponto de vista do autor, não parece haver – em regra – interesse em fazer incidir sobre a obra intelectual direitos autorais perpétuos. Se o fundamento primeiro da exclusividade é remunerar o autor, o fundamento se perde tão logo este venha a falecer. Se a manutenção do direito se dá para além da morte do autor com o intuito de não desamparar os familiares, nem sempre esse objetivo será alcançado, já que a maior parte das obras perde seu valor econômico com a passagem do tempo²¹⁸. Uma das razões da perda do valor econômico ocorre certamente por conta do surgimento de obras novas – com as quais as obras mais antigas precisam competir. Como consequência, muitas vezes os próprios autores deixam de ter interesse na republicação de suas obras (como ocorreu nos EUA entre os séculos XIX e XX).

Há ainda um outro problema. Em 2010, a Argentina aprovou uma lei que prorroga o prazo de proteção às obras fonográficas de 50 para 70 anos²¹⁹. Uma das justificativas era o iminente ingresso em domínio público de um LP da cantora Mercedes Sosa, gravado em 1961 e que, portanto, entraria em domínio público no início de 2012.

Ocorre que, segundo noticiado pela imprensa, o LP se encontrava fora de catálogo havia 48 anos, de modo que a prorrogação, sem que se impusesse qualquer obrigação aos titulares dos direitos, nada mais seria do que uma extensão no prazo contratual em benefício de apenas uma das partes²²⁰. Ou seja, nem sempre o aumento do prazo de proteção significa, de fato, resguardar os interesses econômicos de quem quer que seja. Muitas vezes perde o artista (ou perdem seus herdeiros) e perde o público.

Para a sociedade, as dificuldades de um direito autoral perpétuo seriam intransponíveis. Em um sistema de proteção como o atualmente vigente, em que a regra é que qualquer uso de obra protegida seja prévia e expressamente autorizado pelo respectivo titular do direito, a produção cultural não seria tão abundante e os titulares dos direitos não seriam, a despeito do prazo perpétuo, mais remunerados.

²¹⁸ O argumento se torna ainda menos eficaz quando se sabe que, no final da década passada, “estimava-se que dois terços de toda exploração econômica de obras intelectuais fossem detidos por apenas seis grupos de empresas”. LEWICKI, Bruno Costa. **Limitações aos Direitos de Autor**. Cit.; p. 55, citando trabalho de Wilhelm Nerdemann: *A Revolution of Copyright in Germany*. *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* v. 49. n. 4. 2002, p. 1041.

²¹⁹ Quanto ao fenômeno corrente e generalizado do aumento de prazos, Yochai Benkler comenta a pouco plausível cena de um produtor de filmes que explicando seu projeto a determinados investidores e dizendo: “não vamos ganhar muito dinheiro com os primeiros 75 anos de proteção que a lei nos confere, mas o Congresso tem tradicionalmente aumentado os prazos de proteção, e se o Congresso estender o prazo para 95 anos, então vamos fazer uma fortuna!”. Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “*we won't make money within seventy-five years that copyright law currently gives us, but Congress has traditionally extended rights over time, and if Congress extends copyright to ninety-five years, we'll make a killing on this one!*” BENKLER, Yochai. *Through the Looking Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain*. Cit..

²²⁰ Disponível em <http://bit.ly/90T3y9>. Acesso em 15 de novembro de 2010.

Sendo assim, Landes e Posner apontam diversos argumentos que justificam a limitação do prazo de proteção dos direitos autorais²²¹. Dentre eles, podemos mencionar a dificuldade de encontrar o titular dos direitos autorais e o custo de seu licenciamento.

Imagine-se, por exemplo, a tentativa de se fazer uma obra derivada a partir da “Odisseia” de Homero, do “Decamerão” de Bocaccio ou do “Paraíso Perdido” de John Milton. Como encontrar os titulares dos respectivos direitos nesses casos? Ainda que fosse possível encontrar os descendentes algumas vezes, poderiam ser em número tão elevado que simplesmente tornaria inviável qualquer negociação. E mesmo que, a despeito de todos os prognósticos e das improbabilidades matemáticas, os herdeiros fossem encontrados, qual o valor a ser pago?

A essa segunda pergunta, pode-se facilmente responder que a dúvida é a mesma que se põe hoje em dia quanto às obras atualmente protegidas: depende do quanto o titular deseja receber e quanto o (potencial) licenciado ou cessionário está disposto a pagar. Em outras palavras: depende da negociação.

Mas uma coisa é alguém ter que pagar por obras criadas a partir do início do século XX. Outra, bem diferente, é pagar pela utilização de qualquer obra criada desde que o ser humano aprendeu a se expressar.

Quanto ao argumento de que seria muito difícil encontrar os titulares de direitos referentes a obras produzidas há muitos anos (ou séculos), Landes e Posner afirmam que “não é o direito a uma propriedade perpétua, mas a ausência de registro, que cria custos proibitivos de se encontrar o titular dos direitos”²²².

Já quanto ao argumento referente ao aumento dos custos de transação, os autores afirmam ser uma justificativa melhor para se limitar a proteção no tempo²²³. Exemplificam da seguinte maneira²²⁴:

Os custos de transação em um sistema deste tipo [de direitos autorais perpetuamente renováveis] seria maior para compilações, como antologias de obras famosas anteriormente publicadas. Sob a

²²¹ LANDES, William M. e POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cit.; pp. 213 e ss.

²²² LANDES, William M. e POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cit.; p. 215. Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “[i]t is not perpetual property rights but absence of registration that creates prohibitive tracing costs”.

²²³ LANDES, William M. e POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cit.; p.216.

²²⁴ LANDES, William M. e POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cit.; p. 217. Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “[t]ransaction costs under such a system would be greatest for explicitly composite works, such as anthologies of well-known earlier works. Under existing law the publisher of a collection of the world’s greatest poems need obtain copyright licenses for only a subset of the poems – none first published before 1923. Under a regime of indefinitely renewable copyright instituted in 1500 A.D., most of the poems in an anthology of popular poetry might still be under copyright and therefore many more licenses would have to be obtained for a new anthology”.

lei existente, o editor de uma coleção dos maiores poemas do mundo precisa licenciar os direitos autorais para apenas um subconjunto dos poemas - nenhum publicado pela primeira vez antes de 1923 [nos Estados Unidos]. Sob um regime de direito autoral renováveis indefinidamente, instituído em 1500, a maioria dos poemas em uma antologia de poesia popular ainda poderiam estar protegidos por direitos autorais e, portanto, muito mais licenças teriam que ser obtidas para uma nova antologia.

Por isso é que, sem dúvida, uma proteção excessivamente longa aos direitos autorais necessariamente inibiria a produção cultural²²⁵. Por outro lado, a existência do domínio público estimula a criação e facilita o acesso a obras intelectuais²²⁶. Para tanto, vamos tratar de alguns exemplos.

No ano de 2010, o diretor de cinema norte-americano Tim Burton adaptou para a tela grande o clássico “Alice no País das Maravilhas”, de Lewis Carroll. Tendo o escritor inglês falecido em 1898, toda sua obra encontra-se em domínio público. Burton teria gasto aproximadamente US\$ 200,000,000.00 na produção do longa²²⁷, obtendo nas bilheterias mais de US\$ 600,000,000.00 em seu primeiro mês de exibição.

É natural que em produções de grande porte, como é este caso, pouca (ou nenhuma) diferença faria a matéria-prima estar ou não em domínio público. Em Hollywood aparentemente há dinheiro suficiente para se adaptar qualquer obra para o cinema, por mais cara que seja a aquisição do direito de adaptação, desde que o projeto se mostre rentável²²⁸. O mais interessante é poder constatar que uma obra escrita há tanto tempo (a edição original de “Alice no País das Maravilhas” é de 1865) ainda tem força para atrair multidões quando adaptada para o cinema²²⁹²³⁰. Não é porque obras em domínio público são muitas vezes antigas, datadas ou pertencentes a

²²⁵ Landes e Posner afirmam que embora inicialmente o aumento do prazo de proteção diminua a extensão do domínio público, ao longo prazo o domínio público aumentaria. A tese é a seguinte: com a proteção dilatada, os autores precisariam ser mais criativos em suas próprias obras, já que precisariam esperar mais tempo até que obras alheias ingressassem em domínio público. No entanto, ponderam Landes e Posner, essa análise tem pouco significado quando o prazo de proteção é longo demais – e eles consideram o prazo atual excessivamente longo. LANDES, William M. e POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cit.; pp. 69-70.

²²⁶ Joaquín Rams Albasa lembra que a estreia de uma obra cinematográfica baseada em uma obra literária em domínio público não apenas faz lembrar a existência desta como ainda estimula as editoras a colocar tais obras a venda. ALBESA, Joaquín Rams. *Las Obras en Dominio Público. La Duración de la Propiedad Intelectual y las Obras en Dominio Público*. Coord.: Carlos Rogel Vide. Madri: Réus, 2005; p. 183.

²²⁷ Disponível em <http://lat.ms/cOsCBD>. Acesso em 02 de abril de 2010.

²²⁸ Estima-se que J. K. Rowling tenha recebido cerca de um milhão de libras da Warner Brothers pela autorização para adaptar os quatro primeiros volumes de Harry Potter para o cinema. Disponível em <http://bit.ly/enQMuz>. Acesso em 02 de abril de 2010.

²²⁹ É certo que o uso da tecnologia 3D contribuiu bastante para despertar o interesse do público, bem como a direção de Tim Burton e a presença de astros, como Johnny Depp. Ainda assim, de acordo com o *website* IMDB, o filme de Tim Burton já é a 20ª maior bilheteria de todos os tempos. Disponível em <http://imdb.to/9v5bBb>. Acesso em 04 de dezembro de 2010.

²³⁰ Outros exemplos poderiam ser dados entre os campeões de bilheteria no cinema norte-americano. “A Christmas Carol”, filme de 2009, dirigido por Robert Zemeckis e baseado na novela escrita em 1843 por Charles Dickens, arrecadou mais de US\$ 130,000,000, resultado também alcançado por “Troia”, filme baseado na antiquíssima narrativa épica de Homero, “A Ilíada”, escrita possivelmente antes do ano 1.000 anterior ao nascimento de Cristo. Disponível em <http://imdb.to/9v5bBb>. Acesso em 02 de abril de 2010.

outra escola cultural (em razão do grande lapso de tempo entre sua criação e o momento em que ingressa em domínio público) que se pode dizer não terem mais apelo popular. Alguns sucessos de bilheteria são exemplos suficientes.

Mesmo que nos Estados Unidos, com sua bilionária produção cinematográfica, não se hesite em pagar pequenas fortunas para se obter o direito de transformar uma obra em sucesso comercial, é fundamental encarmos ainda a construção do domínio público como forma de criação de obras derivadas de maior ou menor porte.

Afinal, não são apenas as adaptações financeiramente bem sucedidas que nos servem de exemplo. Na verdade, as obras em domínio público permitem um grande exercício da criatividade. A peça shakespeariana “Romeu e Julieta” foi adaptada para o cinema pelo menos 50 vezes²³¹. E mesmo tendo vivido cerca de três séculos antes da invenção do cinema, Shakespeare é creditado como “coautor” de cerca de 800 filmes baseados em suas peças. No momento, 11 filmes realizados a partir de obras do poeta inglês encontram-se em estágio mais ou menos avançado de produção e seis novas adaptações devem ser realizadas nos próximos anos²³².

Todos esses filmes podem ter sido – ou não – bem sucedidos em sua jornada comercial: pouco importa. Em primeiro lugar, o domínio público permitiu que as obras originais fossem adaptadas independentemente de pagamento de direitos autorais. Para Hollywood talvez isso faça pouca diferença, mas certamente é elemento fundamental em indústrias culturais menos abastadas. Em seguida, é possível, com obras em domínio público, explorar enredos que de algum modo já resistiram à passagem do tempo, que são razoavelmente conhecidos do grande público: trata-se, assim, de material em certa extensão já testado. Finalmente, é por meio do domínio público que o homem recicla (remixa), com aproveitamento econômico, (quase) toda a cultura mundial.

Alguns exemplos curiosos reúnem os três elementos acima: adaptação de obra em domínio público que resistiu à passagem do tempo, em evidente exercício de reciclagem. Recentemente, surgiu uma série de livros que se apropriam de obras famosas (todas em domínio público) para integrá-las na cultura pop.

A mais notória até o momento é “*Orgulho e Preconceito e Zumbis*”. O escritor e roteirista Seth Grahame-Smith tomou como base o famoso romance de Jane Austen e inseriu os zumbis por

²³¹ Disponível em <http://imdb.to/hKQpJi>. Acesso em 02 de abril de 2010.

²³² Disponível em <http://imdb.to/13VKiW>. Acesso em 02 de abril de 2010. O já citado Charles Dickens aparece com cerca de 300 adaptações; Machado de Assis, cujas obras ingressaram em domínio público no final dos anos 1960, conta com 20 adaptações desde então.

sua própria conta²³³. Segundo seus cálculos, 85% de seu romance foi escrito por Jane Austen, tendo ele contribuído com os outros 15%²³⁴. Mas foram exatamente esses 15% que fizeram do livro um sucesso editorial²³⁵. Tanto que a mesma editora publicou “*Razão e Sensibilidade e Monstros Marinhos*” ainda em 2009 e, em 2010, “*Androide Karenina*”²³⁶.

Porém, não apenas a possibilidade de obter sucesso com obras derivadas nem estimular a criatividade justificam economicamente a existência do domínio público²³⁷. Ambas as situações dizem respeito diretamente a quem cria. Mas provavelmente o aspecto mais relevante diz respeito ao acesso por parte da sociedade.

Enquanto uma obra se encontra protegida, é normal que apenas um titular regularmente autorizado pelo autor possa auferir vantagens econômicas por sua exploração. Entretanto, quando a obra ingressa em domínio público, qualquer pessoa – física ou jurídica – pode passar a explorá-la da mesma forma.

Veja-se o exemplo de Sigmund Freud. O psicanalista, certamente uma das pessoas que mais influenciaram o pensamento mundial no século XX, faleceu em 23 de setembro de 1939, deixando vastíssima obra de importância singular no estudo da psicanálise. Por isso, sua obra ingressou em domínio público em boa parte do mundo em 01 de janeiro de 2010. No Brasil, até então a editora Imago era a única a ter direito de publicação de seus escritos. Com a entrada das obras de Freud em domínio público, começaram a surgir novas traduções, pelas editoras

²³³ Matéria do suplemento literário Prosa e Verso, de 20 de março de 2010, do jornal “O Globo” informa como surgiu a ideia: “Até o ano passado, a *Quirk Books* era uma editora desconhecida que publicava livros como ‘*As vidas secretas dos grandes artistas*’ e ‘*O Manual de Batman*’. O editor Jason Rekulak matava o tempo livre no *YouTube* vendo *mash-ups*, vídeos que misturam trechos de clipes, filmes e programas de TV. Inspirado neles, criou uma forma de aplicar as técnicas ao seu ramo: fez uma lista de clássicos com direitos autorais em domínio público (Dickens, Tolstoi, Jane Austen) e uma de coisas que fazem todo mundo rir (zumbis, monstros marinhos, ninjas). Bastou ligar os pontos”. FREITAS, Guilherme. **Jane Austen Reencarnada**. Caderno Prosa e Verso, O Globo, 20 de março de 2010; p. 6.

²³⁴ Curiosamente, e em razão da preservação dos direitos morais de autor a que Jane Austen faz jus, o livro circula com a curiosa autoria de “Jane Austen e Seth Grahame-Smith”.

²³⁵ Segundo a mesma matéria jornalística anteriormente citada, o propósito do autor de “*Orgulho e Preconceito e Zumbis*” não foi “caçoar” de Jane Austen. “Queríamos amplificar seus temas e preservar o que ela fez. Acrescentando zumbis”, afirma. E acrescenta: “[o]s personagens dela [Austen] são muito contidos, seus conflitos são sempre internos. Então decidimos que os zumbis seriam uma forma de exteriorizar esses conflitos. Toda vez que alguém está sofrendo, ou tem os sentimentos feridos, os zumbis aparecem”. Naturalmente, o livro já conta com uma adaptação cinematográfica, prevista para 2011. FREITAS, Guilherme. **Jane Austen Reencarnada**. Caderno Prosa e Verso, O Globo, 20 de março de 2010; p. 6. De acordo com outra matéria publicada no jornal “O Globo” de 26 de dezembro de 2010, “Novo ‘boom’ de Jane Austen” (Segundo Caderno, p. 6), “[q]uase 200 anos após sua morte, em 1817, Jane Austen ainda é lida, discutida, filmada, adaptada e reinventada por aí, tanto na vida real quanto na internet. Exemplos não faltam. Da Índia aos EUA, novos filmes baseados em seus livros estão sendo preparados ou recém-chegaram aos cinemas. Em 2010, um romance e uma *graphic novel* misturaram seus personagens mais famosos com zumbis. E um dos vídeos mais bacanas da internet em 2010, “*O clube da luta de Jane Austen*”, que faz graça com o universo da autora, bateu a marca de um milhão de acessos”.

²³⁶ A prática chegou também ao Brasil, onde foram publicados livros como “*Dom Casmurro e os Discos Voadores*”, de Machado de Assis e Lúcio Manfredi; “*A Escrava Isaura e o Vampiro*”, de Bernardo Guimarães e Jovane Nunes e “*Senhora, a Bruxa*”, de José de Alencar e Angélica Lopes.

²³⁷ Sobre a relação entre domínio público e o ofício dos escritores, ver THOMPSON, Bill. *The Public Domain and the Creative Author. Intellectual Property – The Many Faces of the Public Domain*. Cheltenham: 2007.

Companhia das Letras e L&PM²³⁸. Agora, o público conta com pelo menos três coleções dos estudos psicanalíticos do médico alemão.

As consequências positivas da possibilidade de escolha são evidentes a partir de uma concepção de concorrência. Cada uma das múltiplas edições tentará superar em qualidade as demais edições, o que melhora o nível do material disponível ao consumidor. Além disso, ao menos idealmente, o preço tende a ser reduzido e a obra se torna mais facilmente encontrada.

Enquanto “O Alquimista”, o *best seller* mundial de Paulo Coelho, conta com apenas duas edições em Português (a versão original pela editora Planeta do Brasil e outra em quadrinhos pela Record²³⁹), “Dom Casmurro” – que se encontra em domínio público pelo menos desde o final dos anos 1960 –, por exemplo, tem cerca de 17 edições disponíveis simultaneamente em *websites* especializados em venda de livros²⁴⁰, havendo inclusive um exemplar em *audiobook* e, ainda, uma versão infanto-juvenil.

1.3.2.3 Razões jurídicas

²³⁸ Conforme esclarece em determinados trechos matéria jornalística: “[e] aqui chegamos às origens do ‘Freud em português’: o prestígio da Psicanálise inglesa entre nós, e a própria qualidade da *Standard*, levaram à decisão de a traduzir para a nossa língua, em vez de o fazer do original alemão. Hoje isso soa quase absurdo, mas na época pareceu uma opção aceitável, e de fato muitos brasileiros aprenderam Psicanálise nas páginas da Edição Standard Brasileira. Ocorre que ela foi realizada com critérios pouco científicos, sem preocupação com o vocabulário técnico, e apresenta inúmeros erros de compreensão do próprio inglês. Os analistas que se encarregaram do trabalho tinham boa vontade, mas não talento literário, e produziram um texto pesado, deselegante, nos antípodas do estilo de Freud. Na década de oitenta, esses problemas começaram a ser percebidos. A Editora Imago buscou remediá-los emendando as passagens mais problemáticas; o esforço, porém, não valeu a pena, e logo se tornou patente que o melhor era substituir o texto por uma tradução correta a partir do original alemão. Depois de muitas idas e vindas, a casa carioca contratou o analista e professor de alemão Luiz Alberto Hanns para coordenar o empreendimento; desde 2006, sua equipe já publicou três volumes, e no momento prepara um quarto. Nos anos noventa, o germanista Paulo César Souza, que com a analista paulistana Marilene Carone fora dos primeiros a chamar a atenção para os equívocos da Standard Brasileira, traduziu alguns textos que circularam *intramuros*, em publicações da Sociedade Brasileira de Psicanálise de São Paulo. Isso porque só em 2009 a obra de Freud cairia em domínio público: até lá, os direitos autorais pertenciam à Imago. Ora, a partir de janeiro de 2010 este obstáculo deixou de existir, e é por essa razão que estão sendo lançados os primeiros volumes de duas outras traduções: a da Companhia das Letras, a cargo de Paulo César Souza, e a da L&PM, por Renato Zwick. O leitor brasileiro passa assim a dispor não de uma, mas de três versões da obra de Freud. São projetos diferentes, que a meu ver se complementam. O da L&PM visa a apresentar o autor a um público mais amplo, inclusive pelo formato de bolso. É bem cuidada, trazendo prefácios específicos para cada livro de Freud – os dois que acabam de vir à luz, *O Futuro de uma Ilusão* e *O Mal-Estar na Cultura*, são apresentados respectivamente por Renata Udler Cromberg e Márcio Seligman-Silva – e um útil “ensaio bibliográfico” assinado pelos psicanalistas Paulo Endo e Edson Souza. Creio que se destina a estudantes de graduação, e a leitores que, sem se preocupar com as sutilezas do texto freudiano, desejam apenas saber o que o mestre diz sobre tal ou qual assunto”. Disponível em <http://bit.ly/almB2V>. Acesso em 02 de abril de 2010.

²³⁹ Disponível em <http://bit.ly/fz13s6>. Acesso em 02 de abril de 2010. Ainda assim, é importante mencionar que Paulo Coelho vem consistentemente defendendo a cópia privada de seus livros na Internet (ver, entre outros, <http://bit.ly/bm4Bx7>, acesso em 02 de abril de 2010), de modo que é fácil encontrar seus textos (quase sempre na íntegra) disponíveis para *download*.

²⁴⁰ Conforme informação do *website* <http://bit.ly/eKn5g1>. Consulta em 31 de outubro de 2009. Os preços variavam de R\$ 10,50 até R\$ 43,95, a depender da qualidade da edição.

As razões jurídicas que justificam a existência do domínio público podem ser analisadas sob vários prismas. Vamos nos ater ao ordenamento jurídico brasileiro hoje vigente. Por isso, iniciamos com nosso norte hermenêutico, a dignidade da pessoa humana e sua relação com o domínio público. A partir daí, esclarecemos por que a LDA não é suficiente para garantir a efetividade de diversos direitos constitucionalmente garantidos, em virtude de sua extrema restritividade. Como consequência, o domínio público passa a exercer papel indispensável na construção da cultura nacional.

(i) Dignidade da pessoa humana

O uso da expressão “dignidade da pessoa humana” no mundo do direito é fato histórico recente²⁴¹. No Brasil, não foi senão na CF/88 que se inseriu, em seu art. 1º, III, que a dignidade da pessoa humana é um dos “fundamentos da República”. Agindo assim, nosso constituinte consagrou tal princípio e, dada a sua eminência, “proclamou-o entre os princípios fundamentais, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática”²⁴²

É de se notar que o art. 1º, III, da CF/88, exerce função de verdadeira cláusula geral²⁴³ no Direito brasileiro, devendo ser esta entendida como formulação de caráter significativamente genérico e abstrato e cujos valores “devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz”²⁴⁴.

Para Antônio Junqueira de Azevedo, a expressão é um conceito jurídico indeterminado quando tomada em si mesma e, se utilizada em norma, especialmente constitucional, é princípio

²⁴¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004; p. 3. A inserção da cláusula de proteção à dignidade da pessoa humana não foi inovação brasileira. “A Constituição italiana de 1947, entre os princípios fundamentais, também já havia proclamado que ‘todos os cidadãos têm a mesma dignidade e são iguais perante a lei’”. Não obstante, costuma-se apontar a Lei Fundamental de Bonn, de maio de 1949, como o primeiro documento legislativo a consagrar o princípio em termos mais incisivos: ‘Art. 1,1 – A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais’”. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma Leitura Civil Constitucional dos Danos Morais**. Cit.; p. 83.

²⁴² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma Leitura Civil Constitucional dos Danos Morais**. Cit.; p. 83.

²⁴³ A respeito das cláusulas gerais, anota Gustavo Tepedino: “[c]uida-se de normas que não prescrevem uma certa conduta mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação das demais disposições normativas”. TEPEDINO, Gustavo. *Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. **Temas de Direito Civil II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; p. 7.

²⁴⁴ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados**, São Paulo: ed. RT, p. 6.

jurídico²⁴⁵. Dessa forma, seria sob esta última caracterização que estaria na CF/88, já que ali aparece entre os princípios fundamentais²⁴⁶.

O grande desafio jurídico, no que concerne à análise do princípio da proteção à dignidade da pessoa humana, é lhe definir um conteúdo palpável²⁴⁷. Assim como se passa com todos os demais conceitos jurídicos indeterminados, deverão a doutrina e a jurisprudência fixar-lhe os contornos²⁴⁸. No entanto, em virtude de sua inserção recente em nosso ordenamento jurídico, bem como por conta da dificuldade de se definir o conceito de dignidade, o princípio vem sendo “usado para fundamentar tanto a permissão da introdução quanto a proibição da introdução, da eutanásia, do abortamento, da pena de morte, da manipulação de embriões, do exame obrigatório de DNA, da proibição de visitar os filhos etc”²⁴⁹.

Não apenas *in abstracto* a análise do princípio impõe dificuldades. A proteção conferida à dignidade de uma pessoa muitas vezes deverá ser compatibilizada com a dignidade de outra²⁵⁰²⁵¹. Portanto, leis, doutrina e jurisprudência precisam encontrar os limites de composição dos interesses envolvidos nas questões relacionadas à dignidade da pessoa humana. De modo a

²⁴⁵ A respeito da importância na aplicação dos princípios, comenta Pietro Perlingieri: “[a]s normas constitucionais – que ditam princípios de relevância geral – são de direito substancial, e não meramente interpretativas; o recurso a elas, mesmo em sede de interpretação, justifica-se, do mesmo modo que qualquer outra norma, como expressão de um valor do qual a própria interpretação não pode subtrair-se. É importante constatar que também os princípios são normas”. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil** - 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; p. 11.

²⁴⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. Cit.; p. 4.

²⁴⁷ Maria Celina Bodin de Moraes indaga, para logo a seguir ponderar: “[m]as em que consiste a dignidade humana, expressão reconhecidamente vaga, fluida, indeterminada? Esta é uma questão que, ao longo da história, tem atormentado filósofos, teólogos, sociólogos de todos os matizes, das mais diversas perspectivas, ideológicas e metodológicas. A temática tornou-se, a partir de sua inserção nas longas Constituições, merecedora da atenção privilegiada do jurista que tem, também ele, grande dificuldade em dar substância a um conceito que, por sua polissemia e o atual uso indiscriminado, tem um conteúdo ainda mais controvertido do que no passado”. MORAES, Maria Celina Bodin de. *O Princípio da Dignidade Humana*. MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.) **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; p. 6.

²⁴⁸ Diz Antônio Junqueira de Azevedo que “[m]al o século XX se livrou do vazio do ‘bando dos quatro’ - os quatro conceitos jurídicos indeterminados: função social, ordem pública, boa-fé, interesse público -, preenchedo-os, pela lei, doutrina e jurisprudência, com alguma diretriz material, que surge, agora, no século XXI, problema idêntico com a expressão ‘dignidade da pessoa humana!’”. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. Cit.; p. 8.

²⁴⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. Cit.; p. 8.

²⁵⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. Cit.; p. 14.

²⁵¹ São muitos os exemplos possíveis. Um dos mais eloquentes é, certamente, julgado do Supremo Tribunal Federal, ocorrido em 1994, no qual se discutiu a possibilidade de se conduzir o réu “debaixo de vara” para se efetuar exame de DNA em ação de investigação de paternidade. Não sem polêmica ou dissenso, a suprema corte brasileira decidiu, por maioria (quatro ministros votaram pela possibilidade de se obrigar o réu a fazer o exame), pela impossibilidade de se obrigar o exame. Ementa: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU “DEBAIXO DE VARA”. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, “debaixo de vara”, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. HC 71373 / RS - RIO GRANDE DO SUL. Relator: Min. FRANCISCO REZEK. Julgamento: 10/11/1994. Disponível em <http://bit.ly/gwzQBv>. Acesso em 20 de fevereiro de 2009.

apresentar um panorama não exaustivo, apontaremos abaixo como alguns autores brasileiros, que se dedicaram expressamente ao tema, entendem o conteúdo de referido princípio.

Para Antônio Junqueira de Azevedo, a concretização da dignidade da pessoa humana seria alcançada sobretudo a partir da intangibilidade de sua vida, que não admitiria exceção. Algumas de suas concretizações seriam *(i)* a proibição da eutanásia, *(ii)* a proibição do abortamento do embrião e *(iii)* a impossibilidade da introdução legislativa da pena de morte²⁵². A partir daí, o autor propõe ainda três consequências interpretativas.

A primeira seria o respeito à integridade física e psíquica da pessoa humana; a segunda, o respeito às condições mínimas de vida e, finalmente, o respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária entre os homens²⁵³.

Já Ana Paula de Barcellos buscou o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana por meio da delimitação de seu mínimo existencial, que, segundo a autora, seria composto “de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça”, ressaltando que “esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o status de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário”²⁵⁴.

Dos elementos acima apontados, interessa-nos particularmente a educação fundamental. Conforme mencionado anteriormente, as obras intelectuais são indispensáveis para a concretização dos princípios constitucionais de acesso ao conhecimento e à educação, cabendo ao domínio público o papel de grande manancial de obras livremente acessíveis e manipuláveis.

A preocupação de Ana Paula de Barcellos cinge-se sobretudo quanto ao acesso à qualidade de aluno, de modo que o mínimo existencial relacionado à dignidade da pessoa humana teria como resultado a possibilidade de o indivíduo poder exigir judicialmente uma vaga em alguma escola pública, de qualquer nível federativo, onde possa cursar o ensino fundamental²⁵⁵. É a própria autora quem antecipa as eventuais críticas que poderia vir a sofrer em razão de limitar a dignidade da pessoa humana ao direito ao ensino fundamental, mas esclarece adequadamente que “a crítica, ainda que pertinente, esvazia-se consideravelmente quando confrontada com a realidade de que boa parte da população brasileira não dispõe de educação alguma – nem pouca,

²⁵² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. Cit.; pp. 14-17.

²⁵³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. Cit.; pp. 17-20.

²⁵⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; p. 258.

²⁵⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Cit.; pp. 261-262.

nem muita – o que não apenas a afasta até mesmo [de] (...) postos de trabalho de baixa qualificação, como também a aliena das prerrogativas mais singelas da cidadania”²⁵⁶.

Se por um lado a proposta de Ana Paula de Barcellos garantiria ao cidadão o direito de frequentar aulas do ensino fundamental mesmo onde não houvesse vagas em escolas públicas, quanto ao *conteúdo* a ser ministrado em sala de aula, é necessário tecermos outras considerações. Afinal, não se educa exclusivamente a partir da existência de vagas em escolas, públicas ou não. O processo de construção do conhecimento está diretamente ligado à disponibilidade de material didático *stricto* ou *lato sensu*,

Por isso é que sem acesso a obras intelectuais a garantia do direito à educação fica comprometida. É muito comum encontrarmos reflexões acerca do direito autoral com o objetivo de justificar a proteção ao autor. Mas existe ainda a necessidade de olharmos o direito autoral a partir de outro ângulo, não menos importante – as condições de acesso às obras por parte da sociedade.

Para José Afonso da Silva, a interpretação dos artigos 205²⁵⁷ e 227²⁵⁸ da CF/88 determina que “o Estado tem que aparelhar-se para fornecer, a todos, os serviços educacionais, isto é, oferecer ensino, de acordo com os princípios estatuídos na CF/88 (art. 206²⁵⁹); que ele tem que ampliar cada vez mais as possibilidades de que todos venham a exercer esse direito; e, em segundo lugar, que todas as normas da CF/88, sobre educação e ensino, hão de ser interpretadas em função daquela declaração e no sentido de sua plena e efetiva realização”²⁶⁰.

A não indicação expressa dos direitos culturais como direito social (por não constarem do rol do art. 6º da CF/88) não parece diminuir seu campo de atuação. José Afonso da Silva defende

²⁵⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Cit.; pp. 262-263.

²⁵⁷ **Art. 205.** A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

²⁵⁸ **Art. 227.** É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

²⁵⁹ **Art. 206.** O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII - garantia de padrão de qualidade. VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).

²⁶⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo** - 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992; pp. 279-280.

que, em conformidade com o art. 215 da CF, “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 aí também se vê que se trata de direitos informados pelo princípio da universalidade, isto é, direitos garantidos a todos”²⁶¹.

E quais seriam tais direitos culturais reconhecidos em nossa Constituição Federal? Para José Afonso da Silva, são²⁶²:

(i) direito de criação cultural, compreendidas as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

(ii) direito de acesso às fontes da cultura nacional;

(iii) direito de difusão da cultura;

(iv) liberdade de formas de expressão cultural;

(v) liberdade de manifestações culturais;

(vi) 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 público.

Parece evidente, então, que não basta garantir lugar no banco da sala de aula. A escola será incapaz de cumprir com os dispositivos constitucionais acima mencionados se houver restrição de acesso às obras intelectuais. Como se verá adiante, a LDA impõe diversos limites no uso, por parte da sociedade, de obras protegidas por direitos autorais – ainda que o uso tenha fins não comerciais e didáticos. Entendemos que o uso com fins educacionais – em qualquer nível, quer seja a instituição de ensino pública ou privada – caracterizará uma das hipóteses de funcionalização dos direitos autorais.

Sendo assim, para alcançarmos a plena eficácia da cláusula que protege a dignidade da pessoa humana, é necessário garantirmos não apenas o direito a frequentar aulas do ciclo fundamental de educação, mas também o direito de ter acesso a obras didáticas²⁶³ para garantir, como consequência, o direito de se manifestar e de criticar, componentes da liberdade de expressão garantida constitucionalmente.

²⁶¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Cit.; p. 280.

²⁶² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Cit.; p. 280.

²⁶³ Neste passo, damos ao conceito de “obra didática” o mais amplo possível. Entendemos que no mundo contemporâneo não dá para ficarmos limitados a livros escolares como exemplo de obras didáticas. Textos de qualquer gênero, bem como obras audiovisuais e obras musicais exercem hoje papel fundamental na educação e daí a importância de seu acesso com fins educativos.

Quanto a este aspecto, importante apontarmos que a educação escolar não se dá, também, apenas pelo acesso às obras intelectuais. Há que igualmente se permitir a manipulação das obras, o uso criativo destas e a divulgação das obras derivadas, ainda que o fim não lucrativo seja uma condição a ser observada. Criar também é elemento indispensável à formação do estudante e o direito autoral deve servir como estímulo, não como obstáculo.

Ainda assim, ou seja, mesmo que possamos justificar o aproveitamento das obras protegidas por direito autoral como um uso justificadamente funcionalizado, é claro que o domínio público assume papel relevantíssimo em tal cenário. Afinal, as obras em domínio público podem ser utilizadas de modo muito mais amplo do que aquelas cujos direitos patrimoniais ainda se encontram dentro do prazo de proteção.

Em obra dedicada a estabelecer parâmetros concretos para a dignidade da pessoa humana, Maria Celina Bodin de Moraes vai desdobrar o princípio constitucional em quatro postulados: “(i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; (ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; (iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; (iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade”²⁶⁴.

Ainda a partir desta perspectiva, é importante observarmos que os corolários acima indicados – igualdade, integridade psicofísica, liberdade e solidariedade – precisam, eles mesmos, de maior concretude. Será nessa segunda análise que poderemos relacionar a dignidade da pessoa humana aos direitos autorais.

Nesse sentido, a própria Maria Celina Bodin de Moraes é quem irá comentar acerca do corolário da liberdade, integrante da dignidade da pessoa humana²⁶⁵:

Como exemplos de situações violadoras da dignidade humana em razão da lesão ao princípio da liberdade, cabe referir a revista íntima a que é submetido o empregado, o exame toxicológico determinado pelo empregador e outros exames em geral, como, por

²⁶⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma Leitura Civil Constitucional dos Danos Morais**. Cit.; p. 85. A busca pelo conteúdo do princípio é imperativa, dada a amplitude do valor da dignidade, que alcança todos os setores da ordem jurídica. É por isso que Maria Celina Bodin de Moraes alerta: “[e]is a principal dificuldade que se enfrenta ao buscar delinear, do ponto de vista hermenêutico, os contornos e os limites do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Uma vez que a noção é ampliada pelas infinitas conotações que enseja, corre-se o risco de generalização absoluta, indicando-se como *ratio* jurídica de todo e qualquer direito fundamental. Levada ao extremo, essa postura hermenêutica acaba por atribuir ao princípio um grau de abstração tão completo que torna impossível qualquer sua aplicação”. MORAES, Maria Celina Bodin de. *O Princípio da Dignidade Humana*. Cit.; p. 16.

²⁶⁵ *Grifamos*. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma Leitura Civil Constitucional dos Danos Morais**. Cit.; p. 107.

exemplo, a submissão ao chamado “bafômetro”, ou ainda a impossibilidade de não receber transfusão de sangue por motivos religiosos, a incapacidade de controle acerca dos próprios dados pessoais, o rigor excessivo no exercício da autoridade parental, a *restrição à manifestação de pensamento e crítica*, a prisão ilegal e outras circunstâncias que, embora presentes no Direito Civil, têm sido mais tuteladas pelo Direito Penal, tais como o cárcere privado, a violência sexual – dentro ou fora do casamento –, a falsa denúncia.

Carlos Affonso Pereira de Souza entende a conexão entre os temas a partir de duas perspectivas. Na primeira, assim como apontado por Maria Celina Bodin de Moraes, os direitos autorais se relacionariam à ideia de liberdade, em função da liberdade de criação intelectual, tutelada pelo ordenamento jurídico. Em uma segunda concepção, os direitos morais do autor poderiam ser protegidos a partir da tutela da integridade moral da pessoa humana²⁶⁶. Interessamos sobretudo, pelo menos neste momento, a primeira abordagem.

Conforme visto anteriormente, as obras intelectuais são criadas tendo por base múltiplas influências advindas de obras alheias. A garantia à liberdade de criação intelectual exige, portanto, o acesso a obras alheias, pois é somente a partir da formação cultural do indivíduo que este poderá criar suas próprias obras.

Nesse cenário, se nos for possível a expressão por meio de uma metáfora, o direito autoral funciona como represa, e o domínio público, como estuário. Enquanto protegidas pelos direitos autorais patrimoniais, o acesso às obras produzidas se dará nos limites da lei ou na medida em que seu acesso seja autorizado pelo titular dos direitos. Uma vez que a obra seja inserida no domínio público, seu acesso será livre, bem como sua utilização.

A efetividade do direito de liberdade de criação, tido como postulado da dignidade da pessoa humana, será alcançada por dois caminhos: o do acesso e o da liberdade de expressão. O primeiro é pressuposto do segundo. Apenas por meio do acesso às obras intelectuais alheias é que os autores poderão se expressar. Incluímos na classe dos autores todos aqueles que desejam criar obras intelectuais, mas sobretudo os alunos de qualquer instituição de ensino, pública ou privada, e de qualquer nível.

²⁶⁶ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **O Abuso do Direito Autoral**. Tese apresentada ao programa de pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009. “A comprovação de que a disciplina do direito autoral se insere no debate sobre a dignidade da pessoa humana pode ser percebida pela localização dos princípios jurídicos da integridade moral e da liberdade como postulados da dignidade da pessoa humana. Dentre as manifestações do princípio da liberdade estaria, evidentemente, a liberdade de criação intelectual, recebendo do ordenamento jurídico a devida tutela. Por outro lado, a integridade moral da pessoa também pode levar em conta a vinculação da personalidade do autor com a obra criada, sendo assim a tutela dos direitos morais uma forma de garantir essa integridade moral”.

Vê-se, assim, que o acesso às obras intelectuais – bem como a consequente liberdade de expressão – acaba por garantir ainda outros direitos fundamentais, como o direito à educação, à cultura e ao lazer, sem se esquecer da livre iniciativa, dentro dos limites autorizados pela lei²⁶⁷.

Finalmente, cabe lembrar que as justificativas da importância de um direito autoral funcionalizado e de um domínio público amplo não se extinguem aqui. Sendo a liberdade de expressão uma evidente manifestação do direito de personalidade, não pode ser limitada pelas hipóteses de previsão legal. Como já alertou Pietro Perlingieri, “[n]enhuma previsão especial poderia ser exaustiva porque deixaria de fora algumas manifestações e exigências da pessoa que, em razão do progresso da sociedade, exigem uma consideração positiva”^{268 269}. E acrescenta²⁷⁰:

O fato de a personalidade ser considerada como valor unitário, tendencialmente sem limitações, não impede que o ordenamento preveja, autonomamente, algumas expressões mais qualificantes como, por exemplo, o direito à saúde (...), ao estudo (...), ao trabalho (...). O juiz, de toda forma, não poderá negar tutela a quem pedir garantia de um aspecto de sua própria existência que não tenha previsão específica, pois aquele interesse já tem uma relevância no ordenamento, e, portanto, uma tutela também em via judicial.

Por isso, entendemos que uma das justificativas legais para a existência do domínio público é auxiliar a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana a partir de diversos aspectos, como a liberdade de expressão e o direito à educação.

(ii) A lei brasileira de direitos autorais: restritividade

Tão logo um músico componha uma de suas obras musicais, esta se encontra protegida nos termos da LDA. Não há qualquer necessidade de registro da obra para o surgimento da

²⁶⁷ A livre iniciativa é garantia constitucional, prevista tanto no art. 1º, IV, quanto no art. 170 da CF/88.

²⁶⁸ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p.765.

²⁶⁹ Idêntico é o entendimento de Gustavo Tepedino, ao afirmar: “[a] personalidade humana deve ser considerada antes de tudo como um valor jurídico, insuscetível, pois de redução a uma situação jurídica-tipo ou a um elenco de direitos subjetivos típicos, de modo a se proteger eficaz e efetivamente as múltiplas e renovadas situações em que a pessoa venha a se encontrar, envolta em suas próprias e variadas circunstâncias. Daí resulta que o modelo do direito subjetivo tipificado, adotado pelo Codificador brasileiro, será necessariamente insuficiente para atender às possíveis situações subjetivas em que a personalidade humana reclame tutela jurídica”. A seguir, complementa: “Permanecem os manuais brasileiros, em sua maioria, analisando a personalidade humana do ponto de vista exclusivamente estrutural (ora como elemento subjetivo da estrutura das relações jurídicas, identificada com o conceito de capacidade jurídica, ora como elemento objetivo, ponto de referência dos direitos da personalidade) e protegendo-a em termos apenas negativos, no sentido de repelir as agressões que a atingem. Reproduz-se, desse modo, a técnica do direito de propriedade, delineando-se a tutela da personalidade de modo setorial e insuficiente”. TEPEDINO, Gustavo. *Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. Cit.; pp. 10-11.

²⁷⁰ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Cit.; p.765.

proteção. Afinal, segundo o art. 18 da referida lei, a proteção aos direitos autorais independe de registro²⁷¹.

É evidente que a alusão ao músico é meramente ilustrativa. O mesmo se dá para qualquer produção intelectual desenvolvida sob os auspícios da LDA. Assim é que sem qualquer esforço adicional à elaboração da obra, esta se encontra devidamente protegida. E quais as consequências disso?

Em primeiro lugar, como vimos, o registro é dispensável. Caso se opte por registrar a obra, entretanto, o ato se dará apenas para facilitar a prova de autoria. Por isso, não se pode atribuir ao registro o caráter constitutivo de direito, ao contrário do que se dá, em regra, com o registro das marcas²⁷².

Em seguida, podemos afirmar que do ponto de vista do autor, este gozará de todas as prerrogativas de proteção outorgadas pela LDA. Dessa maneira, a simples criação atribuí ao autor os direitos morais e patrimoniais previstos em lei²⁷³.

Finalmente, devemos considerar a perspectiva da sociedade. Se por um lado a criação intelectual atribuí a seu criador os direitos previstos na LDA, por outro, fica a sociedade a cumprir os respectivos deveres contrapostos aos direitos de autor. Dessa forma, ao estatuir o art. 29 da LDA que depende de prévia e expressa autorização do autor a utilização da sua obra por quaisquer modalidades, seguindo-se então uma lista exemplificativa de condutas, determina a lei que fica o uso da obra proibido a menos que uma autorização seja outorgada.

Há que se argumentar, logo de início, que o texto da lei é criticável por diversos motivos. O *caput* do art. 29 menciona autorização prévia e expressa do autor quando deveria se referir à autorização do titular. Afinal, nem sempre é o autor o titular dos direitos autorais de obra por ele criada, uma vez que pode tê-los cedido a terceiros.

Outra crítica que se pode fazer é a redundância da redação do mesmo artigo. Em seu *caput*, por duas vezes se aponta que a enumeração é exemplificativa, tanto quando se menciona “por quaisquer modalidades” quanto ao prosseguir com “tais como”. Não achando suficiente, o

²⁷¹ Não significa, contudo, que o registro não seja recomendável ou mesmo, por outros motivos, obrigatório. A recente lei 10.192, de 14 de janeiro de 2010, dispõe sobre o depósito legal de obras musicais na Biblioteca Nacional. De acordo com seu art. 3º, ficam os impressores e gravadoras fonográficas e videofonográficas obrigados a remeter à Biblioteca Nacional, no mínimo, 2 (dois) exemplares de cada obra editada ou gravada, bem como sua versão em arquivo digital, no prazo máximo de 30 (trinta) dias após a publicação da obra, cabendo à editora, ao produtor fonográfico e ao produtor videofonográfico a efetivação desta medida. O registro não se presta, entretanto, a conferir a proteção pela lei de direito autoral, que já existe desde a criação da obra. Serve, na própria previsão legal, e entre outras justificativas, para assegurar a preservação da memória musical brasileira.

²⁷² A LPI prevê, em seu art. 129, que a propriedade da marca se adquire pelo registro validamente expedido, ainda que haja uma série de exceções à regra, o que faz alguns doutrinadores defenderem que o Brasil adota um sistema misto.

²⁷³ Conforme disposto, entre outros, nos arts. 24 e 29 da LDA.

legislador encerrou o rol com o inciso X que dispõe, *in verbis*, “quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas”, produzindo-se um estranho caso de artigo triplamente exemplificativo em nosso ordenamento jurídico.

Pode parecer, portanto, que o legislador está empenhado em afirmar que não importa qual seja o interesse de terceiro na utilização da obra: essa utilização é vedada.

Ainda que esta seja a regra que se infere da leitura do artigo, tal regra não pode ser absoluta. Imagine-se a infinidade de inconvenientes caso não houvesse outra forma de se acessar, citar, difundir, criticar ou recriar obras alheias. Em um sistema em que não há direitos absolutos, não se pode pretender que o direito autoral o seja.

Acerca do tema, Eduardo Vieira Manso afirma²⁷⁴:

Confrontam-se, dessa forma, dois interesses igualmente legítimos, igualmente inafastáveis, que o Estado deve atender de maneira igualmente satisfatória para ambos: de um lado, o autor, cujo trabalho pessoal e criativo (dando uma forma especial às idéias) deve ser protegido e recompensado e, de outro, a sociedade que lhe forneceu a matéria-prima dessa obra e que é seu receptáculo natural. Como membro dessa sociedade, o autor não pode opor-lhe seu próprio interesse pessoal, em detrimento do interesse superior da cultura; e como mantenedora da ordem, não pode a sociedade subjugar o indivíduo, em seu exclusivo benefício, retirando-lhe aquelas mesmas prerrogativas que o seu governo confere ao autor, para o favorecimento da criação intelectual, e que são instrumento de importância relevante de seu próprio desenvolvimento e de sua subsistência soberana.

Tomemos um exemplo simples. Prevê o art. 29, I, que a reprodução parcial ou integral de obra protegida depende de prévia e expressa autorização do autor. Pelo disposto no art. 29, a simples cópia de uma única página pareceria violar o dispositivo legal. Chega a ser intuitivo o quão absurda essa conclusão se nos apresenta. Afinal, se assim fosse, toda a pesquisa – de qualquer natureza – no Brasil estaria comprometida. E é para evitar esse tipo de interpretação que a LDA se vale do sistema de limitações aos direitos autorais.

Bruno Lewicki define as limitações como “as hipóteses em que o ordenamento reconhece como legítima uma conduta que, inversamente, poderia ser considerada infringente a partir de uma interpretação puramente literal e ‘estática’ dos direitos atribuídos, pela mesma lei, aos autores das obras intelectuais”²⁷⁵.

É unânime a orientação da doutrina em louvar as limitações aos direitos autorais, pela impossibilidade de haver direitos absolutos. No entanto, a dificuldade maior reside mesmo em se estabelecer “limites à limitação para que não seja permitida a eliminação dos efeitos daquele

²⁷⁴ MANSO, Eduardo Vieira. **Direito Autoral**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980; p. 90.

²⁷⁵ LEWICKI, Bruno Costa. **Limitações aos Direitos de Autor**. Cit.; p. 1.

direito fundamental [o direito autoral], mesmo em nome da pretensa defesa de superiores interesses da coletividade”²⁷⁶. Por outro lado, também não podem ser as limitações tão frágeis e ineficazes que acabem por redundar num sistema de proteção exclusiva do autor.

No cenário internacional, a matéria é disciplinada, sobretudo, pela chamada “regra dos três passos” da Convenção de Berna e pelo “*fair use*” do direito norte-americano.

A Convenção de Berna foi o primeiro tratado internacional a reger os direitos autorais. Sua origem remonta a 1886, tendo sido revista 7 vezes desde então²⁷⁷, sendo a última em Paris, em 1971 (com modificações em 1979)²⁷⁸.

Como regra geral, prevê o texto da Convenção, em seu artigo 9º (1), que aos autores cabe o direito exclusivo de autorizar a reprodução de suas obras, de qualquer modo ou em qualquer forma. No entanto, logo a seguir, o mesmo artigo prevê que “às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor”²⁷⁹. Esta é a regra dos três passos²⁸⁰.

Como se percebe, a regra determina que as legislações nacionais poderão permitir que haja reprodução de obras protegidas por direito autoral independentemente de autorização do titular do direito (*i*) em certos casos especiais, (*ii*) desde que essa reprodução não afete a exploração normal da obra reproduzida nem (*iii*) cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.

²⁷⁶ MANSO, Eduardo Vieira. **Direito Autoral**. Cit.; p. 92.

²⁷⁷ Segundo Maristela Basso, “[a] Convenção de Berna destaca-se pela flexibilidade com Conferências periódicas de revisão e adaptação do texto às novas exigências e realidades (...)”. BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000; p. 90.

²⁷⁸ Atualmente, são 161 os países signatários. Disponível em <http://bit.ly/frZLSX>. Acesso em 21 de março de 2010. “Em 4 de janeiro de 1913, através da Lei 2.738, o Brasil adere à Convenção de Berna, tendo sido promulgada em 1922 (Decreto n. 15.530). O Brasil aderiu aos textos das seguintes Revisões da Convenção: Berlim, 1908 – Roma, 1928, Bruxelas, 1948, Estocolmo, 1967, Paris, 1971, texto atualmente em vigor, promulgado pelo Decreto n. 75.699, de 06 de maio de 1975”. FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral – Da Antiguidade à Internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2009; p. 91.

²⁷⁹ Prevê o texto original do art. 9º: (1) *Authors of literary and artistic works protected by this Convention shall have the exclusive right of authorizing the reproduction of these works, in any manner or form.* (2) *It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.* (3) *Any sound or visual recording shall be considered as a reproduction for the purposes of this Convention.* Disponível em <http://bit.ly/hMsA4o>. Acesso em 21 de março de 2010.

²⁸⁰ “A norma geral do teste dos três passos (*three-step test*), que regula e norteia as *limitações aos direitos exclusivos dos autores*, foi introduzida na Convenção de Berna, em 1967, durante a revisão de Estocolmo, estando atualmente prevista no art. 9.2 da Convenção de Berna (revisão de Paris) e no art. 13 do Acordo TRIPS da OMC (...)” (*grifos no original*). BASSO, Maristela. *As exceções e limitações aos direitos de autor e a observância da regra do teste dos três passos (three steps test)*. **Direitos Autorais – Estudos em Homenagem a Otávio Afonso dos Santos**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 257.

Para Maristela Basso, “[a] regra do teste dos três passos reflete a necessidade de se manter o equilíbrio entre os direitos dos autores e o interesse do grande público, isto é, interesses relacionados à educação, pesquisa e acesso à informação”²⁸¹.

Já o *fair use* é mecanismo de que se vale a lei autoral norte-americana²⁸² para permitir o uso de obras alheias protegidas por direitos autorais dentro de determinadas circunstâncias. Trata-se de sistema aberto que prevê situações genéricas e que na prática gera bastante insegurança por parte dos usuários de obras intelectuais.

Para Alexandre Libório Dias Pereira, o *fair use* seria “uma cláusula geral de determinação da licitude ou ilicitude de uma utilização concreta de uma obra protegida por direitos de autor (*copyright*)”²⁸³.

Em análise ao instituto e tendo por base a seção 107²⁸⁴ do título 17 do US Code, José de Oliveira Ascensão aponta os critérios de definição do *fair use*²⁸⁵:

- a) o propósito e natureza do uso, nomeadamente se é comercial ou para fins educativos e não lucrativos: mas repare-se que este aforamento não é taxativo, porque entram em conta outras ponderações e nenhum critério tem vigor de aplicação automática. De todo o modo, a natureza comercial do uso é um indicador negativo, uma vez que o direito de autor se cifra economicamente num exclusivo de exploração da obra;
- b) a natureza da obra: é de se supor que nas obras mais fácticas o âmbito da utilização *fair* seja maior que nas obras mais imaginativas;
- c) a quantidade e qualidade da utilização relativamente à obra global: por exemplo, até as citações podem ser postas em causa, se forem de tal modo longas e repetidas que acabem por representar praticamente uma apropriação do conjunto da obra;
- d) a incidência da utilização sobre o mercado actual ou potencial da obra: este é apresentado por alguns como o mais relevante de todos os critérios.

²⁸¹ BASSO, Maristela. *As exceções e limitações aos direitos de autor e a observância da regra do teste dos três passos* (three steps test). Cit., p. 258.

²⁸² Sobre a gênese do *fair use*, afirma Luiz Gonzaga Silva Adolfo: “[o]riginou-se basicamente da jurisprudência americana, esta derivada da do ‘*fair dealing*’ ou ‘*fair abridgement*’ do Direito inglês. Como detalhadamente aborda Leite, durante mais de um século o Judiciário dos Estados Unidos aplicou o *fair use* como regra de equidade flexibilizadora do Direito Autoral, e inicialmente a partir do que as cortes inglesas desenvolveram no final da primeira metade do século XVIII sob a forma de um grupo de princípios relativamente coesos destinados a regular o uso da obra de um autor por outro autor, sem que para isso houvesse a necessidade do prévio ou posterior consentimento do primeiro”. ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras Privadas, Benefícios Coletivos: a Dimensão Pública do Direito Autoral na Sociedade da Informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2008; pp 141-142.

²⁸³ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Direitos de Autor e Liberdade de Informação**. Coimbra: Almedina, 2008; p. 298.

²⁸⁴ Diz o texto original, na íntegra: § 107: *Limitations on exclusive rights: Fair use. Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106 A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement or copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is fair use the factors to be considered shall include: (1) the purpose and character of the use including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes; (2) the nature of the copyrighted work; (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and (4) the effect of the use upon the potential market for the value of the copyrighted work. The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.*

²⁸⁵ *Grifos do autor*. De acordo com tradução e comentários de José de Oliveira Ascensão. ASCENSÃO, José de Oliveira. O “*Fair Use*” no Direito Autoral. **Direito da Sociedade e da Informação – Vol IV**. Coimbra: Coimbra Editores, 2003; p. 95-96.

A seguir, é o mesmo autor quem tece as principais distinções entre o sistema norte-americano e o europeu ao dizer que “[o] sistema norte-americano é maleável, enquanto o sistema europeu é preciso. Mas, visto pela negativa, o sistema norte-americano é impreciso, enquanto o sistema europeu é rígido. O sistema norte-americano não dá segurança prévia sobre o que pode ou não ser considerado *fair use*. O sistema europeu, pelo contrário, mostra falta de capacidade de adaptação”²⁸⁶.

Afinal, acaba por optar pela superioridade do sistema norte-americano por considerá-lo menos contraditório do que o europeu, além de manter a “a capacidade de adaptação a novas circunstâncias, em tempo de tão rápida evolução”. Já os sistemas europeus poderiam ser tidos como se organismos mortos, tendo os Estados perdido “a capacidade de criar novos limites, e com isso de se adaptar aos desafios emergentes”²⁸⁷.

O tema é controverso²⁸⁸. A opção por um sistema mais aberto, como o americano, ou mais fechado, como o europeu (e ao qual o Brasil se filia) comporta, como é de se esperar, vantagens e desvantagens. Concordamos com Bruno Lewicki quando este afirma²⁸⁹:

Seria ótimo acordar com uma lei que fosse fruto do entendimento dos setores interessados e dos responsáveis pelas políticas públicas; que se valesse da renovada técnica legislativa, caracterizada pela busca de objetivos ligados aos princípios constitucionais e com um uso racional de cláusulas-gerais que pudessem oxigenar o ramo; e que estivesse atenta às mudanças tecnológicas, culturais e artísticas e também às especificidades dos gêneros de que se ocupa.

O Brasil conta com um sistema fechado de limitações, decorrente de sua filiação ao sistema continental europeu. A respeito do tema, muito já foi escrito. Praticamente qualquer livro que trate de direitos autorais no Brasil dedicará um número considerável de páginas a explicitar a necessidade, a abrangência e os efeitos das limitações e exceções aos direitos autorais.²⁹⁰

²⁸⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. O “*Fair use*” no Direito Autoral. Cit.; p. 98.

²⁸⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. O “*Fair use*” no Direito Autoral. Cit.; p. 98.

²⁸⁸ “Tamanho maleabilidade não deixa de ser alvo de críticas; o *Justice* Antonin Scalia, da Suprema Corte norte-americana, já objetou que os ‘testes’ judiciais que envolvem múltiplos fatores acabariam permitindo que os juizes resolvam os casos da forma que lhes convier. Em tom menos ácido e em referência mais específica, Marybeth Peters, diretora do Escritório de Registro de Direitos Autorais dos Estados Unidos, sintetizou as vantagens e as dificuldades inerentes a este instrumento de balanço dos direitos autorais em uma frase: ‘*With fair use, you never know*’. Peters põe em prática tal crença, ‘presenteando’ os seus alunos de direito autoral com um problema sobre *fair use* nas provas que aplica: é a maneira de ‘salvar’ os estudantes que não costumam ir bem nas questões mais diretas, mas que são capazes de fundamentar bem suas próprias opiniões sobre *copyright*”. LEWICKI, Bruno Costa. **Limitações aos Direitos de Autor**. Cit.; p. 104.

²⁸⁹ LEWICKI, Bruno Costa. **Limitações aos Direitos de Autor**. Cit.; pp. 158-159.

²⁹⁰ Entre outros, podemos citar: ABRÃO, Eliane Y.. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Ed. do Brasil, 2002; BASSO, Maristela. *As exceções e limitações aos direitos de autor e a observância da regra do teste dos três passos*. Cit.; BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. Cit.; SOUZA, Allan Rocha de. **A Função Social dos Direitos Autorais**. Cit..

Não pretendemos acirrar o debate²⁹¹. O que se pretende, neste ponto, é indicar por que a previsão legislativa das limitações aos direitos autorais é insuficiente sem o instituto do domínio público. Afinal, quanto mais restritiva for a lei, mais dependente a sociedade será do domínio público para gozar do direito de acesso às obras intelectuais em todas as suas possibilidades sociais e econômicas, conforme relatado nos tópicos antecedentes.

O fato de o Brasil contar com um sistema fechado de limitações tem como consequência lógica a indicação expressa, na LDA, das condutas que constituem uso legítimo de obra protegida por direito autoral sem que tal uso constitua violação.

Discute-se muito se o rol apontado no art. 46 da LDA seria taxativo. Em sua grande maioria, a doutrina entende que sim²⁹². Contra essa interpretação, insurge-se Bruno Lewicki, com argumentos a nosso ver irrefutáveis²⁹³.

O capítulo das limitações aos direitos autorais previstas na LDA se estende por apenas 3 artigos²⁹⁴. No primeiro, o art. 46 da LDA (abaixo transcrito), são apresentadas de maneira pontual e pouco sistematizada as hipóteses em que o uso de obra de terceiro não configura violação aos

²⁹¹ Em primeiro lugar, porque, conforme visto, o tema já foi devidamente debatido na doutrina. Em segundo lugar, porque a matéria é complexa e tem fôlego para ser, ela própria, objeto de teses inteiras (inclusive com exemplos já citados neste trabalho). Dessa forma, pretendemos aqui apenas apontar os objetivos principais da LDA com a instituição das limitações, na medida necessária para a discussão da importância do domínio público no Brasil.

²⁹² A título de exemplo, podemos citar os seguintes excertos: “[c]omo disposições excepcionais, as limitações devem ser interpretadas restritivamente. Só permitem atos expressamente previstos”. HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito de Propriedade Intelectual**. Cit.; p. 92. “O rol das obras [sic] que independem de prévia autorização do autor para seu uso público é taxativo, porque a limitação é uma exceção à regra geral, e no dia em que o legislador deixar de considerá-la como tal, passará automaticamente a demandar autorização prévia para seu uso”. ABRÃO, Eliane Y.. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. Cit.; p. 146. “Por outro lado, enumera taxativamente as hipóteses de uso livre (...)”. BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. Cit.; p. 70.

²⁹³ Em síntese: “[t]ambém cai por terra, registre-se, o dogma da ‘taxatividade’ das limitações, ou seja, o seu suposto caráter *numerus clausus*. Não só as limitações que compõem o rol da lei autoral podem ser interpretadas extensivamente ou aplicadas por analogia como é, ainda, possível pensar em limitações não expressamente previstas. Vislumbre-se a seguinte hipótese: certo estudioso está escrevendo livro sobre determinada fase da obra de famoso pintor. Sua tese gira em torno da suposta influência que específico quadro pintado por aquele artista teria exercido sobre diversas escolas posteriores, principalmente pelo uso da cor – idéia esta que nunca fora suscitada pelos historiadores da arte. É de se supor que se ele tivesse acesso a uma fotografia que reproduzisse o quadro, dificilmente se poderia negar a ele o exercício do direito de citá-lo, isto é, ilustrar seu livro com aquela fotografia. Mas se tal fotografia não existe, e o quadro está com os herdeiros do autor, por exemplo? Depende o escritor da decisão discricionária da família para ter acesso à obra?”. LEWICKI, Bruno Costa. **Limitações aos Direitos de Autor**. Cit.; p. 174.

²⁹⁴ Bruno LEWICKI critica fortemente a divisão tripartida da matéria na LDA, ao afirmar que “[m]anter a divisão do tema em três artigos, por exemplo, não traduz nenhum fundamento racional; mais lógico seria se vários fossem os artigos, cada um descrevendo determinada situação (como no Projeto Barbosa-Chaves), principalmente se eles fossem encimados pelos princípios ou postulados que, comuns a todas as limitações, regessem a matéria – e neste ponto é inevitável pensar nos dois últimos ‘passos’ do teste de Berna, além da função social do direito de autor, por exemplo. No limite, que as limitações fossem comprimidas em um extenso dispositivo; a divisão tripartida, contudo, não atende a nenhum critério racional, perfazendo técnica legislativa ruim”. LEWICKI, Bruno Costa. **Limitações aos Direitos de Autor**. Cit.; p. 110.

direitos autorais. O art. 47 trata de paráfrases e paródias e o art. 48, que fecha o capítulo, dispõe a respeito das obras situadas permanentemente em logradouros públicos²⁹⁵.

As limitações aos direitos autorais consistem, portanto, em hipóteses em que o uso da obra protegida independe de autorização e, ainda assim, é considerado lícito.

A LDA não informa que princípios gerais norteiam nosso sistema de limitações. As hipóteses são apresentadas de maneira assistemática, resultando em conjunto evidentemente incompleto, de difícil aplicação prática e que naturalmente não resiste à afirmação de que deve ser interpretado restritivamente. Prevê o art. 46 da LDA a respeito das limitações aos direitos autorais:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I - a reprodução:

a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;

b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;

c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;

d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários;

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

²⁹⁵ A LDA prevê, em seu art. 48, que “as obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais”. No entanto, a lei não esclarece se tais usos podem ter fim comercial, o que vem acarretando algumas discussões recentes. Depois de, em 2004, a família de Paul Landowski, autor do Cristo Redentor, ter questionado o uso do Cristo por conta de a obra ainda estar protegida, o mesmo monumento voltou a ser alvo de controvérsia em razão de seu uso. Em 2010, a Arquidiocese do Rio de Janeiro decidiu cobrar da Columbia Pictures indenização pela “destruição” computadorizada a que o Cristo Redentor foi submetido no filme “2012”. De acordo com matéria publicada em <http://bit.ly/fu1bb6> (acesso em 06 de setembro de 2010), a Arquidiocese não cobraria pelo uso iconográfico do monumento, mas teria um suposto poder de veto. A LDA parece ser clara em permitir a representação audiovisual de obras situadas permanentemente em logradouros públicos, de modo que esse alegado poder de veto não nos parece legítimo. A respeito da titularidade de direitos autorais sobre o Cristo Redentor, texto com vasta referência histórica é “*O Direito Autoral sobre o Cristo Redentor*”, de autoria de Gabriel F. Leonardos e Aline Ferreira de C. da Silva, publicado na Revista da ABPI, n. 106, pp. 53 e ss. Um caso semelhante foi levado à apreciação do poder judiciário francês. Em 1999, a Corte de Cassação da França decidiu que as Edições Dubray deveriam indenizar a proprietária do Café Gondrée por terem colocado à venda cartões postais com foto da fachada do referido café, sem que houvesse sido solicitada autorização de sua proprietária. Ocorre que as fotos foram produzidas a partir de local público, sem que qualquer invasão ao imóvel propriamente dito tivesse sido perpetrada. A decisão foi bastante criticada – e com razão. Afinal, atribuir ao proprietário do imóvel direito de impedir sua reprodução fotográfica equivale a lhe conferir, por modalidade não prevista em lei, *status* idêntico ao do autor, com uma agravante: o proprietário poderia se valer de tal direito perpetuamente, enquanto o autor o teria limitado no tempo. Em segundo lugar, parece tratar de maneira perigosamente diferente as obras que se confundem com seu próprio suporte físico (pinturas, esculturas, construções públicas) e as demais (textos, fotografias, música e obras audiovisuais). Finalmente, diminui injustificadamente a abrangência do domínio público. Conforme disponível em <http://bit.ly/f87o09> e <http://bit.ly/iervHm>. Acesso em 28 de agosto de 2010. Finalmente, de acordo com matéria publicada no blog do Los Angeles Times (<http://lat.ms/5Yyd3T>; acesso em 06 de setembro de 2010), o governo egípcio estaria tentando estender a proteção autoral às famosas pirâmides, de modo a poder cobrar por sua representação. Publicada em 2008, a intenção do governo parece não ter tido outro desdobramento.

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;

IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;

V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização;

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;

VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;

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.

Como se pode perceber da leitura dos incisos acima transcritos, não existe um fio condutor único das limitações no direito brasileiro, apesar de serem em número escasso. O uso integral da obra pode se dar em determinados casos (I, V e VI, por exemplo), enquanto em outros é vedado (II e III, notadamente). Se por um lado o fim não comercial pode ser requisito para o uso de obra e terceiro (II, VI), há hipóteses em que o intuito de lucro pode ser perseguido (III, VIII). Melhor seria o legislador ter se valido de cláusulas gerais no *caput*, tentando identificar nos incisos hipóteses mais flexíveis de limitações aos direitos autorais.

A regra dos três passos de Berna serviu de inspiração direta para a redação do inciso VIII, como visto acima. Nele se encontram explicitamente dois requisitos da Convenção: que a reprodução de pequeno trecho de obra preexistente em obra nova (*i*) não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem (*ii*) cause prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores. Infelizmente, a regra não vem sendo adequadamente respeitada pelo mercado, que em certos casos lhe dá interpretação visivelmente *contra legem*²⁹⁶.

Tecnicamente, não podemos afirmar serem as limitações aos direitos autorais integrantes do domínio público. No entanto, são indispensável instrumento de acesso a obras protegidas. Na verdade, aí reside a principal distinção entre os dois institutos. As obras em domínio público, como se verá, já não gozam mais da proteção autoral em seus aspectos patrimoniais. À sociedade confere-se, portanto, o direito de utilizá-las economicamente em sua integralidade,

²⁹⁶ Já tivemos a oportunidade de nos manifestarmos acerca do assunto: BRANCO, Sérgio. *A produção audiovisual sob a incerteza da lei de direitos autorais*. LEMOS, Ronaldo; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de e MACIEL, Marília (orgs). **Três Dimensões do Cinema – Economia, Direitos Autorais e Tecnologia**. Rio de Janeiro: ed. FGV, 2010; pp. 81 e ss.

independentemente de autorização de quem quer que seja – autor ou titulares de direitos derivados.

Já as obras protegidas encontram nas limitações aos direitos autorais o campo onde o direito autoral não exerce seu monopólio. Porque é dentro das fronteiras das limitações que a sociedade poderá se valer das obras intelectuais protegidas de acordo com as determinações legais.

Em síntese, durante o prazo de proteção, vigoram as limitações aos direitos autorais. Transcorrido o prazo, a obra ingressa no domínio público. Deixam de valer, assim, as limitações, vez que deixou de vigorar sobre a obra a proteção econômica conferida pela lei. O domínio público é o destino inexorável das obras protegidas pelos direitos autorais. Daí, podemos afirmar que o domínio público é a regra, sendo a proteção às obras a sua exceção²⁹⁷.

Por fim, é importante mencionarmos que nem todas as limitações aos direitos autorais se encontram no art. 46 da LDA. Há diversas outras situações em que o autor sofre restrições à regra geral de que depende de prévia e expressa autorização sua o uso da obra criada²⁹⁸.

Dessa forma, podemos afirmar que, em um sistema de limitações tão estreito como é o brasileiro, o domínio público avulta sua importância, já que dele dependerá muito mais o pleno exercício dos direitos de acesso, de educação, de liberdade de expressão, entre outros.

²⁹⁷ Nesse sentido, ver o “Manifesto do Domínio Público”, elaborado no contexto das atividades do COMMUNIA, rede temática da União Europeia sobre Domínio Público. Afirma o texto que “**O domínio público é a regra; a proteção dos direitos autorais é a exceção.** Na medida em que a proteção de direitos autorais é concedida apenas a formas originais de expressão, a grande maioria dos dados, informações e idéias produzidas no mundo, em certo momento, pertence ao domínio público. Além das informações que não são passíveis de proteção, o domínio público é ampliado a cada ano por obras cujo prazo de proteção expira. A aplicação combinada dos requisitos de proteção e de uma duração limitada para a proteção de direitos autorais contribui para o enriquecimento do domínio público, garantindo maior acesso à nossa cultura e conhecimento compartilhados” (**grifos no original**). Disponível em <http://bit.ly/efzpXK>. Acesso em 02 de abril de 2010.

²⁹⁸ A Portaria 013 do Ministério da Educação, de 15 de fevereiro de 2006, prevê a obrigação de se disponibilizar, em meio eletrônico, versão de dissertações e teses defendidas nos programas de pós-graduação do Brasil, a partir de março de 2006. Essa determinação acaba consistindo em limitação ao direito de autor, inclusive de natureza moral – já que o art. 24, III, da LDA, garante ao autor o direito de conservar sua obra inédita. Somos, entretanto, favoráveis a tal medida. Afinal, se não há direitos absolutos, é natural que o direito autoral ceda, em determinados casos, diante do acesso ao conhecimento. Ambos são direitos garantidos constitucionalmente e deve haver, entre eles, ponderação. Parece-nos legítimo exigir dos programas de pós-graduação reconhecidos que tornem disponíveis as dissertações e teses de seu corpo discente. Naturalmente, o que se assegura é apenas a possibilidade de acesso e cópia privada. O *website* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, inclusive, aponta a seguinte ressalva no momento de se proceder ao *download* de trabalhos de conclusão de mestrado ou doutorado: “Esta dissertação/tese destina-se para uso pessoal e científico. O autor é o titular dos direitos autorais deste documento. Fica proibido o seu uso para quaisquer outros fins, inclusive comerciais, sem a autorização prévia do autor”. Outro exemplo que pode ser apontado encontra-se na Medida Provisória 2.228-1, de 06 de setembro de 2001, que criou a Agência Nacional de Cinema (ANCINE). Em seu art. 27, encontra-se estabelecido que “[a]s obras cinematográficas e videofonográficas produzidas com recursos públicos ou renúncia fiscal, após decorridos dez anos de sua primeira exibição comercial, poderão ser exibidas em canais educativos mantidos com recursos públicos nos serviços de radiodifusão de sons e imagens e nos canais referidos nas alíneas “b” a “g” do inciso I do art. 23 da Lei no 8.977, de 6 de janeiro de 1995, e em estabelecimentos públicos de ensino, na forma definida em regulamento, respeitados os contratos existentes”. Embora tais obras evidentemente não entrem em domínio público passados dez anos de sua primeira exibição comercial, prevê a MP 2.228-1 um mecanismo de limitação aos direitos autorais não oriundo da LDA.

(iii) O domínio público na lei autoral brasileira

A LDA não define o que vem a ser domínio público nem determina sua natureza. A concepção legal do domínio público no Brasil se concretiza, sobretudo, por meio da indicação dos prazos de proteção às obras intelectuais.

O art. 41 da LDA determina o prazo padrão para se proteger uma obra por direitos autorais. Prevê o artigo que “os direitos patrimoniais do autor perduram por 70 (setenta) anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil”. É assim que se afirma que, em regra e de maneira simplificada, o direito autoral dura a vida do autor mais setenta anos. Caso se trate de uma obra indivisível realizada em coautoria, é necessário esperar pelo falecimento do último dos autores para se dar início à contagem do prazo²⁹⁹.

Tratando-se de obra anônima ou pseudônima, a contagem do prazo (setenta anos) se dá a partir de sua publicação³⁰⁰. O mesmo pode ser dito a respeito das obras fotográficas e audiovisuais³⁰¹.

Tomando por base o decurso do prazo, a LDA determina qual a abrangência do domínio público no Brasil ao prescrever, em seu art. 45, que além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público (i) as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores e (ii) as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

Uma vez ingressada a obra em domínio público, quatro são os efeitos legais previstos pela LDA:

(i) a criação de obra derivada a partir de obra original (em domínio público) gera direitos autorais para o autor da obra derivada. Assim, quem reescreve uma peça de Shakespeare em linguagem infanto-juvenil ou a transforma em obra audiovisual passa a ser detentor dos direitos autorais sobre o novo trabalho. Não poderá se opor a uma outra adaptação da mesma peça em

²⁹⁹ **Art. 42.** Quando a obra literária, artística ou científica realizada em co-autoria for indivisível, o prazo previsto no artigo anterior será contado da morte do último dos co-autores sobreviventes. **Parágrafo único.** Acrescer-se-ão aos dos sobreviventes os direitos do co-autor que falecer sem sucessores.

³⁰⁰ **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. **Parágrafo único.** Aplicar-se-á o disposto no art. 41 e seu parágrafo único, sempre que o autor se der a conhecer antes do termo do prazo previsto no *caput* deste artigo.

³⁰¹ **Art. 44.** O prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras audiovisuais e fotográficas será de setenta anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação.

linguagem infanto-juvenil ou obra audiovisual, a menos que se trate, obviamente, de cópia da sua³⁰²;

(ii) as obras em domínio público podem ser livremente reproduzidas³⁰³;

(iii) ao Estado competirá defender a integridade e a autoria da obra que tenha entrado em domínio público³⁰⁴;

(iv) as obras que se encontravam em domínio público nos termos da lei autoral anterior (lei 5.988/73), em razão de ter expirado o prazo de proteção (que era de sessenta anos contados da morte do autor), não tiveram sua proteção prorrogada nos termos da LDA. Ou seja, uma vez em domínio público, a proteção não poderia retroagir³⁰⁵.

A análise e a compreensão dos dispositivos legais da LDA que tratam sobre domínio público serão retomadas, com a devida profundidade, no terceiro capítulo deste trabalho.

O direito autoral é uma construção social. Dessa forma, podemos encerrar afirmando que o motivo jurídico pelo qual as obras entram em domínio público é porque a lei assim prevê. Seria teoricamente possível estabelecer uma proteção perpétua às obras intelectuais. No entanto, já discorreremos sobre os inconvenientes sociais e econômicos dessa hipotética proteção³⁰⁶.

Além disso, a instituição de um domínio público é a mais perfeita forma de se devolver à sociedade aquilo que ela proporcionou: a inspiração livre para obras subsequentes. Mas não é só. É possível afirmar que, juridicamente, o domínio público permite a efetivação plena de diversos preceitos constitucionais, como o direito de acesso à informação, à educação, à liberdade de expressão; à dignidade da pessoa humana, enfim.

Com os avanços tecnológicos que hoje testemunhamos, a importância do domínio público se faz mais presente e a compreensão das suas fronteiras e da sua função se tornou inadiável. Vivendo em um mundo globalizado, e tratando-se de um tema ainda pouco estudado, a

³⁰² É o que prevê o art. 14 da LDA: é titular de direitos de autor quem adapta, traduz, arranja ou orchestra obra caída no domínio público, não podendo opor-se a outra adaptação, arranjo, orquestração ou tradução, salvo se for cópia da sua.

³⁰³ É a leitura, *contrario sensu*, do art. 33 da LDA: ninguém pode reproduzir obra que não pertença ao domínio público, a pretexto de anotá-la, comentá-la ou melhorá-la, sem permissão do autor. Parágrafo único. Os comentários ou anotações poderão ser publicados separadamente.

³⁰⁴ Previsão do art. 24 (que versa sobre os direitos morais do autor), § 2º: compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público.

³⁰⁵ Determinação expressa do art. 112 da LDA: se uma obra, em consequência de ter expirado o prazo de proteção que lhe era anteriormente reconhecido pelo § 2º do art. 42 da Lei nº. 5.988, de 14 de dezembro de 1973, caiu no domínio público, não terá o prazo de proteção dos direitos patrimoniais ampliado por força do art. 41 desta Lei.

³⁰⁶ Carlos Rogel Vide apresenta contra-argumentos em defesa de uma possível perpetuidade da propriedade intelectual. VIDE, Carlos Rogel. *Modo de Apêndice: Argumentos a Favor de la Perpetuidad de la Propiedad Intelectual . La Duración de la Propiedad Intelectual y las Obras en Dominio Público*. Coord.: Carlos Rogel Vide. Madri: Réus, 2005; p. 325 e ss. Outro argumento, historicamente considerado, é que apenas o monopólio legal poderia garantir a boa qualidade das edições das obras. CHOISY, Stéphanie. Cit.; p. 8.

importância das referências estrangeiras é um fato. “Esta é uma circunstância histórica com a qual precisamos lidar, evitando dois extremos indesejáveis: a subserviência intelectual, que implica a importação acrítica de fórmulas alheias e, pior que tudo, a incapacidade de reflexão própria; e a soberba intelectual, pela qual se rejeita aquilo que não se tem. Nesse ambiente, não é possível utilizar modelos puros, concebidos alhures, e se esforçar para viver a vida dos outros. O sincretismo – desde que consciente e coerente – resulta sendo inevitável e desejável”³⁰⁷.

É com esse olhar que passamos a analisar o domínio público na experiência internacional de modo a melhor compreender o domínio público no ordenamento jurídico brasileiro.

³⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. Direito Civil Contemporâneo – Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: ed. Atlas, 2008; p. 243. O autor está se referindo a países de constitucionalização recente, onde doutrina e jurisprudência se encontram em fase de elaboração e amadurecimento. Mas em tudo suas palavras se ajustam à concepção do domínio público no cenário internacional.

2 O DOMÍNIO PÚBLICO NO SISTEMA INTERNACIONAL

2.1 Breve Histórico

A análise histórica de determinado instituto jurídico pode ser desafiadora. Afinal, um único instituto pode conter significados distintos nos diferentes momentos que atravessa, muito em razão de aspectos culturais bastante específicos e que dizem respeito, também eles, àquele determinado momento histórico, o que dificulta fazer uma comparação precisa quanto à sua real configuração em um momento e outro³⁰⁸. O poder familiar, por exemplo, sofreu inúmeras modificações em sua justificação e em seu exercício ao longo dos séculos, suscetível que é às peculiaridades do tempo e da sociedade onde é exercido.

O mesmo se dá quanto à busca pelos equivalentes estrangeiros do instituto objeto de dissertação ou tese. Afinal, também os diversos sistemas jurídicos do mundo tratam determinado conceito jurídico – que pode até ter o mesmo nome ou seu sinônimo linguístico em outro idioma – a partir de suas próprias construções culturais e valores normativos³⁰⁹. O contrato de seguro realizado no Brasil, por exemplo, não contará com as mesmas regras, a mesma configuração ou mecanismos para ser interpretado que seus similares em outros países ou sistemas jurídicos. Para compreendê-lo, e para que sua comparação entre um país (ou sistema jurídico) e outro faça sentido, não basta apresentar as regras que o regulam: é fundamental compreender também que sociedade e que valores culturais estão a circundar a elaboração do contrato.

³⁰⁸ “Se consideramos as interpretações que se sucedem sobre uma lei de dois séculos (sobre o *Code Napoléon*, por exemplo), verificamos que a geração de Luís Felipe deu uma interpretação, e a de Clemenceau deu-lhe outra; cada intérprete dirá certamente que todas as interpretações passadas são equivocadas, e um comparatista que se empenhasse nestas polêmicas entre gerações seria considerado ridículo”. SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito Comparado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001; p. 77.

³⁰⁹ O próprio direito autoral apresenta alguma distinção em sua configuração presente, apesar dos padrões impostos pelo mundo globalizado. Ronald Bettig afirma que em Bali, sua recente tradição oral via as obras produzidas como anônimas, orientadas para a comunidade, criada por meio de um processo colaborativo, expressão do pensamento da coletividade. Além disso, a China só viria a ter um sistema de direito autoral a partir de 1991. No original, lê-se que: “(...) *in the more recent oral culture of Bali, artistic property, in the sense of personal possession, did not exist. The Balinese viewed the production of culture as an anonymous, community-oriented, participatory process, and they intended art to be ‘the expression of collective thought’. Thus, artistic knowledge could not be centralized in the hands of a particular intellectual class. Until 1991, the People’s Republic of China did not have a copyright system, reflecting the fact that the concept of intellectual property also did not exist in the societies of Southeastern Asia*”. BETTIG, Ronald V. *Copyrighting Culture – The Political Economy of Intellectual Property*. Westview Press. Boulder, 1996; pp. 12-13.

Tempo e espaço, portanto, em regra servem de obstáculo a uma comparação perfeita de um determinado instituto jurídico em momentos históricos distintos ou entre sistemas jurídicos diversos.

Com o domínio público, entretanto, passa-se de maneira substancialmente diversa. Seus fundamentos legais não variaram muito ao longo do tempo, nem tampouco seus efeitos. Em suma, e apenas para apresentarmos a discussão, o domínio público, independentemente do momento histórico em que seja analisado, ou do espaço geográfico onde se insira, significa o fim da proteção (patrimonial, no mínimo) autoral. O prazo de proteção pode ser mais ou menos extenso e ser justificado de uma ou outra forma; os motivos da *proteção autoral*, sua fundamentação e sua abrangência mudaram bastante com o tempo e em razão do sistema jurídico em que sejam estudadas. Mas não o domínio público.

Sendo assim, a análise histórico-espacial do domínio público pode se dar em base muito mais segura. E sua compreensão pode ser consideravelmente útil para este trabalho.

Em primeiro lugar, porque desde sempre o domínio público significou, em análise mais imediata, o fim da proteção autoral. Tanto no século XVIII quanto agora. Ocorre que, com o passar do tempo, os prazos de proteção do direito de autor foram sendo alargados, constante e sistematicamente. É interessante analisarmos por quais motivos os prazos foram sendo aumentados, ainda que esta análise nos leve a considerar, de fato, o avesso do domínio público: na realidade, a proteção autoral. Porque foram os prazos de proteção às obras que se dilataram, acarretando uma progressiva postergação do momento de entrada das obras em domínio público. Ou seja: o estudo do domínio público no tempo, que consiste na investigação dos motivos que justificam o aumento da proteção das obras intelectuais ao longo dos séculos é, em última análise, um estudo dos motivos de existência dos próprios direitos autorais.

Em segundo lugar, porque não só seu fundamento principal (o acesso às obras intelectuais) como seus efeitos são praticamente os mesmos em qualquer sistema jurídico ou país. Dentro do direito comparado, o fenômeno é raro. De fato, o instituto do domínio público tem as mesmas características básicas em qualquer país ou sistema jurídico, de forma que estudar sua estrutura e função em outros países pode ser significativo para entender seus contornos no direito brasileiro.

Por isso, parece-nos, ambas as inserções se justificam. Tanto a compreensão da dimensão histórica quanto a compreensão da dimensão geográfica serão importantes para definirmos a conformação do domínio público hoje.

Evidentemente, o domínio público não é uma construção isolada do direito brasileiro, nem tampouco um conceito exclusivamente contemporâneo. Ainda que os direitos autorais sejam de fundação razoavelmente recente na história jurídica, muito já foi discutido a respeito da matéria e o entendimento de questões relacionadas à legislação brasileira não pode ser feito isoladamente.

Historicamente, não se reconhece a existência dos direitos autorais (ao menos da forma como são atualmente concebidos) na Idade Antiga³¹⁰, ainda que os gregos reconhecessem a autoria de seus filósofos³¹¹ e outros traços de direito autoral possam ser encontrados ancestralmente. Foi apenas a partir do surgimento da prensa mecânica, em meados do século XV³¹², que a discussão acerca dos direitos autorais passou a ter fronteiras mais visíveis³¹³.

É bem verdade que há quem veja na cobrança pela igreja católica, durante a Idade Média, por cópias de manuscritos, o embrião dos direitos autorais³¹⁴. Parece-nos, entretanto, que é

³¹⁰ “Não se reconhece o direito autoral no Direito romano escrito, embora haja evidências de que alguns autores assinavam contratos de ‘publicação’ com livreiros”. Tradução livre do autor. No original, lê-se que “[t]here is no recognition of a copyright in written Roman law, though there is evidence that some authors signed ‘publishing’ contracts with booksellers”. BETTIG, Ronald V. *Copyrighting Culture – The Political Economy of Intellectual Property*. Cit.; p. 12. Por outro lado, há quem pondere a respeito dos romanos que, contrariamente a uma opinião comumente admitida, [os romanos conheciam] a noção de obra do espírito: assim foram eles os pioneiros na distinção entre o suporte material e a obra no qual se encontra incorporada. GAUTIER, Pierre-Yves. *Priopriété Littéraire et Artistique*. Cit.; p. 16. Afirma, no original: “[L]es Romains connaissaient parfaitement, contrairement à une opinion couramment admise, la notion d’oeuvre de l’esprit : ainsi furent-ils les pionniers de la distinction entre le support matériel (mur, tablette) et l’oeuvre qui y est incorporée (peinture) (...)”. Para um apanhado histórico dos direitos autorais, ver SOUZA, Allan Rocha de. *A Construção Social dos Direitos Autorais*. **Revista da ABPI, nº 93**; pp. 11 e ss. Ver ainda GROSHEIDE, F. Willem. *In Search of the Public Domain During the Prehistory of Copyright Law*. *Intellectual Property – The Many Faces of the Public Domain*. Cheltenham: 2007; pp. 1 e ss.

³¹¹ SOUZA, Allan Rocha de. *A Construção Social dos Direitos Autorais*. Cit.; p. 11.

³¹² “[A] invenção da impressora, por Gutenberg em 1436, e do papel, em 1440, possibilitaram a reprodução dos livros em uma escala infinitamente superior ao conhecido então. Associada à facilidade de reprodução à alfabetização de um maior número de pessoas e a uma produção literária mais intensa e diversificada observa-se, então, um período de eclosão cultural – a Renascença – e, concomitantemente, de uma indústria cultural: os impressores e vendedores de livros, inicialmente na França”. SOUZA, Allan Rocha de. *A Função Social dos Direitos Autorais*. Cit.; p. 38.

³¹³ Para consistente análise histórica dos direitos autorais, ver, entre outros, MIZUKAMI, Pedro. **Função Social da Propriedade Intelectual: Compartilhamento de Arquivos e Direitos Autorais na CF/88**. Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007.

³¹⁴ “A Igreja detinha o monopólio sobre o conhecimento, especialmente durante a Alta Idade Média, por meio do controle de manuscritos e suas cópias e por meio da educação e, conseqüentemente, alfabetização. Após os mosteiros beneditinos terem desenvolvido métodos de emprestar e trocar manuscritos, logo descobriram o valor de suas bibliotecas. Acesso aos manuscritos poderia comandar terra, gado, dinheiro ou outros privilégios. George Putnam [militar e escritor americano, 1844-1930] chamava a prática de cobrar pelo direito de copiar um manuscrito do primeiro direito autoral europeu, ainda que não tivesse ‘nada a ver com os direitos de um produtor original da produção literária’. Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “[t]he Church held a monopoly on knowledge, especially during the Early Middle Ages, through its control of manuscripts and their reproduction and through control of education and, consequently, literacy. As the Benedictine monasteries developed methods for loaning and exchanging manuscripts, they soon discovered the value of their libraries. Access to manuscripts could command land, cattle, money, or other privileges. George Putnam called the practice of requiring payment for the right to copy a manuscript the first European copyright, though one that had ‘nothing whatever to do with the rights of an original producer in the literary production’”. BETTIG, Ronald V. *Copyrighting Culture – The Political Economy of Intellectual Property*. Cit.; p. 13.

mesmo “com o aparecimento da imprensa que o direito de autor encontra fundamento para se desenvolver”³¹⁵.

Em um primeiro momento, não passa de “privilégios concedidos aos livreiros para a publicação gráfica de obras literárias e de escritos em geral, depois extensivo aos desenhos, gravuras etc”³¹⁶. Acredita-se que o primeiro privilégio de impressão tenha sido conferido pelo Senado da Sereníssima República de Veneza a Giovanni Spira, em 1449, para a publicação de cartas de Cícero³¹⁷.

Este primeiro momento de proteção, decorrente da criação de Gutenberg, não é propriamente relativo aos direitos autorais e é bastante interessante por dois motivos: inicialmente, porque quem é protegido é o editor, não o autor, e isso se dá mesmo nos países que, como França e Itália, posteriormente vão construir o sistema do *droit d’auteur*. Depois, porque a proteção econômica conferida aos editores abrange inclusive obras muito antigas, que mais tarde viriam a ser declaradas em domínio público. Esclarece João Henrique da Rocha Fragoso³¹⁸:

Outros autores consideram como o primeiro privilégio o concedido, também em Veneza, para o editor Aldo Manunzio. Rapidamente consolidou-se a exigência de concessão real, o privilégio, para a impressão de livros na Europa. Na França, o primeiro privilégio real data de 1507, concedido por Luís XII para a edição das epístolas de São Paulo, sendo de notar que em 1510 havia em Paris mais de cinquenta impressores ou livreiros. Na Espanha, data de 1502 a proibição real para a impressão, divulgação e venda de livros, sem a necessária licença. A partir de quando o livro se transforma em objeto industrial e comercial em larga escala, ou seja, a partir de Gutenberg, os livreiros têm sua atividade expandida, tornando-se os futuros grandes editores internacionais, originalmente nascidos das corporações de artesãos-copistas, seu primeiro núcleo, que já se alimentavam da indústria intelectual, como anexos poderosos, em especial no âmbito das nascentes universidades (...).

O autor informa ainda que, em 1618, “os privilégios na França mantinham-se apenas para as obras novas ou cuja publicação ainda não ocorrera, enquanto que para os livros já publicados eram reputados como sob o domínio público, e a renovação do privilégio somente incidia quando houvesse o aumento de, pelo menos um quarto no tamanho da obra”³¹⁹. Além disso, decisão judicial no ano de 1617 aboliu “os privilégios para as obras de autores antigos, estabelecendo

³¹⁵ CARBONI, Guilherme. **Função Social do Direito de Autor**. Curitiba: Juruá Editora, 2008; p. 50.

³¹⁶ Afirma ainda João Henrique da Rocha Fragoso: “(...) o Direito de Autor surgiu como a síntese, num primeiro momento, de interesses reais (ou de razões de Estado, inclusive da Igreja) em fricção com interesses de uma burguesia ascendente, composta pela classe de comerciantes de livros (livreiros ou editores), organizados, como na Inglaterra, em corporações. Gradualmente, foram os editores assumindo a função do Monarca, ou do Estado, na concessão, já não mais de privilégios, mas de um verdadeiro direito de reprodução, passando a ser, ao final, os únicos detentores da prerrogativa de publicar as obras sob o seu controle”. FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral – Da Antiguidade à Internet**. Cit.; p. 47.

³¹⁷ Segundo Jessen, citado por FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral – Da Antiguidade à Internet**. Cit.; p. 48.

³¹⁸ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral – Da Antiguidade à Internet**. Cit.; pp. 47-48.

³¹⁹ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral – Da Antiguidade à Internet**. Cit.; pp. 48-49.

como tais aqueles mortos antes do ano de 1479³²⁰, que seria a data de introdução da imprensa na França, ainda que tal data venha a ser contestada.

Assim como na Idade Antiga, nos séculos XVI e XVII não existe ainda o conceito de direito autoral como atualmente concebido³²¹. O que havia era um privilégio para a exploração econômica da obra, uma vantagem econômica para a indústria, não para o autor³²².

Além disso, os prazos de proteção não são uniformes, variando de acordo com os privilégios outorgados. “Quando John of Speyer levou as primeiras impressoras para Veneza, em 1469, o Collegio Veneziano [governo de Veneza] lhe concedeu o privilégio exclusivo de impressão pelo prazo de 5 anos³²³. Já na Inglaterra, em 1557, foi concedido um monopólio para impressão e publicação pelo prazo de 150 anos³²⁴.

No final do século XVII, John Locke viria a criticar fortemente o sistema de monopólios, alegando que muitos livros bons seriam perdidos em razão das licenças perpétuas conferidas aos editores de livros. Além disso, alega que livros antigos deveriam estar em domínio público, como já era prática na Holanda, o que resultava em livros mais baratos e melhores, como efeito direto da competição entre os livreiros³²⁵.

³²⁰ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral – Da Antiguidade à Internet**. Cit.; p. 49.

³²¹ Não significa dizer, entretanto, que os autores até então não gozavam de qualquer direito. Mesmo na Antiguidade, Daniel Rocha dá conta da discussão a respeito de plágio na Grécia antiga além da possibilidade de o autor negociar os direitos sobre sua obra, inclusive quanto à própria autoria. ROCHA, Daniel. **Direito de Autor**. São Paulo: Irmãos Vitale, 2001; p. 15. Adicionalmente, o direito de paternidade e de vincular seu nome à obra, ambos qualificados contemporaneamente como direitos morais do autor, já eram conhecidos tanto na Idade Antiga quanto na Inglaterra do século XVII. FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral – Da Antiguidade à Internet**. Cit.; pp. 50-51.

³²² A publicação de “*Paraíso Perdido*”, de John Milton, em 1667, parece ser a primeira evidência de pagamento pela impressão de uma obra original. Ainda assim, rendeu ao autor apenas 10 libras, sendo que sua viúva, herdeira dos direitos de cópia da obra, os alienou por outras 8 libras. “*However, by the second half of the seventeenth century, publishers also began paying authors for the right to copy and publish their works. We see this with the publication of Milton’s Paradise Lost in 1667. For this work, Milton left us the first recorded agreement in which a publisher paid ‘copy money’ for an original work, though it earned him a mere ten pounds total before his death in 1674. His widow, who inherited the copyright, sold all further rights to the ‘copy’ for eight pounds*”. BETTIG, Ronald V. **Copyrighting Culture – The Political Economy of Intellectual Property**. Cit.; p. 18.

³²³ Tradução do autor. No original, lê-se que: “[w]hen John of Speyer brought the printing press to Venice in 1469, the Venetian Collegio granted him an exclusive printing privilege for a five-year term”. BETTIG, Ronald V. **Copyrighting Culture – The Political Economy of Intellectual Property**. Cit.; p. 16.

³²⁴ “*In 1557, Philip and Mary granted a charter for the incorporation of the Stationers Company, giving it a firm monopoly over printing and publishing in England for the next 150 years*”. BETTIG, Ronald V. **Copyrighting Culture – The Political Economy of Intellectual Property**. Cit.; p. 17. Mesmo após a edição do Estatuto da Rainha Ana, em 1710, os diversos estados norte-americanos previram prazos distintos de proteção, variando do período inicial de 14 a 21 anos, sendo que alguns estados permitiam a renovação do prazo por 14 anos adicionais. BETTIG, Ronald V. **Copyrighting Culture – The Political Economy of Intellectual Property**. Cit.; pp. 25-26.

³²⁵ “*Upon occasion of this instance of the classic authors, I demand whether, if another act for printing should be made, it be not reasonable that nobody should have any peculiar right in any book which has been in print fifty years, but any one as well as another might have the liberty to print it; for by such titles as these, which lie dormant, and hinder others, many good books come quite to be lost. But be that determined as it will, in regard of those authors who now write and sell their copies to booksellers, this certainly is very absurd at first sight, that any person or company should now have a title to the printing of the works of Tully, Caesar, or Livy, who lived so many ages since, in exclusion of any other; nor can there be any reason in nature why I might not print them as well as the Company of Stationers, if I thought fit. This liberty, to any one, of printing them, is certainly the way to have them the cheaper and the better; and it is this which, in Holland, has produced so many fair and excellent editions of them,*

De modo geral, a doutrina aponta o Estatuto da Rainha Anna como a primeira lei a disciplinar de fato os direitos autorais no mundo. Aprovado em 1710, um de seus mais relevantes efeitos foi uniformizar o prazo de proteção atribuído aos editores: a exclusividade na exploração econômica da obra se daria pelo prazo de 14 ou 21 anos, a depender do caso³²⁶. Este, portanto, o primeiro prazo verdadeiramente tido como de proteção às obras autorais, após o qual entram estas no domínio público³²⁷.

Segundo José Henrique da Rocha Fragoso, “[o] objetivo era claro: combater a contrafação e proteger os interesses, acima de tudo, do comércio legal de livros e outros escritos, estabelecendo pena para quem publicasse, importasse ou colocasse à venda obra sem consentimento do proprietário (não do autor, necessariamente), aqui se entendendo como o adquirente do direito de reprodução (*copyright*), ou como mais tarde veio a se consolidar, inclusive na legislação norte-americana, o chamado *copyright owner*”³²⁸.

Enquanto na Inglaterra o direito de autor começava a ser concebido a partir dos privilégios dados aos editores, na França a proteção delineada no final do século XVIII terá como resultado o surgimento do chamado *droit d’auteur*. É somente a partir daí, portanto, que se torna de fato possível passarmos a vislumbrar de verdade o conceito de domínio público como atualmente compreendido – o fim do prazo de proteção conferido originariamente ao autor³²⁹.

whilst the printers all strive to out-do one another, which was also broght in great sums to the trade of Holland”. KING, Peter. *The Life and Letters of John Locke*. Cit. Acesso em 03 de junho de 2010.

³²⁶ O prazo de 14 anos era conferido às obras ainda não publicadas, podendo ser prorrogado por outros 14 anos, e o de 21 àquelas já publicadas no momento da edição do Estatuto. Texto original disponível em <http://bit.ly/fZbT1V>. Acesso em 03 de junho de 2010. Citados por Ronald Bettig, Ploman e Hamilton sintetizam o disposto no Estatuto da Rainha Ana da seguinte forma: “O Estatuto dizia respeito ao direito de copiar e nada mais. A proteção conferida era contra a pirataria de trabalhos impressos. Não havia nada no Estatuto que dissesse respeito a direitos morais ou sobre a inventividade do autor. O direito protegido era o direito de propriedade”. Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “[t]he Statute concerned the right to copy and no more. The protection afforded was against the piracy of printed works. There was nothing in the Statute that touched upon the creative or moral rights of the author. The right protected was a property right”. BETTIG, Ronald V. *Copyrighting Culture – The Political Economy of Intellectual Property*. Cit.; p. 23.

³²⁷ Segundo Mark Rose, foi quando do surgimento do Estatuto da Rainha Ana que se passou a ter um verdadeiro domínio público na Inglaterra. Contudo, não foi senão em 1774, com o julgamento do caso *Donaldson v. Becket* que a Câmara dos Lordes decidiu que a “propriedade literária” estava limitada nos termos do Estatuto. Pela primeira vez, obras clássicas estavam livres para serem impressas por qualquer pessoa. ROSE, Mark. *Nine-Tenths of the Law: the English Copyright Debates and the Rhetoric of the Public Domain. Law and Contemporary Problems. Vol. 66, 2003*; p. 77. Disponível em <http://bit.ly/h7KZL2>. Acesso em 10 de julho de 2010.

³²⁸ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito Autoral – Da Antiguidade à Internet*. Cit.; p. 52.

³²⁹ Stéphanie Choisy menciona que é possível encontrarmos um certo tipo de domínio público na Roma antiga, na medida em que os cessionários de um manuscrito (uma biblioteca, por exemplo) poderiam livremente reproduzi-lo. E uma vez reproduzidos, terceiros poderiam por sua vez reproduzir as obras, já que os cessionários não gozariam de qualquer monopólio legal. “Pode-se ver em Roma um domínio público constituído das obras que, comunicadas ao público pelo autor ou por seu cessionário, perdem suas características de *res privatae* e podem ser livre e gratuitamente exploradas por todos. Pode-se concluir não por um reconhecimento explícito, mas por uma certa percepção do domínio público nessa época. No entanto, não foi senão após a descoberta da imprensa que surgiu o domínio público tal qual o conhecemos atualmente”. Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “[I]’on peut donc voir à Rome un domaine public constitué des oeuvres qui, communiquées au public par l’auteur ou son cessionnaire, perdent leur caractere de *res privatae* et peuvent être librement et gratuitement exploitées par tous. L’on peut

Na França, por meio do Decreto de Conselho de Estado do Rei, de 30 de agosto de 1777³³⁰, estabeleceu-se o prazo mínimo de dez anos de privilégio aos editores dos livros novos, prorrogável caso o autor continuasse vivo quando do advento do termo³³¹. Curiosamente, uma vez expirado o prazo de proteção, a obra apenas poderia ser reproduzida mediante autorização e pagamento dos valores devidos, sem que houvesse, contudo, exclusividade no direito de reprodução, constituindo-se, assim, um verdadeiro domínio público remunerado³³².

Com a Revolução Francesa, os privilégios foram abolidos, mas em 1791 e 1793, os direitos autorais voltaram a ser regulamentados.

Pelo decreto de 13 de janeiro de 1791, relativos a espetáculos públicos, ficou estabelecido que “as obras de autores vivos não poderão ser representadas em nenhum teatro público, em todo o território francês, sem o consentimento formal e por escrito dos autores, sob pena de confisco da receita total das representações em favor dos autores”³³³.

Por outro lado, o mesmo documento estabeleceu que “as obras dos autores mortos há mais de cinco anos são propriedade pública e podem, não obstante todos os antigos privilégios abolidos, ser representadas em todos os teatros, indistintamente”³³⁴. Segundo Stéphanie Choisy, esta foi a única vez na história (francesa) em que se explicitou a natureza do domínio público (propriedade pública) bem como as consequências de sua previsão legal (a livre concorrência)³³⁵.

Já em 1793, o prazo de proteção foi estendido para 10 anos após a morte do autor³³⁶, sem que, entretanto, a lei esclareça o porquê da dilação.

conclure, non pas à une reconnaissance explicite, mais à une certaine perception du domaine public à cette époque. Cependant, ce n'est qu'après la découverte de l'imprimerie, que le domaine public, tel que nous le connaissons aujourd'hui, a été mis en place”. CHOISY, Stéphanie. **Le Domaine Public en Droit d'Auteur**. Cit.; pp.5-6.

³³⁰ Disponível em <http://bit.ly/dTgyPf>. Acesso em 17 de maio de 2010.

³³¹ ART. III. *Les privilèges qui seront accordés à l'avenir, pour imprimer des livres nouveaux, ne pourront être d'une moindre durée que de dix années.* ART. IV. *Ceux qui auront obtenu des privilèges en jouiront non seulement pendant tout le temps qui y sera porté, mais encore pendant la vie des auteurs, en cas que ceux-ci survivent à l'expiration des privilèges.* Disponível em <http://bit.ly/dTgyPf>. Acesso em 17 de maio de 2010.

³³² A figura do domínio público remunerado é bastante controversa e ainda hoje gera debate. Consta da lei brasileira de 1973, mas não da LDA.

³³³ Tradução livre do autor. No original, lê-se que “[l]es ouvrages des auteurs vivans ne pourront être représentés sur aucun théâtre public, dans toute l'étendue de la France, sans le consentement formel et par écrit des auteurs, sous peine de confiscation du produit total des représentation au profit des auteurs”. **Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, Avis du Conseil-d'État – Tome Deuxième**. Paris: A Guyot, 1834; p. 151. Disponível em <http://bit.ly/fXqM08>. Acesso em 18 de maio de 2010.

³³⁴ Tradução livre do autor. No original, lê-se que “[l]es ouvrages des auteurs morts depuis cinq ans et plus, sont une propriété publique, et peuvent, nonobstant tous anciens privilèges qui sont abolis, être représentés sur tous les théâtres indistinctement”. **Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, Avis du Conseil-d'État – Tome Deuxième**. Cit..

³³⁵ Tradução livre do autor. No original, lê-se que “[c]'est la seule fois dans l'histoire que la nature du domaine public est exposée (propriété publique) et que ses conséquences sont mentionnées (libre concurrence) dans un texte”. CHOISY, Stéphanie. **Le Domaine Public en Droit d'Auteur**. Cit.; p.9.

³³⁶ “Art. 2. *Leurs héritiers ou cessionnaires jouiront du même droit [direito de vender, fazer vender, distribuir e ceder a propriedade no todo ou em parte, conforme o art. 1º do mesmo documento legal] durant l'espace de*

A partir daí, diversos países passaram a legislar sobre direitos autorais³³⁷, sendo que no Brasil a matéria só foi integralmente regulada em diploma próprio muito tardiamente, quando se aproximava o fim do século XX, no ano de 1973.

Por conta do acelerado processo de industrialização por que passou a Europa ao longo do século XIX, tornou-se cada vez mais fácil a reprodução não autorizada de obras originárias de um país em outro. Dessa forma, surgiu a proposta de se criar um tratado que pudesse reger os direitos autorais em âmbito internacional, impondo regras mínimas de proteção aos países signatários.

Na esteira da Convenção de Paris, assinada em 1883 para regulamentar, também em âmbito internacional, a propriedade industrial, foi celebrada na cidade de Berna, em 1886, a Convenção de Berna, primeiro esforço de se homogeneizar as regras vigentes de direito autoral e que até hoje exerce influência no mundo.

2.2 Convenções Internacionais: Berna e TRIPS³³⁸

Em meados do século XIX, muito por conta da facilidade de reprodução de obras intelectuais em razão do desenvolvimento industrial, vigorava uma verdadeira anarquia quanto à permissão para impressão de livros, tanto na Europa quanto na América.

dix ans après la mort des auteurs”. *Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, Avis du Conseil d’État Tome Sixième*. Paris: A Gu yot, 1834; p. 30. Disponível em <http://bit.ly/fXqM08>. Acesso em 18 de maio de 2010.

³³⁷ “Na Alemanha, o reconhecimento aos direitos de autores e editores, com amplitude legislativa, deu-se pelo Código Civil alemão [prussiano], de 1794, culminando com a lei especial de 1837. Na Itália, o direito do autor não era reconhecido, garantindo-se privilégios somente ao editor, desde 1603, e apenas tendo em seus territórios sido reconhecidos os direitos aos autores já no limiar do século XVIII. Finalmente, a então Rússia czarista, em 1830, edita sua primeira lei autoral, reconhecendo direitos aos autores literários. Na Espanha, a primeira lei autoral data de 10 de janeiro de 1879; na Bélgica, de 22 de março de 1886. No Japão, a primeira lei é de 4 de março de 1899”. Além disso, a Dinamarca vem a reconhecer os direitos autorais precocemente quando comparada aos demais países europeus, ainda no ano de 1741. FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral – Da Antiguidade à Internet**. Cit.; pp. 67-68.

³³⁸ Para os objetivos pretendidos por este trabalho, a Convenção de Berna e o Acordo TRIPS são os dois documentos internacionais mais relevantes. O Brasil é signatário ainda da Convenção Universal sobre o Direito de Autor, revisão de Paris, 1971 (Decreto 76.905, de 24 de dezembro de 1975) e da Convenção de Roma, que trata de direitos conexos (Decreto 57.125, de 19 de outubro de 1965). A primeira conta com prazos de proteção menores (regra geral de vida do autor mais vinte e cinco anos) do que aqueles previstos na Convenção de Berna e ratificados pelo TRIPS, de modo que são inaplicáveis na prática. Já a segunda tem âmbito de atuação mais estreito, e será levada em consideração quando da análise dos direitos conexos. Finalmente, cabe lembrar que o Brasil não é signatário do tratado de direitos autorais da OMPI. Disponível em <http://bit.ly/h0cOee>. Paul Goldstein afirma que a Convenção de Berna é suprema em matéria de direito autoral internacional, de forma que a Convenção Universal sobre o Direito de Autor ficaria em segundo lugar na hierarquia dos tratados. GOLDSTEIN, Paul. *International Copyright: Principles, Law, and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2001; p. 139. Uma evidência de sua constatação é o disposto no artigo XVII da Convenção Universal sobre o Direito de Autor, que prevê que esta convenção em nada afeta as disposições da Convenção de Berna.

Havia duas principais consequências decorrentes da falta de controle internacional no tráfego de obras literárias e artísticas de um país para outro. A primeira era de mercado: na Bélgica, na Holanda e na América, a primeira editora a publicar um livro estrangeiro, ainda que sem autorização, passava a gozar de um tipo de monopólio. “Entre editoras, portanto, reinava uma espécie de convenção (de contrafação), graças a qual se reconhecia uma espécie de privilégio (*courtesy copyright*) àquela que publicasse pela primeira vez no país uma obra de autor estrangeiro em contrafação”³³⁹.

A segunda consequência afetava mais diretamente os interesses das monarquias europeias: era possível por meio da contrafação se escapar à censura imposta em determinado país. Trata do fato Maristela Basso³⁴⁰:

A contrafação integrava a indústria nacional e até os monarcas favoreciam sua prática, nos seus Estados. Em cada país se praticava a contrafação estrangeira, em alguns mais, em outros menos. O que, de uma certa forma, contemporizava a prática da contrafação, em alguns países, era a censura. Na Holanda se podia publicar o que na França, às vezes, a censura real não permitia e isso acontecia também em outros países. Nos países divididos em várias províncias, como Holanda, Itália e Alemanha, os autores sofriam ainda maiores constrangimentos. Uma obra impressa em Roma ou em Florença poderia ser reimpressa em Turim, Nápoles ou em qualquer outro lugar, sem que isso fosse considerado fraude e sem pagamento de direitos autorais. Países de língua e de literatura mais conhecidas, como a França, viam seus autores sofrerem a contrafação de forma ainda mais marcante e aberta.

Diante dos fatos, passou-se a debater qual a melhor forma de se proteger a produção intelectual. Não se tratava apenas de se proteger os direitos autorais, mas também a propriedade industrial.

Inicialmente, o mais comum era a celebração de acordos bilaterais³⁴¹. Em 1852, a França passou a conceder às obras publicadas em países estrangeiros os mesmos direitos garantidos aos autores de obras publicadas na França, independentemente de haver reciprocidade³⁴².

³³⁹ Ruffini, citado por BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Cit.; p. 86. Como se pode imaginar, a situação não era nada diferente no Brasil. “Segundo Ramalho [Ortigão], também seu colega Pinheiro Chagas ‘tem no Rio de Janeiro um ladrão habitual’ que teve o impudor de lhe escrever: ‘Tudo que V. Exa. publica é admirável! Faço o que posso para o tornar conhecido no Brasil, reimprimindo tudo’. Na verdade, os editores no Brasil e, inclusive, em Portugal utilizavam uma prática vulgarizada no mundo inteiro. A obra estrangeira, principalmente, não tinha dono”. ROCHA, Daniel. **Direito de Autor**. Cit.; p. 23.

³⁴⁰ BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Cit.; pp. 86-87.

³⁴¹ Disponível em <http://bit.ly/gJkqgz>. Acesso em 22 de maio de 2010. Também comum a celebração de acordos entre diversos Estados de uma mesma nação e língua, normalmente os mais expostos à contrafação, conforme esclarece Maristela Basso: “[n]a Holanda, um privilégio concedido pela autoridade de uma província era válido para o território de outra, por força de acordo. Na Alemanha, em 1832, foi suprimida a distinção entre os sujeitos dos diversos Estados da Confederação Germânica, quanto aos direitos de propriedade literária. Os Estados italianos aderiram, em 1840, ao Acordo feito entre o Piemonte e a Áustria”. BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Cit.; p. 88.

³⁴² BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Cit.; p. 88.

Após alguns congressos internacionais para debater a matéria, ocorridos nos anos 1870, foi celebrada, em 1886, a Convenção de Berna, com o objetivo de regular no âmbito internacional os direitos autorais. Pretendia-se, assim, criar uma verdadeira “União” (associação internacional) de Estados, assim como fora feito três anos antes na Convenção da União de Paris para disciplinar a propriedade industrial.³⁴³

A Convenção de Berna foi originalmente assinada em 9 de setembro de 1886, contando com a participação de 10 países³⁴⁴. Em sua primeira versão, o texto não impunha um limite mínimo de proteção, deixando a critério de cada um dos países signatários, a fim de estimular a adesão ao tratado^{345 346 347}.

Dizia o artigo segundo do texto original, em seus dois primeiros parágrafos, que os autores de qualquer dos países da União [de Berna], ou seus representantes legais, desfrutarão em outros países, pelos seus trabalhos, quer tenham sido publicados em um desses países ou não, os direitos que estes países conferem ou venham a conferir a seus nacionais. Além disso, o gozo de tais direitos estará sujeito ao cumprimento de condições e formalidades previstas na lei do país de origem³⁴⁸ e não pode exceder, nos outros países, o prazo de proteção garantido pela lei do país de origem³⁴⁹.

³⁴³ BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Cit.; p. 90.

³⁴⁴ Inglaterra, Alemanha, Bélgica, França, Espanha, Haiti, Itália, Suíça, Tunísia e Libéria. A assinatura por parte da França incluía também a Argélia; a assinatura da Espanha incluía todas as suas colônias e a assinatura inglesa abrangia, entre outras localidades, a Índia, o Canadá, a Austrália e a Nova Zelândia. Até a revisão de Berlim, em 1908, tornaram-se signatários Luxemburgo, Mônaco, Montenegro, Noruega, Japão, Dinamarca, Suécia e algumas colônias britânicas. De acordo com relatório norte-americano da época, quando da revisão de 1908, apenas 3 nações relevantes não haviam ainda aderido aos termos do tratado internacional: Rússia, Estados Unidos e Áustria-Hungria. *International Copyright Union: Berne Convention 1886, Paris Convention 1896, Berlin Convention 1908*. Washington: Government Library Office, 1908; p. 31. Disponível em <http://bit.ly/fAJj0Q>. Acesso em 04 de junho de 2010. Hoje, são 164 os países signatários de Berna. De acordo com informações da OMPI, não assinaram a convenção Afeganistão, Angola, Burundi, Camboja, Eritreia, Etiópia, Ilhas Maldivas, Ilhas Marshall, Ilhas Salomão, Ilhas Seychelles, Irã, Iraque, Kiribati, Kuwait, Laos, Mianmar, Moçambique, Nauru, Palau, Papua Nova Guiné, San Marino, São Tomé e Príncipe, Serra Leoa, Somália, Timor Leste, Turcomenistão, Tuvalu, Uganda e Vanuatu.

³⁴⁵ “The original Berne text left the copyright term to the member country in order to encourage countries to join”. *Copyright Term, Film Labeling, and Film Preservation Legislation. Hearings Before the Subcommittee on Courts and Intellectual Property of the Committee on the Judiciary House of the Representatives*. Washington: U.S. Government Printing Office, 1996; p. 166. Disponível em <http://bit.ly/gW01a3>. Acesso em 04 de junho de 2010. A única exceção era o prazo de 10 anos para se proteger direitos de tradução.

³⁴⁶ Nesse momento, apenas Bélgica, França e Tunísia adotavam a regra de proteção de vida do autor mais 50 anos. Em regra, havia grande variedade de previsões legais: vida mais 20 anos no Haiti; vida mais 30 anos na Alemanha e na Suíça; diferentes prazos na Itália e vida mais 80 anos na Espanha. GINSBURG, Jane C. e RICKETSON, Sam. *International Copyright and Neighbouring Rights – The Berne Convention and Beyond – Volume I*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006; p. 536.

³⁴⁷ Curiosamente, a proposta de texto de 1884 previa que deveria ser aplicada a regra *lex loci originis*, ou seja, uma vez que expirasse o prazo de proteção da obra em seu país de origem, esta ingressaria em domínio público em todos os demais países onde a proteção, em decorrência de suas leis locais, fosse conferida por prazos mais longos. GINSBURG, Jane C. e RICKETSON, Sam. *International Copyright and Neighbouring Rights – The Berne Convention and Beyond – Volume I*. Cit.; p. 537.

³⁴⁸ A Convenção de Berna define “país de origem” em seu art. 5º (4).

³⁴⁹ Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “[a]uthors of any one of the countries of the Union, or their lawful representatives, shall enjoy in the other countries for their works, whether published in one of those countries or unpublished, the rights which the respective laws do now or may hereafter grant to natives. The enjoyment of these rights is subject to the

Em outros termos, a Convenção de Berna prevê, desde sua primeira redação, a figura do tratamento nacional, segundo o qual cada país deve dar aos autores estrangeiros o mesmo tratamento legal conferido a seus próprios autores. No entanto, não havia qualquer exigência quanto aos prazos mínimos de proteção.

A revisão de Paris, em 1896, não fez qualquer recomendação para se alterar o artigo segundo do tratado. Dessa forma, a uniformização de prazos surgiu apenas com a revisão do texto em 1908, em Berlim, que modificou sensivelmente seu conteúdo original. Foi a partir de então que o termo mínimo de proteção das obras autorais passou a ser a vida do autor mais cinquenta anos. Dispunha o art. 7 da Convenção de Berna em sua versão de 1908³⁵⁰:

O termo de proteção conferido pela presente Convenção compreende a vida do autor mais cinquenta anos após sua morte.

No caso de este prazo, todavia, não ser uniformemente adotado por todos os países da União, a duração da proteção será regulada pela lei do país onde a proteção é invocada, e não poderá exceder o prazo conferido pelo país de origem da obra. Os países contratantes conseqüentemente deverão aplicar o previsto no parágrafo anterior apenas na medida em que esteja em conformidade com a lei interna.

Para obras fotográficas e obras realizadas por procedimentos análogos à fotografia, para obras póstumas, para obras anônimas ou pseudônimas, o prazo de proteção será regulado pela lei do país onde a proteção é invocada, mas o prazo não poderá ultrapassar o termo fixado pelo país de origem da obra.

Após 1908, a Convenção de Berna voltou a ser revista em 5 oportunidades: em Berna (1914), em Roma (1928), em Bruxelas (1948), em Estocolmo (1967) e em Paris (1971). A atual redação do art. 7 da Convenção, que trata do prazo de proteção conferido aos direitos autorais é o seguinte:

Artigo 7

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

2) Entretanto, quanto às obras cinematográficas, os países da União têm a faculdade de dispor que o prazo da proteção expira cinquenta anos depois que a obra tiver se tornado acessível ao público com o consentimento do autor, ou que, se tal acontecimento não ocorrer nos cinquenta anos a

accomplishment of the conditions and formalities prescribed by law in the country of origin of the work, and cannot exceed in the other countries the term of protection granted in the said country of origin". International Copyright Union: Berne Convention 1886, Paris Convention 1896, Berlin Convention 1908. Cit.; p. 31.

³⁵⁰ Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “[t]he term of protection granted by the present Convention comprises the life of the author and fifty years after his death. In case this term, however, should not be adopted uniformly by all the countries of the Union, the duration of the protection shall be regulated by the law of the country where protection is claimed, and can not exceed the term granted in the country of origin of the work. The contracting countries will consequently be required to apply the provision of the preceding paragraph only to the extent to which it agrees with their domestic law. For photographic works and works obtained by a process analogous to photography, for posthumous works, for anonymous or pseudonymous works, the term of protection is regulated by the law of the country where protection is claimed, but this term may not exceed the term fixed in the country of origin of the work”. *International Copyright Union: Berne Convention 1886, Paris Convention 1896, Berlin Convention 1908. Cit.*

contar da realização de tal obra, a duração da proteção expira cinquenta anos depois da referida realização.

3) Quanto às obras anônimas ou pseudônimas, a duração da proteção concedida pela presente Convenção expira cinquenta anos após a obra ter se tornado licitamente acessível ao público. No entanto, quando o pseudônimo adotado pelo autor não deixa qualquer dúvida acerca da sua identidade, a duração da proteção é a prevista no parágrafo 1). Se o autor de uma obra anônima ou pseudônima revela a sua identidade durante o período acima indicado, o prazo de proteção aplicável é o previsto no parágrafo 1). Os países da União não estão obrigados a proteger as obras anônimas ou pseudônimas quanto às quais há razão de presumir-se que o seu autor morreu há cinquenta anos.

4) Os países da União reservam-se, nas suas legislações nacionais, a faculdade de regular a duração da proteção das obras fotográficas e das obras de artes aplicadas protegidas como obras artísticas; entretanto, a referida duração não poderá ser inferior a um período de vinte e cinco anos contados da realização da referida obra.

5) O prazo de proteção posterior à morte do autor e os prazos previstos nos parágrafos 2), 3) e 4) precedentes começam a correr da morte ou da ocorrência mencionada nos referidos parágrafos, mas a duração desses prazos não se conta senão a partir do dia 1^o de janeiro do ano seguinte àquele em que ocorreu a morte ou a ocorrência em questão.

6) Os países da União têm a faculdade de conceder uma duração de proteção superior àquelas previstas nos parágrafos precedentes.

7) Os países da União vinculados pelo Ato de Roma da presente Convenção e que concedem, nas suas legislações nacionais em vigor no momento da assinatura do presente Ato, durações inferiores àquelas previstas nos parágrafos precedentes têm a faculdade de conservá-las ao aderir ao presente Ato ou ao ratificá-lo.

8) Em quaisquer casos, a duração será regulada pela lei do país em que a proteção for reclamada; entretanto, a menos que a legislação deste último país resolva de outra maneira, a referida proteção não excederá a duração fixada no país de origem da obra.

Artigo 7 bis

As disposições do artigo antecedente são igualmente aplicáveis quando o direito de autor pertence em comum aos colaboradores de uma obra, sob reserva de que os prazos consecutivos à morte do autor sejam calculados a partir da data da morte do último colaborador sobrevivente.

Em síntese, a Convenção de Berna estabelece os parâmetros mínimos de proteção. Assim, o patamar geral a ser observado é a vida do autor mais cinquenta anos. No entanto, esse mínimo conta com algumas exceções: obras cinematográficas, anônimas e pseudônimas têm o prazo de proteção de cinquenta anos contado da divulgação da obra; obras fotográficas e obras de artes aplicadas devem ser protegidas por pelo menos vinte e cinco anos, sendo que o prazo pode ser contado a partir da realização da obra. Será sempre facultado aos países proteger as obras por tempo maior do que o fixado na Convenção.

O Brasil aderiu à Convenção de Berna apenas em 1922³⁵¹, sendo que seu texto atual encontra-se em vigor em nosso país por força do Decreto 75.699 de 06 de maio de 1975. Em virtude do disposto na Convenção, ainda que o legislador brasileiro desejasse, em uma tentativa de dar acesso maior às obras intelectuais, estabelecer o prazo de proteção do direito autoral como

³⁵¹ “Registre-se, finalmente que, assim como o Brasil foi rápido, e mesmo pioneiro, na regulamentação legal do sistema patentário, ele foi lento em aderir ao sistema multilateral de proteção do direito autoral, tendo ratificado a Convenção de Berna de 1886 – que criou uma União para a proteção das Obras Literárias e Artísticas – apenas em 1922, na versão que tinha sido revista e modificada em Berlim, em 1908, e novamente em Berna, em 1914”. ALMEIDA, Paulo Roberto de. **Formação da Diplomacia Econômica no Brasil: as Relações Econômicas Internacionais no Império**. São Paulo: ed. Senac, 2001; p. 261. Disponível em <http://bit.ly/ikxY3P>. Acesso em 04 de junho de 2010.

tão-somente um direito vitalício – e nada mais –, ou mesmo um direito com prazo ainda inferior do que o da vida do autor, não poderia fazê-lo.

É bem verdade que o Brasil teria o direito de estabelecer em sua legislação interna prazos menores de proteção do que os que hoje vigoram. No entanto, como veremos ao final deste capítulo, a tendência mundial é pelo aumento progressivo do prazo de proteção. Curiosamente, tal diretriz vem sendo observada inclusive pelos países em desenvolvimento, o que causa sem dúvida estranhamento e, não raramente, recomendações para que a política de proteção aos direitos autorais em tais países seja revista³⁵².

Como se pode perceber, foi com base no texto da Convenção de Berna, forjada a partir de princípios vigentes no final do século XIX, que todos os países signatários tiveram que elaborar suas próprias leis nacionais ao longo do século XX. Apesar de o texto ter sido revisado seis vezes após sua primeira edição, a revisão mais recente data de 1971, quando a internet, a maior revolução tecnológica desde a criação da prensa mecânica por Gutenberg (pelo menos do ponto de vista de publicação de obras culturais e seu acesso), sequer era cogitada comercialmente. Dessa forma, a Convenção de Berna impõe princípios seculares de proteção ao mundo contemporâneo, gerando descompasso abissal entre os textos de lei e as condutas sociais.

Ao longo do século XX, outros tratados internacionais foram celebrados, como a Convenção de Roma³⁵³, de 1961, para disciplinar os direitos conexos ao direito de autor.

Em 1967, foi criada a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI, ou WIPO em sua versão em inglês – *World Intellectual Property Organization*). Com sede em Genebra, a OMPI adquiriu o *status* de Organismo Especializado da ONU em 1974.

Com a criação da OMPI, ambos os tratados internacionais (Convenção de Paris para disciplinar a propriedade industrial e Convenção de Berna, para regular internacionalmente os direitos autorais) passaram a ser de responsabilidade dessa única instituição, e não mais dos antigos BIRPI – *Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété Intellectuelle*.

³⁵² Estudo da “Consumers International” (<http://www.consumersinternational.org/>), organização internacional que congrega diversas organizações independentes de proteção ao consumidor, aponta que países como Camboja, Índia, Mongólia, China, Indonésia e Casaquistão conferem, de alguma forma, proteção mais longa do que a exigida pelos tratados internacionais.

³⁵³ Decreto nº 57.125, de 19 de outubro de 1965. Prevê seu art. 14, quanto ao prazo mínimo de proteção: “**Artigo 14:** A duração da proteção a conceder pela presente Convenção não poderá ser inferior a um período de vinte anos: a) para os fonogramas e para as execuções fixadas nestes fonogramas, a partir do fim do ano em que a fixação foi realizada; b) para as execuções não fixadas em fonogramas, a partir do fim do ano em que se realizou a execução; c) para as emissões de radiodifusão, a partir do fim do ano em que se realizou a emissão”. O prazo foi aumentado pelo TRIPs. Também aqui o Brasil confere prazo maior do que o exigido nos termos dos tratados internacionais. De acordo com a LDA, nos termos de seu art. 96, é de setenta anos o prazo de proteção aos direitos conexos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente à fixação, para os fonogramas; à transmissão, para as emissões das empresas de radiodifusão; e à execução e representação pública, para os demais casos.

O cenário mudou consideravelmente nos anos 1980, quando, em Punta del Este, na sessão especial dos ministros do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) teve início a rodada de negociações multilaterais conhecida como Rodada Uruguai, que se iniciou no então ano de 1986 e se encerrou apenas em 1994, com a criação da OMC (“Organização Mundial do Comércio”, ou em seu equivalente inglês, WTO – *World Trade Organization*)³⁵⁴.

É bem verdade que a “relação entre o regime multilateral de comércio e a propriedade intelectual começou a ser abordada logo no início da origem do GATT, em 1947”³⁵⁵. No entanto, o objetivo esperado só foi de fato atingido quando da inclusão da propriedade intelectual no próprio acordo de criação da OMC, por meio de seu Anexo 1C, o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, ADPIC ou, mais usualmente, TRIPs (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*).

As razões para a celebração do TRIPs são expostas por Maristela Basso³⁵⁶:

A inclusão do TRIPs no GATT demonstra o reconhecimento e a importância dos direitos de propriedade intelectual para o comércio internacional. Não se podia mais negar que o desenvolvimento do comércio internacional poderia ser afetado, se os *standards* adotados para a proteção dos direitos de propriedade intelectual divergissem de um país a outro. A negligência, regras ineficientes ou, mesmo, a inexistência de regras impositivas (obrigatórias), encorajavam a pirataria de mercadorias, além de prejudicar os interesses comerciais dos produtores, inventores, autores, programadores que possuísem ou tivessem adquirido estes direitos. Era imprescindível propor padrões mínimos de proteção, assim como procedimentos e remédios para os casos de inobservância, desrespeito e descumprimento destes direitos.

Tendo por objetivo central (i) completar as deficiências do sistema de proteção à propriedade intelectual gerido pela OMPI e (ii) vincular, definitivamente, a propriedade intelectual ao comércio internacional³⁵⁷, o TRIPs entrou em vigor no Brasil por meio do Decreto 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

No que diz respeito especificamente aos direitos autorais, o TRIPs prevê, em seu art. 9 (que abre a seção referente à matéria), que os Membros signatários do acordo cumprirão o disposto nos artigos 1 a 21 e no apêndice da Convenção de Berna, de modo que estão ambos os

³⁵⁴ Denis Borges Barbosa explica que, no momento que antecede a criação da OMC – e que justifica de certo modo sua criação, “(...) crescia a pressão americana para a reforma integral do sistema normativo do comércio internacional com a inclusão no GATT dos serviços, bens intelectuais e das questões relativas ao investimento direto no exterior. Não obstante a resistência de alguns países, em particular o Brasil, a reunião do GATT de 1986 que deslançou a Rodada Uruguai instituiu um grupo de negociação quanto ‘aos aspectos dos direitos de propriedade intelectual que afetam o comércio internacional, inclusive o comércio de bens contrafeitos’”. BARBOSA, Denis Borges. **Propriedade Intelectual – A Aplicação do Acordo TRIPs**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; p. 2.

³⁵⁵ BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000; p. 153.

³⁵⁶ BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Cit.; p. 155.

³⁵⁷ BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Cit.; p. 159.

acordos indissolavelmente associados. Para ser membro do TRIPs, portanto, é indispensável ser também signatário da Convenção de Berna.

Quanto ao prazo de proteção, o acordo pouco dispõe. Afinal, dispensável repetir o que já consta do tratado anterior a que o próprio TRIPs expressamente se refere. Ainda assim, seu art. 12 determina que:

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

Com relação aos direitos conexos, o TRIPs aumenta parcialmente o prazo de proteção conferido pela Convenção de Roma – que era de 20 anos, ao dispor, em seu art. 14 (5):

Art. 14 (5): A duração da proteção concedida por este Acordo aos artistas-intérpretes e produtores de fonograma de estenderá pelo menos até o final de um prazo de 50 anos, contados a partir do final do ano civil no qual a fixação tenha sido feita ou a apresentação tenha sido realizada. A duração da proteção concedida de acordo com o parágrafo 3³⁵⁸ será de pelo menos 20 anos, contados a partir do fim do ano civil em que a transmissão tenha ocorrido.

No mais, nada se altera. Os prazos mínimos de proteção seguem sendo os mesmos previstos na Convenção de Berna para a proteção dos autores (50 anos contados do falecimento do autor), das obras de autoria anônima ou escritas sob pseudônimo e para as obras audiovisuais (50 anos contados da publicação da obra) e das obras fotográficas ou de artes aplicadas (25 anos contados da realização da obra).

Atualmente, quase todos os países do mundo são signatários do TRIPs. Sendo assim, não haverá, pelo menos entre os países-parte do tratado, prazo de proteção aos direitos autorais inferior à vida do autor mais 50 anos, exceto quanto aos casos anteriormente mencionados.

Trezentos anos atrás, quando da promulgação daquela que hoje é considerada a primeira lei de direitos autorais do mundo – o Estatuto da Rainha Ana –, o termo legal conferido à indústria do livro (o bem intelectual mais sujeito a cópia, então) era de 14 anos para os livros

³⁵⁸ **Art. 14 (3):** “As organizações de radiodifusão terão o direito de proibir a fixação, a reprodução de fixações e a retransmissão por meios de difusão sem fio, bem como a comunicação ao público de suas transmissões televisivas quando efetuadas sem sua autorização. Quando não garantam esses direitos às organizações de radiodifusão, os Membros concederão aos titulares do direito de autor, nas matérias objeto das transmissões, a possibilidade de impedir os atos antes mencionados, sujeitos às disposições da Convenção de Berna (1971)”.

novos, prorrogáveis por outros 14 anos. No momento, sob o pretexto de se proteger o autor e seus herdeiros, o prazo de proteção mínimo a ser conferido é o de um direito vitalício mais 50 anos.

Ainda assim, a prática tem demonstrado que o principal beneficiado com a dilação do prazo não é o autor nem seus sucessores, mas sim a indústria dos intermediários. Não satisfeitos com o prazo já excessivamente longo, vêm sistematicamente promovendo sua dilação, adiando o momento de fazer as obras ingressarem em domínio público, o que contraria as razões sociais, econômicas e jurídicas de se ter um domínio público amplo, como já tivemos a oportunidade de analisar.

2.3 O Domínio Público na Experiência Internacional

2.3.1 O Direito Comparado

O universo jurídico internacional é formado por diversos sistemas com origens, tradições e conteúdos distintos, como consequência previsível da variedade da natureza humana.

No entanto, como também é evidente, os sistemas jurídicos não são estanques e incomunicáveis. Há inúmeros elementos de comunhão que partilham por conta de fatores históricos e influências mútuas³⁵⁹. A disciplina jurídica que se preocupa com a comparação entre o ordenamento jurídico de uma sociedade com outra sociedade se chama Direito Comparado³⁶⁰.

Embora muitas vezes seja erroneamente reduzido à simples comparação entre leis, essa abordagem lhe é absolutamente insuficiente – mesmo que buscar uma definição (ou sua natureza) precisa seja tarefa verdadeiramente complexa.

³⁵⁹ “Em relação à opinião de [René] David, acrescentamos ainda a posição de Vicente Rao ressaltando que não existe sistema jurídico que seja uma unidade totalmente distinta, havendo características comuns presentes no *jus positum* de diferentes povos. Quando se afirma que os fatores de ordem racial, ideológica, histórica, religiosa, política, econômica e outros fatores sociais diferenciam os diversos povos, não se quer significar que cada um deles constitua uma unidade totalmente distinta, como que um compartimento estanque, pois certos fatores podem ser comuns a vários povos e neles agir com uma equivalente intensidade; e, de mais a mais, outros elementos concorrem para criar uma aproximação entre as leis, usos e costumes das nações, tais a eventual origem comum, a identidade ou semelhança das respectivas necessidades, permitindo, ou reclamando, por vezes, a mesma solução e a mesma disciplina; e, por fim, além de elementos outros, não há desprezar-se a contribuição do intercâmbio de homens e de interesses, do progresso das ciências e das artes, do desenvolvimento, da civilização”. CARRILHO, Cristiano. **Manual de História dos Sistemas Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009; p. 31.

³⁶⁰ CARRILHO, Cristiano. **Manual de História dos Sistemas Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009; p. 31.

De fato, há variadas dúvidas sobre qual a natureza do direito comparado. Seria um método ou, ao contrário, uma ciência autônoma? Ou ambas as coisas ao mesmo tempo?³⁶¹ São tão controvertidas as opiniões que Constantinesco chega a classificá-las como “discórdias insuperáveis” para, a seguir, mencionando Amari, afirmar que “[a] ciência das legislações comparadas possui tudo – livros, cátedras, jornais, popularidade – a não ser uma definição”³⁶².

Prossegue o autor, citando em parte Saleilles, ao afirmar que “o Direito comparado, como *ciência auxiliar*, tem como objeto o desenvolvimento progressivo do Direito nacional oferecendo um escopo positivo seja à evolução legislativa, seja às construções doutrinárias, seja às interpretações jurisprudenciais’. Método auxiliar, ciência principal independente, ciência auxiliar, o Direito comparado é tudo isso. A confusão é grande, mesmo porque sua natureza muda a cada momento”³⁶³.

Por fim, afirma que Josserand “concebe o papel do Direito comparado igualmente de modo prático e o define através da sua função principal, que é a de revelar a orientação jurídica. ‘Ele constitui somente o ponto de partida de pesquisas, de constatações interessantes e, sobretudo, permite fazer nascer facilmente, por meio da infinita variedade dos detalhes, as tendências comuns das diversas legislações”³⁶⁴.

³⁶¹ CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de Direito Comparado – Introdução ao Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998; p. 261. Independentemente da resposta, Arnoldo Wald, citando René David, aponta a vocação do jurista brasileiro para o direito comparado. Em primeiro lugar, porque – e isto segundo Camille Jauffret-Spinosi – “em razão da história de seus países, os juristas da América Latina são todos comparatistas. É essa sua riqueza e é essa também, talvez, sua fraqueza”. WALD, Arnoldo. *Le droit comparé au Brésil. Revue Internationale de Droit Comparé*, n.4. Paris, 1999; p. 813. Depois, porque “já faz 40 anos que René David, ao descrever a prática jurídica no Brasil e mais especificamente aquela dos juízes, concluiu: ‘com a segura dos julgamentos franceses, e com a ignorância que eles manifestam fora da doutrina, o contraste é impressionante se lermos as decisões dos juízes brasileiros. No Brasil, a doutrina, tanto estrangeira quanto nacional, parece exercer um papel principal: autores franceses, italianos, portugueses, espanhóis, argentinos são constantemente citados, comentados pelos juízes em suas decisões. Quem quer que estude uma questão de direito brasileiro deve ter em conta os autores estrangeiros e não pretender resolver tal questão considerando apenas as leis brasileiras, decisões judiciais ou autores do Brasil”. WALD, Arnoldo. *Le droit comparé au Brésil*. Cit.; p. 830. Em ambos os trechos, tradução livre do autor. No original, lê-se que: “[e]n raison de l’histoire de leur pays, les juristes d’Amérique Latine sont tous des comparatistes. Là est leur richesse, là a été aussi peut être leur faiblesse” (p. 813). “Il y a déjà 40 ans que René David, en décrivant la pratique juridique au Brésil et plus spécifiquement celles des juges, a conclu: ‘Avec la sécheresse des jugements français, et avec l’ignorance qu’ils manifestent extérieurement de la doctrine, le contraste est frappant si l’on lit des arrêts des juges brésiliens. Au Brésil, la doctrine, tant étrangère que nationale, paraît jouer de premier plan: auteurs français, italiens, portugais, espagnols, argentins sont constamment cités, commentés par les juges dans leurs arrêts. Quiconque étudie une question de droit brésilien doit en tenir compte, et ne pas prétendre résoudre cette question en considérant les seules lois, décisions judiciaires, opinions des auteurs du Brésil” (p. 830). Talvez esta seja uma vocação natural do Brasil, fruto de uma cultura miscigenada, de diversas levas de migração, de uma globalização secular. O crítico literário mais importante do Brasil, Antônio Cândido, afirma que “estudar literatura brasileira é estudar literatura comparada”, porque a nossa produção foi sempre tão vinculada aos exemplos externos, que insensivelmente os estudiosos efetuavam as suas análises ou elaboravam os seus juízos tomando-os como critério de validade”. CANDIDO, Antônio. **Recortes**. Rio de Janeiro: Ouro sobre Azul, 2004; p. 229.

³⁶² CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de Direito Comparado – Introdução ao Direito Comparado**. Cit.; p. 263.

³⁶³ CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de Direito Comparado – Introdução ao Direito Comparado**. Cit.; pp. 267-268. (*grifos no original*)

³⁶⁴ CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de Direito Comparado – Introdução ao Direito Comparado**. Cit.; p. 268.

No entanto, de modo um tanto definitivo, o autor tece os seguintes comentários, que nos parecem bastante pertinentes³⁶⁵:

De fato, a confusão testemunhada pelas definições tem causas mais graves, como, também, o estado de incerteza no qual se encontra o Direito comparado, também no momento atual, se explica por razões mais profundas. A desordem e as perplexidades durarão enquanto as suas causas não forem eliminadas. Não será possível oferecer uma definição válida do Direito comparado enquanto não se souber se se trata de um simples método, de uma disciplina autônoma ou de ambos ao mesmo tempo. Não será possível sair da suposição, isto é, deste estado de confusão crônica, enquanto não se conseguir delimitar, e também, especificar exatamente os campos, as funções e os objetivos do método e da ciência dos Direitos comparados. Aqui reside o grande dilema. As poucas definições citadas exprimem claramente o embaraço resultante do fato de que ainda não se começou a resolver definitivamente esta questão. Todo o resto é somente literatura que oculta os verdadeiros problemas.

Em nossa análise, vamos tomar a comparação entre direitos como método³⁶⁶ de se compreender determinados institutos jurídicos de ordenamento estrangeiro, com o objetivo de evidenciar a equivalência ou a diversidade das soluções quando diante de um problema prático específico. No nosso caso, o domínio público.

A grande vantagem de se tratar o domínio público a partir da perspectiva do direito comparado é que sua concepção central é a mesma em todo o mundo. O que pode variar é, na verdade, o prazo de proteção aos direitos autorais conferido pelas legislações nacionais e a maneira como doutrina e jurisprudência vêm tratando aspectos práticos do domínio público.

A propósito, as variedades legislativa e hermenêutica são compreensíveis em um mundo plural como o nosso. Afinal, estima-se que, neste momento, haja quase 7 bilhões de pessoas habitando nosso planeta, em pelo menos 192 países³⁶⁷, falando cerca de 2.700 línguas e entre 7 e

³⁶⁵ CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de Direito Comparado – Introdução ao Direito Comparado**. Cit.; pp. 274-275.

³⁶⁶ Concordamos com a opinião de René David, citado por Constantinesco: “[n]ão existe um Direito comparado, como ciência autônoma, porque ele não constitui um corpo de regras, do mesmo do que os outros ramos do Direito. ‘O Direito comparado não é uma parte do Direito positivo de uma nação qualquer, como os Direitos civil e administrativo’. A segunda argumentação é que o Direito comparado é um método que, como disciplina teórica, não tem um campo próprio. Utilizar o método comparativo para esclarecer a história das instituições significa fazer história comparada das instituições ou etnologia. Servir-se dele para explicar as leis de desenvolvimento das sociedades quer dizer elaborar filosofia do Direito ou sociologia. Aplicar o método comparativo para melhorar o Direito nacional significa propor política jurídica ou legislativa. ‘Despojado de todas as suas possíveis aplicações, o Direito comparado, verdadeira tela serrilhada, acaba por recobrir somente um campo insignificante’. Daí a conclusão é simples: ‘O Direito comparado não existe e, portanto, não existem e não podem existir comparatistas que não sejam outra coisa que comparatistas’”. CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de Direito Comparado – Introdução ao Direito Comparado**. Cit.; p. 290. Mais adiante, chega a afirmar de modo bastante ilustrativo: “[a] ciência dos Direitos comparados se encontra, por isso, na situação de uma zoologia, na qual existem estudos particulares e aprofundados sobre quase todos os órgãos dos animais presentes e passados, mas onde falta qualquer tipo e classificação em grupos, famílias, espécies e gêneros. Uma série de conhecimentos disparatados, não-ordenados e não-organizados, constitui um cúmulo de noções e não uma ciência”; p. 324. Arnoldo Wald aponta que a maioria da doutrina brasileira reconhece o caráter científico ao direito comparado. WALD, Arnoldo. *Le droit comparé au Brésil*. Cit.; p. 808.

³⁶⁷ Disponível em <http://bit.ly/hrKTkh>. Acesso em 19 de junho de 2010. É possível encontramos os sistemas jurídicos de cada um dos 192 países disponível em <http://bit.ly/f5tfRV>. Acesso em 19 de junho de 2010.

8 mil dialetos³⁶⁸ e professando um número incalculável de religiões³⁶⁹. É inevitável que elementos culturais exerçam influência direta e incontornável na construção do ordenamento jurídico de cada país. Também é certo que tais influências se modificam ao longo dos séculos, a depender do momento histórico.

Conforme explica José de Oliveira Ascensão, “[a] História do Direito visa reconstituir as ordens jurídicas que vigoraram no passado. O estudo do Direito de povos desaparecidos é História do Direito, como é História do Direito o estudo de épocas jurídicas passadas de povos actuais. A História do Direito é a parte da História que estuda a realidade da ‘ordem jurídica’”³⁷⁰.

Como podemos perceber, Ascensão aponta que um mesmo povo terá, em sua própria história jurídica, o testemunho de influências diversas sofridas com o passar do tempo. A isso pode-se chamar de “História do Direito”.

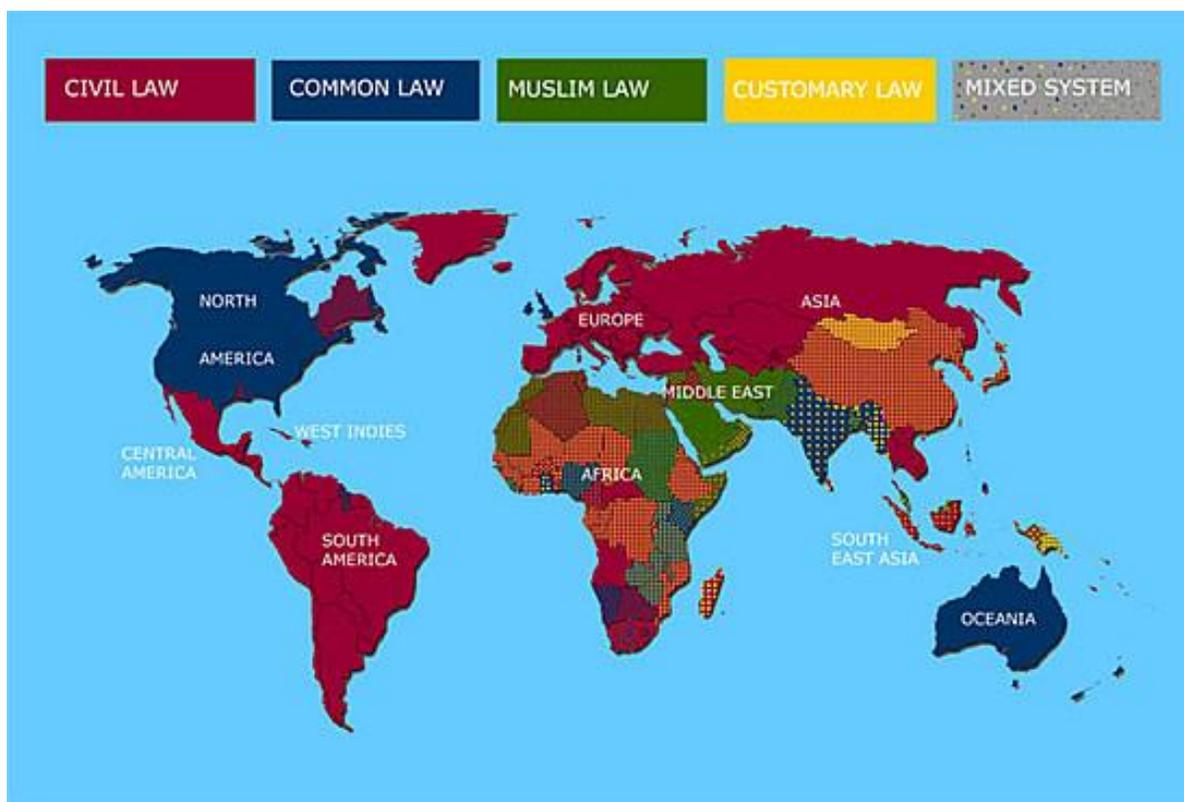
Por outro lado, essas múltiplas influências vão resultar em uma variedade de sistemas jurídicos que hoje convivem lado a lado. Dessa forma, o resultado do processo histórico dos vários ramos jurídicos deságua no mundo contemporâneo.

De acordo com o Grupo de Pesquisa de Sistemas Legais (GPSL), da Universidade de Ottawa, os diversos sistemas jurídicos da atualidade podem ser assim distribuídos:

³⁶⁸ BERLITZ, Charles. **As Línguas do Mundo**. Rio de Janeiro: ed. Nova Fronteira, 1982; pp. 11-12.

³⁶⁹ É muito difícil definir o que é uma religião. Dessa forma, qualquer estimativa seria inconclusiva. “*O Livro das Religiões*” assim comenta a definição de religião: “[m]uitas pessoas já tentaram definir religião, buscando uma fórmula que se adequasse a todos os tipos de crenças e atividades religiosas – uma espécie de mínimo denominador comum. Existe, naturalmente, até um risco nessa tentativa, já que ela parte do princípio de que as religiões podem ser comparadas. Esse é um ponto em que nem todos os crentes concordam: eles podem dizer, por exemplo, que sua fé se distingue de todas as outras por ser a única religião verdadeira, ao passo que todas as outras não passam de ilusão, ou, na melhor das hipóteses, são incompletas”. GAARDER, Jostein; HELLERN, Victor e NOTAKER, Henry. **O Livro das Religiões**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005; p. 19.

³⁷⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito**. Coimbra: Almedina, 2008; p. 115.



Fonte: University of Ottawa (<http://www.juriglobe.ca/eng/index.php>)

Em conformidade com dados disponíveis no *website* do GPSL, são quatro os sistemas mais observados: *civil law*, *common law*, leis muçulmanas e direito costumeiro³⁷¹, sendo que os dois primeiros, quando aplicados em monossistemas (ou seja, sendo francamente predominantes em dada localidade), são as modalidades mais frequentes.

Os países classificados como pertencentes ao grupo da *civil law* são aqueles que seguem o modelo do direito romano ou romano-germânico e que com base na lei escrita, “definitivamente optaram por uma codificação sistemática de seu ordenamento jurídico”³⁷². São 98 as localidades (abrangendo países, como Brasil, ou regiões com outro *status* jurídico, como é o caso de Macau) apontados como pertencentes a um monossistema de *civil law*³⁷³.

Já a *common law* tem por fundamento o direito inglês baseado na decisão judicial. São apontadas 47 entidades políticas (países, como Nova Zelândia, Estados Unidos ou Reino Unido ou, ainda, localidades como as Ilhas Falklands, que não gozam de independência por serem

³⁷¹ Disponível em <http://bit.ly/hdX8ja>. Acesso em 19 de junho de 2010.

³⁷² Disponível em <http://bit.ly/gQKxNg>. Acesso em 19 de junho de 2010.

³⁷³ Disponível em <http://bit.ly/gQKxNg>. Acesso em 19 de junho de 2010.

territórios britânicos ultramarinos) que têm laços mais ou menos consistentes com tal sistema, ainda que tenham leis escritas em profusão³⁷⁴.

Monossistemas muçulmanos, de natureza religiosa e baseados no Corão, são apenas três: Afeganistão, Arábia Saudita e Ilhas Maldivas. A maioria dos países muçulmanos contam com sistemas mistos, tanto com a *civil law* (Egito, Irã, Iraque, Marrocos, entre outros), com a *common law* (Bangladesh, Paquistão, Singapura e Sudão), com o Direito Costumeyro (Emirados Árabes) ou a conjugação de mais de dois desses sistemas (Kwait, Gana, Omã, Quênia, entre outros)³⁷⁵.

Finalmente, o GPSL aponta apenas três entes políticos como seguidores das Leis Costumeyras: Andorra, Guernsey e Jersey (sendo as duas últimas ilhas situadas no Canal da Mancha, ambas dependências da Coroa do Reino Unido, embora não façam parte deste). É bastante difícil encontrar monossistemas de leis costumeyras, dada a insegurança jurídica desta opção. No entanto, é possível haver combinações com outros sistemas, quer com a *civil law* (seriam exemplos a China, o Congo, o Japão e as Coreias do Sul e do Norte, entre outros), quer com a *common law* (Hong Kong e Nepal, entre outros), dentre outras combinações possíveis³⁷⁶.

A classificação proposta acima não é, entretanto, definitiva. Outros autores propõem classificações distintas. René David³⁷⁷ divide os grandes sistemas jurídicos em (i) família romano-germânica; (ii) direitos socialistas; (iii) a *common law*; (iv) outras concepções da ordem social e do direito (o direito muçulmano, o direito da Índia, os direitos do extremo oriente e os direitos da África e de Madagascar).

Já para Rodolfo Sacco “contrapõem-se os sistemas romanísticos, os de *common law*, os do leste europeu (ex-socialistas), os latino-americanos, os instaurados em países islâmicos. Depois são reduzidos a uma única família os sistemas da Ásia central e oriental, e numa outra família os sistemas das sociedades tradicionais (isto é, elaborados quando estas sociedades não conheciam a escrita)”³⁷⁸.

³⁷⁴ Disponível em <http://bit.ly/hOkcEe>. Acesso em 19 de junho de 2010.

³⁷⁵ Disponível em <http://bit.ly/hBhCge>. Acesso em 19 de junho de 2010.

³⁷⁶ Disponível em <http://bit.ly/h7KOYa>. Acesso em 19 de junho de 2010.

³⁷⁷ “O agrupamento dos direitos em famílias é o meio próprio para facilitar, reduzindo-os a um número restrito de tipos, a apresentação e a compreensão dos diferentes direito do mundo contemporâneo. Porém, não há concordância sobre o modo de efetuar este agrupamento, e sobre quais famílias de direitos se deve por conseguinte reconhecer. Alguns baseiam as suas classificações na estrutura conceitual dos direitos ou na importância reconhecida às diferentes fontes do direito. Outros julgam que estas diferenças de ordem técnica têm um caráter secundário, pondo em primeiro plano as considerações de conteúdo, o tipo de sociedade que se pretende estabelecer com a ajuda do direito, ou, ainda, o lugar que é reconhecido ao direito como fator de ordem social”. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002; p. 22.

³⁷⁸ SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito Comparado**. Cit.; p. 228.

Para Osvaldo Agripino de Castro Junior, “[d]e uma forma operacional pode-se conceituar sistema jurídico como o conjunto de normas escritas, usos e costumes, inclusive decisões dos tribunais (*laws*), adotado por determinada comunidade que compartilha os mesmos princípios e regras de aplicação e interpretação do direito, objetivando a resolução de seus conflitos”³⁷⁹. Para o autor, são sistemas jurídicos (i) o anglo-saxônico (*common law*); (ii) o romano-germânico (*civil law*); (iii) o islâmico e (iv) o chinês³⁸⁰.

Já em sua obra “Manual de História dos Sistemas Jurídicos”, Cristiano Carrilho se refere aos seguintes sistemas: (i) romano; (ii) germânico; (iii) anglo-americano; (iv) socialista; (v) canônico; (vi) chinês; (vii) indiano e (viii) islâmico³⁸¹.

A partir da classificação proposta por René David³⁸², vejamos em linhas genéricas as características dos principais sistemas apontados pelos autores:

a) Família romano-germânica: é certamente o principal e mais influente sistema jurídico ocidental, dominante na Europa continental e em toda a América Latina. Teve origem na Europa e se formou “graças aos esforços das universidades Europeias, que elaboraram e desenvolveram a partir do século XII, com base em compilações do imperador Justiniano, uma ciência jurídica comum a todos, apropriada às condições do mundo moderno. A denominação romano-germânica foi escolhida para homenagear estes esforços comuns, desenvolvidos ao mesmo tempo nas universidades dos países latinos e dos países germânicos”³⁸³.

No entanto, e como era de se esperar, o direito romano-germânico não sobrevive em sua forma original³⁸⁴, dadas as inevitáveis e sucessivas interpolações, além dos comentários, supressões e modificações que sofreu ao longo da história. Seu principal legado não é o conteúdo do direito em si (ainda que muitas regras milenares permaneçam), mas servir de base para o sistema atual. Comenta José de Oliveira Ascensão³⁸⁵:

³⁷⁹ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Teoria e Prática do Direito Comparado e Desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, UNIGRANRIO, IBRADD, 2002; p. 37.

³⁸⁰ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Teoria e Prática do Direito Comparado e Desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil**. Cit.; p. 37.

³⁸¹ CARRILHO, Cristiano. **Manual de História dos Sistemas Jurídicos**. Cit., 2009.

³⁸² Optamos pela classificação proposta por René David em razão da importância de sua obra, que influenciou todas as outras obras que tratam do mesmo tema.

³⁸³ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Cit.; pp. 23-24.

³⁸⁴ “O Direito Romano deixou em todos os países de ser direito actual. Afastadas pois as preocupações de adaptação a necessidades actuais, regressa-se à tarefa propriamente histórica de sua reconstituição”. ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito**. Cit.; p. 136.

³⁸⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito**. Cit.; p. 137.

Para além da lição de tradição, coerência e ductibilidade que o Direito Romano oferece ao longo de toda a sua história, e para além dos ensinamentos que nos dá sobre as origens de nosso direito, o Direito Romano tem ainda de notável o enlace que logrou sempre realizar entre as construções doutrinárias e a vida jurídica.

Não foram os romanos juristas abstractos. Até o estudo descarnado de grandes categorias jurídicas pouco os interessou. Mas não foram também meros práticos do Direito, que solucionassem empiricamente os casos que surgiram, sem atender ao conjunto.

Trabalhando sobre casos, tiveram a sensibilidade de que estes se situavam num sistema e elaboraram as categorias jurídicas necessárias à integração no conjunto. O Direito Romano permanece assim como obra exemplar, indispensável à autêntica formação do jurista.

A partir do século XIX, com a chamada era das codificações, à lei foi atribuído importante papel nos países da família romano-germânica. Outra característica é que os códigos foram elaborados por motivos históricos, “visando regular as relações entre os cidadãos; outros ramos do direito só mais tardiamente e menos perfeitamente foram desenvolvidos, partindo dos princípios do ‘direito civil’, que continua a ser o centro por excelência da ciência do direito”³⁸⁶.

Assim é que se percebe a influência direta do Direito Romano não apenas no atual sistema romano-germânico como também na *common law*³⁸⁷.

b) Common Law: no mundo contemporâneo, apenas a *common law*, também designada como direito anglo-americano, é capaz de rivalizar em importância e influência com o direito romano-germânico. E a importância das duas famílias se explica pelo mesmo motivo: a expansão de ambas se deu em razão da colonização ou da recepção³⁸⁸.

Apesar de contar com significativas distinções dependendo do país, a *common law* é adotada pela maioria dos países de língua inglesa, como Inglaterra, Estados Unidos, Austrália, Canadá (exceto pela província de Quebec), Irlanda do Norte e Nova Zelândia.

Ao contrário do sistema romano-germânico, fundado na aplicação da lei geral e abstrata, o *common law* tem como centro do ordenamento jurídico o precedente judicial, já que a “foi formada pelos juízes, que tinham de resolver litígios particulares, e hoje ainda é portadora, de

³⁸⁶ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Cit.; p. 23.

³⁸⁷ O mundo parece caminhar para um sistema cada vez mais integrado. Se por um lado os países de *common law* se valem mais amiúde de estatutos legais de forma a criar regras *a priori*, gerais e abstratas – o que aumentaria a segurança jurídica em um mundo de hipercomplexidade –, alguns países de tradição romano-germânica vêm dando à jurisprudência força semelhante aos precedentes na *common law*.

³⁸⁸ René David faz ainda algumas observações interessantes quanto às famílias romano-germânica e da *common law*: “[a]inda aqui convém distinguir a *common law* na Europa (Inglaterra, Irlanda) e fora da Europa. Fora da Europa, pôde acontecer que a *common law*, em certos países muçulmanos ou na Índia, fosse apenas parcialmente recebida. Quando a *common law* foi recebida, tornou-se necessário considerar o efeito produzido sobre a sua aplicação, pela coexistência desta com as tradições anteriores de civilização. Além disso, um meio diferente pôde originar uma diferenciação profunda da *common law* no país em que ela nasceu e num país onde foi introduzida. Esta última observação apresenta um interesse particular no que se refere à família da *common law*; entre os países da *common law* acontece, como nos Estados Unidos ou no Canadá, que se formou uma civilização muito diferente, em múltiplos aspectos, da civilização inglesa; o direito destes países pode, por esse fato, reivindicar uma larga autonomia no seio da família da *common law*”. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Cit.; pp. 25-26.

forma inequívoca, da marca dessa origem”. É por isso que “[e]m cada decisão os juízes declaram proferir um julgamento semelhante ao proferido em outro caso do mesmo gênero (jurisprudência), qualificando-se a *common law* como um Direito costumeiro declaradamente jurisprudencial”³⁸⁹.

No entanto, é possível observarmos que “[a]pesar de se reconhecer a importância das reiteradas decisões dos tribunais, ainda assim os tribunais inferiores não estariam totalmente vinculados às decisões dos superiores, tampouco aos julgados de juízes em mesmo nível de hierarquia. Os juízes podem ainda mudar a orientação de suas novas decisões mesmo diante de casos semelhantes”³⁹⁰.

René David aponta acerca das distinções entre o direito romano-germânico e a *common law*³⁹¹:

A regra de direito da *common law*, menos abstrata que a regra de direito da família romano-germânica, é uma regra que visa dar solução a um processo, e não formular uma regra geral de conduta para o futuro. As regras respeitantes à administração da justiça, ao processo, à prova, e as relativas à execução das decisões de justiça têm aos olhos dos *common lawyers* um interesse semelhante, e mesmo superior, às regras respeitantes ao fundo do direito, sendo sua preocupação imediata a de restabelecer a ordem perturbada, e não a de lançar as bases da sociedade.

É bem verdade que os sistemas romano-germânico e *common law* vêm se aproximando consideravelmente, sem contudo perderem suas características mais marcantes. Como bem observa Eric Agostini, “a Inglaterra é actualmente vítima de inflação legislativa, mas mantém-se que, para o jurista inglês, uma lei não é verdadeiramente uma regra de direito senão quando conheceu aplicações jurisprudenciais”³⁹². O autor prossegue³⁹³:

Aponta-se aqui a essência da insularidade do direito inglês e da especificidade da ‘família da *Common Law*’: ‘O direito é analisado pelos juristas do continente europeu como sendo um conjunto de regras que determinam quanto ao fundo (...) a solução que deve intervir. Para um inglês, o direito consiste, pelo contrário, essencialmente em regras de processo, segundo as quais se presume que os juízes encontrarão uma solução justa para dar à questão que lhe é submetida’. Em suma, o que conta é que no fim do *due process of law* se chegue a um resultado razoável.

A conclusão idêntica chega René David, ao comentar que a *common law* “conserva hoje a sua estrutura, muito diferente da dos direitos romano-germânicos, mas o papel desempenhado

³⁸⁹ CARRILHO, Cristiano. **Manual de História dos Sistemas Jurídicos**. Cit.; p. 106.

³⁹⁰ CARRILHO, Cristiano. **Manual de História dos Sistemas Jurídicos**. Cit.; p. 108.

³⁹¹ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Cit.; p. 25.

³⁹² AGOSTINI, Eric. **Direito Comparado**. Porto: Resjurídica; p. 195.

³⁹³ AGOSTINI, Eric. **Direito Comparado**. Cit.; p. 195.

pela lei foi aí aumentado e os métodos usados nos dois sistemas tendem a aproximar-se; sobretudo a regra de direito tende, cada vez mais, a ser concebida nos países de *common law* como o é nos países da família romano-germânica”³⁹⁴.

c) Direitos socialistas: em sua fase originária, o direito russo era não escrito, variando a cada localidade³⁹⁵. Torna-se escrito a partir do século XI, quando se inicia a primeira fase propriamente dita do direito russo, com influência romano-canônica e feudal.

Depois do domínio mongol (séculos XIII a XV) e do início do direito czarista (séculos XV a XVII), o direito russo passa por uma fase de ocidentalização (do século XVII ao início do século XX), até finalmente se modernizar após a derrocada do sistema czarista.

Ao longo da maior parte do século XX, vigorou o comunismo como ideologia política dominante na atual Rússia, o que repercutiu diretamente na estrutura jurídica do país. Na verdade, os princípios do direito soviético – por ser a União Soviética o país mais representativo do bloco de países socialistas – se irradiavam pelas outras nações de mesma orientação ideológica. A esse respeito, comenta Cristiano Carrilho³⁹⁶:

O papel do direito nos países socialistas não seria necessariamente o de assegurar a ordem fornecendo um princípio de solução dos litígios. No Estado Soviético o direito poderia ser encarado como um conjunto de normas elaboradas livremente pela ditadura soviética e por ela coercitivamente impostas, para o fim de criar uma infra-estrutura econômica capaz de servir de base e de provocar uma superestrutura social e política, segundo os princípios do socialismo integral. Assim, o direito socialista é antes de tudo um instrumento de transformação da sociedade objetivando a realização do comunismo, fora do qual inexistiria a verdadeira liberdade e igualdade.

Com a diminuição da influência do comunismo no mundo contemporâneo, o pilar do direito socialista fica evidentemente prejudicado. Já não se pode mais considerar a realização do comunismo como um objetivo perseguido senão por alguns poucos países.

d) Outros sistemas: Segundo René David, ao comentar as três famílias de direitos acima mencionadas, não existe, “por assim dizer, neste mundo, nenhum direito que não tenha tirado, a uma ou outra destas famílias, alguns de seus elementos, e a muitos parece que todos os outros sistemas constituem simples sobrevivências destinadas a desaparecer num futuro mais ou menos próximo, com o progresso da civilização”³⁹⁷.

³⁹⁴ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Cit.; p. 26.

³⁹⁵ CARRILHO, Cristiano. **Manual de História dos Sistemas Jurídicos**. Cit.; p. 115.

³⁹⁶ CARRILHO, Cristiano. **Manual de História dos Sistemas Jurídicos**. Cit.; pp. 126-127.

³⁹⁷ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Cit.; p. 26. A bem da verdade, hoje sobrevivem apenas dois grandes sistemas jurídicos no mundo: o romano-germânico e a *common law*. O terceiro grande grupo proposto por René

Nesse sentido, o autor ainda faz menção aos direitos muçulmano, hindu e judaico, aos direitos do extremo oriente e aos direitos da África negra e de Madagascar. Ainda assim, não vamos tecer maiores considerações acerca de cada uma dessas famílias por conta de seu impacto ser consideravelmente reduzido quando analisado o direito ocidental.

Como se pode perceber, os diversos países do mundo convivem com sistemas jurídicos variados e com formulações legais distintas. Dessa forma, mesmo que o mundo esteja culturalmente fragmentado, busca-se um mínimo de unidade. Esse é um dos propósitos do direito comparado, como veremos a seguir.

Ter acesso às leis estrangeiras e interpretá-las é o primeiro passo para a construção da ideia de direito comparado. Entretanto, para se fazer efetivamente direito comparado, isso não basta³⁹⁸. Porque, como explica René David, a variedade de regras é apenas a face mais superficial dos diversos sistemas jurídicos. E acrescenta³⁹⁹:

O direito pode realmente concretizar-se, numa época e num dado país, num certo número de regras. Porém, o fenômeno jurídico é mais complexo. Cada direito constitui de fato um sistema. Emprega um certo vocabulário, correspondente a certos conceitos; agrupa as regras em certas categorias; comporta o uso de certas técnicas para formular regras e certos métodos para as interpretar; está ligado a uma dada concepção da ordem social, que determina o modo de aplicação e a própria função do direito.

É importante frisar que o direito comparado não se presta a apenas confrontar dispositivos legais, sobre tema idêntico ou semelhante, de países distintos nem tampouco a elaborar “denominadores comuns que permitam ao Direito se adaptar a unidades políticas e econômicas mais vastas, isto é, unificar ou harmonizar várias ordens jurídicas que constituem um ordenamento completo”⁴⁰⁰. Nas palavras de Constantinesco⁴⁰¹:

De um lado, as funções do método comparativo são mais numerosas e mais diferenciadas; de outro, ele pode servir a finalidades diversas. Por sua vez, a tarefa principal da ciência dos Direitos

David – aquele dos países socialistas – já teve sua importância aniquilada do ponto de vista prático por conta do decurso da história.

³⁹⁸ “Por muito tempo o Direito comparado é confundido com o conhecimento dos modelos estrangeiros”. CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de Direito Comparado – Introdução ao Direito Comparado**. Cit.; p. 114. Ainda nesse sentido: “[d]eve-se, todavia, enfatizar, que esse interesse incidia, até recentemente, sobre o estudo e o ensino do direito estrangeiro, sendo raros os trabalhos de efetiva comparação entre os direitos, com identificação de semelhanças e diversidades a partir de variáveis previamente escolhidas. Em suma, era incomum o desenvolvimento de verdadeiras pesquisas de natureza juscomparativa. Tratava-se então, como ainda ocorre, de justaporem-se dispositivos do direito nacional e do direito estrangeiro, fazendo-se referências ocasionais a algumas diferenças”. TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. *O Ensino do Direito Comparado no Brasil Contemporâneo*. Disponível em <http://bit.ly/dU5IAb>. Acesso em 09 de julho de 2010.

³⁹⁹ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Cit.; p. 20.

⁴⁰⁰ CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de Direito Comparado – Introdução ao Direito Comparado**. Cit.; p. 61.

⁴⁰¹ CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de Direito Comparado – Introdução ao Direito Comparado**. Cit.; p. 61.

comparados é confrontar os ordenamentos para descobrir os seus elementos determinantes, para poder ordená-los e classificá-los em sistemas jurídicos segundo a sua real afinidade. A elaboração dos sistemas, com base nestes critérios científicos, constitui o escopo principal da ciência dos Direitos comparados. Os sistemas são, no plano jurídico, o equivalente teórico destes grandes sistemas que, a nível econômico e político, encontram a sua expressão prática nos grandes espaços e nas federações continentais. A tarefa da ciência jurídica é, antes de tudo, aquela de inserir as normas e as soluções do Direito positivo no conjunto sistemático-lógico e dogmático-coerente do respectivo ordenamento. O papel da microcomparação é o de confrontar as normas e as soluções do Direito positivo de diversos ordenamentos para estabelecer diferenças e semelhanças. Todavia, a tarefa da ciência dos Direitos comparados é confrontar as unidades que constituem o ordenamento para elaborar, com o auxílio dos elementos determinantes, os grandes conjuntos que são os sistemas jurídicos.

Apesar de desde a Antiguidade haver evidências de comparação dos direitos⁴⁰², foi necessário esperar até o século XIX para que o direito comparado viesse a aparecer como método. “No início do século [XIX] se consumam as últimas etapas do processo de mudança espiritual necessário para o seu nascimento. As ciências sócio-humanas descobrem a importância da história, vista como um vasto campo da experiência humana, pensando ser possível, por este caminho renunciar à especulação e substituí-la por hipóteses a serem comprovadas com a experiência diacrônica”⁴⁰³.

A globalização, o estreitamento das relações comerciais, a multiplicação dos modelos de contratos (com situações de fato cada vez mais complexas) são alguns dos elementos que impulsionaram o estudo do direito comparado, uma vez que o enquadramento preciso das práticas sociais às exigências legais se tornou premente e inadiável. Para isso, indispensável conhecer o direito alheio.

No entanto, a prática não é simples, sobretudo por conta de peculiaridades históricas e sociais. A um mesmo conceito jurídico podem ser atribuídos significados distintos em razão do momento de sua interpretação (a mesma lei de um único lugar pode receber interpretações distintas em virtude da passagem do tempo) ou do lugar onde a lei é formulada, aplicada, executada.

⁴⁰² “A comparação dos direitos, considerados na sua diversidade geográfica, é tão antiga como a própria ciência do direito. O estudo de 153 constituições que regeram cidades gregas ou bárbaras serviu de base do Tratado que Aristóteles escreveu sobre a Política; Sólon, diz-se, procedeu do mesmo modo para estabelecer as leis de Atenas, e os decênvios, segundo a lenda, só conceberam a lei das XII Tábuas depois de uma pesquisa por eles levada a cabo nas cidades da Grande Grécia”. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Cit.; p. 1.

⁴⁰³ CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de Direito Comparado – Introdução ao Direito Comparado**. Cit.; p. 94.

Tempo e espaço, portanto, em regra servem de impedimento a uma comparação perfeita de um determinado instituto jurídico em momentos históricos distintos ou entre sistemas jurídicos diversos⁴⁰⁴.

Do ponto de vista jurídico-linguista, alguns exemplos podem ser esclarecedores. É Rodolfo Sacco quem comenta acerca do anteprojeto de um código comercial internacional e cujo art. 2º falava em *contract* e *contrat*. Afirma o autor⁴⁰⁵:

Como é sabido, *contract* e *contrat* não são a mesma coisa. O ato bilateral destinado à transferência de uma propriedade imobiliária, ou à substituição de uma garantia imobiliária, e também a convenção para a gestão de um bem por parte de um testa-de-ferro são *contrats* na França, mas não são *contracts* na Inglaterra e nos Estados Unidos da América do Norte (abrangidos, ao invés, no conceito de *conveyance*, ou de *trust*).

A formulação do anteprojeto apresentava aos seus autores problemas que não podiam ser resolvidos no plano da tradução. A língua inglesa não conhece um termo para indicar o *contrat*, e a língua francesa, por sua vez, não possui um equivalente a *contract*. A dificuldade seria resolvida caso se decidisse assumir os termos *contract* e *contrat* no significado genérico de “acordo que tem por objeto relações jurídicas”. Neste caso, porém, o texto deveria esclarecer quais elementos devem acrescentar-se ao acordo para que este recaia nas hipóteses previstas no texto legal e vincule as partes.

E mais adiante, comenta, ponderando⁴⁰⁶:

Se a distinção entre *contract* e *contrat* recai em uma diferença de conceitos, felizmente a situação não é tão grave cada vez que as regras jurídicas diferem. *Obligation de donner* e *obligation to transfer a property* são expressões lingüísticas intercambiáveis, ainda que na França a *obligation de donner* produza automaticamente a transferência da propriedade (art. 1138 do *Code Napoléon*), e na Inglaterra a *fattispecie* produza somente o nascimento da obrigação, e de um *equitable interest* em favor do credor. Estamos diante de regras jurídicas diversas, mas as categorias, e, com elas, os vocábulos, correspondem.

Algumas possíveis soluções são apontadas para se superar as barreiras lingüísticas. É possível renunciar à tradução, mantendo os termos em sua língua original; é possível traduzir individualizando as diferenças entre o termo original e o traduzido e, finalmente, é possível criar, em sua própria língua, um neologismo adequado. O que é indispensável é que o comparatista, traduza ou não, “não pode transferir uma noção de um sistema estranho ao próprio sistema conceitual sem tomar certas precauções. Ele deve, isto sim, buscar nas regras operacionais os

⁴⁰⁴ CONSTANTINESCO atribui a Montesquieu um certo “diletantismo” na elaboração de seu “Espírito das Leis” exatamente por conta de algumas simplificações que distorcem a realidade. “Assim, por exemplo, procura elaborar os sistemas partindo de um número limitado de idéias principais, freqüentemente muito genéricas e não suficientemente demonstradas. Compara elementos não comparáveis porque pertencentes a povos e a histórias muito diversas”. CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de Direito Comparado – Introdução ao Direito Comparado**. Cit.; p. 84.

⁴⁰⁵ SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito Comparado**. Cit.; pp. 55-56.

⁴⁰⁶ SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito Comparado**. Cit.; p. 56.

denominadores comuns dos diversos sistemas conceituais, para avaliar divergências e concordâncias”⁴⁰⁷.

Como se percebe facilmente, o direito comparado exige muito mais do que a simples comparação entre dispositivos jurídicos.

É possível afirmar que “a comparação tem natureza oposta à da dogmática: esta propõe definições; aquela se mede com dados reais”⁴⁰⁸. Rodolfo Sacco pergunta: “é possível comparar um sistema [jurídico] com outro sistema?” E admite que são duas as respostas possíveis⁴⁰⁹:

Deveriam obviamente duvidar aqueles para quem comparar significava apenas evidenciar a unidade substancial das soluções. Deveriam obviamente duvidar aqueles para quem comparar significava apenas predispor à unificação do direito.
A resposta será afirmativa para aqueles que concebem a comparação como a verificação e a medida das diferenças existentes entre as várias soluções jurídicas⁴¹⁰.

Para Rodolfo Sacco, o comparatista deve se dedicar a analisar o genótipo (= noção superabstrata) do conceito, enquanto que o fenótipo seria a manifestação empírica, estudado em sede da análise dogmática no ordenamento interior de cada país⁴¹¹.

Por isso é que antes mesmo de o direito comparado “revelar” o resultado da comparação entre dois ordenamentos jurídicos, servirá como forma de leitura do próprio direito, pois que a comparação “revela” o direito nacional ao jurista pátrio⁴¹²:

É significativo o fato de que a sistemologia tenha sido criada primeiro pelos comparatistas, quase como produto ulterior em relação às suas construções comparativas, voltadas a cada um dos institutos. Por que as coisas ocorreram deste modo? A resposta é simples. O jurista envolvido com

⁴⁰⁷ SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito Comparado**. Cit.; pp. 66-67.

⁴⁰⁸ SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito Comparado**. Cit.; p. 78. “Certamente é plausível que a comparação se manifeste de forma prazerosa na análise a respeito da jurisprudência. Se o método dogmático leva à simplificação do direito reduzindo-o à fórmula doutrinária, a comparação coloca no centro do palco os dados efetivos. Ela é uma ciência histórica que se dedica àquilo que é real, de conformidade com o critério de validação de Vico, *verum ipsum factum*. Por isso é de se esperar que o comparatista não se descuide de dirigir a sua atenção para os dados da prática judiciária. Mas o problema do método comparatístico não pode reduzir-se à atenção do dado jurisprudencial. O comparatista não se limita a reduzir o direito a sentenças: ele sabe muito bem que a sentença, mesmo mantendo, através das fronteiras, uma natureza constante de ato jurisdicional, assume, no entanto, conotações diversas nos países de direito judicial e nos de direito legislado”. SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito Comparado**. Cit.; p. 79.

⁴⁰⁹ SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito Comparado**. Cit.; p. 44.

⁴¹⁰ O autor comenta, exemplificando: “[o]s juristas da área socialista sentiram-se compelidos a contestá-la, pelo temor que se estudasse o seu sistema lendo-se em filigrana a regra romanística, por temor de que o intérprete denegrisse o direito ocidental frente ao soviético, ou por temor que se negasse o caráter revolucionário das mudanças operadas por Lênin e depois dele. Mas além destas preocupações, permanece o fato de que os vários sistemas são comparáveis, não porque sejam mais ou menos afins ou análogos, mas porque a comparação não teme as diferenças, por maiores que sejam. Aqueles juristas que negavam a comparabilidade dos sistemas jurídicos correspondentes a sistemas sociais opostos *porque aqueles sistemas jurídicos são basilaramente diversos* traçavam, sem sabê-lo, uma verdadeira e autêntica comparação” (*grifos no original*). SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito Comparado**. Cit.; p. 45.

⁴¹¹ SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito Comparado**. Cit.; pp. 61-62.

⁴¹² *Grifos no original*. SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito Comparado**. Cit.; p. 163.

um só sistema depara-se *sempre* com os mesmos dados sistemológicos, razão pela qual é menos propenso a percebê-los, individualizá-los e denunciá-los. Estes fazem parte das coisas ‘óbvias’, que se mantêm subentendidas e não merecem uma menção. Inobstante a sua enorme relevância, permanecem na área dos criptotipos, até que o comparatista, movido pelas diferenças de mentalidade que encontra em ambientes jurídicos diversos, empreende a obra necessária para descrever estas diferenças, e, com isto, descreve os sistemas.

Por isso nos dedicamos a traçar estas linhas sobre direito comparado: acreditamos que a experiência internacional, em tema tão pouco discutido, pode nos ajudar a construir de maneira mais sólida uma doutrina sobre o domínio público no direito autoral brasileiro.

René David aponta as vantagens do direito comparado para a compreensão de determinado instituto do ordenamento jurídico quando confrontado com outros ordenamentos ou compreendido em si mesmo⁴¹³:

De que valem as nossas distinções de direito público e direito privado, de civil e de comercial, de direito imperativo e supletivo, de lei e regulamento, de direitos reais e de direitos de crédito, de móveis e imóveis? Aquele que apenas estudar o direito francês considera estas oposições naturais e é tentado a atribuir-lhes um caráter necessário. O direito comparado faz-nos ver que não são aceitas em toda a parte, que podem estar em declínio ou mesmo ter sido abandonadas em certos países; mais que a sua origem, o direito comparado nos leva a nos interrogarmos sobre a sua justificação e o seu alcance reais no sistema do nosso direito nacional atual.

O mesmo sucede aos conceitos utilizados no nosso direito: também neste caso o direito comparado contribuiu para modificar a atitude que tende a atribuir a estes conceitos um caráter de necessidade, e que, em certas épocas ou em certos países, esteve pronta a sacrificar à sua coerência lógica os interesses que o direito, em última análise, está destinado a servir.

Mas seu fim último mesmo (pelo menos assim nos parece) é sistematizar a comparação. Em sua gênese, os sistemas jurídicos se valem de outros sistemas, já que o direito está sempre imitando a si mesmo. Há imitações de leis (o Código Napoleônico e o BGB alemão serviram de matéria prima para diversos outros códigos), há imitações de doutrina (“[a] doutrina alemã do século XIX difundiu os seus modelos na Escandinávia, na Rússia, na Hungria, na Romênia e Bulgária, na Eslovênia e Croácia, na Itália, Espanha e América de língua espanhola”⁴¹⁴) e, em menor escala, imitações judiciais.

Um exemplo interessante pode ser apontado: “o Código [Civil] somali de 1973 é uma imitação do Código egípcio, mas os somalis consideram o seu código autóctone (e por isso não pensam em estudar a jurisprudência egípcia), e, tendo acesso à língua italiana, sobrepuseram um modelo interpretativo italiano a um código que é muito mais francês do que italiano”⁴¹⁵.

⁴¹³ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Cit.; p. 6.

⁴¹⁴ SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito Comparado**. Cit.; p. 171.

⁴¹⁵ SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito Comparado**. Cit.; p. 173.

É curioso, como aponta Rodolfo Sacco, que as pessoas desejem uma uniformização jurídica no espaço sem contudo se espantarem com mudanças constantes em um mesmo sistema jurídico⁴¹⁶:

As pessoas razoáveis são sensíveis às exigências de uniformização no espaço. Poucas, ao contrário, são sensíveis à exigência de uma maior uniformização no tempo. Não queremos que o mesmo ato humano seja julgado diferentemente na Bélgica e na França. Achamos, pois (*sic*), natural que ele seja regulado de dez maneiras diferentes, se o legislador intervém com dez provimentos diversos num período de dez anos. Proclamamos a injustiça da diversidade no espaço. Ignoramos a injustiça da diversidade no tempo.

Conforme mencionado anteriormente, a vantagem da análise do domínio público sob a perspectiva do direito comparado é a razoável uniformidade do instituto tanto temporal quanto geograficamente. Ainda assim, o principal objetivo deste capítulo é apresentar, em linhas gerais, como o domínio público se configura em determinados países do mundo, e em que medida a compreensão do domínio público estrangeiro pode ser útil na construção da estrutura e da função da matéria no Brasil.

Antes de passarmos à análise que nos propomos, entretanto, é necessário tecermos algumas palavras a respeito dos dois grandes ramos fundamentais dos direitos autorais: o *droit d'auteur* e o *copyright*.

2.3.2 *Droit d'auteur, copyright* e domínio público

A partir da noção do direito comparado, é possível se estruturar o estudo de ordenamentos jurídicos distintos tendo por base a microcomparação ou a macrocomparação, distinguindo-se uma da outra pelos objetivos da pesquisa. “O escopo da microcomparação é esclarecer um instituto ou uma regra jurídica, na realidade, um pequeno elemento ou um detalhe: as finalidades desta operação são numerosas e várias. O objetivo da macrocomparação é esclarecer e iluminar as estruturas fundamentais e os perfis característicos dos ordenamentos, para elaborar as famílias e os grandes sistemas jurídicos”⁴¹⁷.

⁴¹⁶ SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito Comparado**. Cit.; p. 193.

⁴¹⁷ CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de Direito Comparado – Introdução ao Direito Comparado**. Cit.; p. 329.

Arnoldo Wald exemplifica a distinção da seguinte forma: “pela perspectiva da microcomparação, o advogado pode simplesmente comparar dois ordenamentos jurídicos, estaticamente ou não, ou mesmo limitar o objeto de sua confrontação a uma determinada instituição jurídica. Então, no mesmo país, (...), o advogado terá a tarefa de comparar, por exemplo, o regime de casamento muçulmano com o regime de casamento cristão”⁴¹⁸.

Neste ponto, nos detemos na microcomparação entre o *droit d’auteur* (ou direito de autor continental europeu) e o *copyright*⁴¹⁹.

Para César Iglesias Rebollo, a diferença entre o direito continental europeu e o *copyright* anglo-saxônico consiste no fato de que o primeiro se baseia na teoria da propriedade-trabalho. Assim, o criador molda uma realidade empregando seu esforço criativo e mediante seu esforço, torna sua essa realidade⁴²⁰. Maria Beatriz Leonardos aponta que o sistema de *copyright* adota um regime jurídico objetivo (a obra), com um cunho mais comercial, enquanto que o *droit d’auteur*, subjetivo (a tutela do autor), seria mais voltado para uma orientação individualista⁴²¹.

Assim sendo, o direito norte-americano parte do *copyright* como um monopólio legal utilizado como incentivo econômico para os criadores. Ou seja, é um direito criado pela legislação por motivo de interesse público. Não há, aqui, fundamento que pré-exista ao direito positivo. Por isso seria possível, por exemplo, considerar autor a pessoa jurídica⁴²².

A distinção seria visível no seguinte caso: como trataremos abaixo, as obras criadas pelo governo norte-americano se encontram em domínio público por disposição legal. Pela teoria norte-americana, “o que se tem em conta primeiramente é o direito de cópia. Isto implica a prioridade do objeto; e por outro lado favorece a visão empresarial, porque copiar é antes de tudo

⁴¹⁸ Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “dans une perspective de microcomparaison, le juriste peut se contenter de la comparaison entre deux ordres juridiques, étatiques ou pas, ou même limiter l’objet de sa confrontation à une institution juridique déterminée. Ainsi, dans un même pays (...), le juriste aura la tâche de comparer, par exemple, les regimes du mariage musulman et du mariage chrétien”. WALD, Arnoldo. *Le droit comparé au Brésil*. Cit.; p. 810.

⁴¹⁹ Carlos Alberto Bittar identifica três grandes sistemas: além do individual (europeu ou francês) e do comercial (norte-americano e inglês), haveria o sistema russo e dos antigos países comunistas. Este último sistema seria caracterizado pelo fato de que a proteção dos direitos era tida como elemento essencial para a expansão da cultura própria. Dessa forma, o direito seria reconhecido para o alcance do progresso do socialismo. BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. Cit.; p. 9. No entanto, Elisângela Dias Menezes critica essa classificação tripartida. Afirma a autora que, estando o modelo russo sujeito à Convenção de Berna, poderia ser considerado apenas uma variação do sistema individual. MENEZES, Elisângela Dias. **Curso de Direito Autoral**. Cit.; p. 31.

⁴²⁰ REBOLLO, César Iglesias. *Software Libre y Otras Formas de Dominio Público Anticipado. La Duración de la Propiedad Intelectual y las Obras en Dominio Público*. Coord.; Carlos Rogel Vide. Madri: Réus, 2005; p. 189.

⁴²¹ LEONARDOS, Maria Beatriz. *O Conflito entre a Proteção dos Direitos Autorais e o Interesse da Sociedade na Livre Disseminação de Ideias, Cultura e Informação*. **Revista da ABPI**, n. 108; p. 40.

⁴²² REBOLLO, César Iglesias. *Software Libre y Otras Formas de Dominio Público Anticipado*. Cit.; p. 190.

o objeto possível de uma empresa”⁴²³. José de Oliveira Ascensão aponta as principais características do sistema norte-americano⁴²⁴:

A justificação dada está muito menos na recompensa da criatividade do que no objetivo de estimular a produção intelectual. Assim já ocorria com o Estatuto da Rainha Ana de 1709.

É particularmente importante, aqui, a contribuição da Constituição norte-americana que se mantém até hoje. Prevê a concessão da exclusiva “*to promote the progress of science and useful arts*”. É o interesse público no fomento das criações e descobrimentos o que fundamenta a exclusiva assegurada.

Não casualmente, esta exclusiva é consolidada para vigorar “*for limited times*”. O caráter transitório do direito outorgado é apontado como elemento essencial. Isso porque, em tais sistemas jurídicos, ao contrário do que se passou com a retórica dos sistemas continentais, a liberdade de utilização por todos era vista como o objetivo normal, que somente poderia ser afastado pela intervenção de outros princípios de interesse geral, como o fomento da produção intelectual.

Qual é então esse tempo limitado? A resposta apenas poderá ser: aquele que seja justificado para que a exclusiva sirva realmente de inventivo à atividade intelectual.

Adicionalmente, é o mesmo autor quem observa, com relação à definição de limitações expressas ao direito de autor pela União Europeia, que “[c]om isto se criou uma fractura grave entre o sistema norte-americano e o europeu. Na América do Norte prevalece o princípio do *fair use* – aceitam-se práticas limitadoras, desde que conformes com esta cláusula geral. Na Europa, pelo contrário, acaba de dar-se ao direito de autor uma rigidez total. Temos assim consagrada uma orientação monopolista extrema, que despreza as finalidades sociais”⁴²⁵.

É curioso observar que o sistema de *copyright* da *common law* manteve-se dentro da visão dos privilégios de impressão, não tendo sido basicamente afetado pela Revolução Francesa, o que acarretou uma certa “materialização” do direito de autor. A base desse direito era a obra copiável, e a faculdade paradigmática era a reprodução. Dessa forma, o *copyright* assenta principalmente na realização de cópias, de forma que a utilidade econômica da cópia passa a ser mais relevante que a criatividade da obra a ser copiada⁴²⁶.

Ascensão aponta que, por outro lado, a evolução nos países do sistema romanístico se deu a partir da extrema dignidade da criação intelectual. Dessa forma, o elemento-base passou a ser a criatividade, algo que diz respeito mais ao autor do que propriamente à obra⁴²⁷.

⁴²³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *En Torno al Dominio Público de Pago y la Actividad de Control de la Administración en la Experiencia Portuguesa*. Cit.; p. 271.

⁴²⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *En Torno al Dominio Público de Pago y la Actividad de Control de la Administración en la Experiencia Portuguesa*. Cit.; p. 271. Discute-se muito, atualmente, se os prazos de proteção previstos na legislação norte-americana são constitucionais, tendo em vista seu crescente alargamento. A respeito do tema, ver comentários acerca do caso *Eldred vs. Ashcroft*, mais adiante.

⁴²⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade*. Cit.; p. 48.

⁴²⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito do Autor e Desenvolvimento Tecnológico: Controvérsias e Estratégias*. **Revista de Direito Autoral** – Ano I – Número I, agosto de 2004. Rio de Janeiro: Lumen Juris; p. 7.

⁴²⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito do Autor e Desenvolvimento Tecnológico: Controvérsias e Estratégias*. Cit.; p. 7.

Tal distinção entre os dois sistemas era tão evidente que durante muitos anos os Estados Unidos relutaram em conferir direitos morais aos autores. Por isso, não foi senão em 1989 que os norte-americanos aderiram à Convenção de Berna, o que não se deu sem discussão e desentendimentos. “De um lado estava um grupo formado sobretudo por empresas de radiodifusão e editores que firmemente se opunham à adesão [à Convenção de Berna], temendo que a proteção de direitos morais viesse a impor dificuldades no processo de editar trabalhos autorais. De outro lado, um grupo formado especialmente por autores e diretores de obras audiovisuais insistia que a adesão requeria a edição de lei federal para proteger os direitos morais. Um terceiro grupo defendia que era possível cumprir com a Convenção de Berna [sem a edição de nova lei] porque a legislação americana, tanto federal quando estadual, conferia proteção equivalente aos direitos morais”⁴²⁸.

Outras diferenças entre os sistemas de *droit d’auteur* e *copyright* podem ser apontadas. Exemplificativamente, mencionamos que neste último é possível a atribuição de autoria (titularidade originária, na verdade) a pessoas jurídicas, o que em regra se veda no âmbito do primeiro⁴²⁹. Além disso, o sistema de *copyright* exige que a obra esteja fixada para gozar de proteção, enquanto que tal requisito é dispensado nos países de tradição de direito de autor continental⁴³⁰.

É bem verdade que o século XX levou, em vários aspectos, a encurtar o distanciamento entre os sistemas de *copyright* e *droit d’auteur*. “A intensa contratação internacional, o domínio económico norte-americano e o mercantilismo da Comunidade (Económica) Europeia contribuíram neste sentido. Mas não eliminaram o fenómeno: só ele explica divergências que ainda hoje se mantêm. O Direito de Autor Internacional é uma ponte entre

⁴²⁸ SANDOVAL, Daniela Matos. *Moral Right in Works of Authorship in the American Legal System*. **Revista da ABPI n. 50**, 2001; p. 40. Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “[a]t one side was the group formed mostly by broadcasters and publishers who sharply opposed the adherence, fearing that protection of moral rights could impose difficulties in the process of editing works of authorship. On the other side, a group formed mainly by authors and film directors insisted that adherence required the enactment of federal legislation protecting moral rights. A third position taken was that compliance could be achieved because existing American law afforded, at the federal and state levels, equivalents to the moral rights protection”.

⁴²⁹ Alberto de Sá e Mello pondera: “[n]o direito britânico, é duvidosa a consagração das obras colectivas como figura autónoma. A proteção outorgada por lei (cfr. sec. 1(1)(b/c) UK CDPA) a certas ‘obras’ – ditas por alguma doutrina ‘de criação empresarial’ – não reflecte mais do que a tutela de verdadeiros *direitos conexos* (*‘entrepreneurial copyrights’*) de produtores industriais: empresários do audiovisual, de edição literária, de radiodifusão” (*grifos no original*). MELLO, Alberto de Sá e. **Contrato de Direito de Autor – A Autonomia Contratual na Formação do Direito de Autor**. Coimbra: Almedina, 2008; p. 245.

⁴³⁰ Delia Lipszyc, citada em PIMENTA, Eduardo. **Princípios de Direitos Autorais – Livro I**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; p. 20.

sistemas distintos⁴³¹. Aproxima-os porém o carácter de um direito que tem por objecto bens intelectuais”⁴³².

Outro elemento a aproximar ambos os sistemas é a adoção de direitos morais de autor pelos países alinhados ao *copyright*, como Estados Unidos, Reino Unido, Austrália, Irlanda e Nova Zelândia. Para Cyrill P. Rigamonti, o fato elimina a característica principal a servir de distinção entre *copyright* e *droit d’auteur*⁴³³.

Com relação ao domínio público, a concepção dos autores de língua inglesa (portanto filiados ao sistema da *common law* e ao *copyright*) é bem mais abrangente. Em diversos textos, o domínio público é tratado levando-se também em conta a doutrina do *fair use*⁴³⁴. Já a visão dos autores que escrevem sob os auspícios do *droit d’auteur* é mais restritiva e, assim nos parece, mais técnica.

Por conta da dualidade obra/autor, Paul Goldstein afirma que uma distinção visível entre o *copyright* e de *droit d’auteur* é que no primeiro, dada sua natureza utilitarista, o legislador proporá a prorrogação de prazo de proteção na medida em que tal dilação estimule a criação de obras novas. Ao contrário, no segundo, para o qual seria possível invocar fundamentos de direito natural, o autor goza de proteção por motivos de direito (no sentido de *right*, não *law*) e justiça. Dessa forma, o legislador será contra estender a proteção apenas na medida em que a dilação do prazo venha a prejudicar o uso das obras protegidas⁴³⁵.

⁴³¹ Paul Goldstein afirma também que a Convenção de Berna, com seus parâmetros mínimos a serem observados pelos países-membros, acaba por aproximar o *copyright* e o *droit d’auteur*. GOLDSTEIN, Paul. *International Copyright: Principles, Law, and Practice*. Cit.; p. 4.

⁴³² ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito do Autor e Desenvolvimento Tecnológico: Controvérsias e Estratégias*. Cit.; p. 7.

⁴³³ “Against this background, the adoption of civil-law-style moral rights legislation is a major shift in terms of copyright theory, because it eliminates the key feature that distinguished common law from civil law copyright systems”. RIGAMONTI, Cyrill P. *Deconstructing Moral Rights*. *Harvard International Law Journal* – Vol. 47, 2006; p. 354. A propósito, para o autor, não há obstáculos nos conceitos da *common law* que impeçam os tribunais de produzir exatamente as mesmas decisões da França, da Alemanha e da Itália no que diz respeito aos direitos morais de autor. No original, lê-se que: “[t]he following overview demonstrates that there are no obstacles built into common law concepts that would prevent the courts from generating the very same decisional rules that French, German, and Italian courts apply on the basis of the moral rights orthodoxy”. RIGAMONTI, Cyrill P. *Deconstructing Moral Rights*. Cit.; p. 382.

⁴³⁴ Ver, entre outros, BENKLER, Yochai. *Through the Looking Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain*. Cit.; BOYLE, James. *The Public Domain*. Cit.. César Iglesias Rebollo afirma que o direito norte-americano não conta com uma regulação detalhada do domínio público e habitualmente utiliza a expressão para abranger tudo aquilo que pode ser usado livremente, sem estar sujeito a qualquer tipo de exclusiva, e não apenas as obras cujo prazo de proteção se esgotou. REBOLLO, César Iglesias. *Software Libre y Otras Formas de Domínio Público Anticipado*. Cit.; p. 191. Por outro lado, FISHMAN, Stephen (*The Public Domain – How to Find & Use Copyright-Free Writings, Music, Art & More*. Cit.) trata precisamente daquilo que entendemos como domínio público e de suas regras.

⁴³⁵ Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “[i]n concept, the traditions of copyright and author’s right rest on sharply differing premises. Copyright’s philosophical premise is utilitarian: the purpose of copyright is to stimulate production of the widest possible variety of creative goods at the lowest possible price. The ideal copyright legislator will test every proposal to extend copyright against the criterion of utility and will vote for the proposed extension only if it is demonstrably necessary to stimulate the creation of new works. By contrast, author’s right is rooted in the philosophy of natural rights: an author is entitled to protection of his work as a matter of right and justice. The ideal author’s right legislator will vote to extend protection without

Apesar das (ainda existentes) distinções e a despeito de uma eventual aproximação entre *copyright* e *droit d'auteur*, certo é que o domínio público consiste, de modo simplificado e independentemente do sistema jurídico, no término da proteção autoral patrimonial. Por isso, a compreensão da experiência estrangeira pode ser bastante proveitosa. Dessa forma, selecionamos determinados países em que o domínio público em direito autoral foi discutido em casos concretos e relevantes.

Nosso critério de seleção buscou ser abrangente: encontram-se representados países que seguem o sistema de *droit d'auteur* e países que seguem o *copyright*. Além disso, a escolha se deveu à importância dos casos e à sua utilidade na discussão acerca do domínio público no Brasil.

Sempre que possível, buscamos os fundamentos legais do domínio público em cada um dos países, bem como orientação doutrinária e jurisprudencial. Nosso objetivo é apresentar o painel mais amplo possível para que possamos nos valer dos ensinamentos estrangeiros em prol da construção da melhor teoria do domínio público nacional.

2.3.2.1 Estados Unidos

O mais influente país adepto do sistema de *copyright* no cenário internacional contemporâneo, os Estados Unidos contam com um sistema de proteção a direitos autorais bastante peculiar e que foi alterado substancialmente ao longo do século XX. O exemplo norte-americano é de fato digno de estudo, não apenas diante da sua importância no mundo de hoje, mas especialmente pelos diversos aspectos relevantes para nossa sistematização do instituto do domínio público.

Em primeiro lugar, cabe ressaltar que os Estados Unidos foram um dos países que mais ampliaram a proteção às obras intelectuais ao longo das últimas décadas, de modo que o prazo legal foi aumentado de 28 anos contados da elaboração da obra para a vida do autor mais 70 anos ou 95 anos, no caso de pessoa jurídica ser titular do direito, podendo chegar mesmo a 120 anos.

Ainda que as mudanças da lei tenham perpassado todo o século XX, foi a partir dos anos 1970 que a lei norte-americana mais mudou. Em 1998, com a aprovação do *Copyright Term*

any showing of social necessity and will reject it only if the extended protection would materially hamper socially valuable uses of protected works". GOLDSTEIN, Paul. *International Copyright: Principles, Law, and Practice*. Cit.; p. 3.

Extension Act (também chamado *Sonny Bono Act* ou *Mickey Mouse Protection Act*, em razão da atuação do músico Sonny Bono na aprovação da lei bem como da consequente prorrogação do prazo de proteção ao personagem *Mickey Mouse*), os prazos foram prorrogados para 70 anos após a vida do autor ou 95 anos (ou ainda 120 anos)⁴³⁶, quando se tratasse de obra sob encomenda. Segundo Lawrence Lessig, essa foi a nona vez em que o congresso norte-americano estendeu o prazo de proteção a direitos autorais ao longo de 40 anos⁴³⁷. Landes e Posner fazem uma síntese bastante precisa relativa ao aumento de proteção dos direitos autorais nos Estados Unidos⁴³⁸:

A primeira lei de direitos autorais federal, promulgada em 1790, especificou um prazo inicial de quatorze anos, renovável pelo mesmo prazo, desde que o autor ainda estivesse vivo ao final do prazo inicial. O prazo inicial foi ampliado para vinte e oito anos em 1831 e o prazo de renovação, para vinte e oito anos, em 1909, para quarenta e sete anos, em 1962, e para sessenta e sete anos em 1998. O *Copyright Act* de 1976 passou [o prazo de proteção] de um prazo fixo a um prazo variável, mas ainda limitado, consistente na vida do autor mais cinquenta anos, elevados para a setenta anos em 1998 pela *Sonny Bono Copyright Term Extension Act*. A Lei de 1976 fixou um prazo para os trabalhos sob encomenda de setenta e cinco anos a partir da publicação ou 100 anos a partir da criação, o que expirasse primeiro; o *Sonny Bono Act* estendeu estes termos a noventa e cinco e 120 anos. A Lei de 1976 também tornou os direitos autorais sobre obras criadas após 1 de janeiro de 1978 não renováveis, mas permitiu que cessões e outras transferências de direitos autorais produzissem efeitos para o autor ou seus herdeiros até trinta e cinco anos após a cessão ou transferência.

A prorrogação promovida em 1998 deu causa a uma das mais controvertidas questões no direito autoral norte-americano na era digital em que vivemos. Inconformado com o não ingresso em domínio público de obras de Robert Frost, o programador Eric Eldred, que nos anos anteriores se dedicara a digitalizar e tornar disponíveis na internet obras em domínio público, decidiu lutar contra a lei.

Com base no princípio constitucional norte-americano de que o “congresso tem o poder de promover o progresso da ciência (...) assegurando tempo limitado aos autores (...) direito

⁴³⁶ José de Oliveira Ascensão critica o aumento do prazo, alegando que se por um lado foi concedido um prazo adicional de 20 anos de lucro pela exploração de obras, não havia qualquer contrapartida e a exclusiva mantinha o impedimento do livre uso das obras que seguíam protegidas. ASCENSÃO, José de Oliveira. *En Torno al Dominio Público de Pago y la Actividad de Control de la Administración en la Experiencia Portuguesa*. Cit.; p. 276.

⁴³⁷ LESSIG, Lawrence. **Cultura Livre: Como a Grande Mídia Usa a Tecnologia e a Lei para Bloquear a Cultura e Controlar a Sociedade**. São Paulo: Trama, 2005; p. 216.

⁴³⁸ LANDES, William M. e POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cit.; pp. 210-211. Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “[t]he first federal copyright statute, enacted in 1790, specified an initial term of fourteen years plus a renewal term of the same length, provided the author was still living at the end of the initial term. The initial term was lengthened to twenty-eight years in 1831 and the renewal term to twenty-eight years in 1909, forty-seven years in 1962, and sixty-seven years in 1998. The Copyright Act of 1976 switched from a fixed to a variable but still limited term equal to the life of the author plus fifty years, raised to seventy years in 1998 by the Sonny Bono Copyright Term Extension Act. The 1976 Act fixed a term for the works of hire of seventy-five years from publication or 100 years from creation, whichever expired first; the Sonny Bono Act extended these terms to ninety-five and 120 years. The 1976 Act also made copyrights on works created after January 1, 1978, nonrenewable, but it allowed assignments and other transfers of copyrights to be terminated by the author or his heirs thirty-five years after the assignment or transfer”.

exclusivo aos seus (...) escritos (...)”⁴³⁹, Lawrence Lessig se entusiasmou com a causa de Eldred para tentar impedir que o “tempo limitado” previsto na Constituição dos EUA fosse sendo dilatado sempre a ponto de se tornar tão longo que impedisse o progresso da ciência. Assim, em 1999 atuou como advogado, ajuizando ação em nome de Eric Eldred e demandando que o *Copyright Term Extension Act* fosse declarado inconstitucional.

Após julgamento no tribunal de Washington, D.C., o caso foi levado à Suprema Corte, em 2002. No entanto, assim como fora decidido pela corte de apelação, a Suprema Corte norte-americana entendeu que a lei era *constitucional*. O aumento no prazo acabou por impedir que, até 2018, qualquer obra protegida por direitos autorais venha a ingressar no domínio público norte-americano, enquanto esse será o destino de um milhão de patentes nos EUA⁴⁴⁰.

Outra questão bastante interessante era a necessidade de registro da obra que vigorou até os anos 1970. Sem registro, a obra entraria imediatamente em domínio público. Caso o registro não fosse renovado após o primeiro prazo de proteção de 28 anos, a obra teria o mesmo destino: o domínio público⁴⁴¹.

Uma outra variável que torna o sistema norte-americano complexo é o fato de que, durante muito tempo, o *dies a quo* para a contagem do prazo de proteção relativa a determinada obra era o momento de sua publicação, e não o da morte de seu autor.

Em virtude desses aspectos (o aumento progressivo do prazo de proteção, a necessidade de registro da obra durante décadas e a forma de contagem de prazo), hoje vigora nos Estados Unidos um complexo cipoal de regras para se aferir se uma obra ainda se encontra protegida.

Dessa forma, é possível sintetizar as regras do domínio público dos Estados Unidos da seguinte maneira⁴⁴²:

Data e Natureza da Obra	Prazo de Proteção
Publicada antes de 1923	A obra está em domínio público.

⁴³⁹ LESSIG, Lawrence. **Cultura Livre: Como a Grande Mídia Usa a Tecnologia e a Lei para Bloquear a Cultura e Controlar a Sociedade**. Cit.; p. 217.

⁴⁴⁰ LESSIG, Lawrence. **Cultura Livre: Como a Grande Mídia Usa a Tecnologia e a Lei para Bloquear a Cultura e Controlar a Sociedade**. Cit.; p. 147.

⁴⁴¹ A falta de registro acaba por representar um problema adicional no tratamento dado às obras intelectuais: é muitas vezes impossível conhecer o titular dos direitos. Em razão disso, professores como Lawrence Lessig advogam a volta de um registro obrigatório, de modo que obras não registradas e as que não tivessem o registro renovado (se fosse o caso) ingressariam logo em domínio público. As vantagens se fariam notar tanto na maior facilidade de se encontrar o titular do direito autoral sobre a obra como na possibilidade de o titular abrir mão da proteção caso não fizesse o registro ou não o renovasse, se fosse o caso. LESSIG, Lawrence. **Cultura Livre: Como a Grande Mídia Usa a Tecnologia e a Lei para Bloquear a Cultura e Controlar a Sociedade**. Cit.; pp. 246-253.

⁴⁴² FISHMAN, Stephen. *The Public Domain – How to Find & Use Copyright-Free Writings, Music, Art & More*. Cit.; p. 328.

Publicada nos EUA entre 1923-1963 sem registro renovado	A obra está em domínio público.
Publicada entre 1923-1963 com registro renovado	95 anos contados da data da primeira publicação.
Publicada entre 1964-1977	95 anos contados da data da primeira publicação (prorrogação do registro era automática).
Criada a partir de 1978 (publicada ou não)	Vida do autor mais 70 anos (mas se a obra foi feita sob encomenda ou se se trata de obra anônima ou pseudônima, 95 anos contados da data de publicação ou 120 anos a partir da criação, o que ocorrer antes).
Criada, mas não publicada ou registrada, antes de 1978	120 anos contados da criação para obras feitas sob encomenda e não publicadas e obras anônimas ou pseudônimas não publicadas.
Criada depois de 1978 e publicada entre 1978-2002	Prazo de proteção se encerra em 31 de dezembro de 2047.

Não bastasse a por si só complexa estruturação do domínio público norte-americano, em 01 de janeiro de 1996, em virtude da assinatura do GATT pelos Estados Unidos, diversas obras estrangeiras já em domínio público (sobretudo porque seus registros não haviam sido renovados tempestivamente) voltaram a ser protegidas, incluindo músicas, filmes e livros, entre outras⁴⁴³.

Para que a obra estrangeira voltasse a ser protegida, seria necessário que cumulativamente cumprisse com os seguintes requisitos: *(i)* pelo menos um de seus autores fosse estrangeiro e residente em país com que os Estados Unidos mantivesse relação internacional relativa a direitos autorais⁴⁴⁴; *(ii)* que tivesse sido publicada pela primeira vez em seu país de origem e não tivesse sido publicada nos Estados Unidos nos 30 dias subseqüentes e *(iii)* que a proteção em seu país de origem não tivesse expirado⁴⁴⁵.

⁴⁴³ São exemplos de obras que voltaram a ser protegidas após ingressarem em domínio público alguns filmes clássicos europeus, como “A Grande Ilusão” (“*La Grande Illusion*”, Jean Renoir, França, 1937), “Ladrão de Bicicletas” (“*Ladri di Biciclette*”, Vittorio de Sica, Itália, 1948), “O Anjo Azul” (“*Der Blaue Engel*”, Josef Von Sternberg, Alemanha, 1930) e “O Terceiro Homen” (“*The Third Man*”, Carol Reed, Inglaterra, 1949). FISHMAN, Stephen. *The Public Domain – How to Find & Use Copyright-Free Writings, Music, Art & More*. Cit.: p. 276. A esse propósito, vale observar que as obras estrangeiras não foram protegidas nos EUA até 1891. Segundo Lessig, apesar da atual indisposição norte-americana com a China [no que diz respeito às políticas de proteção aos direitos autorais], a verdade é que os EUA nasceram como uma nação pirata. LESSIG, Lawrence. *The Architecture of Innovation*; p. 185. Cit..

⁴⁴⁴ Todos, exceto Afeganistão, Eritreia, Etiópia, Irã, Iraque e San Marino. HIRTLE, Peter. *Copyright Term and the Public Domain in the United States*. Disponível em <http://bit.ly/dYYWlQI>. Acesso em 15 de julho de 2010.

⁴⁴⁵ Conforme publicação do *Copyright Office* da Biblioteca do Congresso Norte-Americano 17 de abril de 1998. Disponível em <http://bit.ly/g4HuJd>. Acesso em 14 de julho de 2010. Referida publicação faz menção, ainda, por cerca de 75 páginas, a obras que tiveram seus direitos autorais recuperados por conta da assinatura do tratado GATT.

O efeito da medida compromete substancialmente o domínio público. Um exemplo pode ser dado. Imagine-se que um livro tenha sido publicado na França, por autor francês lá residente, em 1940. O autor morre em 1960 e o editor do livro, detentor dos direitos autorais, não promove sua renovação em 1968 (28 anos após o primeiro registro, que era a regra então vigente). Com isso, o livro entra em domínio público nos Estados Unidos em 1969.

Por conta do disposto no GATT, a obra volta a gozar de proteção autoral em 1996, já que foi publicada por autor estrangeiro, em país estrangeiro e os direitos autorais sobre a obra ainda vigoravam na França em 1996. Assim, acaba por ser conferido à obra o mesmo prazo de proteção que lhe seria atribuído caso a renovação dos direitos autorais tivesse sido realizada a tempo, ainda nos anos 1960: 95 anos contados da publicação. Isso significa que a obra estará protegida até 2035.

Em virtude das inúmeras regras, é possível que obras relativamente recentes já tenham ingressado em domínio público. A versão original de “A Pequena Loja dos Horrores”, de 1960, não teve o direito autoral renovado em 1988 e acabou entrando em domínio público. Também “A Noite dos Mortos Vivos”, clássico do horror realizado em 1968, não teve uma formalidade cumprida (falta de *copyright notice* – seu registro) e entrou em domínio público no momento de sua estreia.

Também é possível que obras derivadas curiosamente ingressem em domínio público antes das obras originais em que se baseiam. Por motivos de registro, a peça “*Pygmalion*”, de George Bernard Shaw, escrita em 1913, esteve protegida até 1988. O filme homônimo, baseado na peça e realizado em 1938, entretanto, entrou em domínio público em 1967.

Nesse caso, afirma Stephan Fishman, que “porque o trabalho original ainda estava protegido, a obra derivada não podia ser usada sem autorização do titular da obra original. Isso se dava porque ao usar a obra derivada normalmente se usariam porções do trabalho original nela incluídas”⁴⁴⁶. A menos, é claro, que se usassem apenas elementos constantes da obra derivada, inexistentes no original.

Mas a questão pode ser ainda mais complexa. O filme “A Felicidade não se Compra”⁴⁴⁷ é protagonista de uma intrincada questão de direitos autorais. A obra foi realizada em 1947 e nunca

⁴⁴⁶ Tradução livre do autor. No original, lê-se que “[b]ecause the original work is still protected by copyright, the derivative work may not be used without permission from the owner of the original work. This is because by using the derivative work one ordinarily must also use those portions of the original work included within it”. FISHMAN, Stephen. *The Public Domain – How to Find & Use Copyright-Free Writings, Music, Art & More*. Cit.; p. 43.

⁴⁴⁷ “*It’s a Wonderful Life*”, dirigido por Frank Capra em 1946, com James Stewart e Donna Reed no elenco.

teve seu registro renovado. Por conta disso, a titular dos direitos autorais, Spelling Entertainment, aparentemente acreditava que o filme, decorrido o prazo inicial de proteção, estava em domínio público e nunca se demonstrou muito empenhada em impedir o seu uso por terceiros. Sendo assim, canais de televisão o exibiam continuamente, sobretudo na época do Natal.

Acontece que em 1996 a Spelling Entertainment decidiu que “*A Felicidade não se Compra*” não estava em domínio público porque era baseado em um conto ainda protegido por direitos autorais. Segundo Stephen Fishman, o filme contém tão poucos elementos do texto original que possivelmente uma decisão judicial seria no sentido de que o filme tem mesmo um roteiro original. No entanto, como os canais de televisão foram notificados pela Spelling Entertainment, pararam de exibir o filme com receio de serem processados⁴⁴⁸.

As regras acima são aplicáveis a obras protegidas por direitos autorais, como composições musicais – mas não aos fonogramas. Para estes, vigoram outras regras igualmente complexas.

De acordo com Stephan Fishman, antes de 15 de fevereiro de 1972, os fonogramas não eram protegidos nos termos da lei federal. Dessa forma, no caso de violação, o remédio adequado seria recorrer às cortes estaduais. No entanto, o governo federal decidiu que a proteção dos estados para os fonogramas anteriores a 15 de fevereiro de 1972 deve vigorar até não mais do que 15 de fevereiro de 2067, quando todas as músicas gravadas antes de 1972 ingressarão no domínio público.

A respeito do intrigante tema, afirma o autor⁴⁴⁹:

Além disso, essas leis estaduais geralmente não têm qualquer data-limite de quando começa a proteção da lei estadual. Ou seja, por seus próprios termos, parecem se aplicar a todas as gravações anteriores a 1972, mesmo às realizadas durante os primeiros anos de gravação de som. Na verdade, tais leis se aplicam até às gravações estrangeiras que estão no domínio público nos seus países de origem (*Capitol Records, Inc. v. Naxos of America, Inc.*, 4 NY3d 540-2005). Teoricamente, então, a cópia não autorizada de uma gravação feita por volta de 1900 (ou até antes) pode resultar em processo. Na prática, no entanto, há uma boa chance de que ninguém se importe

⁴⁴⁸ FISHMAN, Stephen. *The Public Domain – How to Find & Use Copyright-Free Writings, Music, Art & More*. Cit.; p. 173.

⁴⁴⁹ Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “[m]oreover, these state statutes typically do not have any cutoff dates for when state law protection begins. That is, by their own terms they appear to apply to all pre-1972 recordings, even those made during the earliest days of sound recording. Indeed, they even apply to foreign recordings that are in the public domain in their countries of origin (*Capitol Records, Inc. v. Naxos of America, Inc.*, 4 NY3d 540 – 2005). Theoretically, then, unauthorized duplication of a recording made as early as 1900 (or even earlier) could result in prosecution. As a practical matter, however, there is a good chance that no one would care if you copied such an early recording unless, perhaps, it was made by a very famous artist such as the opera legend Enrico Caruso. In one of the few cases involving such early recordings, Capitol Records filed a suit against a small European recording company that copied and distributed in the U.S. recordings made in the United Kingdom in the 1930s by the renowned classical musicians Yehudi Menuhin and Pablo Casals. The recordings were in public domain in the United Kingdom, but not in the United States. (*Capitol Records, Inc. v. Naxos of America, Inc.*, 4 NY3d 540 – 2005)”. FISHMAN, Stephen. *The Public Domain – How to Find & Use Copyright-Free Writings, Music, Art & More*. Cit.; p. 116.

se você copia uma gravação muito antiga a menos que, talvez, tenha sido realizada por um artista muito famoso, como a lenda da ópera Enrico Caruso.

Em um dos poucos casos que envolvem tais gravações, a Capitol Records ajuizou uma ação contra uma pequena gravadora europeia que copiava e distribuía, nos Estados Unidos, gravações feitas no Reino Unido nos anos 1930 pelos renomados músicos clássicos Yehudi Menuhin e Pablo Casals. As gravações estavam em domínio público no Reino Unido, mas não nos Estados Unidos. (Capitol Records, Inc. v. Naxos of America, Inc., 4 NY3d 540-2005).

Importante notar que obras criadas pelo governo norte-americano se encontram em domínio público⁴⁵⁰. No entanto, a regra comporta exceções. Obras criadas fora dos deveres oficiais do governo são protegidas por direitos autorais. Além disso, contratações privadas podem também, em alguns casos, estar sujeitas a proteção⁴⁵¹.

Por esse motivo, em processo judicial foi decidido que os discursos de Hyman Rickover (conhecido como o “Pai da Marinha Nuclear”) não escritos na qualidade de oficial da marinha norte-americana estavam protegidos por direitos autorais e não compunham o domínio público⁴⁵². Assim também como – e nos parece evidente – diálogos travados na Casa Branca e narrados nas memórias escritas por Gerald Ford também estão protegidos por direitos autorais⁴⁵³.

Um outro caso pode ser também bastante esclarecedor⁴⁵⁴. No final dos anos 1960, John McConnel criou o que se chamou de “Earth Flag”. Como o nome diz, trata-se de uma bandeira com a foto do Planeta Terra, como a representada abaixo:

⁴⁵⁰ § 105 da Lei de Direitos Autorais Norte Americana: “*Copyright protection under this title is not available for any work of the United States Government, but the United States Government is not precluded from receiving and holding copyrights transferred to it by assignment, bequest, or otherwise*”. Disponível em <http://bit.ly/gPAUgq>. Acesso em 17 de julho de 2010. No Reino Unido e no Canadá, entre outros, muitas obras governamentais recebem proteção nos termos do instituto do *Crown Copyright*.

⁴⁵¹ FISHMAN, Stephen. *The Public Domain – How to Find & Use Copyright-Free Writings, Music, Art & More*. Cit.; p. 43.

⁴⁵² *Public Affairs Assocs., Inc. v. Rickover*, 284 F. 2d 262 (D.C. Cir. 1960). FISHMAN, Stephen. *The Public Domain – How to Find & Use Copyright-Free Writings, Music, Art & More*. Cit.; p. 45.

⁴⁵³ *Harper & Row Publishers v. Nation Enterprises*, 723 F.2d 195 (2nd Cir. 1983). FISHMAN, Stephen. *The Public Domain – How to Find & Use Copyright-Free Writings, Music, Art & More*. Cit.; p. 45.

⁴⁵⁴ FISHMAN, Stephen. *The Public Domain – How to Find & Use Copyright-Free Writings, Music, Art & More*. Cit.; pp. 145-146.



A bandeira se tornou símbolo do movimento ambientalista e cerca de 30 anos depois a Alamo Flag Company criou e passou a vender uma bandeira praticamente idêntica. A sociedade a quem McConnel havia licenciado sua bandeira processou a Alamo Flag Company e perdeu. A decisão judicial foi no sentido de que a foto que ilustrava a bandeira original havia sido tirada por funcionários do governo e por isso estava em domínio público (*Earth Flag Ltd. v. Alamo Flag Co.*, 153 F.Supp. 2d 349 - S.D. N.Y. 2001).

Sabe-se, também, que fatos isolados compõem o domínio público e é natural que seja assim. Afinal, não é considerado legítimo que alguém se torne detentor exclusivo do uso de determinada informação. Ainda assim, é possível se pleitear proteção pela coletânea de dados ou de obras, ainda que cada um de tais dados ou obras não seja objeto de proteção.

O *Copyright Office* norte-americano entende que para que coletâneas sejam protegidas, não basta que estas sejam compostas de alguns poucos elementos. Menos do que quatro elementos, por exemplo, não seriam suficientes para garantir proteção à antologia. Assim, uma publicação com apenas três partituras de Beethoven não seria passível de proteção⁴⁵⁵.

No entanto, nos Estados Unidos foi julgado um curioso caso em que se discutia a proteção conferida a fatos ficcionais.

Valendo-se do sucesso da série televisiva *Seinfeld*, um livro de perguntas e respostas foi publicado a seu respeito. No livro, não se indagava quantos episódios haviam ido ao ar nem os nomes de seus diretores ou atores em participação especial. O que se perguntava eram fatos de

⁴⁵⁵ FISHMAN, Stephen. *The Public Domain – How to Find & Use Copyright-Free Writings, Music, Art & More*. Cit.; p. 111.

ficção a respeito da trama dos episódios. Dessa forma, o julgamento foi no sentido de apontar violação de direitos autorais por conta do autor do livro⁴⁵⁶.

Uma das mais relevantes decisões acerca de domínio público nos Estados Unidos decorre da disputa entre Bridgeman Art Library (“Bridgeman”) e Corel Corp. (“Corel”), no final dos anos 1990, acerca da possibilidade de se realizar cópias de fotografias de obras em domínio público.

A Bridgeman, especializada em imagens artísticas, conseguiu direito exclusivo para licenciar fotografias de centenas de obras em domínio público de diversos museus. A Corel, por sua vez, que atua na área de design gráfico digital, obteve mais de 150 imagens da Bridgeman e as publicou sem qualquer permissão desta em um CD-ROM, além de tornar as fotos disponíveis em seu *website*, de onde poderiam ser copiadas mediante pagamento de alguns dólares.

Por tal motivo, a Bridgeman processou a Corel alegando violação de direitos autorais. No entanto, duas decisões judiciais consecutivas foram no sentido de que as fotos estavam em domínio público por falta de originalidade. O tribunal entendeu que o propósito das fotos era fazer “cópia servil” das obras de arte, ou seja, reproduzi-las com absoluta fidedignidade. Embora a reprodução das obras demandasse esforço e perícia, não havia, nesse trabalho, qualquer originalidade⁴⁵⁷, de modo que as obras fotográficas não gozavam de proteção autoral. Dessa forma, a decisão não apenas foi no sentido de que não houve violação de direitos autorais como sequer havia direitos autorais para serem violados⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ FISHMAN, Stephen. *The Public Domain – How to Find & Use Copyright-Free Writings, Music, Art & More*. Cit.; pp. 261-262. *Castle Rock Entertainment v. Carol Publishing Group*, 955 F.Supp. 260 (S.D. N.Y. 1997).

⁴⁵⁷ FISHMAN, Stephen. *The Public Domain – How to Find & Use Copyright-Free Writings, Music, Art & More*. Cit.; p. 146. *Bridgeman Art Library Ltd. v. Corel Corp.*, 25 F. Supp. 2d 421 (s.D. N.Y. 1999). Um outro caso narrado pelo mesmo autor informa que Otto Eisenschiml, renomado historiador da Guerra Civil norte-americana, escreveu um livro sobre o assassinato de Abraham Lincoln a partir de uma estafante pesquisa a que teria se dedicado, incluindo dados nunca antes analisados. Após a publicação do livro, uma revista publicou artigo se valendo de diversos fatos levantados pelo historiador, que a processou. A decisão judicial, no entanto, foi no sentido de não conferir proteção aos dados constantes da pesquisa. Ainda que o jornalista que escreveu a matéria pudesse, ele próprio, ter consultado as mesmas fontes, ao não fazê-lo – preferindo valer-se da obra alheia – não violou direito autoral, já que fatos históricos estão em domínio público. FISHMAN, Stephen. *The Public Domain – How to Find & Use Copyright-Free Writings, Music, Art & More*. Cit.; p. 269. *Eisenschiml v. Fawcett Publications*, 246 F.2d 598 (7th Cir. 1957).

⁴⁵⁸ Para análise do caso, ainda que para criticar a decisão, ver ALLAN, Robin J. *After Bridgeman: Copyright, Museums, and Public Domain Works of Art*. *University of Pennsylvania Law Review* – vol. 155; 2007. Disponível em <http://bit.ly/hGppL9>. Esta decisão reforça o entendimento anterior da Suprema Corte dos EUA, que no julgamento de *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Company, Inc.*, 499 U. S. 340 (1991) rechaçou a teoria do “*sweat of the brow*”, ao entender que a condição *sine qua non* do *copyright* é a originalidade da obra, significando com isso que o trabalho foi criado de maneira independente pelo autor e que há um nível mínimo de criatividade. No original, lê-se que “[t]he *sine qua non* of *copyright* is *originality*. (...) *Original as the term is used in copyright means only that work was independently created by the author (as opposed to copied from other works) and that it possesses at least some minimal degree of creativity*”. Citado por DUSSOLIER, Séverine. *Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain*; p. 25. Disponível em <http://bit.ly/etERD3>.

2.3.2.2 Canadá

Em razão de sua colonização híbrida, o Canadá conta com o sistema da *Common Law* em todo o seu território, exceto em Quebec, onde vigora preponderantemente o sistema romano-germânico.

A exemplo dos Estados Unidos, a contagem do prazo de proteção no Canadá também não é muito simples, como é possível observar no gráfico da próxima página. No entanto, o Canadá é um dos poucos países desenvolvidos (assim como, por exemplo, a Nova Zelândia) a aplicar o prazo mínimo de proteção exigido pela Convenção de Berna: a vida do autor mais 50 anos⁴⁵⁹.

Os direitos conexos são protegidos no Canadá pelo prazo de 50 anos contados da performance (no caso de intérprete ou executante), da gravação (no caso de produtores fonográficos) ou da transmissão (no caso de radiodifusores)⁴⁶⁰.

Para as obras audiovisuais⁴⁶¹, a lei canadense prevê uma distinção entre aquelas dotadas de qualidade dramática e as demais obras. No primeiro grupo estão, por exemplo, filmes de ficção. Estes gozam da proteção geral da lei – vida do autor mais 50 anos. Os demais, entre os quais se incluem os vídeos caseiros, por exemplo, contam com proteção limitada: 50 anos contados da criação. Entretanto, sendo publicados no prazo de 50 anos da criação, serão protegidos por 50 anos da data da publicação⁴⁶².

Apesar de apresentar um dos melhores índices de desenvolvimento humano⁴⁶³ do planeta e altíssima qualidade de vida, é possível observarmos que, também no Canadá, o domínio público ainda é um assunto que gera incertezas e abusos.

⁴⁵⁹ Art. 6 do Copyright Act (R.S., 1985, c. C-42). “*The term for which copyright shall subsist shall, except as otherwise expressly provided by this Act, be the life of the author, the remainder of the calendar year in which the author dies, and a period of fifty years following the end of that calendar year*”. Disponível em <http://bit.ly/eBCmiE>. Acesso em 17 de julho de 2010.

⁴⁶⁰ Art. 23 do Copyright Act (R.S., 1985, c. C-42). “*(1) Subject to this Act, the rights conferred by sections 15, 18 and 21 terminate fifty years after the end of the calendar year in which (a) in the case of a performer’s performance, (i) its first fixation in a sound recording, or (ii) its performance, if it is not fixed in a sound recording, occurred; (b) in the case of a sound recording, the first fixation occurred; or (c) in the case of a communication signal, it was broadcast*”.

⁴⁶¹ FISHMAN, Stephen. *The Public Domain – How to Find & Use Copyright-Free Writings, Music, Art & More*. Cit.; p. 298.

⁴⁶² Art. 11.1 do Copyright Act (R.S., 1985, c. C-42). “*Except for cinematographic works in which the arrangement or acting form or the combination of incidents represented give the work a dramatic character, copyright in a cinematographic work or a compilation of cinematographic works shall subsist (a) for the remainder of the calendar year of the first publication of the cinematographic work or of the compilation, and for a period of fifty years following the end of that calendar year; or (b) if the cinematographic work or compilation is not published before the expiration of fifty years following the end of the calendar year of its making, for the remainder of that calendar year and for a period of fifty years following the end of that calendar year*”.

⁴⁶³ De acordo com o relatório de 2007, o Canadá teve a 4ª melhor colocação do mundo em IDH. Disponível em <http://bit.ly/gptQqO>. Acesso em 17 de julho de 2010.

Raymond Shirritt-Beaumont⁴⁶⁴ comenta que, em 2004, um complexo educacional foi inaugurado em Norway House, Manitoba, parte central do Canadá. O evento foi comemorado com o recebimento, pelo complexo educacional, de 4 reproduções de pinturas de Paul Kane, pintor canadense falecido em 1871, cujos originais encontram-se no Museu Stark, no Texas, Estados Unidos.

As pinturas de Paul Kane eram particularmente importantes para a comunidade de Norway House porque uma delas ilustrava um antigo nativo indígena, ancestral de muitos de seus moradores. Por conta disso, o Museu Stark forneceu as reproduções sem qualquer custo.

Uma vez com as reproduções, o instituto educacional decidiu produzir um texto explicativo para a comunidade apresentando as reproduções. Para tanto, queriam ilustrar esse trabalho com uma foto de Paul Kane. Assim, em 2004, entraram em contato com a National Gallery of Canada para solicitar cópia de uma foto de Paul Kane tirada por volta de 1850 – e que estava, obviamente, em domínio público.

Cerca de um mês depois, receberam a resposta da National Gallery informando que a reprodução da foto custaria 150 dólares, sendo 20 dólares para taxas administrativas, 50 pela imagem no CD e 80 pela licença de reproduzir a foto duas vezes.

Naturalmente, o instituto educacional não acatou o pedido da National Gallery, sobretudo porque estavam acostumados a adquirir reproduções de fotos e outras obras em domínio público ao custo, normalmente, de 10 ou 20 dólares. O preço de 50 dólares para uma foto em CD era inadmissível, bem como pagar uma licença por obra em domínio público.

Ao entrarem em contato com a National Gallery, pesquisadores do instituto foram informados de que o valor cobrado era para manter os serviços demandados por grande quantidade de solicitações e que, além de cobrarem para disponibilizar a foto, queriam aprovar o material em sua versão final. Esta demanda era igualmente abusiva porque, além de tudo, a lei canadense de direito autoral prevê, expressamente, que os direitos morais subsistem pelo mesmo prazo de proteção dos direitos patrimoniais, já tendo, portanto, expirado⁴⁶⁵.

Ainda mais inconformados, pesquisadores contataram o Ministry of Canadian Heritage (algo como Ministério da Herança Cultural) para saber que providências poderiam ser tomadas contra a National Gallery. No entanto, o Ministério alegou que a Galeria era um órgão autônomo,

⁴⁶⁴ SHIRRIIT-BEAUMONT, Raymond. *A Threat to the Public Domain? An Example of how Cost Recovery limits Access to Canadian Heritage*. Disponível em <http://bit.ly/hBOB7j>. Acesso em 17 de julho de 2010.

⁴⁶⁵ Art. 14.2 (1) *Moral rights in respect of a work subsist for the same term as the copyright in the work.*

podendo cobrar o quanto quisesse. Em uma segunda comunicação, algo ainda mais inquietante: representante do Ministério afirmou que quando uma foto de obra em domínio público é realizada, sobre a fotografia nova se gera um novo direito autoral, de modo que a nova fotografia somente poderá ser reproduzida mediante autorização de seu titular.

Alguns meses depois, a National Gallery acabou cedendo parcialmente e diminuiu o valor cobrado para 70 dólares, abrindo mão do total da licença. No entanto, os pesquisadores do instituto de educação continuaram discordando da prática proposta pela National Gallery. Para eles, a Galeria não poderia abrir mão de algo a que sequer tinha direito. Além disso, não era detentora de qualquer direito moral sobre a obra para aprovar seu uso final.

Em resposta a um e-mail nosso, indagando o desfecho da história, fomos informados pelo próprio sr. Shirritt-Beaumont que nenhuma negociação com a National Gallery foi bem sucedida. Além disso, os herdeiros de Paul Kane haviam doado todas as fotografias do pintor, de modo que não foi possível resolver a questão diretamente com os familiares. Contudo, foi ironicamente em uma publicação da própria National Gallery que encontraram uma fotografia adequada para ser escaneada e inserida na placa em homenagem a Paul Kane.

Criticando o caso, Michael Geist comenta não saber o que é mais notável: que o governo canadense negue que desempenhe um papel relevante no acesso à cultura canadense ou que o instituto educacional decida lutar para ter acesso à herança cultural diante de representantes inflexíveis, tanto do governo quanto dos museus.

Embora a questão seja controvertida no Canadá, a decisão no processo entre *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, julgado pela Suprema Corte Canadense em 2004⁴⁶⁶, pode ser bastante relevante.

O caso tratava da ação judicial movida por CCH Canadian Ltds. contra Law Society of Upper Canada porque a última estaria usando máquinas copiadoras para fornecer, aos membros da Law Society e demais pesquisadores, cópias de obras jurídicas. A CCH Canadian Ltd., editora de obras com conteúdo jurídico, entendeu que seus direitos autorais sobre onze dessas obras estavam sendo violados e ajuizou a ação.

A Law Society não concordou com a demanda e solicitou, nos termos do processo, que fosse declarado que não haveria violação de direitos autorais se uma única cópia de índices, leis, sentenças ou partes de texto fosse produzida.

⁴⁶⁶ CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339. Disponível em <http://bit.ly/fEUtFr>. Acesso em 17 de julho de 2010.

Se a demanda em si mesma não gera maior surpresa (a Corte entendeu, por diversos motivos, que as obras estavam protegidas, mas que o uso das obras por parte da Law Society consistia *fair dealing*), o mais relevante é como a Suprema Corte Canadense define originalidade em suas considerações iniciais do julgamento⁴⁶⁷:

Para um trabalho ser “original” nos termos do *Copyright Act*, é necessário que seja mais do que a mera cópia de um trabalho. Ao mesmo tempo, não precisa ser criativo, no sentido de ser novo ou único. O que é necessário para que haja proteção por direitos autorais da expressão de uma ideia é o exercício de perícia e julgamento. Por perícia, quero dizer o uso do conhecimento, aptidão desenvolvida ou habilidade prática na produção do trabalho. Por julgamento, quero dizer o uso da capacidade de discernimento ou habilidade para formar uma opinião ou avaliação ao se comparar diferentes possibilidades na produção do trabalho. Este exercício de perícia e julgamento necessariamente envolverá esforço intelectual. O exercício de perícia e julgamento necessário à produção do trabalho não poderá ser tão trivial a ponto de ser caracterizado como mero exercício mecânico. Por exemplo, qualquer perícia e julgamento que possam ser usados na simples mudança de fonte de um trabalho para produzir “outro” trabalho seria trivial demais para merecer proteção autoral como trabalho “original”.

Diante da definição dada pela Suprema Corte Canadense, a cópia servil de obra em domínio público – como fotografias de pinturas e de outras fotografias – podem ser protegidas por direitos autorais? Parece-nos que não.

Se assim for, a mesma lógica pode ser aplicada ao caso da fotografia de Paul Kane. Uma cópia servil de obra em domínio público carece de qualquer originalidade e não pode, ela própria, gozar de qualquer proteção.

Conforme pudemos ver anteriormente, nos Estados Unidos, as mais importantes decisões judiciais são no sentido de não conferir proteção autoral nesse caso. Ou seja: fotografias de obras em domínio público também estão em domínio público.

No Canadá, é Michael Geist⁴⁶⁸ quem aponta a recorrente conduta – considerada por ele abusiva – de cobrar altos valores por cópias de obras em domínio público. O autor canadense dá como exemplo a obra de Emily Carr, pintora canadense cujas obras entraram em domínio público no ano de 1996. No entanto, o *website* da British Columbia Heritage informa que ainda que as

⁴⁶⁷ Disponível em <http://bit.ly/fEUtFr>. Acesso em 17 de julho de 2010. Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “[f]or a work to be “original” within the meaning of the Copyright Act, it must be more than a mere copy of another work. At the same time, it need not be creative, in the sense of being novel or unique. What is required to attract copyright protection in the expression of an idea is an exercise of skill and judgment. By skill, I mean the use of one’s knowledge, developed aptitude or practised ability in producing the work. By judgment, I mean the use of one’s capacity for discernment or ability to form an opinion or evaluation by comparing different possible options in producing the work. This exercise of skill and judgment will necessarily involve intellectual effort. The exercise of skill and judgment required to produce the work must not be so trivial that it could be characterized as a purely mechanical exercise. For example, any skill and judgment that might be involved in simply changing the font of a work to produce “another” work would be too trivial to merit copyright protection as an “original” work”.

⁴⁶⁸ Disponível em <http://bit.ly/eTiKw6>. Acesso em 17 de julho de 2010.

obras de Emily Carr estejam em domínio público, suas reproduções não estão⁴⁶⁹. Conduta idêntica é adotada pelo *website* do Virtual Museum of Canada, ao ilustrar com um símbolo de © uma das obras da pintora⁴⁷⁰. Finalmente, o mesmo procedimento é adotado pelo *webiste* do Artefacts Canada⁴⁷¹.

Ocorre que, conforme anteriormente visto, também a Suprema Corte do Canadá já teve a oportunidade de decidir que o trabalho, apenas, não representa base suficiente para a proteção por direitos autorais⁴⁷². Por isso, Geist – que cita expressamente o caso *Bridgeman Art Libray Ltd. v. Corel Corp.* como fundamental – acredita que as cortes canadenses devem adotar os fundamentos de decisão do mencionado julgado.

2.3.2.3 Israel

A herança jurídica do direito autoral israelense é inglesa, a mesma que serviu de fundamento para a matéria no Canadá⁴⁷³. Segundo Ariel Katz, da Universidade de Toronto, mesmo “sendo o centésimo menor país do mundo, com menos do que 1/1000 da população mundial, Israel tem o segundo maior índice *per capita* de novos livros; produz mais artigos científicos *per capita* do que qualquer outra nação por ampla margem - 109 a cada 10.000 pessoas. Em proporção à sua população, Israel tem o maior número de companhias *start up* do mundo”⁴⁷⁴.

A lei israelense de direitos autorais foi recentemente modificada, inclusive quanto ao prazo de proteção conferido a determinadas obras.

⁴⁶⁹ Disponível em <http://bit.ly/em5tty>. Acesso em 17 de julho de 2010.

⁴⁷⁰ Disponível em <http://bit.ly/h1zMG6>. Acesso em 17 de julho de 2010.

⁴⁷¹ Disponível em <http://bit.ly/ecaqg3>. Acesso em 17 de julho de 2010.

⁴⁷² *CCH Canadian Ltd. V Law Society of Upper Canada*. Citado por SCASSA, Teresa. **Original Facts: Skill, Judgment, and the Public Domain**. Disponível em <http://bit.ly/dVUTPw>. Acesso em 17 de julho de 2010.

⁴⁷³ KATZ, Ariel. *What can Canada Learn from Israel about Copyright Reform?* Disponível em <http://bit.ly/i9fb21>. Acesso em 01 de agosto de 2010. A recente reforma da lei israelense a aproximou do modelo norte-americano, por conta de uma cláusula que prevê expressamente a figura do *fair use*.

⁴⁷⁴ Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “[b]eing the world’s 100th smallest country, with less than 1/1000th of the world’s population, Israel has the world’s second highest per capita of new books; it produces more scientific papers per capita than any other nation by a large margin - 109 per 10,000 people. In proportion to its population, Israel has the largest number of startup companies in the world”. KATZ, Ariel. *What can Canada Learn from Israel about Copyright Reform?* Cit..

A regra geral de proteção é de 70 anos contados da morte do autor⁴⁷⁵. Sendo, no entanto, o Estado o primeiro titular dos direitos autorais de determinada obra, a lei garante proteção pelo prazo de 50 anos contados de sua elaboração⁴⁷⁶.

De acordo com a lei original israelense (de 1911), os direitos autorais para obras fotográficas duravam 50 anos contados da criação de seu negativo correspondente. Com a alteração legal, as fotografias passaram a receber o mesmo tratamento das demais obras – ou seja, vida do autor mais 70 anos.

Na última década, pelo menos um caso relevante em que se discutia aspectos de domínio público em Israel foi decidido pela Suprema Corte local. Trata-se de um controvérsia envolvendo traduções dos chamados pergaminhos (ou manuscritos) do Mar Morto.

Os pergaminhos do Mar Morto são uma série de quase mil textos descobertos na décadas de 1940 e 1950 em cavernas próximas de Qumram, no deserto da Judeia. Os textos têm grande importância histórica porque foram escritos cerca de 1.000 anos antes dos registros mais remotos do Antigo Testamento e acrescentam dados políticos e religiosos relevantes para as culturas cristã e judaica.

Uma vez que os textos se encontravam escritos em centenas de fragmentos (muitos deles incompletos) e em línguas antigas (como o Aramaico), foram necessários mais de onze anos para que o professor Elisha Qimron, da Universidade de Ben-Gurion, pudesse decifrar parte deles – aquela cuja reconstituição havia sido atribuída originariamente ao professor John Strugnell, da Universidade de Harvard⁴⁷⁷. Esse pergaminho específico foi denominado MMT (*Miqsat Ma'ase Torah*, “alguns preceitos da Torah”).

Após os onze anos de trabalho e da reconstituição física do pergaminho, faltava um terço do texto, que permanecia desaparecido. Qimron usou, então, seus conhecimentos de linguística e de lei judaica antiga para compilar um texto de 130 linhas que, segundo ele, refletia o texto

⁴⁷⁵ Art. 38 da lei de direitos autorais de Israel: “*copyright in a work shall subsist during the life of its author and for 70 years after his death, subject to the provisions in this chapter*”.

⁴⁷⁶ Art. 36 da lei de direitos autorais de Israel: “*the state shall be the first owner of a work made by, or commissioned for, the State or by an employee of the State in consequence of his service and during the period of his service; In this section, "State employee" – includes soldiers, policemen and any other person who holds a position according to a statute in a State entity or institution*”. Artigo 42 da lei de direitos autorais de Israel: “*Copyright in a work in which the State is the first owner of the copyright in accordance with the provisions of Chapter 5 shall last for a period of 50 years from the date of its making*”.

⁴⁷⁷ Conforme decisão da Suprema Corte de Israel disponível em <http://bit.ly/hkoZkP>. Acesso em 01 de agosto de 2010.

original escrito cerca de 2.000 anos antes⁴⁷⁸. Com isso, dava-se por encerrada a interpretação do MMT. Todavia, as controvérsias acerca do pergaminho estavam apenas começando.

O MMT foi descoberto em 1952, mas só em 1984 seu conteúdo foi revelado. E quando a comunidade científica tomou conhecimento do texto, ficou surpreendida. Afinal, o MMT era um dos pergaminhos mais esclarecedores sobre a comunidade que havia vivido nos arredores da Judeia. Por isso, Qimron pediu que estudiosos se manifestassem sobre o pergaminho e sobre seu conteúdo. No entanto, o pergaminho em si – fotos da descoberta e seu texto – continuaram restritos a um número muito limitado de pessoas, sem qualquer acesso ao grande público⁴⁷⁹.

Segundo Michael Birnhack, professor da Universidade de Haifa⁴⁸⁰:

Esta situação bizarra continuou até 1991. Nesse momento, Qimron já havia chegado a um acordo com a *Oxford University Press* para publicar o texto decifrado com seus comentários e sua interpretação. No entanto, de alguma forma, um pesquisador polonês, Zdzislaw Kapera, publicou o texto (sem autorização) no *The Qumran Chronicles*, mas posteriormente, após a interferência do *Israeli Antiquities Authority*, ele cessou a circulação do texto e ainda pediu desculpas a Qimron. Pouco depois, Hershel Shanks, editor da *Biblical Archaeological Review* e forte opositor ao monopólio de acesso, publicou um livro, *Edição Fac-símile dos Pergaminhos do Mar Morto*, editado por Robert Eisenman e James Robinson. Como apêndice à introdução de sua editora, ele incluiu o texto decifrado, sem autorização de Qimron (ou de qualquer outra pessoa) e sem atribuir o texto a Qimron.

Por conta do livro de Hershel Shanks, Qimron ajuizou ação em Jerusalém contra Shanks, contra a editora, contra Eisenman e Robinson, evidentemente por violação de direitos autorais relativos à tradução do MMT. De outra parte, os argumentos oferecidos pelos réus em sua defesa podem ser sintetizados da seguinte forma⁴⁸¹:

(i) a violação de direitos havia se dado fora do Estado de Israel, de modo que a lei aplicável não seria a israelense;

(ii) o ato de Qimron completar o texto não seria nada além de reconstruir uma obra já existente e, dessa forma, um texto decifrado não é protegido por direitos autorais;

⁴⁷⁸ BIRNHACK, Michael D. *The Dead Sea Scrolls Case: Who is an Author?* Disponível em <http://bit.ly/gWmQAj>. Acesso em 01 de agosto de 2010.

⁴⁷⁹ BIRNHACK, Michael D. *The Dead Sea Scrolls Case: Who is an Author?* Cit..

⁴⁸⁰ Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “[t]his bizarre situation continued until late 1991. At this point, Qimron had already reached an agreement with Oxford University Press to publish the deciphered text with his commentary and interpretation. However, somehow, a Polish scholar, Zdzislaw Kapera, published it (without authorisation) in *The Qumran Chronicles*, but at a later date, after the interference of the Israeli Antiquities Authority, he halted further circulation and apologised to Qimron. Shortly thereafter, Hershel Shanks, editor of the *Biblical Archaeological Review* and a strong opponent of the access monopoly, published a book, *A Facsimile Edition of the Dead Sea Scrolls*, edited by Robert Eisenman and James Robinson. As an appendix to his publisher's Introduction, he included the deciphered text, without Qimron's (or anyone else's) authorisation, and without attributing it to Qimron”. BIRNHACK, Michael D. *The Dead Sea Scrolls Case: Who is an Author?* Cit..

⁴⁸¹ A partir da tradução da decisão da Suprema Corte de Israel. Disponível em <http://bit.ly/hkoZkP>. Acesso em 01 de agosto de 2010.

(iii) proteger a reconstrução de Qimron prejudica a pesquisa acadêmica, confere a Qimron um direito de propriedade sobre “parte da herança cultural do Povo Judeu” e não está em conformidade com a política legal desejável;

(iv) a publicação de um texto decifrado, do modo como foi feito, está de acordo com “convenções acadêmicas” e assim protegidas pelo *fair dealing*;

(v) o texto decifrado havia sido distribuído pelo próprio Qimron, para pesquisadores, sem menção a seu nome, o que não acarretaria, portanto, violação a seus direitos morais.

A decisão de primeira instância foi em favor de Qimron, por conta da violação de direitos autorais patrimoniais e morais – uma vez que o nome de Qimron sequer havia sido citado. Os réus apelaram à Suprema Corte e enquanto aguardavam julgamento, o autor publicou o texto decifrado enquanto Shanks publicou uma segunda edição de seu livro, desta vez sem o texto⁴⁸².

Ao proferir sua decisão, a Suprema Corte israelense confirmou a decisão de primeiro grau, entendendo que a tradução de Qimron era passível de proteção por direitos autorais. Entre outros trechos notáveis, destacamos⁴⁸³:

A fim de decidir se Qimron tinha direito autoral sobre o texto decifrado, precisamos definir qual o objeto de direito de Qimron – qual a “obra” que Qimron criou durante onze anos de trabalho? Assim, devemos distinguir os dois principais componentes do texto decifrado. Um é o físico, tangível, “material bruto”: os fragmentos do pergaminho, criados cerca de 2.000 anos atrás e encontrados em Qumran; o segundo componente é o que fez da coleção de fragmentos um texto decifrado a partir de sua união física, sua organização, decifrando-se o que neles estava escrito no limite em que decifrar era possível, e colmatando as lacunas entre os fragmentos. Em outras palavras, a arte de fornecer alma e espírito aos fragmentos que fizeram deles um texto vivo e compreensível. De fato, os fragmentos do pergaminho estão hoje em domínio público no sentido que é permitido a qualquer um, que assim deseje, uni-los e decifrá-los. No entanto, o fato de que as “peças”, o material na mão do criador de seu trabalho, estão em domínio público é irrelevante para se indagar se ele tem direito autoral sobre seu trabalho.

Analisando a questão de maneira análoga à tradução, como se o trabalho de Qimron consistisse essencialmente na tradução dos textos milenares, a demanda não oferece maiores

⁴⁸² BIRNHACK, Michael D. *The Dead Sea Scrolls Case: Who is an Author?* Cit..

⁴⁸³ Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “[i]n order to decide whether Qimron has copyright in the deciphered text, we must define what is the subject matter of Qimron’s right – what is the “work” that Qimron has created during eleven years of work? Here, we should distinguish between the two main components of the deciphered text. One, is the physical, the tangible, “raw material”: the fragments of the scroll, created about 2000 years ago and found in Qumran; the second component is what made the collection of the fragments a deciphered text by physically adding them together, arranging them, deciphering what is written on them to the extent it required deciphering it, and filling the gaps between the fragments. In other words, the art of providing soul and spirit in the fragments that made them a meaningful and living text. Indeed, the fragments of the scroll are today in the public domain in the sense that anyone who wishes to aggregate them and decipher them is permitted to do so. But, the fact that the “building blocks”, the material in the hands of the creator in his work, are in the public domain, is irrelevant to the question of whether he has copyright in his work”. – C.A. 136/71 *The State v. Achiman*, P.D. 26(2) 259, 261 (hereinafter: *Achiman*”). Disponível em Disponível em <http://bit.ly/hkoZkP>. Acesso em 01 de agosto de 2010.

controvérsias. Afinal, a lei de direitos autorais de Israel classifica as traduções como obras derivadas (de acordo com seu art. 16) e confere a seus titulares direitos autorais.

No entanto, Michael Birnhack contesta fortemente a decisão tomada pela Suprema Corte de Israel. Entre outros argumentos, o autor indaga se há originalidade suficiente no trabalho de Qimron, uma vez que ele não teria criado nada, apenas revelado o sentido do texto. Além disso, afirma⁴⁸⁴:

A Corte parece não estar a par do significado cultural e da implicação de sua decisão: a Qimron foi concedido não apenas controle econômico sobre o texto, mas controle cultural: ao controlar aqueles que podem fazer uso do texto decifrado, ele tem o poder de excluir aqueles que discordam dele. Espera-se que o próprio Qimron não abuse de seu poder dessa forma. Há titulares de direitos autorais que podem não ser tão generosos. Eles podem excluir outros pesquisadores do debate acadêmico, ao clamar por seus direitos autorais.

O juiz Tirkel afirma que pesquisadores têm a opção de decifrar – eles mesmos – o texto. Enquanto esta afirmação reflete precisamente a lei aplicável ao caso, é de certa forma ingênua. Pode-se presumir que não há um único pesquisador sério dos Pergaminhos do Mar Morto [DSS no original, “*Dead Sea Scrolls*”] que não tenha lido o estudo de Qimron dos MMT, incluindo o texto decifrado. Admitindo-se que Qimron conseguiu reconstruir o texto original com precisão – e que outro pesquisador também seja bem sucedido nessa tarefa – o texto deste último será idêntico ao publicado por Qimron. Dado que este pesquisador teve acesso ao trabalho de Qimron, estará ele apto a provar que seu texto foi uma criação independente, merecedora de proteção por direitos autorais?

A indagação de Michael Birnhack é mesmo digna de nota. Há sentido em se proteger por direitos autorais um texto decifrado? Considerando-se que se trata de um texto extremamente importante para a pesquisa científica ao mesmo tempo em que é um trabalho bastante curto (pouco mais do que 100 linhas), sua reprodução integral não deveria ser permitida nos termos do *fair use* (lembrando que a lei de direitos autorais de Israel se vale deste mecanismo de flexibilização)? A Suprema Corte israelense entendeu que não.

⁴⁸⁴ Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “[t]he court seems not to be aware of the cultural meaning and implication of its decision: Qimron has been granted not only economic control over the text, but cultural control: by controlling those who may use the deciphered text, he has the power to exclude those who disagree with him. It is to be hoped that Qimron himself will not abuse his power in this manner. There could be copyright owners who may not be so generous. They might exclude other scholars from the academic discourse, by waving their copyright flag. Justice Tirkel states that scholars have the option to decipher the text themselves. While this statement accurately reflects the law as to compilations, this is somewhat naive. One may assume that there is no single serious DSS scholar who has not read Qimron’s study of MMT, including his decipherment thereof. Assuming that Qimron accurately managed to reconstruct the original text--and the contemporary scholar also succeeds in this task--her text will be identical to the one Qimron published. Given that the scholar has had access to Qimron’s work, will she be able to prove that it was an independent creation, entitled to copyright protection?”. BIRNHACK, Michael D. *The Dead Sea Scrolls Case: Who is an Author?* Cit.

O autor encerra suas considerações afirmando que “2.000 anos depois de terem sido escritos e meio século após sua descoberta, um dos pergaminhos do Mar Morto encontrou seu autor legal, em uma decisão judicial que pode inibir o debate acadêmico”⁴⁸⁵.

2.3.2.4 União Europeia

A União Europeia conta hoje com 27 países-membros e 4 países-candidatos⁴⁸⁶. Por conta de sua diversidade, há integrantes do sistema jurídico da *Common Law* (Reino Unido, por exemplo) bem como do romano-germânico. Até o início dos anos 1990, cada país contava com um prazo distinto para a proteção aos direitos autorais, o que acabou por se mostrar um grande inconveniente com a criação do mercado único europeu.

Com o objetivo de harmonizar tais prazos, em 1993 foi assinada, no âmbito da União Europeia, a “Directiva⁴⁸⁷ 93/98/CEE do Conselho, de 29 de Outubro de 1993, relativa à harmonização do prazo de protecção dos direitos de autor e de certos direitos conexos” (doravante, “Diretiva 93/98/CEE”). Nos termos deste documento, as diretrizes adotadas pela União Europeia se assemelham bastante aos princípios vigentes no Brasil para a proteção dos direitos autorais.

A regra geral de proteção é de 70 anos contados da morte do autor, tanto para as obras já publicadas quanto para as que venham a ser publicadas postumamente – inclusive obras fotográficas, que usualmente contam com prazo menor de proteção. Para trabalhos anônimos e

⁴⁸⁵ Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “[o]ver 2,000 years after it was written and half a century after it was discovered, one of the Dead Sea Scrolls finally has a ‘legal’ author, in a judicial declaration that might inhibit the scholarly debate”. BIRNHACK, Michael D. *The Dead Sea Scrolls Case: Who is an Author?* Cit..

⁴⁸⁶ Disponível em <http://bit.ly/e31nxF>. Acesso em 14 de novembro de 2010.

⁴⁸⁷ A diretiva é ato legislativo da União Europeia que tem por objetivo fazer seus países-membros atingirem determinados objetivos. Maria Teresa de Cárcomo Lobo explica as características das diretivas: “(a) vincular os Estados-Membros na consecução do resultado nela objetivado tomando obrigatório esse resultado; (b) deixar à competência dos Estados-Membros a forma e os meios de o alcançar. A diretiva assume um papel importante no direito comunitário, porquanto, mantendo a sua natureza de ato normativo comunitário, deixa aos Estados-Membros uma certa margem de manobra legislativa. Essa margem, todavia, vem-se estreitando, sendo meramente teórica nalguns casos. As exigências da integração em determinados setores têm dado lugar a diretivas cada vez mais técnicas e detalhadas que tangenciam a aplicabilidade direta dos regulamentos”. LOBO, Maria Teresa de Cárcomo. **Manual de Direito Comunitário**. Curitiba: Juruá, 2001; p. 124.

pseudônimos, o prazo de 70 anos é contado a partir da publicação. Sendo a obra em coautoria, é necessário esperar a morte do último autor para se iniciar a contagem do prazo⁴⁸⁸.

Diferentemente do Brasil, entretanto, o prazo de proteção para obras audiovisuais é de 70 anos contados da morte do realizador principal, o autor do argumento cinematográfico, o autor do diálogo e o compositor de música especificamente criada para utilização em obras cinematográficas ou audiovisuais, o que ocorrer por último⁴⁸⁹.

Quanto aos titulares de direitos conexos, a União Europeia prevê prazo de proteção de 50 anos, enquanto no Brasil esse prazo é de 70 anos⁴⁹⁰.

Uma interessante disposição da Diretiva 93/98/CEE que não conta com equivalente na legislação brasileira trata da publicação póstuma de obra de autor falecido há mais de 70 anos. Nesse caso, aquele que licitamente publicar ou comunicar ao público obra não publicada anteriormente, gozará do prazo de proteção de 25 anos⁴⁹¹.

Também uma peculiaridade extremamente particular da União Europeia são os prazos de prorrogação por conta das duas grandes guerras mundiais do século XX, a primeira entre 1914 e 1918 e a segunda entre 1939 e 1945.

Como se sabe, ambas as guerras atingiram praticamente todos os países europeus e durante seu fatídico desenrolar foi bastante difícil fazer circular obras intelectuais. Sendo assim, diversos países europeus acresceram prazos especiais de proteção às obras intelectuais como forma de compensar as entressafras consequentes dos conflitos armados.

Por exemplo, a Bélgica estendeu seu prazo de proteção por 10 anos em 1921, enquanto que a lei italiana previu prorrogação de 6 anos para proteger obras publicadas por autores não-italianos antes do final da II Guerra Mundial. Alguns países aboliram essas “prorrogações de guerra” quando da adoção da Diretiva 93/98/CEE, mas outros não⁴⁹².

No entanto, mais um efeito da Diretiva 93/98/CEE foi devolver à proteção do direito autoral algumas obras já em domínio público. Embora muitos países da União Europeia

⁴⁸⁸ Art. 1º da Diretiva 93/98/CEE. O prazo de proteção previsto na Convenção de Berna tinha por objetivo proteger o autor durante sua vida mais as duas gerações subsequentes. Conforme esclarece a Diretiva 93/98/CEE, que uniformizou os prazos da União Europeia em 70 anos, “o aumento da duração de vida média na Comunidade faz com que esse prazo [previsto na Convenção de Berna] tenha deixado de ser suficiente para abranger duas gerações”. A propósito, a Diretiva 93/98/CEE é expressa, em seu Considerando 5, ao mencionar que “o prazo mínimo de proteção de cinquenta anos após a morte do autor, previsto na Convenção de Berna, se destinava a proteger o autor e as duas primeiras gerações dos seus descendentes; que o aumento da duração de vida média na Comunidade faz com que esse prazo tenha deixado de ser suficiente para abranger duas gerações”.

⁴⁸⁹ Diretiva 93/98/CEE, Art. 2º.

⁴⁹⁰ Diretiva 93/98/CEE, Art. 3º.

⁴⁹¹ Diretiva 93/98/CEE, Art. 4º.

⁴⁹² FISHMAN, Stephen. *The Public Domain – How to Find & Use Copyright-Free Writings, Music, Art & More*. Cit.; p. 295.

previssem o prazo de 50 anos contados da morte do autor como prazo padrão, na Alemanha o prazo era de 70 anos. Para se atingir a uniformidade desejada, a União Europeia optou por determinar que qualquer obra ainda protegida na Alemanha deveria ter sua proteção estendida aos demais países⁴⁹³.

Por tal motivo, as obras de James Joyce, em domínio público na maioria dos países europeus desde 1992 (quando se completaram 50 anos da morte do autor), voltaram ao domínio privado em 1996 porque se encontravam ainda protegidas na Alemanha. E continuarão protegidas por toda a União Europeia até o final de 2011⁴⁹⁴.

O mesmo se deu com as obras de Fernando Pessoa, que haviam passado ao domínio público em Portugal no ano de 1986 (já que a lei portuguesa previa a proteção pela vida do autor mais 50 anos), e voltaram a fazer parte do domínio privado no final dos anos 90, para ingressar em domínio público de novo em 2006.

A opção pela uniformização de prazos decorreu de pelo menos um caso bastante relevante. Conhecido como “Caso Patrícia”, resultou na Sentença do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 24 de janeiro de 1989. A questão controvertida era a possibilidade de exploração comercial na Alemanha de fonogramas, ainda protegidos pela legislação local, importados da Dinamarca, onde se encontravam em domínio público e, conseqüentemente, eram comercializados a um valor mais baixo.

A decisão foi no sentido de conferir proteção às obras na Alemanha, onde ainda não haviam ingressado no domínio público. Em conformidade com o acórdão, “[o]s artigos 30.º e 36.º do Tratado [da Comunidade Europeia] não obstam à aplicação da legislação de um Estado-membro que permite a um produtor de suportes de som desse Estado-membro invocar os direitos exclusivos de reprodução e de difusão de determinadas obras musicais de que é titular para obter a proibição de venda, no território desse Estado-membro, de suportes de som contendo as mesmas obras musicais, no caso de terem sido importados de outro Estado-membro onde foram legalmente comercializados, sem o consentimento do referido titular ou de quem este tenha

⁴⁹³ **Artigo 10º** Aplicação no tempo [...] 2. “Os prazos de protecção previstos na presente directiva aplicam-se a todas as obras e outras produções protegidas pela legislação de pelo menos um Estado-membro, na data a que se refere o nº 1 do artigo 13º ao abrigo das disposições aplicáveis em matéria de direitos de autor ou de direitos conexos, ou que correspondam aos critérios de protecção previstos na Directiva 92/100/CEE”.

⁴⁹⁴ O que acaba permitindo abusos por parte dos herdeiros de James Joyce, que tentam impedir de todas as maneiras possível o uso não autorizado da obra do escritor Irlandês. LEWICKI, Bruno Costa. **Limitações aos Direitos de Autor**. Cit.; pp. 251-252.

autorizado, e onde o produtor desses suportes beneficiou de uma protecção cujo período de duração expirou, entretanto”⁴⁹⁵.

2.3.2.5 França

Por conta da harmonização de prazos de protecção aos direitos autorais decorrente da Diretiva 93/98/CEE, a França prorrogou seu prazo de protecção de 50 para 70 anos contados da morte do autor ou da publicação da obra, dependendo do caso.

A edição da referida diretiva foi fundamental porque, em virtude da disparidade de prazos entre os membros da União Europeia, a circulação livre das obras entre países estava se tornando difícil. O Tribunal de Justiça da União Europeia chegou a decidir, em 24 de janeiro de 1989, que uma vez que expirasse o prazo de protecção em determinado país, a obra em domínio público não poderia ser importada livremente pelo Estado onde ela ainda estivesse protegida⁴⁹⁶.

A publicação póstuma confere aos herdeiros o direito de explorá-la economicamente com exclusividade pelo tempo restante até que se completem 70 anos contados da morte do autor⁴⁹⁷.

Bastante envolvida nas duas grandes guerras do século XX, a França tem o mais complexo sistema de prorrogação de prazo em decorrência de guerra. De maneira simplificada, esclarece Stephen Fishman⁴⁹⁸:

Trabalhos publicados antes ou durante a Primeira Guerra Mundial recebem uma prorrogação de seis anos e 152 dias⁴⁹⁹. Outra prorrogação cobre a Segunda Guerra Mundial e se estende por oito anos e 120 dias. Uma prorrogação adicional de 30 anos se aplica a autores que tenham “morrido pela França”. Tais prorrogações são cumulativas e devem ser acrescidas ao prazo normal de protecção de 70 anos contados da morte do autor. Assim, no caso de uma obra publicada antes ou

⁴⁹⁵ Disponível em <http://bit.ly/hHH13u>. Acesso em 10 de setembro de 2010.

⁴⁹⁶ CHOISY, Stéphanie. *Le Domaine Public en Droit d'Auteur*. Cit.; p. 90.

⁴⁹⁷ CHOISY, Stéphanie. *Le Domaine Public en Droit d'Auteur*. Cit.; p. 95.

⁴⁹⁸ Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “[w]orks published before or during WWI receive an extension of six years and 152 days. Another extension covers WWII, and runs for eight years and 120 days. An additional extension of 30 years applies to authors who ‘died for France’. These extensions are cumulative and must be added to the normal copyright term of 70 years after an author dies. Thus, in the case of a work published before or during World War I by an author who later ‘died for France’, the copyright could be extended by over 44 years”. FISHMAN, Stephen. *The Public Domain – How to Find & Use Copyright-Free Writings, Music, Art & More*. Cit.; p. 296.

⁴⁹⁹ Conforme visto, a França não é o único país a estabelecer compensações temporais por conta de períodos de guerra no século XX. A Rússia concede quatro anos de protecção extra para autores que tenham trabalhado durante a Segunda Guerra Mundial ou nela participado diretamente. FISHMAN, Stephen. *The Public Domain – How to Find & Use Copyright-Free Writings, Music, Art & More*. Cit.; p. 301.

durante a Primeira Guerra Mundial, por um autor que depois veio a “morrer pela França”, os direitos autorais devem ser protegidos por mais 44 anos.

Além da intrinsecamente complicada forma de calcular os prazos de proteção na França, a Diretiva 93/98/CEE adicionou um elemento complicador: a restauração dos direitos autorais às obras que, mesmo que já em domínio público na França, encontravam-se ainda protegidas por alguns países, como a Alemanha. A devolução ao monopólio privado de determinadas obras acarretou um dos julgamentos mais interessantes dos últimos tempos, na França, em matéria de direitos autorais.

O pintor francês Claude Monet faleceu em 1926. Na França, o prazo de proteção dos direitos autorais era, em meados dos anos 1970, de 50 anos. Havia ainda as prorrogações de guerra, o que poderia acarretar, dependendo da obra, um termo adicional de cerca de 14 anos. Portanto, determinadas pinturas de Monet estariam protegidas até 1991 – mas não além disso. Toda sua obra estaria em domínio público no ano de 1991.

Com a assinatura da Diretiva 93/98/CEE, passou-se a discutir se as prorrogações de guerra deveriam, ou não, ser adicionadas ao tempo de proteção, que já havia sido estendido em mais 20 anos, o que teve como consequência devolver ao domínio privado as obras de Monet. Não sendo adicionadas as prorrogações de guerra, as obras de Monet entrariam em domínio público (de novo!) em 1997 (1927 + 70 anos). Contando as prorrogações de guerra, seriam adicionados no mínimo outros 14 anos.

O judiciário francês foi provocado para se pronunciar sobre o assunto. De acordo com extratos das decisões, em primeira instância se decidiu que todos os prazos deveriam ser cumulados porque (i) as obras não haviam sido devidamente exploradas economicamente durante a guerra; (ii) o legislador não havia expressamente revogado as prorrogações decorrentes do período bélico e (iii) uma decisão neste sentido preservava os direitos adquiridos⁵⁰⁰.

No entanto, quando revista em instância superior, o processo judicial teve desfecho distinto. O entendimento que prevaleceu foi no sentido de não se contar os prazos de prorrogação em virtude da guerra porque (i) a Diretiva 93/98/CEE tinha por objetivo exatamente harmonizar os prazos de proteção aos direitos autorais dentro da União Europeia; (ii) o prazo de 50 anos acrescido do prazo suplementar de 14 anos já era por si só menor do que o prazo de 70 anos previsto pela Diretiva 93/98/CEE como prazo de harmonização e (iii) os 14 anos do prazo de

⁵⁰⁰ Decisão de 27 de junho de 2001. Disponível em <http://bit.ly/h8d0N5>. Acesso em 16 de julho de 2010.

prorrogação de guerra já haviam também expirado em 1991 e não seria possível contá-los mais uma vez⁵⁰¹.

Prevalecendo esta decisão, é possível que se torne mais fácil contar os prazos de proteção na França⁵⁰².

A França protege por 25 anos as obras póstumas que tenham sido publicadas após o prazo normal de proteção⁵⁰³. Essa iniciativa parece ter como objetivo estimular a divulgação de inéditos de autores cujas obras já se encontram ordinariamente em domínio público. Caso as obras inéditas desses autores também estivessem automaticamente em domínio público por conta do decurso do prazo, talvez gerasse falta de interesse na publicação.

Entretanto, é relevante apontar que – ao menos assim nos parece – não se trata exatamente, aqui, de direito autoral, e sim de uma proteção ao investimento. Tanto é que esse prazo especial de 25 anos visa a proteger aquele a quem a lei chama de “proprietário da obra”, em contraposição aos herdeiros, que são titulares dos direitos autorais patrimoniais por sucessão pelo prazo de até 70 anos contados da morte do autor.

Em 2007, foi decidido na França um caso envolvendo duas continuações ao clássico de Victor Hugo, “Os Miseráveis”. Um dos herdeiros do autor francês tentou impedir que as obras

⁵⁰¹ Decisão de 16 de janeiro de 2004. Disponível em <http://bit.ly/h8d0N5>. Acesso em 16 de julho de 2010. Decisão semelhante foi tomada em 2007, por conta de uma disputa judicial acerca dos direitos de um quadro de Verdi, pintado por Boldini, falecido em 1931. O trabalho ingressou em domínio público em 2002, mas os herdeiros do pintor clamavam por proteção até 2016. A Suprema Corte francesa negou o pedido, alegando que as extensões de guerra já se encontram abrangidas pelo prazo previsto pela Diretiva 93/98/CEE. DUSSOLIER, Séverine. *Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain*; pp. 29 e 30. Disponível em <http://bit.ly/etERD3>. Outras informações se encontram em <http://bit.ly/ffxrIA> e em <http://bit.ly/ehFDSQ>.

⁵⁰² Até porque a questão pode tomar proporções verdadeiramente labirínticas. Como esta parte do trabalho se presta apenas a apresentar as bases estruturantes do domínio público na experiência internacional, acreditamos que os detalhes mais complexos são dispensáveis. Ainda assim, Stéphanie Choisy apresenta um exemplo bastante ilustrativo. O autor inglês Rudyard Kipling morreu em 1936. Seu livro mais famoso, “*The Jungle Book*”, foi escrito antes da primeira guerra mundial, o que lhe garante as duas prorrogações no prazo de proteção. Pela lei francesa antes da Diretiva 93/98/CEE, “*The Jungle Book*” estaria protegido por 64 anos e 272 dias – até 28 de outubro de 2000. Dessa forma, o livro não voltou ao domínio privado com o aumento de prazo imposto pela Diretiva 93/98/CEE porque quando do advento desta, ainda não havia ingressado em domínio público. Dessa forma, deveria apenas ter seu prazo de proteção prorrogado para cumprir os 70 anos contados da morte do autor, ou seja, até 31 de dezembro de 2006. Imagine-se, agora por hipótese, que Kipling tivesse publicado um livro novo em 1925. Esse livro não gozaria senão da segunda prorrogação de guerra, de 8 anos e 120 dias. Este outro livro entraria em domínio público em 31 de maio de 1994. Estando protegida na Alemanha nesse momento, deveria ter seus direitos autorais prorrogados na França. Mas por quanto tempo? Simplesmente acrescentar 20 anos de proteção ao momento em que a obra ingressaria em domínio público na França (1994 + 20 anos) manteria a falta de homogeneidade de prazos, o que foge completamente do objetivo principal da Diretiva 93/98/CEE. CHOISY, Stéphanie. *Le Domaine Public en Droit d’Auteur*. Cit.; pp. 108-109.

⁵⁰³ Lei de direitos autorais francesa. Artigo L123-4: *Pour les oeuvres posthumes, la durée du droit exclusif est celle prévue à l'article L. 123-1. Pour les oeuvres posthumes divulguées après l'expiration de cette période, la durée du droit exclusif est de vingt-cinq années à compter du 1er janvier de l'année civile suivant celle de la publication. Le droit d'exploitation des oeuvres posthumes appartient aux ayants droit de l'auteur si l'oeuvre est divulguée au cours de la période prévue à l'article L. 123-1. Si la divulgation est effectuée à l'expiration de cette période, il appartient aux propriétaires, par succession ou à d'autres titres, de l'oeuvre, qui effectuent ou font effectuer la publication. Les oeuvres posthumes doivent faire l'objet d'une publication séparée, sauf dans le cas où elles ne constituent qu'un fragment d'une oeuvre précédemment publiée. Elles ne peuvent être jointes à des oeuvres du même auteur précédemment publiées que si les ayants droit de l'auteur jouissent encore sur celles-ci du droit d'exploitation.*

fossem publicadas, alegando violação ao dever de respeito ao original de Victor Hugo. A decisão da Corte de Cassação foi no sentido de permitir a publicação, em virtude do fato de que uma obra em domínio público é passível de ser adaptada, por conta da liberdade de criação⁵⁰⁴. A importância do julgado decorre de ter sido o primeiro a definir que uma sequência de obra em domínio público pode ser livremente publicada⁵⁰⁵.

2.3.2.6 Alemanha

Segundo Pedro Mizukami, “[n]a Alemanha os direitos autorais viriam consideravelmente mais tarde [quando comparada com a França]. A primeira lei alemã de direitos autorais data de 1837, um diploma legal prussiano conferindo proteção, até trinta anos após a morte do autor, contra a reprodução de obras científicas e artísticas. Uma lei nacional de direitos autorais apenas surgiria em 1871 no Segundo Reich, abrangendo obras literárias, ilustrações, composições musicais e peças teatrais. A lei foi emendada em 1876, com extensão do âmbito de proteção para obras gráficas e obras tridimensionais. Reforma em ampla escala apenas aconteceria muitas décadas depois, com lei de 1965, ainda vigente com alterações”⁵⁰⁶.

Pelo menos quanto ao prazo de proteção, foi exatamente a lei alemã que serviu de inspiração para o texto da Diretiva 93/98/CEE. Afinal, a lei alemã já instituíra a vida do autor mais 70 anos como o tempo padrão para se proteger obras intelectuais por direitos de autor.

Para obras cinematográficas, o prazo de 70 anos é contado a partir da morte do autor remanescente entre (i) diretor, (ii) autor do roteiro, (iii) autor dos diálogos e (iv) autor da trilha sonora composta especialmente para a obra.

Quanto a obras anônimas e pseudônimas, o prazo de proteção é de 70 anos contados da sua publicação. Não tendo sido publicadas, entretanto, em 70 anos contados de sua criação, deverão ingressar, findo tal prazo, em domínio público.

⁵⁰⁴ DUSSOLIER, Séverine. *Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain*; p. 40. Disponível em <http://bit.ly/etERD3>.

⁵⁰⁵ Conforme <http://bit.ly/i2ZS5R>. Acesso em 26 de dezembro de 2010.

⁵⁰⁶ MIZUKAMI, Pedro. **Função Social da Propriedade Intelectual: Compartilhamento de Arquivos e Direitos Autorais na CF/88**. Cit.; p. 268.

Uma questão interessante a respeito do domínio público na Alemanha na verdade ainda não chegou ao fim. O livro “*Mein Kampf*”, memórias de Adolf Hitler e síntese de suas ideias nazistas, teve sua publicação proibida na Alemanha no final da Segunda Guerra Mundial e a proibição se sustenta até hoje. Atualmente, os direitos autorais do livro (que chegaram a ser a principal fonte de renda de Hitler na década de 1930) pertencem ao estado da Bavária, que se recusa a republicá-lo⁵⁰⁷.

No entanto, uma nova edição de “*Mein Kampf*” vem sendo cogitada. Conforme publicado no Caderno Prosa & Verso do jornal O Globo, apesar de a ideia soar “como o maior de todos os tabus, [um] grupo de historiadores alemães está pressionando os políticos do país a fazer justamente isso. Eles argumentam que é importante haver uma edição anotada da obra nas livrarias até 2015, quando ela entrará em domínio público, abrindo caminho para que grupos neonazistas publiquem suas próprias versões”⁵⁰⁸.

É certo que uma das características do domínio público é exatamente a possibilidade de qualquer um valer-se da obra como lhe aprouver, independentemente de licença ou remuneração. A ideologia neonazista ainda se faz presente na Alemanha contemporânea, sendo que nos últimos anos o tema voltou a frequentar com certa regularidade os meios de comunicação⁵⁰⁹.

A entrada no domínio público de uma obra polêmica como “*Mein Kampf*” coloca sob os refletores um problema muito pouco usual: os malefícios decorrentes do acesso ilimitado a determinada obra. Se por um lado é certo que “quando a obra entrar em domínio público, há o perigo de que charlatões e neonazistas se apropriem desse livro infame” (no dizer de Wolfgang Heubisch, secretário de Fazenda da Bavária), por outro não há como sermos ingênuos a ponto de acreditarmos que apenas em 2015 o livro estará acessível aos alemães⁵¹⁰.

Ocorre que com o decurso do prazo de proteção, o livro poderá ser livremente manipulado, o que significa dizer que seu texto poderá se prestar a diversas adaptações, visando a

⁵⁰⁷ Disponível em <http://glo.bo/ijSfsz>. Acesso em 01 de agosto de 2010.

⁵⁰⁸ Alemanha discute publicação de “*Mein Kampf*”. Caderno Prosa & Verso, jornal “O Globo”, 13 de fevereiro de 2010; p. 3.

⁵⁰⁹ Ver, entre outros, <http://bit.ly/hzLHS8>; <http://bit.ly/FLw4BA>; <http://glo.bo/hSppfA>. Acesso em 01 de agosto de 2010. Não só na Alemanha o neonazismo preocupa. Recentemente, o jornal “O Globo” publicou matéria informando que aversão a chineses alimenta neonazismo e põe Mongólia em alerta (disponível em <http://glo.bo/eNnD0U>; acesso em 02 de agosto de 2010). O movimento se faz sentir em outras partes do mundo, inclusive no Brasil (disponível em <http://bit.ly/epfmSu>; acesso em 02 de agosto de 2010).

⁵¹⁰ Algumas considerações são indispensáveis. Segundo Fabian Grossekemper, cofundador do *website* Shoah.de, dedicado a questões relativas ao holocausto, conseguir um exemplar de “*Mein Kampf*” na Alemanha não é necessariamente simples. Em primeiro lugar, porque, em território alemão, o Google filtra os resultados de busca do livro. Em segundo lugar, porque os vendedores de livros antigos cobram pequenas fortunas por seus escassos exemplares, além de o interessado ter que provar ser estudante de história, com declaração assinada pelo departamento responsável. Disponível em <http://bit.ly/fzIHrm>. Acesso em 01 de agosto de 2010.

atingir um público variado. Poderá circular livremente, ser publicado em meio físico ou digital, com ou sem comentários, da maneira mais conveniente a quem quer que seja. No entanto, mesmo hoje é possível encontrar na internet, sem qualquer dificuldade, versões do livro quer em português⁵¹¹, quer em alemão⁵¹².

No prefácio da edição em português disponível na internet, Néelson Jahr Garcia afirma que “‘Minha Luta’ (*Mein Kampf*) foi a melhor obra já escrita contra o nazismo. Já se escreveram livros, artigos, crônicas; fizeram-se filmes, peças de teatro. Por mais que demonstrassem o totalitarismo, a crueldade e a desfaçatez daquele regime, nada conseguiu superar o original. A comunidade judaica, pelo menos alguns de seus setores, batalham por proibir a divulgação do livro. Não entendo. Quanto mais se conhecer, maior se tornará o repúdio e aversão”.

Não é essa, entretanto, a opinião do governo da Bavária. Os atuais titulares dos direitos autorais sobre o livro entendem que “impedir a publicação é um ato de respeito às vítimas do Holocausto e esperam conseguir impedir a impressão de ‘Minha Luta’ mesmo depois de 2015, com base em leis contra o incitamento ao ódio”⁵¹³.

No entanto, os próprios membros do Conselho Central de Judeus da Alemanha duvidam que um tribunal alemão venha a proibir a publicação do livro após 2015, uma vez que isso poderia constituir limite à liberdade de expressão.

A questão tem ao menos um precedente, já que não é a primeira vez que o governo da Bavária tenta impedir a publicação de textos nazistas. Uma editora inglesa, Albertas Limited, publicou na Alemanha, em 2008, com fins educacionais, reproduções de jornais da década de 1930 (sendo a primeira reprodução a do jornal publicado no dia da eleição de Adolf Hitler), cujos direitos alegadamente pertenciam ao governo da Bavária. Este, por sua vez, afirmava que a publicação seria ideologicamente apropriada por grupos neonazistas. A disputa foi levada à apreciação da corte de Munique, que decidiu que todos os jornais publicados até 1938 (setenta anos antes de a decisão ser proferida) já estavam em domínio público e poderiam ser livremente reproduzidos⁵¹⁴.

Até 2015, entretanto, a reprodução de “*Mein Kampf*” continua sendo controvertida. Recentemente, uma edição nova do livro foi proibida na Polônia e tentou-se impedir outra na

⁵¹¹ Disponível em <http://bit.ly/gQOMOD>. Acesso em 01 de agosto de 2010.

⁵¹² Disponível em <http://bit.ly/esotp8>. Acesso em 01 de agosto de 2010.

⁵¹³ *Alemanha discute publicação de “Mein Kampf”*. Caderno Prosa & Verso, jornal O Globo, 13 de fevereiro de 2010; p. 3.

⁵¹⁴ Disponível em <http://abcn.ws/fA6ywa> e em <http://bit.ly/dJTlhU>. Acesso em 01 de agosto de 2010.

República Tcheca. No Brasil – cujo prazo de proteção é o mesmo da Alemanha – a publicação do livro encontra-se igualmente proibida.

2.3.2.7 México

Em 2003, ao reformar sua lei de direitos autorais, o México se tornou o país, em todo o mundo, a prever o mais longo prazo genérico de proteção aos direitos autorais. Estabelece sua lei no artigo 29⁵¹⁵:

Artigo 29.- Os direitos patrimoniais serão vigentes durante:

I. A vida do autor e, a partir da sua morte, por mais cem anos.

Quando a obra pertença a vários coautores, os cem anos serão contados a partir da morte do último, e

II. Cem anos depois de divulgadas.

Se o titular do direito patrimonial distinto do autor morrer sem herdeiros, a faculdade de explorar ou autorizar a exploração da obra caberá ao autor e, na falta deste, caberá ao Estado por meio do Instituto, que respeitará os direitos adquiridos por terceiros. Passados os prazos previstos neste artigo, a obra ingressará em domínio público.

Até 2003, o prazo de proteção era de 75 anos, tendo sofrido acréscimo de um terço para se atingir os 100 anos contados da morte do autor. A medida é naturalmente polêmica. Apesar de a Convenção de Berna e de o TRIPS admitirem prazos de proteção sensivelmente mais curtos, além de autorizarem que os países em desenvolvimento gozem de algumas faculdades especiais, o México optou por elevar o prazo de proteção muito acima do padrão atual, que está em torno de 70 anos *post mortem auctoris*.

Em comentário à modificação legal, Eduardo de la Parra Trujillo afirma que tal modificação é negativa, “pois debilita a figura do domínio público, instituição de grande importância”. Dessa forma, crê que o prazo de 100 anos de proteção após a morte do autor é excessivo, “já que a razão por que o direito patrimonial se prolonga após a morte do autor é para assegurar proventos econômicos às duas gerações seguintes; e os 100 anos, desde logo, excedem

⁵¹⁵ Tradução livre do autor. No original, lê-se que: *Artículo 29.- Los derechos patrimoniales estarán vigentes durante: I. La vida del autor y, a partir de su muerte, cien años más. Cuando la obra le pertenezca a varios coautores los cien años se contarán a partir de la muerte del último, y II. Cien años después de divulgadas.*

Si el titular del derecho patrimonial distinto del autor muere sin herederos la facultad de explotar o autorizar la explotación de la obra corresponderá al autor y, a falta de éste, corresponderá al Estado por conducto del Instituto, quien respetará los derechos adquiridos por terceros con anterioridad. Pasados los términos previstos en las fracciones de este artículo, la obra pasará al dominio público.

as duas gerações, favorecendo a uma terceira geração de sucessores que provavelmente nunca conheceu o autor”⁵¹⁶. E prossegue com ponderações bastante relevantes acerca das desvantagens da dilação do prazo de proteção⁵¹⁷:

Em primeiro lugar, embora as obras mexicanas tenham proteção *post mortem auctoris* de 100 anos, tornam-se desprotegidas no mundo, onde vigoram prazos substancialmente menores, de modo que não podemos concluir que a prorrogação do prazo no nosso país beneficia os interesses dos criadores da cultura mexicana. Em segundo lugar, obras estrangeiras, que no resto do mundo encontram-se em domínio público, serão protegidas no México por muitos anos, o que se traduz em preços mais altos por bens e serviços culturais, pois a continuação do monopólio de exploração das obras significa que os usuários devem ainda pagar direitos autorais ao respectivo titular. Este é um duro golpe para o acesso à cultura, já que desfrutar as mesmas obras será mais caro no México do que no resto dos países do mundo, o que se agrava tendo-se em conta a situação econômica dos mexicanos e da necessidade de melhorar a cultura dos habitantes do nosso país.

Segundo o autor, quando nos Estados Unidos a proteção aumentou para 70 anos contados da morte do autor, houve intenso debate. No México, no entanto, o assunto não teria sido debatido nem pelos legisladores nem pela sociedade civil. Além disso – e este ponto é bastante curioso –, Eduardo de la Parra Trujillo esclarece que o motivo que teria levado à dilação do lapso de proteção no México foi tão-somente o fato de o chamado “catálogo de ouro” da música mexicana⁵¹⁸ estar, àquela altura, a ponto de entrar em domínio público⁵¹⁹.

Entretanto, como bem observa o autor, se por um lado “se buscou evitar que o Catálogo de Ouro musical caísse em domínio público”, por outro lado a reforma “não beneficia os autores das canções desse catálogo, nem seus sucessores mais próximos, nem muito menos o público em geral e seu interesse de acesso à cultura, mas parece beneficiar a Sociedade de Autores e Compositores de Música”⁵²⁰.

⁵¹⁶ PARRA TRUJILLO, Eduardo de la. *Comentários a las Reformas a la Ley Federal del Derecho de Autor*. Disponível em <http://bit.ly/eHAuDH>. Acesso em 27 de julho de 2010.

⁵¹⁷ Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “[e]n primer lugar, aunque las obras mexicanas tengan 100 años post mortem auctoris, quedarán desprotegidas en el resto del mundo donde se contemplan plazos substancialmente menores, así que no se puede concluir que la extensión del término en nuestro país beneficia los intereses de los creadores de cultura mexicanos. En segundo lugar, las obras extranjeras, aunque en el resto del mundo estén en el dominio público, seguirán protegidas en México por muchos años más, lo cual se traduce en un encarecimiento de los bienes y servicios culturales en nuestro país, pues la continuación del monopolio de explotación de las obras implica que los usuarios deberán seguir pagando derechos de autor al respectivo titular. Esto es un golpe bajo al acceso a la cultura, pues disfrutar de las mismas obras será más caro en México que en el resto de los países del mundo, cosa que se agrava tomando en cuenta la situación económica de los mexicanos y la necesidad de mejorar la cultura de los habitantes de nuestro país”. PARRA TRUJILLO, Eduardo de la. *Comentários a las Reformas a la Ley Federal del Derecho de Autor*. Cit..

⁵¹⁸ O autor não esclarece qual o conceito de “catálogo de ouro”, se o termo conta com algum significado específico na cultura mexicana, nem a que período se refere. Em pesquisa realizada na *internet*, verificamos que são poucas as fontes a utilizar o termo e entre elas não há consenso quanto a seu uso, ainda que ele seja citado por fontes diversas.

⁵¹⁹ PARRA TRUJILLO, Eduardo de la. *Comentários a las Reformas a la Ley Federal del Derecho de Autor*. Cit..

⁵²⁰ PARRA TRUJILLO, Eduardo de la. *Comentários a las Reformas a la Ley Federal del Derecho de Autor*. Cit..

Como bem observa Paul Goldstein, países que são exportadores de bens culturais devem buscar prazos de proteção mais longos, de modo a garantir fluxo contínuo de criação intelectual que venha a ser exportada. Por outro lado, países importadores de bens culturais deveriam se ater aos prazos mínimos de proteção⁵²¹. Aparentemente, o México não levou este argumento em consideração.

Apesar de contar com o prazo de proteção mais longo de que temos notícia, a lei mexicana de direitos autorais dispõe de capítulo específico para disciplinar o domínio público. Prevê o Capítulo 3 do Título VI da lei⁵²²:

Capítulo III
Do Domínio Público

Artículo 152.- As obras em domínio público podem ser livremente utilizadas por qualquer pessoa, com a única restrição de respeitar os direitos morais dos respectivos autores..

Artículo 153.- É livre o uso da obra de um autor anônimo enquanto o mesmo não se dê a conhecer ou não exista um titular de direitos patrimoniais identificado.

Se o artigo 152 acima transcrito não traz qualquer novidade, o tratamento dado às obras anônimas pelo artigo 153 é bastante peculiar. Ao contrário de diversas leis nacionais que protegem as obras anônimas por lapsos de tempo contados de sua publicação, a lei mexicana exclui as obras anônimas de qualquer proteção, inserindo-as na categoria de obras em domínio público desde que *(i)* o autor não se dê a conhecer nem *(ii)* haja um titular para o exercício dos respectivos direitos patrimoniais.

2.3.2.8 Japão

Em regra, o prazo de proteção no Japão é de cinquenta anos contados da morte do autor ou do último coautor, sendo a obra em coautoria⁵²³. Para obras publicadas sob a titularidade de

⁵²¹ “As a rule, a country that is a substantial net exporter of creative work maintains higher than minimum levels of intellectual property protection in order to ensure the continued abundant production of the copyrighted goods that generate its export revenues. At the same time, countries that are net importers of creative goods and have more modest copyright industries will incline to award minimum levels of protection in order to conserve the outflow of national wealth to copyright exporting countries”. GOLDSTEIN, Paul. *International Copyright: Principles, Law, and Practice*. Cit..

⁵²² Tradução livre do autor. No original, lê-se que *Artículo 152.- Las obras del dominio público pueden ser libremente utilizadas por cualquier persona, con la sola restricción de respetar los derechos morales de los respectivos autores. Artículo 153.- Es libre el uso de la obra de un autor anónimo mientras el mismo no se dé a conocer o no exista un titular de derechos patrimoniales identificado.*

uma pessoa jurídica, contam-se cinquenta anos da publicação da obra, ou de sua criação, caso não tenha sido jamais publicada⁵²⁴.

No entanto, no que diz respeito à lei japonesa de direitos autorais, vale fazer menção à proteção conferida às obras fotográficas e às obras cinematográficas⁵²⁵.

Com relação às primeiras, havia artigo específico na lei de direitos autorais prevendo que as obras fotográficas entram em domínio público cinquenta anos após sua publicação, mas referido dispositivo foi revogado em março de 1997.

Por conta de sua revogação, acreditamos que passa a valer, para os autores de obras fotográficas, o prazo normal de cinquenta anos contados da morte do autor. No entanto, se a obra for de autor desconhecido, em razão do disposto do art. 52 (que trata das obras anônimas e publicadas sob pseudônimo)⁵²⁶, o prazo deve ser contado a partir da publicação da obra.

Já quanto às obras cinematográficas, há pouco tempo foi intensamente discutida no Japão a hipótese de estarem em domínio público diversos filmes de cineastas como Akira Kurosawa e Yasujiro Ozu.

A lei japonesa previa o prazo de proteção de obras cinematográficas como sendo de cinquenta anos contados da sua divulgação. Ocorre que uma alteração legal ocorreu em 2004 e o prazo foi estendido para 70 anos contados da publicação da obra ou de sua criação, para o caso de não ter sido publicada⁵²⁷.

Em meados dos anos 2000, uma sociedade empresária denominada Cosmo Coordinate foi processada no Japão por duas outras sociedades – Toho e Kadokawa – por violação de direitos autorais. A ré vendia cópias de filmes de Akira Kurosawa por cerca de US\$ 9.00, alegando que as obras estavam em domínio público. Já as autoras afirmavam ser as reais titulares dos direitos de distribuição das referidas obras, realizadas entre 1943 e 1952.

⁵²³ Lei de direitos autorais do Japão. Artigo 51: “(1) *The duration of copyright shall begin with the creation of the work.* (2) *Copyright shall continue to subsist until the end of a period of fifty years following the death of the author (or following the death of the last surviving co-author in the case of a joint work; the same shall apply in paragraph (1) of next Article), unless otherwise provided in this Section*”. Disponível em <http://bit.ly/h10L9p>. Acesso em 21 de julho de 2010.

⁵²⁴ Lei de direitos autorais do Japão. Artigo 53, *caput*: “(1) *Copyright in a work bearing as the name of the author that of a legal person or other corporate body shall continue to subsist until the end of a period of fifty years following the making public of the work or the creation of the work if it has not been made public within a period of fifty years following its creation.*”. Disponível em <http://bit.ly/h10L9p>. Acesso em 21 de julho de 2010.

⁵²⁵ Lei de direitos autorais do Japão. Disponível em <http://bit.ly/h10L9p>. Acesso em 21 de julho de 2010.

⁵²⁶ Lei de direitos autorais do Japão. Art. 52: “(1) *Copyright in an anonymous or pseudonymous work shall continue to subsist until the end of a period of fifty years following the making public of the work, provided that copyright subsisting in such work, the author of which is presumed to have been dead for fifty years, shall be considered expired as of the time when the author is so presumed to have been dead*”. Disponível em <http://bit.ly/h10L9p>. Acesso em 21 de julho de 2010.

⁵²⁷ Lei de direitos autorais do Japão. Art. 54: “(1) *Copyright in a cinematographic work shall continue to subsist until the end of a period of seventy years following the making public of the work or the creation of the work if it has not been made public within a period of seventy years following its creation*”. Disponível em <http://bit.ly/h10L9p>. Acesso em 21 de julho de 2010.

Até 1970, a lei de direitos autorais japonesa determinava proteção às obras cinematográficas pelo prazo de 38 anos contados da morte do autor. Em 1971, entretanto, sobreveio a mudança que passou a atribuir proteção por 50 anos contados da publicação da obra. Em 2004, nova mudança dilatou o prazo para 70 anos.

Antes da entrada em vigor da lei mais recente, ou seja, até 2003, as obras cinematográficas eram protegidas no Japão pelo prazo de 50 anos a partir de seu lançamento. A ré alegava que por conta dessa regra, em janeiro de 2004, as obras lançadas até 1953 estariam em domínio público. Valendo-se dessa interpretação, poderia distribuir filmes veiculados originalmente até esse ano.

No entendimento das autoras, entretanto, para os filmes produzidos e distribuídos até 1970, deveria valer a regra então em vigor. Dessa forma, tais filmes restariam protegidos por 38 anos contados da morte do autor. Considerando-se que Kurosawa morreu em 1998, seus filmes com estreia até 1970 seriam objeto de proteção até 2036.

A tese das autoras prevaleceu⁵²⁸. Portanto, para os filmes de Kurosawa lançados antes de 1971, será conferida proteção até 2036. A partir de então, valerá a regra do prazo de distribuição.

Uma dúvida persiste, entretanto. O primeiro filme de Kurosawa realizado depois de 1971 é “Dersu Uzala”, de 1975 e uma de suas obras-primas. À época do lançamento do filme, vigorava a regra que determinava a proteção por 50 anos contados do lançamento. Isso significa dizer que, se aplicada, “Dersu Uzala” entrará em domínio público em 2026⁵²⁹.

Ocorre que antes do advento de tal fato, a lei japonesa foi alterada mais uma vez e o prazo de proteção prorrogado para 70 anos. Teria havido uma prorrogação imediata na proteção às obras cinematográficas ainda protegidas ou será aplicada, a cada uma delas, a proteção prevista na lei no momento de seu lançamento? Afinal, assim foi decidido pela corte de Tóquio, e confirmado pela Suprema Corte de Propriedade Intelectual do Japão⁵³⁰, no caso ora analisado.

Compreender a lei aplicável em cada caso pode ser bastante relevante na prática. Um outro cineasta consagrado no Japão, Yasujiro Ozu, faleceu em 1963. Aplicando-se a todos os seus filmes a regra então vigente – vida do autor mais 38 anos – significa afirmar que toda a sua obra entrou em domínio público em 2001. Pela decisão do caso Kurosawa, esta parece ser a tendência.

⁵²⁸ Disponível em <http://bit.ly/hTA4GE>. Acesso em 27 de julho de 2010.

⁵²⁹ Disponível em <http://bit.ly/dI8zd9>. Acesso em 27 de julho de 2010.

⁵³⁰ Disponível em <http://bit.ly/hvytSY>. Acesso em 20 de janeiro de 2011.

No entanto, a decisão mudará consideravelmente se, enquanto a obra permanecer protegida, estiver sujeita ao modelo de proteção previsto na lei mais recente. Por exemplo: Ozu dirigiu seu último filme, “*An Autumn Afternoon*”, em 1962. Nesse momento, a proteção é conferida na base de vida do autor mais 38 anos.

Em 1971, quando sobrevém a reforma da lei, este filme ainda se encontra protegido. Mas a lei passa a prever o prazo de 50 anos contados de sua publicação. Ou seja, em vez de o prazo de proteção expirar em 2001, passaria a expirar em 2012.

Ocorre que com o advento da segunda alteração, prorrogando o prazo em mais vinte anos, o filme poderia restar protegido até 2032.

Mantida a mesma lógica aplicada às obras de Kurosawa – de se atribuir a proteção prevista na lei no momento do lançamento do filme – é possível afirmar que toda a obra de Ozu se encontra mesmo em domínio público. Mas apenas uma decisão da Suprema Corte de Propriedade Intelectual do Japão seria capaz de pôr fim à controvérsia.

2.4 Uniformização de prazos e aumento progressivo no prazo de proteção

O Projeto Gutenberg (http://www.gutenberg.org/wiki/Main_Page) é a mais antiga biblioteca digital do mundo. Criado em 1971, por Michael Hart, o *website* dispõe hoje e milhares de obras em versão digital para *download* gratuito, em formato compatível com a maioria dos leitores de livros digitais existentes no mercado. Conforme indicado no texto disponível na página *online* do Projeto Gutenberg em Língua Portuguesa, seu objetivo final é fornecer textos eletrônicos em domínio público logo depois de ter expirado a proteção legal sobre as obras. No entanto, em um mundo de múltiplas leis como o nosso, a tarefa representa alguns desafios substanciais⁵³¹.

⁵³¹ O próprio *website* apresenta críticas acerca da variedade de leis de direitos autorais: “[c]laro, o período antes do qual uma obra protegida entra em Domínio Público foi aumentado de 28 anos (com uma extensão disponível por 28 anos) para mais de 50 anos sobre a morte do autor, por isso, isso pôs obstáculos, para sermos brandos, aos nossos planos. (A proteção por direitos autorais original era de 14 anos, nos EUA). Portanto, uma pessoa podia fazer inicialmente uma previsão razoável de que tudo o que estava sob direitos autorais estaria no Domínio Público enquanto podia ser utilizado; sob a nova lei, é impossível prever a duração dos direitos autorais e as probabilidades de um livro entrar em Domínio Público durante o tempo de vida de um leitor médio são mínimas. (Suponha que você tem 25 anos quando lê um livro novo e o autor tem 50: espere a média de 25 anos para que o autor morra (que pensamento!). Agora tem de esperar mais 50 anos para ter acesso a esse livro; não interessa quando foi escrito (a não ser que seja antigo .. antes do período sobre o qual a lei retroage) ... portanto você terá de esperar (em média) até ter 100 anos.

Em 2004, o Projeto Gutenberg Austrália (<http://gutenberg.net.au/>) foi notificado⁵³² pelos herdeiros de Margareth Mitchell, autora de “... E o Vento Levou”, por conta da disponibilização, na página do *website*, da íntegra da obra.

Mitchell escreveu “... E o Vento Levou” em 1936 e veio a falecer em 1949. De acordo com a lei australiana de direitos autorais vigente em 2004, as obras literárias eram protegidas pelo prazo de 50 anos contados da morte do autor. Portanto, a proteção autoral sobre “... E o Vento Levou” havia se encerrado, ao menos na Austrália, em 1999.

No entanto, nos Estados Unidos, o livro apenas entrará em domínio público em 2031 (95 anos contados da publicação⁵³³), por conta do prazo de proteção previsto legalmente.

De acordo com publicação do New York Times⁵³⁴, alguns dias após a notificação, o Projeto Gutenberg Austrália removeu o acesso ao conteúdo do livro. Mas a contenda com os herdeiros de Margareth Mitchell era apenas um dos potenciais problemas do Projeto Gutenberg na Austrália, já que muitas outras obras (tais como “*Mein Kampf*”, de Adolf Hitler, e “1984”, de George Orwell) já estavam em domínio público pelas regras locais, mas não nos Estados Unidos.

Este caso nos leva a algumas considerações bastante interessantes. Em primeiro lugar, se “... E o Vento Levou” estava em domínio público na Austrália, deveria mesmo ter sido retirado do *website*? Afinal, não havia qualquer violação do ponto de vista da lei australiana. Em seguida, como é possível, em um mundo globalizado digitalmente, dar eficácia a leis com prazos de proteção distintos?

A primeira questão parece razoavelmente simples de ser respondida: não, a obra não deveria ter sido retirada do *website*. No entanto, como já apontado por terceiros⁵³⁵, o Projeto Gutenberg é composto por voluntários e não tem fins lucrativos, de modo que não conta com muitos recursos para enfrentar uma disputa judicial⁵³⁶.

Uma pessoa com 25 anos, de acordo com a lei original, teria de esperar 14 anos ... até ter 39 anos. Uma grade diferença, entre ter 39 e 100 anos. Não é só isso, as leis de direitos autorais também se deveriam manter iguais durante todo esse tempo ... algo de duvidar seriamente, visto como têm mudado no século mais recente” (transcrição literal). Disponível em <http://bit.ly/fkMepD>. Acesso em 12 de julho de 2010.

⁵³² De acordo com informações disponíveis em <http://bit.ly/i2WZLO>. Acesso em 12 de julho de 2010.

⁵³³ Disponível em <http://bit.ly/f8NpV9>. Acesso em 12 de julho de 2010.

⁵³⁴ Disponível em <http://nyti.ms/hprb0l>. Acesso em 12 de julho de 2010.

⁵³⁵ Disponível em <http://bit.ly/f8NpV9>. Acesso em 12 de julho de 2010.

⁵³⁶ Esse tipo de conduta é compreensível, mas estimula o chamado “*marketing* do medo”, cujo objetivo é fazer a notícia do processo judicial ser mais eficaz do que a sentença do juiz. Este é também o motivo substancial por que tantas limitações e exceções previstas legalmente não são respeitadas pela indústria cultural, que muitas vezes se vale de práticas abusivas para manter modelos de negócios ultrapassados. Ver, sobre o assunto, BRANCO, Sérgio. *A produção audiovisual sob a incerteza da lei de direitos autorais*. Cit.. Ver, ainda, de FALCÃO, Joaquim. *A Indústria Fonográfica e o Marketing do Medo*. Disponível em <http://bit.ly/e7eqtA>. Acesso em 12 de julho de 2010.

A segunda questão é mais sensível. Inicialmente, porque nos parece que qualquer *download* não autorizado de “... E o Vento Levou” por um americano residente nos Estados Unidos, em violação à lei autoral norte-americana, consiste em uma infração cometida pelo usuário que realiza o *download* ilícito – e não pelo *website* que disponibiliza a obra.

Além disso, para respeitar a lei estrangeira (naturalmente, não só a norte-americana), iniciativas como o Projeto Gutenberg teriam que lidar com as seguintes possibilidades: investir valores consideráveis para gerenciar *downloads* de acordo com as leis autorais dos países de cada um dos diversos usuários ou, alternativamente, colocar à disposição apenas as obras que estejam em domínio público em todo o mundo⁵³⁷.

De toda a forma, ainda em 2004, a Austrália celebrou com os Estados Unidos um acordo comercial – o *Australia-United States Free Trade Agreement* – que, a exemplo da OMC, envolve, entre outros temas, a propriedade intelectual. Em conformidade com o disposto no art. 17.4 (4) (a) de referido acordo, cada parte deverá garantir que se o prazo de proteção de obras protegidas por direitos autorais (incluindo fotografias), performances ou fonogramas, for calculado com base na vida de uma pessoa, então a proteção não poderá ser menor do que a vida do autor mais 70 anos⁵³⁸.

Em razão do *Australia-United States Free Trade Agreement*, a lei de direitos autorais australiana sofreu uma mudança em 2006, o que resultou no aumento de prazo de proteção de 50 para 70 anos após a morte do autor⁵³⁹. No entanto, como o prazo não é aplicado retroativamente, obras que já estavam em domínio público no Austrália (como “...E o Vento Levou”) assim permaneceram.

Até onde pudemos verificar, não apenas a obra de Margareth Mitchell continua disponível no *website* do Projeto Gutenberg Austrália. “*Mein Kampf*” e “1984” também se encontram livres para *download*, sem qualquer indicação restritiva à localidade do usuário. Aparentemente, os Estados Unidos se contentaram com o aumento do prazo de proteção conferido pela lei australiana, ainda que sem efeito retroativo. Perde-se de um lado, mas ganha-se de outro.

⁵³⁷ Como bem aponta Antony Taubman, diferenças na lei, em políticas públicas, prática e costume significam que os domínios públicos nacionais se diferenciam vastamente entre países vinculados aos mesmos tratados. Tradução livre do autor. No original, lê-se que “[d]ifferences in law, policy, practice and custom mean that national public domains differ widely between countries bound the same treaties”. TAUBMAN, Antony. *The Public Domain and International IP Law Treaties. Intellectual Property – The Many Faces of the Public Domain*. Cheltenham: 2007; p. 82.

⁵³⁸ Tradução livre do autor. No original, lê-se que “4. Each Party shall provide that, where the term of protection of a work (including a photographic work), performance, or phonogram is to be calculated: (a) on the basis of the life of a natural person, the term shall be not less than the life of the author and 70 years after the author’s death; and (...)”. Disponível em <http://bit.ly/hjQyxW>. Acesso em 12 de julho de 2010.

⁵³⁹ Disponível em <http://bit.ly/eBtZsB>. Acesso em 12 de julho de 2010.

A propósito, de modo geral, esta tem sido a solução mais acatada nos últimos anos para se resolver impasses sobre como tratar o direito autoral: aumentar o prazo de proteção. No século XVIII, tanto na Inglaterra, pelo Estatuto da Rainha Ana, quanto na França, pelos decretos de 1791 e 1793, o prazo de proteção não ultrapassava o limite de 14 anos. Com a Convenção de Berna, de 1886, em sua revisão de 1908, o prazo foi aumentado para vida do autor mais 50 anos.

Hoje, a tendência é de se harmonizar o prazo legal em 70 anos contados da morte do autor. Assim fez a União Europeia, assim fez a Austrália, assim fez o Brasil. Alguns países, como México, Colômbia, Costa do Marfim e Estados Unidos, concedem prazos de proteção ainda maiores⁵⁴⁰.

Em razão da diferença nos prazos de proteção, torna-se necessário indagarmos: como harmonizar a proteção às obras intelectuais quando países as protegem por períodos distintos?

Em primeiro lugar, deve restar claro que, de acordo com a própria Convenção de Berna, em seu art. 5º (2), o gozo e o exercício dos direitos autorais independe da existência de proteção no país de origem das obras, devendo esta ser regulada exclusivamente pela legislação do país onde a proteção é reclamada. Dessa forma, são duas as hipóteses a serem observadas: regra do tratamento nacional e regra do prazo mais curto. Ambas encontram previsão em tratados internacionais. De acordo com a Convenção de Berna, art. 7º (8):

Em quaisquer casos, a duração será regulada pela lei do país em que a proteção for reclamada; entretanto, a menos que a legislação deste último país resolva de outra maneira, a referida proteção não excederá a duração fixada no país de origem da obra [definido nos termos do art. 5º (4)].

Apesar de não primar pela clareza de redação, o texto é compreensível especialmente se desdobrado em duas partes. Na primeira, a previsão geral que estabelece que “em quaisquer casos [o texto se refere às diversas hipóteses de proteção a depender da natureza da obra], a duração será regulada pela lei do país em que a proteção for reclamada”. Essa é a regra do tratamento nacional. Cada país, em sua própria legislação, deve indicar o prazo pelo qual as obras serão protegidas.

⁵⁴⁰ Luis Felipe Ragel Sánchez afirma que o aumento da expectativa de vida e o fato de os jovens terem filhos em idade mais avançada do que seus ascendentes contribuiria para o aumento do prazo. Segundo o autor, tais fatos justificariam a dilação, em um futuro próximo, do prazo de exploração para oitenta anos ou mais. RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. *La Propriedad Intelectual como Propriedad Temporal*. Cit.; p. 32.

Na segunda parte, o art. 7º (8) estabelece uma regra complementar, de que os países também podem ser valer. O prazo de proteção não excederá a duração fixada no país de origem da obra a menos que o país onde a proteção é requerida disponha de outra maneira. Tratemos separadamente cada uma das partes do artigo.

O Brasil adota a regra do tratamento nacional. Dispõe o art. 2º da LDA:

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

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

De acordo com o texto legal, o Brasil se compromete a conferir às obras estrangeiras a mesma proteção legal atribuída às obras brasileiras desde que haja reciprocidade, ou seja, desde que as obras brasileiras sejam protegidas nos países estrangeiros nos termos de suas próprias leis.

Em essência, o princípio do tratamento nacional significa tratar nacionais e estrangeiros da mesma forma. Em termos de direitos autorais, portanto, é aplicar a LDA para qualquer obra, independentemente de seu país de origem.

Sendo assim, as obras brasileiras e as estrangeiras são protegidas, no Brasil, em regra, pelo mesmo prazo: setenta anos contados da morte do autor. Valem também todas as outras regras especiais, para obras anônimas, pseudônimas, fotográficas e audiovisuais, cuja contagem de prazo decorre da divulgação da obra e não do falecimento de seu autor.

No entanto, como os prazos de proteção podem ser diversos de um país para outro, que ocorre se dois países preveem prazos de proteção distintos? Vejamos um exemplo.

A Coreia do Sul é um país que prevê prazo de proteção de 50 anos contados da morte e autor⁵⁴¹ e adota o princípio do tratamento nacional⁵⁴². A Coreia do Sul, portanto, aplica às obras estrangeiras sua própria lei, assim como o Brasil.

Uma vez que o Brasil confere aos titulares dos direitos autorais exclusividade na exploração econômica das obras por 70 anos e a Coreia confere o mesmo direito por 50, significa dizer que as obras entram em domínio público na Coreia antes de ingressarem em domínio público no Brasil. E isso vale para todas as obras, independentemente de sua origem. Obras coreanas, brasileiras, americanas, francesas e australianas entram em domínio público na Coreia

⁵⁴¹ Artigo 36 da lei de 17 de outubro de 2004. Disponível em <http://bit.ly/hghFli>. Acesso em 16 de julho de 2010.

⁵⁴² Artigo 3º da lei de 17 de outubro de 2004. Disponível em <http://bit.ly/hghFli>. Acesso em 16 de julho de 2010.

em 50 anos contados da morte do autor. As mesmas obras – inclusive as coreanas – ingressam em domínio público no Brasil 70 anos contados da morte do autor.

Por esse motivo, as obras coreanas serão protegidas por mais tempo no Brasil do que as obras brasileiras na Coreia. Pelo princípio do tratamento nacional, o prazo que vale para os nacionais vale para os estrangeiros, sem distinção.

Já a segunda parte do art. 7º (8) da Convenção de Berna prevê, conforme visto anteriormente, que o prazo de proteção não excederá a duração fixada no país de origem da obra a menos que o país onde a proteção é requerida disponha de outra maneira. Voltemos à hipótese de que estamos tratando.

Pela segunda parte do artigo, que estipula que “o prazo de proteção não excederá a duração fixada no país de origem da obra”, as obras coreanas deveriam ser protegidas no Brasil por 50 anos, não por 70. Mas o artigo se encerra autorizando que os países onde a proteção é demandada disponham de outra maneira. É o que o Brasil faz, ao exigir, em sua lei interna, que às obras estrangeiras se apliquem as mesmas regras que valem para as obras nacionais. Se a lei brasileira fosse silente quanto à regra aplicável às obras estrangeiras, então cada obra estaria protegida pelo prazo de proteção determinado na lei de seu país de origem. Mas como nossa lei “resolve de outra maneira”, vale o previsto na LDA.

Uma outra forma de compatibilização de prazos é utilizada por diversos países. Consiste na aplicação da regra do prazo de proteção mais curto. Por esta regra, determinados países, diante de divergência nos prazos de proteção existente entre sua própria lei e a lei estrangeira, protegem a obra durante o menor dos prazos. Também esta é uma forma de a lei interna “resolver de outra maneira”, como autoriza a Convenção de Berna. E é o que faz a União Europeia.

O art. 7º da Diretiva 93/98/CEE, em seu item (1), prevê que “relativamente às obras cujo país de origem, na acepção da Convenção de Berna, seja um país terceiro e cujo autor não seja nacional de um Estado-membro da Comunidade, a protecção concedida nos Estados-membros termina, o mais tardar, na data do termo do prazo de protecção concedido no país de origem da obra, não podendo ultrapassar o prazo previsto no artigo 1º”. Esta é a chamada regra do prazo mais curto. Vejamos um exemplo.

O prazo de proteção de direitos autorais no Canadá é de 50 anos contados da morte do autor⁵⁴³. Se a União Europeia se valesse, como o Brasil, da regra do tratamento nacional, as obras

⁵⁴³ Art. 6 do Copyright Act canadense. Disponível em <http://bit.ly/fMB0WC>. Acesso em 16 de julho de 2010.

canadenses entrariam em domínio público no Canadá em 50 anos e as mesmas obras seriam protegidas na União Europeia por outros 20 anos adicionais. Entretanto, como a União Europeia adota a regra do prazo mais curto, assim que a obra ingressa no domínio público canadense, tem o mesmo destino na União Europeia.

O inverso também ocorre. Se se trata de obra mexicana, protegida no México pelo prazo de 100 anos contados da morte do autor, aplica-se o prazo mais curto, que então será o da própria União Europeia. Assim, ainda que as obras mexicanas sejam protegidas no México por 100 anos, essas mesmas obras passam a pertencer ao domínio público na União Europeia em 70 anos.

A lei argentina prevê a regra do prazo mais curto⁵⁴⁴, assim como as leis do Japão⁵⁴⁵, da Noruega⁵⁴⁶ e de Honduras⁵⁴⁷, entre outras.

Em conclusão: a Convenção de Berna prevê que os países signatários podem regular internamente o tratamento que vão dar às obras estrangeiras. Se determinado país nada dispuser em sua lei nacional, o prazo máximo de proteção será o previsto na lei do país de origem. Se a lei nacional tratar da matéria, duas são as formas usuais de regulação: conferir às obras estrangeiras o mesmo prazo de proteção atribuído às obras nacionais ou estipular que o prazo de proteção mais curto quando as duas leis confrontadas – nacional e estrangeira – determinam proteção por prazos distintos.

⁵⁴⁴ Art. 15: *La protección que la Ley argentina acuerda a los autores extranjeros, no se extenderá a un período mayor que el reconocido por las Leyes del país donde se hubiere publicado la obra. Si tales Leyes acuerdan una protección mayor, regirán los términos de la presente Ley.* Disponível em <http://bit.ly/hB8t3c>. Acesso em 16 de julho de 2010.

⁵⁴⁵ Art. 58 da Lei n. 48 de 1970: *“In the case of works not falling within Article 6, item (i), if the country of origin thereof is considered to be a foreign country member of the International Union established by the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works or a foreign Member of the World Trade Organization in accordance with the provisions of this Convention or the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization and if the duration of copyright therein granted by that country of origin is shorter than that provided in Articles 51 to 55, the duration of copyright shall be that granted by that country of origin”.*

⁵⁴⁶ De acordo com §6 do Decreto de 25 de abril de 1997: *The duration of the protection accorded by section 5 shall not exceed the term of protection applicable to a work of the category in question in the work's country of origin. The country where the work is first published is deemed to be the country of origin pursuant to this section if the said country is a party to the UCC. If the work is published simultaneously or within a period of 30 days in two or more such countries which have different terms of protection, the country that has the shortest term of protection is the country of origin. For works that are first published only in a country that is not a party to the UCC and for unpublished works, the country where the author is domiciled is the country of origin. The protection given by section 5 does not apply to works produced before the Convention came into force in the foreign country in question unless the said country protects Norwegian works produced before that date.*

⁵⁴⁷ Art. 44 do Decreto 4-99 E de 2 de dezembro de 1999: *Los derechos patrimoniales están protegidos durante la vida del autor y setenta y cinco (75) años después de su muerte. Cuando se trate de obras de autores extranjeros, publicadas por primera vez en el exterior, el plazo de protección no excederá el reconocido por la Ley del país donde se ha publicado la obra, disponiéndose, sin embargo, que si aquella acordase una protección mayor que la otorgada por esta Ley, regirán las disposiciones de esta última.* Disponível em <http://bit.ly/fuSrPh>. Acesso em 16 de julho de 2010.

2.5 Existe um prazo ideal?

A busca por um prazo ideal é ainda mais complexa e insuperável do que a definição da natureza do direito autoral em propriedade ou monopólio. Muitos são os elementos a serem considerados, havendo tanto aqueles que pregam que, ainda que sem proteção, haveria produção cultural (de modo que o direito autoral não é condição *sine qua non* para o florescimento da cultura) até aqueles que defendem a proteção perpétua, especialmente entre os que (equivocadamente, em nosso entendimento, já o dissemos) classificam o direito autoral entre as modalidades de propriedade.

A disputa ideológica pode se fazer sentir também em algumas experiências legislativas ao longo do tempo. Por exemplo, já vimos que entre os séculos XVIII e XIX, era comum o prazo de proteção de alguns poucos anos, tanto na França como na Inglaterra, quer se contasse o prazo a partir da publicação da obra ou da morte do autor.

Mais recentemente, a lei cubana de direitos autorais, de 1977, previa um prazo inferior ao da Convenção de Berna: vida do autor mais 25 anos. Com a adesão de Cuba à Convenção de Berna, o texto de lei teve de ser emendado pelo Decreto-Lei n. 156, de 1994, que elevou o prazo de proteção para vida do autor mais 50 anos, o mínimo exigido pelo tratado internacional⁵⁴⁸.

Por outro lado, a lei portuguesa sobre direitos autorais que vigorou entre 1927 e 1966 previa um prazo de proteção perpétuo⁵⁴⁹. A consequência, segundo Ascensão, foi desastrosa: edições de livros eram caras e ruins, dada a certeza do mercado. Dessa forma, a lógica do monopólio funcionou exemplarmente⁵⁵⁰.

Apenas em 1966 a lei passou a prever um prazo de proteção limitado: 50 anos contados da morte do autor. Ainda assim, foi concedido um prazo suplementar de 25 anos para exploração econômica das obras então garantidas pelo regime de perpetuidade. O domínio público só seria atingido, na melhor das hipóteses, em 1991⁵⁵¹.

⁵⁴⁸ DÍAZ, Caridad del Carmen Valdés. *Duración y Dominio Público de las Obras del Espíritu en el Derecho Cubano. La Duración de la Propiedad Intelectual y las Obras en Dominio Público*. Coord.: Carlos Rogel Vide. Madri: Réus, 2005; p. 299.

⁵⁴⁹ A propósito, caso único na regulamentação dos direitos autorais do mundo pós-Convenção de Berna. GINSBURG, Jane C. e RICKETSON, Sam. *International Copyright and Neighbouring Rights – The Berne Convention and Beyond – Volume I*. Cit.; p. 527.

⁵⁵⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *En Torno al Dominio Público de Pago y la Actividad de Control de la Administración en la Experiencia Portuguesa*. Cit.; p. 272.

⁵⁵¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *En Torno al Dominio Público de Pago y la Actividad de Control de la Administración en la Experiencia Portuguesa*. Cit.; p. 272.

Em um estudo bastante polêmico, Scott Martin⁵⁵² afirma que a indagação sobre qual o prazo ideal de proteção está na lista de “perguntas eternas sem resposta” ao lado de “quantos anjos podem dançar na cabeça de um alfinete?” e que qualquer um que alegue ter uma resposta empírica para ela estará, na verdade, apenas advogando sua própria perspectiva⁵⁵³.

Por outro lado, a partir de uma análise econômica consistente, com base em inúmeros dados a respeito do registro de propriedade intelectual nos EUA ao longo do século XX, William Landes e Richard Posner concluem que o registro das obras intelectuais (como condição para sua proteção por direitos autorais, o que ocorria nos EUA até o fim do século XX), bem como sua renovação, são grandes responsáveis por incentivos econômicos. No entanto, períodos muito curtos de proteção e valores muito altos cobrados para o registro e para a renovação inibem tanto o primeiro como a segunda. Por isso, propõem os autores, o ideal seria um prazo inicial nem tão longo e nem tão curto (como 20 anos), seguido de um número de renovações, que poderia até mesmo ser ilimitado (como ocorre com as marcas).

Ao contrário do que poderia parecer inicialmente, esta solução, no entender de Landes e Posner, resolve dois problemas. Em primeiro lugar, haveria um acréscimo do número de obras em domínio público, já que a experiência demonstra que é relativamente pequeno o número de obras que têm o registro renovado. A seguir, a existência do registro, apesar de manter um número considerável de obras protegidas por longos períodos (talvez para sempre), seria mais fácil identificar os titulares dos direitos⁵⁵⁴.

Em regra, as obras intelectuais guardam valor econômico por prazos muito menores do que aqueles previstos na lei que define sua proteção. Por esse critério, todas as leis do mundo

⁵⁵² Vice-presidente de propriedade intelectual na Paramount Pictures Corporation e ex-professor adjunto de direitos autorais da Universidade da Carolina do Sul.

⁵⁵³ Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “[o]n the list of “Eternal Questions Which Have No Answer”, the question “What is the correct duration for copyright protection?” is second only to “How many angels can dance on the head of a pin?” There is no empirical way to answer these questions, and anyone who claims to have an empirical answer is, in reality, merely advocating their personal perspective”. MARTIN, Scott M. *The Mythology of the Public Domain: Exploring the Myths Behind Attacks on the Duration of Copyright Protection*. Disponível em <http://bit.ly/fqjBkh>. Acesso em 17 de julho de 2010; p. 5.

⁵⁵⁴ “(...) copyright registration and renewals are indeed highly responsive to economic incentives, as our theory predicted. The shorter the expected life of a copyright and the higher the registration and renewal fees, the less likely are both registration and renewal. This in turn suggests that a system of modestly higher registration and renewal fees than at present, a relatively short initial term (20 years or so), and a right of indefinite renewal would cause a large number of copyrighted works to be returned to the public domain quite soon after they were created. Of course, those would tend to be works of low average commercial value; otherwise the owner would have renewed. And requiring registration and renewal for copyright protection, rather than, as at present, making these steps optional, would increase the incentive to take them. Nevertheless, a system of indefinite renewals (or one that combines renewals with a maximum duration) may enable society to have its cake and eat it too. More works will be in the public domain, thus minimizing access, transaction, and administrative costs, while those few copyrights that retain their value will remain in copyright protection indefinitely, with the economic advantages, involving investments in maintenance and the avoidance of congestion externalities, that we discussed earlier”. LANDES, William M. e POSNER, Richard A. *Indefinitely Renewable Copyright*. Cit.; p. 41.

deveriam contar com revisão para prever prazos de proteção mais coerentes com a vida econômica da obra. No entanto, como visto anteriormente, os tratados internacionais atualmente em vigor impedem que os prazos gerais de proteção sejam inferiores a 50 (cinquenta) anos contados da morte do autor.

Na verdade, as regras que constituem a estrutura do domínio público têm sido constantemente alteradas, de modo que não é possível afirmar-se com certeza quando uma obra ingressará em domínio público. Existe apenas uma expectativa de isso vir a acontecer em determinado ano, caso as normas ora em vigor se mantenham as mesmas. Segundo Séverine Dussolier, tal incerteza acaba por não conferir muita força ao domínio público⁵⁵⁵.

Ademais, muito pouco vem sendo discutido – por órgãos governamentais internacionais – a respeito de aspectos econômicos, sociais e culturais relacionados ao domínio público, de modo que a tendência a aumentar os prazos vigentes tem permanecido francamente inquestionável. Segundo Gillian Davies, nenhum esforço tem sido empreendido para se estabelecer, com base fática e econômica, qual o prazo apropriado para a proteção dos direitos autorais⁵⁵⁶.

Conforme aponta o mesmo autor, citando W. R. Cornish, não pode ser a extensão do direito de 50 para 70 anos *post mortem auctoris* necessária para significar incentivo àqueles que criam e àqueles que exploram a obra, já que estes tomam decisões com base em prazos muito mais curtos⁵⁵⁷.

No cenário político internacional, dificilmente haverá consenso sobre qual o prazo adequado de proteção às obras intelectuais. Difícil, ainda, que todos os países acordem com um mesmo prazo, apesar da atual tendência de esse prazo se estabelecer em torno dos 70 anos. De toda forma, um prazo mais curto do que o vigente é altamente recomendável por diversos dos motivos já apresentados ao longo desta tese.

⁵⁵⁵ DUSSOLIER, Séverine. *Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain*; p. 30. Disponível em <http://bit.ly/etERD3>.

⁵⁵⁶ “At governmental level and within the European Commission, there was ‘little sustained discussion of the economic, social and cultural issues involved, and the steady trend towards longer terms has remained largely unquestioned’. No effort was made to establish on a factual and economic basis what the appropriate term for copyright protection should be”. DAVIES, Gillian. *The Public Interest in the Public Domain. Intellectual Property – The Many Faces of the Public Domain*. Cheltenham: 2007; p. 95.

⁵⁵⁷ “[I]t cannot be that an extension of the right from fifty to seventy years *post mortem auctoris* is required as an economic incentive to those who create and those who exploit works. They make their decisions by reference to much shorter time scales than these”. DAVIES, Gillian. *The Public Interest in the Public Domain. Intellectual Property – The Many Faces of the Public Domain*. Cheltenham: 2007; p. 95.

3 O DOMÍNIO PÚBLICO NO BRASIL – ESTRUTURA E FUNÇÃO

3.1 Natureza jurídica

Antes de ingressarmos na análise da estrutura e da função do domínio público no direito autoral brasileiro, cabe traçar os conceitos fundamentais de domínio público, com a identificação de sua natureza jurídica. No primeiro capítulo, pudemos observar que o domínio público relativo aos direitos autorais muito se diferencia do domínio público a que se refere o direito administrativo.

A LDA prevê que os direitos autorais são, para os efeitos legais, tratados como bens móveis⁵⁵⁸. Mas qual a natureza do domínio público no direito autoral? A questão é controvertida e tem levantado diversas respostas ao longo dos últimos séculos. Já vimos que pelo menos em 1791, em razão de texto legal publicado na França, a natureza do domínio público no direito autoral foi expressamente indicada: seria propriedade pública.

No entanto, tal classificação não se sustenta no Brasil contemporâneo porque os bens em domínio público (no sentido do direito autoral) não pertencem ao Estado (nem, *stricto sensu*, a todos, como se se tratasse de fato de propriedade, por meio da constituição de um condomínio), ainda que caiba a este a sua defesa. Além disso, é difícil justificar um direito de propriedade⁵⁵⁹ sem exclusividade. Por isso, para qualificarmos adequadamente a natureza dos bens em domínio público, precisamos nos valer de outros elementos externos ao direito de propriedade.

Para o CCB, os bens são privados ou públicos. Afinal, prevê o art. 98 que “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”. As obras em domínio público, por tudo que já foi visto, não podem pertencer ao domínio privado. Por isso, precisam ser classificadas necessariamente como bens públicos.

Os bens públicos estão indicados no art. 99 do CCB, que determina:

⁵⁵⁸ Art. 3º: Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis.

⁵⁵⁹ Karin Grau-Kuntz chega a criticar a denominação “domínio público”, uma vez que “o ‘domínio público’, em relação às obras intelectuais, não representa ‘domínio’ algum, mas antes, e seguindo a lição de José de Oliveira Ascensão, nada mais é do que uma ‘liberdade coletiva’. Nesse sentido, o ideal seria adotar outra expressão para descrever esta liberdade coletiva”. GRAU-KUNTZ, Karin. *Domínio Público e Direito de Autor*. No prelo.

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

É fácil perceber que as classificações de bens dominicais e de bens de uso especial devem ser excluídas na busca pela qualificação do domínio público em direito autoral. Os bens dominicais se caracterizam por serem alienáveis, “por se encontrarem na composição do patrimônio da pessoa jurídica, subordinada, porém, a sua disposição aos requisitos constantes das leis especiais”⁵⁶⁰. Já os bens de uso especial são os que se destinam ao uso pela própria administração pública. Em nenhum dos dois casos é possível enquadrarmos o domínio público no direito autoral. Por isso, a classificação mais adequada nos parece ser a de *bem de uso comum do povo*.

Os bens de uso comum do povo “são aqueles que ‘qualquer pessoa, cumprindo os regulamentos, pode utilizar’. A utilização poderá ser gratuita ou onerosa (art. 103). Considerava-se, já sob a égide da antiga codificação, a relação dada pela lei como meramente exemplificativa, ‘pois outros bens públicos de uso comum do povo há, que não se encontram ali mencionados, como, por exemplo, as praias (...)’⁵⁶¹.

Partindo-se da definição acima, vê-se que as obras em domínio público (relativo ao direito autoral) podem ser usadas por todos desde que respeitadas determinadas regras, que compõem a estrutura e a função do domínio público. Além disso, ainda que o direito à *utilização* de tais obras sempre se dê gratuitamente por não ser mais possível celebrar contrato de licença (por conta da expiração dos direitos patrimoniais do autor), o direito de a elas se ter *acesso* poderá ser remunerado, como trataremos adiante.

Uma observação que se faz necessária é que, quando o art. 98 do CCB menciona que “são públicos os bens do domínio nacional *pertencentes* às pessoas jurídicas de direito público interno” (*grifamos*), não quer significar que tais bens sejam objeto de propriedade *stricto sensu* por parte de tais entes. Ao analisar a questão, Alexandre Dias Pereira aponta o entendimento de

⁵⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Vol. I**. Cit.; p. 445.

⁵⁶¹ BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de e TEPEDINO, Gustavo (orgs.). **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República, Vol. I**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; p. 201.

Afonso Queiró, segundo o qual “[n]ão há dúvida de que as coisas públicas não pertencem ao Estado [...] a título de propriedade privada – e é só isso que se pode inferir do facto do Estado não usar, fruir e dispor de tais coisas como se fosse um particular”⁵⁶².

Caio Mário da Silva Pereira, por sua vez, admite verdadeiro domínio estatal dos bens públicos, inclusive quanto aos de uso comum. No entanto, afirma⁵⁶³ tratar-se de um domínio diferente ou *sui generis*.

Parece-nos que, de fato, ao se apontar que determinado bem *pertence* ao Estado, não se quer com isso afirmar que o Estado seja titular de um direito real de propriedade sobre o bem, dado que o regime jurídico do direito público se distingue daquele do direito privado. Trata-se, muito mais, como pregam alguns autores, de uma “propriedade administrativa”, com características próprias⁵⁶⁴.

A qualificação das obras em domínio público (no direito autoral) como “bens de uso comum do povo” conta ainda com determinadas peculiaridades quando comparada à dos demais bens de uso comum do povo, no sentido tradicionalmente referido. A principal delas diz respeito à (não) alienabilidade.

Mesmo que sejam inalienáveis, por conta do disposto no art. 100 do CCB, em regra, podem as coisas de uso comum vir a ser alienadas pelo fenômeno da desafetação. Tal destino, em regra, jamais será imposto às obras em domínio público no direito autoral (ao menos em nosso ordenamento civil-constitucional presente), pois que são absolutamente inapropriáveis em sua essência. Poderão, no máximo, servir de matéria-prima para uma outra obra que, esta sim, conferirá a seu autor um novo monopólio legal se sobre tal obra incidirem as regras de proteção aos direitos autorais.

⁵⁶² PEREIRA, Alexandre Dias. **Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica**. Cit.; p. 131.

⁵⁶³ *Grifos no original*. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Vol. I**. Cit.; pp. 443-444. “No direito atual, o que é franqueado é o seu *uso*, e não o seu domínio, sendo eles, portanto, objeto de um relação jurídica especial, na qual o proprietário é a entidade de direito público (União, Estado, Município) e usuário todo o povo, o que aconselha cogitar ao direito sobre eles, tendo em vista este sentido peculiar do direito público de propriedade que os informa, no qual faltam elementos essenciais ao direito privado de propriedade, e se apresentam outros em caráter excepcional. Assim é que o *dominus* tem o poder de impedir que qualquer pessoa, que não ele, se utilize da coisa, ao passo que, nos *bens de uso comum do povo*, o uso por toda a gente não só se concilia com o domínio público da coisa, como constitui mesmo o fator de sua caracterização”. *Grifos no original*. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Vol. I**. Cit.; p.444.

⁵⁶⁴ Ver, entre outros, CRETELLA Jr., José. **Tratado do Domínio Público**. Cit.; p. 42. Em síntese semelhante, a doutrina de Odete Medauar: “[o] *regime da dominialidade pública* não é um regime equivalente ao da propriedade privada. Os bens públicos têm titulares, mas os direitos e deveres daí resultantes, exercidos pela Administração, não decorrem do direito de propriedade no sentido tradicional. Trata-se de um vínculo específico, de natureza administrativa, que permite e impõe ao poder público, titular do bem, assegurar a continuidade e regularidade da sua destinação, contra quaisquer ingerências” (*grifos no original*). MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. Cit.; p. 276.

Também quanto a este fato se torna mais clara a classificação das obras em domínio público como bens de uso comum do povo. Por exemplo, uma pequena porção de areia da praia, ou mesmo da água do mar, pode ser apreendida e apropriada por quem quer que seja. O que era bem de uso comum passa a estar sujeito a um direito de propriedade. A praia e o mar, entretanto, continuam lá, à disposição de quem quer que seja. Da mesma forma, a utilização de um texto em domínio público, por exemplo, gera para aquele que o utiliza (quer reimprimindo-o, quer produzindo uma obra derivada) direito exclusivo de aproveitamento econômico sobre aquela utilização (e se não gera direito de propriedade sobre o bem resultante do uso é porque a natureza do direito autoral não a comporta). Mas o texto continua à disposição de terceiros, em sua integridade.

Por tudo isso, parece-nos que a melhor qualificação para as obras em domínio público é mesmo “bens de uso comum do povo”, ainda que sujeita a certas particularidades, que não são suficientes, entretanto, para descaracterizá-la.

3.2 Estrutura do domínio público

Ao analisarmos a estrutura de determinado instituto jurídico, a pergunta que se pretende responder é: “*o que é?*”. Apesar de a questão parecer simples, não passa de uma impressão precipitada. A discussão acadêmica acerca do domínio público é relativamente recente, e mesmo obras seminais como o texto de David Lange, “*Recognizing the Public Domain*”, não se presta a defini-lo. Por isso, no dizer de Ronan Deazley, por vezes o domínio público pode ser visto como uma nébula, como um espaço sem forma ou fronteiras claramente definidas⁵⁶⁵.

Para sabermos *o que é* o domínio público, indispensável analisarmos a LDA. A leitura de seus artigos aponta as fronteiras do domínio público em nossa legislação, aquilo a que vamos chamar *domínio público legal*.

Junto ao domínio público legal, trataremos mais adiante do domínio público que não se dá diretamente a partir da aplicação direta das regras definidoras do domínio público na LDA, mas

⁵⁶⁵ DEAZLEY, Ronan. *Copyright's Public Domain. Intellectual Property – The Many Faces of the Public Domain*. Cheltenham: 2007; p. 21.

sim da vontade do titular dos direitos autorais, a que chamaremos de *domínio público voluntário*.

3.2.1 O domínio público legal

3.2.1.1 O domínio público na lei de direitos autorais

A LDA faz menção expressa ao domínio público em 5 de seus dispositivos, conforme segue (**grifamos**):

Art. 14. É titular de direitos de autor quem adapta, traduz, arranja ou orquestra obra caída no **domínio público**, não podendo opor-se a outra adaptação, arranjo, orquestração ou tradução, salvo se for cópia da sua.

Art. 24. São direitos morais do autor:

(...)

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

Art. 33. Ninguém pode reproduzir obra que não pertença ao **domínio público**, a pretexto de anotá-la, comentá-la ou melhorá-la, sem permissão do autor.

Parágrafo único. Os comentários ou anotações poderão ser publicados separadamente.

Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao **domínio público**:

I - as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;

II - as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

Art. 112. Se uma obra, em consequência de ter expirado o prazo de proteção que lhe era anteriormente reconhecido pelo § 2º do art. 42 da Lei nº. 5.988, de 14 de dezembro de 1973, caiu no **domínio público**, não terá o prazo de proteção dos direitos patrimoniais ampliado por força do art. 41 desta Lei.

Além destes artigos, alguns outros são fundamentais para a compreensão da matéria. A título de exemplo, se o artigo 45 determina que estão em domínio público as obras em relação às quais já decorreu o prazo de proteção, então é necessário conhecermos tais prazos.

Sendo assim, tendo por base os dispositivos acima transcritos, podemos afirmar que a LDA aborda a matéria do domínio público a partir de cinco perspectivas distintas: *(i)* requisitos para a obra ingressar em domínio público (arts. 41 a 45); *(ii)* direito a usar obra em domínio público e direitos conferidos pelo seu uso (art. 14); *(iii)* vedação à reprodução de obra protegida (art. 33); *(iv)* proteção estatal da obra em domínio público (art. 24, § 2º); *(v)* vedação ao ingresso

no domínio privado de obra em domínio público (art. 112). Vejamos cada um dos itens mencionados:

(a) requisitos para a obra ingressar no domínio público

(i) decurso do prazo de proteção

O art. 45 é o único da LDA cujo objetivo principal é tratar especificamente do domínio público. De acordo com seu texto, portanto, há três requisitos distintos e não cumulativos para uma obra ingressar em domínio público: *(i)* o decurso de tempo; *(ii)* o falecimento de autor sem deixar herdeiros e *(iii)* ser a obra de autoria desconhecida.

Quanto ao decurso de tempo, o prazo-padrão da lei é de 70 (setenta) anos contados de primeiro de janeiro do ano subsequente ao da morte do autor (LDA, art. 41)⁵⁶⁶. O atual prazo é o maior já previsto em nossa legislação. “O primeiro prazo de proteção ao direito autoral no Brasil foi estabelecido em 1827, e garantia o direito exclusivo do autor por dez anos. Posteriormente, em 1830, o Código Criminal do Império tornou a proteção vitalícia, sendo acrescida por mais dez anos após a morte do autor”⁵⁶⁷. Com a lei 5.988/73, o prazo passou a ser de 60 anos contados da morte do autor e, finalmente, em 1998, atingimos o patamar atual.

Dessa forma, uma vez que o autor de determinada obra venha a falecer, seus herdeiros (de acordo com a ordem sucessória civil determinada pelo Código Civil ou por lei especial) gozarão do monopólio legal de exploração econômica sobre a obra pelo prazo máximo de setenta anos. No mesmo prazo incorrem as obras publicadas postumamente.

Dessa forma, um escritor que tenha falecido em 1970, deixando herdeiros, poderá ter sua obra explorada economicamente pelos seus sucessores até o fim do ano de 2040, quando se completam 70 anos de sua morte. Caso um de seus herdeiros encontre uma obra inédita do falecido autor e deseje publicá-la no ano de 2011, contará com proteção apenas até 2040, quando toda a obra do autor falecido – publicada em vida ou postumamente – entrará em domínio público.

⁵⁶⁶ A contagem do prazo a partir de primeiro de janeiro do ano subsequente ao da morte do autor é universalmente adotada em decorrência da previsão do art. 7º (5) da Convenção de Berna, que estipula que “o prazo de proteção posterior à morte do autor e os prazos previstos nos parágrafos 2º, 3º e 4º precedentes [que tratam, respectivamente, de obras cinematográficas, anônimas, pseudônimas e fotográficas e de artes aplicadas], começam a correr da morte ou da ocorrência mencionada nos referidos parágrafos, mas a duração desses prazos não se conta senão a partir do dia 1º de janeiro do ano seguinte àquele em que ocorreu a morte ou a ocorrência em questão”.

⁵⁶⁷ LEONARDOS, Maria Beatriz. *O Conflito entre a Proteção dos Direitos Autorais e o Interesse da Sociedade na Livre Disseminação de Ideias, Cultura e Informação*. Cit.; p. 43.

O que ocorre se o texto permanecer inédito até 2040 e só vier a ser publicado após tal data? O Brasil não adota em sua legislação alguns mecanismos de proteção de países estrangeiros para estimular a publicação de obras inéditas além do prazo legal do direito autoral. Assim, se o sucessor do autor publica a obra passados os 70 anos da morte deste, não contará com qualquer direito sobre a edição da obra.

Apesar de o prazo de 70 anos contados da morte do autor ser aquele considerado paradigmático, outros devem ser considerados, como exceções legalmente previstas.

Em primeiro lugar, há que se fazer menção ao disposto no art. 42 da LDA. Determina referido artigo que “quando obra literária, artística ou científica realizada em coautoria for indivisível, o prazo previsto no artigo anterior será contado da morte do último dos coautores sobreviventes”⁵⁶⁸.

Obra em coautoria é definida na LDA como aquela “criada em comum, por 2 (dois) ou mais autores” (art. 5º, VIII, a). Carlos Alberto Bittar aponta as diversas situações decorrentes da coautoria, objetivamente consideradas: “(a) divisibilidade absoluta entre as diferentes colaborações (em que cada qual conserva a sua individualidade, como em coletâneas de artigos); (b) divisibilidade relativa (em que, embora individualizadas, as criações se juntam intimamente para formar a obra final, como na composição musical, com letra e música de autores diferentes); e (c) fusão das contribuições pessoais na obra resultante (como nas obras escritas ou compostas em comum): artigos, livros, composições musicais em parcerias; e dicionários, por pessoas diversas, em trabalho conjunto”⁵⁶⁹.

Quanto à divisibilidade relativa apontada por Bittar, faz-se necessário um comentário esclarecedor. Se se trata de uma música cuja letra é de um autor e a melodia de outro, tendo cada autor morrido em anos distintos, suas contribuições individuais também entrarão em domínio público em momentos distintos. Se o autor da letra morreu em 1940 e o da melodia em 1950, a letra se encontra atualmente em domínio público, mas não a melodia.

Diversa é a solução se a letra contou com dois autores, por exemplo. Nesse caso, é impossível saber qual a contribuição de cada qual para o resultado final da obra. Assim, se são dois os autores da letra, tendo morrido o primeiro em 1938 e o segundo em 1950, apenas após 70

⁵⁶⁸ Regra também universalmente observada em decorrência do previsto na Convenção de Berna, art. 7º (bis): “As disposições do artigo antecedente são igualmente aplicáveis quando o direito de autor pertence em comum aos colaboradores de uma obra, sob reserva de que os prazos consecutivos à morte do autor sejam calculados a partir da data da morte do último colaborador sobrevivente”.

⁵⁶⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. Cit.; p. 37.

anos contados da morte deste último se poderá considerar que a obra (letra) está em domínio público.

Finalmente, quanto à obra em coautoria, prevê o art. 42, parágrafo único, da LDA que serão acrescidos aos direitos dos sobreviventes os direitos do coautor que falecer sem sucessores. Assim, em nosso exemplo anterior, se são dois os letristas de uma determinada canção e um deles morre em 1940 e o outro em 1950, tendo falecido o primeiro sem deixar herdeiros, os direitos do primeiro autor terão se incorporado aos direitos do segundo, que os terá exercido até o seu falecimento (em 1950), para então os transmitir a seus próprios herdeiros, *in totum*, até o ano de 2020, ao fim do qual entra a obra (letra da canção) em domínio público.

Outra hipótese especial da LDA é a que diz respeito a obras anônimas ou pseudônimas. Determina a lei, em seu art. 43, que “será de 70 anos o prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre as obras anônimas e pseudônimas, contados de 1º de janeiro do ano imediatamente posterior ao da primeira publicação”. A previsão é óbvia. Afinal, não se sabendo quem é o autor, não há como esperar sua morte para dar início à contagem do prazo. Por outro lado, vindo o autor a ser conhecido antes do decurso do prazo, aplica-se o prazo do disposto no art. 41 (art. 43, parágrafo único), ou seja, a vida do autor, mais 70 anos.

Inicialmente, é importante esclarecermos o que vem a ser anonimato ou pseudonímia para este dispositivo legal. A LDA, em seu art. 12, determina que “para se identificar como autor, poderá o criador de obra literária, artística ou científica usar de seu nome civil, completo ou abreviado até por suas iniciais, de pseudônimo ou qualquer outro sinal convencional”.

Ou seja, assim como é comum que atores e atrizes usem nomes artísticos, também autores podem se apresentar com pseudônimos. O famoso escritor Marcos Rey, autor de “*Malditos Paulistas*”, “*Memórias de um Gigolô*” e diversos livros infanto-juvenis tinha por nome verdadeiro Edmundo Donato. Por sua vez, o internacionalmente conhecido Mark Twain se chamava Samuel Longhorne Clemens. O poeta Edward Estlin Cummings se identificava apenas como e. e. cummings (usualmente em minúsculas), e o músico Prince Rogers Nelson decidiu, durante algum tempo, ser identificado por  (ou, informalmente, o Artista Anteriormente Conhecido como Prince)⁵⁷⁰.

⁵⁷⁰ Já tivemos a oportunidade de tecermos estas observações em obra anterior: BRANCO, Sérgio e PARANAGUÁ, Pedro. **Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: FGV, 2009; p. 40.

Como é perceptível, não é desse tipo de pseudônimo que trata o art. 43. Qualquer obra publicada com um pseudônimo que todos sabem a quem pertence será regulada pelo dispositivo geral do art. 41. O art. 43 trata de obra que tenha sido publicada de fato anonimamente ou com pseudônimo de modo a não se saber exatamente quem é o autor⁵⁷¹.

Tal hipótese é relativamente incomum, pelo menos quando a circulação da obra se dá com o autor conscientemente desejando se valer de pseudônimo ou do anonimato. A título de exemplo, podemos citar as Cartas Chilenas, obra do arcadismo brasileiro, que circulou por Vila Rica pouco antes da Inconfidência Mineira e cuja autoria foi discutida por séculos⁵⁷². Outro exemplo é o monumental “*My Secret Life*”, publicado no Brasil pela editora Livros do Brasil com o título de “*A Minha Vida Secreta*”. Trata-se da história de um homem – da infância à maturidade – na Inglaterra Vitoriana. Embora haja suspeitas de que o autor seja Henry Spencer Ashbee, a autoria – simplesmente atribuída a Walter – jamais foi confirmada.

Também incomum a hipótese de publicação de obra anônima. O livro “Cores Primárias: um Romance Político” (Companhia das Letras, 1996), que traça um painel irônico a respeito de uma típica campanha eleitoral norte-americana, foi publicado com autoria anônima. Durante meses, jornalistas tentaram descobrir quem se escondia por trás do anonimato, até que chegaram a Joe Klein, da revista americana *Newsweek*. Por algum tempo, Klein negou a autoria do livro para finalmente admiti-la.

Muitos dos livros publicados como de autores anônimos se referem a obras muito antigas (como por exemplo “*As Mil e uma Noites*”, ed. Globo), mais bem classificados como de autoria desconhecida.

Tratando-se de fato de autoria anônima ou pseudônima, não é possível atribuir direitos autorais ao autor na medida em que este é desconhecido. A LDA, portanto, prevê que o prazo de 70 anos de proteção deve ter como *dies a quo* a divulgação da obra⁵⁷³.

⁵⁷¹ Esse dispositivo parece despertar interessante conflito com o disposto no art. 5º, IV, da Constituição Federal brasileira, que prevê que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Ainda assim, a doutrina não trata da matéria, e de fato os casos de obras publicadas sob pseudônimos são bastante reduzidos. Alguns motivos podem ser apontados, além da própria previsão constitucional: (i) o desejo bastante comum, especialmente nos tempos atuais, de ser reconhecido como autor; (ii) a responsabilidade da editora em publicar um trabalho de autoria desconhecida seria exclusiva e, a depender das circunstâncias, esta poderia posteriormente vir a ser demandada exatamente por violação de direitos autorais por não ter atribuído a autoria à obra. Talvez a regra possa se aplicar a obras publicadas na internet, mas aqui também outras dificuldades se colocam: como aferir o momento exato de publicação? Que critérios usar na internet para se assegurar que a obra é anônima ou publicada sob pseudônimo, no sentido dado pelo art. 43 da LDA?

⁵⁷² Hoje, parece pacífico que a autoria da obra é de Tomás Antônio Gonzaga. Esta a atribuição de autoria conferida no [website dominiopublico.gov.br](http://www.dominiopublico.gov.br). Disponível em <http://bit.ly/hsEQdt>. Acesso em 07 de agosto de 2010.

⁵⁷³ Nos moldes do previsto no art. 7º (3) da Convenção de Berna, que estabelece que quanto às obras anônimas ou pseudônimas, a duração da proteção concedida pela presente Convenção expira cinqüenta anos após a obra ter se tornado licitamente acessível ao

Também obras fotográficas e audiovisuais contam com prazo específico. A LDA determina, em seu art. 44, que o prazo de proteção de tais obras será de 70 anos contados de sua divulgação. Aqui, a insuficiência da lei se faz notar. A LDA deveria prever, no mínimo, e como é comum em diversas legislações, que no caso de a obra fotográfica ou audiovisual não vir a ser publicada no prazo legal, deverá entrar em domínio público. Como veremos adiante, o fato de a LDA não contar com tal regra gera alguns inconvenientes práticos.

A contagem do prazo de proteção quando o fato deflagrador é falecimento do autor é razoavelmente simples. Ainda mais porque não é necessário saber a data exata de quando veio o autor a falecer, vez que a contagem do prazo sempre se inicia a 1º de janeiro do ano subsequente ao evento.

No entanto, quando se trata de obras anônimas ou pseudônimas ou obras audiovisuais ou fotográficas, a questão se torna consideravelmente mais complexa. Quanto às primeiras, a LDA considera que o prazo deve ser contado a partir de sua “publicação”. Para as últimas, vale sua “divulgação”. Apesar de os termos serem distintos, devem ser interpretados como sinônimos. A LDA, em seu artigo de definições (art. 5º), estabelece que publicação é “o oferecimento de obra literária, artística ou científica ao conhecimento do público⁵⁷⁴, com o consentimento do autor, ou de qualquer outro titular de direito de autor, por qualquer forma ou processo”. Mas nada trata quanto à divulgação. Afinal, a proteção buscada é a mesma.

O que a lei visa a proteger é, sobretudo, que a obra tenha saído da esfera do ineditismo – que compõe o quadro dos direitos morais do autor – por iniciativa inequívoca deste. Daí a menção a “com o consentimento do autor ou de qualquer outro titular de direito de autor”. Já a forma ou o processo como se dará essa publicação ou divulgação é absolutamente indiferente. Sendo assim, a melhor interpretação nos parece considerar os termos sinônimos por falta de interesse em traçar-lhes qualquer distinção.

público. No entanto, quando o pseudônimo adotado pelo autor não deixa qualquer dúvida acerca da sua identidade, a duração da proteção é a prevista no parágrafo 1). Se o autor de uma obra anônima ou pseudônima revela a sua identidade durante o período acima indicado, o prazo de proteção aplicável é o previsto no parágrafo 1). Os países da União não estão obrigados a proteger as obras anônimas ou pseudônimas quanto às quais há razão de presumir-se que o seu autor morreu há cinquenta anos. O prazo adotado pela lei brasileira é superior ao previsto na Convenção de Berna em razão da autorização expressa do disposto no artigo 7º (6) do texto da referida convenção.

⁵⁷⁴ Não é simples definir o que seria público. Um filme realizado em âmbito escolar é oferecido ao conhecimento do público ao ser visto pela classe e pelo professor ou apenas quando ultrapassa esse círculo restrito? É necessário que para uma obra ser publicada haja estranhos entre a audiência ou o critério se mede apenas pelo número de pessoas? Parece-nos que, para haver publicação, é indispensável o acesso aberto a terceiros, estranhos ao grupo familiar, à comunidade escolar ou aos empregados de uma determinada pessoa jurídica, ainda que se trate de um único indivíduo, e desde que não haja pedido de confidencialidade quanto à existência ou divulgação da obra.

Finalmente, devemos apresentar as regras de proteção aos direitos conexos, ou vizinhos (do francês *droits voisins*). De acordo com Antônio Chaves, “[a]o lado das autorais surgiram, aproximadamente nos anos vinte, outras prerrogativas àquelas relacionadas por determinados laços de similitude, e que se foram definindo e formando com o correr do tempo, devido, em grande parte, às gravações e aos meios de comunicação eletrônica que lhes deram um relance nem sequer suspeitado anteriormente”⁵⁷⁵.

São três os titulares de direitos conexos de acordo com a lei brasileira. Em primeiro lugar, os “artistas de interpretação musical ou dramática (em termos amplos), como elaboradores já não, evidentemente, de obras originárias (as literárias e as musicais que executam), mas de obras ‘conexas’, isto é, que criam a partir daquelas preexistentes, adquirindo, quando meritoriamente desempenhadas, sua própria individualidade, como obras *interpretadas*, através de execução ‘ao vivo’ ou mediante gravações sonoras”⁵⁷⁶.

A seguir, a LDA confere direitos conexos aos produtores fonográficos e, finalmente, às empresas de radiodifusão^{577 578}.

Internacionalmente, o tema é tratado pela Convenção de Roma, assinada em 1961 e internalizada em nosso ordenamento jurídico por meio do Decreto n. 57.125, de 1965. De acordo com seu art. 2, a proteção dos direitos conexos é conferida aos mesmos titulares que dela gozam de acordo com a LDA: artistas intérpretes ou executantes⁵⁷⁹, produtores fonográficos e empresas de radiodifusão⁵⁸⁰.

⁵⁷⁵ CHAVES, Antônio. **Direitos Conexos**. Cit.; p. 22.

⁵⁷⁶ *Grifos no original*. CHAVES, Antônio. **Direitos Conexos**. Cit.; p. 22.

⁵⁷⁷ O título V da LDA, intitulado “Dos Direitos Conexos” é iniciado pelo art. 89, que dispõe, em seu *caput*, que “as normas relativas aos direitos de autor aplicam-se, no que couber, aos direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão”.

⁵⁷⁸ Antônio Chaves discorda da enumeração legal e afirma que “[v]aria, na conformidade de cada especialista, a enumeração dos direitos conexos, não faltando os que neles incluem o direito do editor sobre as características gráficas de suas publicações, o que, a nosso ver, deve ser considerado como parte dos direitos do editor, e o direito sobre o título das obras e sobre os personagens, o que consideramos integrado no próprio conteúdo do direito do autor, tal qual a regulamentação das cartas missivas ou correspondência epistolar. A nosso ver são os direitos dos: (i) intérpretes e/ou executantes; (ii) produtores de fonograma; (iii) organismos de radiodifusão, em sentido genérico, incluindo, pois, televisão e similares; (iv) o direito à imagem, que, fazendo parte embora dos direitos da personalidade, e como tais versados pela parte geral do Direito Civil, desempenham função tão importante na profissão do artista e das pessoas notórias que obrigam a constantes referências em matéria de direitos conexos; (v) o direito de arena e de outros grandes espetáculos coletivos; (vi) os relativos à ciência, à pesquisa e à tecnologia; (vii) os relativos à computação de dados; (viii) os relativos aos circuitos integrados; (ix) os referentes aos videogames e (x) à embalagem criativa”. A enumeração proposta pelo autor se sustenta apenas se interpretada *lato sensu*. Pois que pelo disposto na LDA, são apenas três os titulares de direitos conexos: os artistas intérpretes ou executantes, os produtores fonográficos e as empresas de radiodifusão”. CHAVES, Antônio. **Direitos Conexos**. Cit.; p. 30. Diante dos termos da LDA e dos tratados internacionais, a enumeração proposta por Antônio Chaves nos parece meramente objeto de debate acadêmico, dado o fato de que as leis não encampam teoria que comporte tantos titulares de direitos conexos.

⁵⁷⁹ A distinção entre intérprete e executante é feita por Antônio Chaves: “[o] emprego da expressão ‘direito autoral’ para englobar tanto os direitos dos autores como o dos artistas intérpretes, quando indica a qualidade de autor, tem levado, na prática, a conflitos de interpretação e hierarquização de ambas as disciplinas. A expressão ‘direitos dos artistas intérpretes e/ou executantes’ não é

Nos termos do art. 14 da referida convenção, a duração da proteção conferida aos titulares de direitos conexos não poderá ser inferior a um período de vinte anos: *(i)* para os fonogramas e para as execuções fixadas nestes fonogramas, a partir do fim do ano em que a fixação foi realizada; *(ii)* para as execuções não fixadas em fonograma, a partir do fim do ano em que se realizou a execução; *(iii)* para as emissões de radiodifusão, a partir do fim do ano em que se realizou a emissão⁵⁸¹.

Ocorre que, com o advento do acordo TRIPs, o prazo de proteção dos dois primeiros itens acima foi dilatado para 50 anos, mantidos em 20 anos o prazo mínimo de proteção conferido às organizações de radiodifusão⁵⁸².

A LDA, como de regra, adota aqui prazos mais extensos do que o exigido pelo texto da convenção internacional. Nos termos de seu art. 96, é de 70 anos o prazo de proteção aos direitos conexos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente à fixação, para os fonogramas; à transmissão, para as emissões das empresas de radiodifusão; e à execução e representação pública, para os demais casos.

Assim, durante 70 anos, os titulares de direitos conexos gozarão das prerrogativas patrimoniais que lhes são atribuídas conforme os arts. 90 a 95 da LDA. Além disso, por conta do art. 92 da lei, aos intérpretes cabem os direitos morais de integridade e paternidade de suas interpretações, inclusive depois da cessão dos direitos patrimoniais, sem prejuízo da redução,

limitativa, mas geral, uma vez que dá origem a duas figuras específicas: a daqueles que se valem de seu corpo e de sua voz para comunicar uma obra, chamados atores, cantores, bailarinos; e a daqueles que se servem de um instrumento musical, conhecidos como músicos executantes, exemplos que nos dão uma pauta importante, que, considerando-se o pouco conhecimento destas disciplinas jurídicas, têm uma transcendência fundamental dentro da técnica legal”. CHAVES, Antônio. **Direitos Conexos**. Cit.: p. 46.

⁵⁸⁰ Antônio Chaves critica a excessiva deferência com que a Convenção de Roma trata os produtores fonográficos e as empresas de radiodifusão: “[f]oi após árdua e prolongada luta, como vimos, e vencendo resistências de toda ordem que os artistas intérpretes e/ou executantes conseguiram ver amparadas aquelas que são suas verdadeiras ‘criações’. Mas pela brecha por essa forma por eles aberta infiltraram-se aquelas poderosas empresas, que, a pretexto de se tomarem paladinas da defesa daqueles direitos, na verdade puxaram a sardinha para sua brasa, cuidando exclusivamente de seus interesses, como prova o [fato] de que, dos trinta e quatro dispositivos da Convenção de Roma, apenas um, o 7º, é que cuida de especificar o alcance da proteção concedida aos artistas intérpretes ou executantes”. CHAVES, Antônio. **Direitos Conexos**. Cit.: p. 34.

⁵⁸¹ Abel Martín critica fortemente o fato de os titulares de direitos conexos gozarem de prazo de proteção menor, alegando que sobre uma mesma obra haveria direitos vigorando com prazos distintos. Além disso, uma pessoa que fosse diretor, roteirista e ator de uma obra cinematográfica seria titular de direitos distintos, exercendo-os por prazos distintos. MARTÍN, Abel. *La Duración de los Derechos Afines y de Otros Derechos de Propiedad Intelectual. La Duración de la Propiedad Intelectual y las Obras en Dominio Público*. Coord.: Carlos Rogel Vide. Madri: Réus, 2005; p. 78. Não nos parece, entretanto, motivo suficiente para harmonizar os prazos. De fato, são direitos apartados, com prazos independentes. Ocorre que tal situação em nada representa ameaça ao exercício do direito de qualquer das partes envolvidas, nem gera situação que na prática se afigure, em si mesma, insustentável.

⁵⁸² Art. 14 (5) do TRIPs: “a duração da proteção concedida por este Acordo aos artistas-intérpretes e produtores de fonograma se estenderá pelo menos até o final de um prazo de 50 anos, contados a partir do final do ano civil no qual a fixação tenha sido feita ou a apresentação tenha sido realizada. A duração da proteção concedida de acordo com o parágrafo 3º [que se refere às empresas de radiodifusão] será de pelo menos 20 anos, contados a partir do fim do ano civil em que a transmissão tenha ocorrido”.

compactação, edição ou dublagem da obra de que tenham participado, sob a responsabilidade do produtor, que não poderá desfigurar a interpretação do artista.

Vistos os prazos de proteção aos direitos patrimoniais dos diversos titulares, é fundamental esclarecer que, por disposição do art. 45 da LDA, além das obras em relação às quais decorreu referido prazo de proteção (ou seja, aquele de que tratam os arts. 41 a 44 e o art. 96) pertencem ao domínio público: *(i)* as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores e *(ii)* as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

(ii) falecimento de autor sem sucessores

O primeiro inciso do art. 45 tem aplicação lógica. Se o principal objetivo de manter a proteção patrimonial das obras protegidas por direitos autorais mesmo após a morte do autor é permitir a exploração econômica por parte de seus sucessores, a inexistência de herdeiros elimina o interesse na proteção. Por isso, uma vez que o autor faleça sem deixar herdeiros, não há por que manter a proteção dos direitos patrimoniais. Por herdeiros, para o disposto neste artigo, deve-se entender tanto os legítimos quanto os testamentários.

O mesmo deve se aplicar no caso de os únicos herdeiros do autor falecerem antes do decurso do prazo legal de proteção. Nesse caso, haveria uma antecipação do domínio público. Assim, se o autor falece deixando como único herdeiro um filho que falece dez anos depois, a obra do autor deve imediatamente entrar em domínio público, já que não há mais herdeiros para sucedê-lo, desde que resguardados, é bem verdade, direitos de terceiros adquiridos em decorrência de relações contratuais.

(iii) obras de autor desconhecido

Já o segundo inciso do art. 45 – que versa sobre obras de autor desconhecido, ressalvada a proteção conferida aos conhecimentos étnicos e tradicionais – nos leva a considerações mais complexas.

A LDA parece fazer distinção entre *(i)* obra anônima; *(ii)* autor desconhecido e *(iii)* conhecimentos étnicos e tradicionais. Por uma questão lógico-jurídica, obra de autor desconhecido não é a obra anônima de que trata o art. 43. Se assim fosse, haveria uma incompatibilidade entre o previsto nesse artigo (que atribui proteção às obras anônimas) e o

previsto no art. 45, II, ao estabelecer que as obras de autor desconhecido estão em domínio público. Assim, obra de autor desconhecido é diferente de obra anônima (que a LDA melhor qualificaria como “obra de autoria anônima”).

Que vem a ser obra de autor desconhecido, então?⁵⁸³ Enquanto as obras anônimas são aquelas em que o autor optou pelo anonimato quando poderia ter optado por publicá-la sob seu próprio nome ou pseudônimo, as obras de autor desconhecido são aquelas cuja indicação de autoria se perdeu no tempo, ainda que esse (atual) desconhecimento de autoria tenha se dado à revelia do autor.

A principal questão prática, neste passo, diz respeito a determinar se as obras folclóricas⁵⁸⁴ e de conhecimento popular encontram-se incluídas no rol das obras de autor desconhecido. A questão é tão instigante quanto complexa.

Em ensaio sobre a obra de Luís da Câmara Cascudo, o maior estudioso do folclore brasileiro, Margarida de Souza Neves afirma que, para ele, “o folclore é tradição e a tradição é a ‘ciência do povo’. Numa das definições de folclore que formula, sintetiza a importância de seu estudo: “[t]odos os países do Mundo, raças, grupos humanos, famílias, classes profissionais, possuem um patrimônio de tradições que se transmite oralmente e é defendido e conservado pelo costume. Esse patrimônio é milenar e contemporâneo. Cresce com os conhecimentos diários desde que se integrem nos hábitos grupais, domésticos ou nacionais. Esse patrimônio é o folclore. *Folk*, povo, nação, família, parentalha. *Lore*, instrução, conhecimento na acepção da consciência individual do saber. Saber que sabe. Contemporaneidade, atualização imediatista do conhecimento”⁵⁸⁵.

Em documento da Biblioteca Virtual do governo de São Paulo (<http://www.bv.sp.gov.br>), folclore é definido como o “conjunto de todas as tradições, lendas e crenças de um país”⁵⁸⁶.

⁵⁸³ A lei de direito autoral brasileira de 1973, em seu art. 48 (o equivalente ao atual art. 45) estabelecia que além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertenciam ao domínio público: (i) as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores; (ii) as de autor desconhecido, transmitidas pela tradição oral; (iii) as publicadas em países que não participem de tratados a que tenha aderido o Brasil, e que não confirmem aos autores de obras aqui publicadas o mesmo tratamento que dispensam aos autores sob sua jurisdição.

⁵⁸⁴ Para José Afonso da Silva, o folclore tem sido uma das poucas manifestações culturais a receber alguma proteção, ainda que insuficiente. E cita Sebastião Geraldo Breguez: “[a]o analisarmos o funcionamento da sociedade capitalista, numa observação de superfície, notaremos que as classes dominantes, que detêm o controle dos meios de produção, veiculam os seus interesses e aspirações nas artes, nas ciências, na administração do Estado. Às camadas populares só resta um meio de participação social: o Folclore. É através do Folclore que elas organizam uma consciência comum, preservam experiências, encontram educação, recreio e estímulo e dão expansão aos seus pendores artísticos”. SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001; p. 110.

⁵⁸⁵ NEVES, Margarida de Souza. *Roteiros para Descobrir a Alma do Brasil: uma Leitura de Luís da Câmara Cascudo*. Disponível em <http://bit.ly/f0Cc9r>. Acesso em 07 de agosto de 2010.

⁵⁸⁶ *O que é Folclore?* Disponível em <http://bit.ly/hIWIVf>. Acesso em 07 de agosto de 2010.

Algumas das características atribuídas às obras folclóricas são tradicionalidade, oralidade, anonimato⁵⁸⁷ (“não tem autoria”), aceitação coletiva, vulgaridade (“acontece nas classes populares e não há apropriação pelas elites”) e espontaneidade⁵⁸⁸.

É possível haver proteção legal a obras de constituição tão fluida? Obras que se transmitem oralmente, sem autoria definida, passíveis de manipulação, adaptação e sujeitas a todo tipo de influência ao longo dos séculos?

Comentando a LDA, João Carlos de Camargo Eboli, sem maiores questionamentos, afirma que entre as obras de autor desconhecido estão as contribuições folclóricas, de modo que estas se encontram em domínio público⁵⁸⁹.

Eliane Abrão afirma que “[t]ecnicamente, as expressões ou manifestações culturais e étnicas de um povo ou de uma coletividade não haveriam de apresentar interesse na área autoral, posto que todas pertencem ao domínio público”⁵⁹⁰. Mas a autora aponta três motivos por que o conhecimento étnico tradicional importa para o direito autoral.

Inicialmente, para reafirmar sua inapropriabilidade, já que se encontra “desde sempre em domínio público e domínio público não se restaura”. A seguir, “para indicar que tanto as expressões e manifestações culturais populares como os conhecimentos étnicos tradicionais possuem um nível diferenciado de regulamentação, sendo espécie de propriedade imaterial”. Finalmente, “para declarar que as manifestações em si são inapropriáveis, mas que qualquer fixação delas em suportes conhecidos, ou obra autoral decorrente, respeitadas os direitos de imagem e voz de seus intérpretes e outras obras protegidas e não pertencentes à tradição popular, serão de titularidade de quem as fixou, gravou ou transmitiu”⁵⁹¹.

Da mesma forma, Bruno Jorge Hammes entende que as obras folclóricas estão alheiras à proteção autoral, mas faz algumas ressalvas. De acordo com o autor, “[s]egundo algumas opiniões, as obras de arte folclórica expressas em forma tangível não estariam compreendidas no conceito de folclore. Contudo, no sentido jurídico mais amplo possível o folclore abrange todas as obras literárias e artísticas, criadas principalmente por autores de identidade desconhecida, mas

⁵⁸⁷ “Anonimato” aqui é usado de maneira não técnica, diversa da que propomos para distinguir do conceito de autoria desconhecida.

⁵⁸⁸ O documento ressalva, entretanto, que “[a]s características de tradicionalidade, oralidade e anonimato podem não ser encontrados em todos os fatos folclóricos como no caso da literatura de cordel, no Brasil, onde o autor é identificado e a transmissão não é feita oralmente”.

⁵⁸⁹ EBOLI, João Carlos de Camargo. *Domínio Público – Creative Commons*. Disponível em <http://bit.ly/dLELRW>. Acesso em 07 de agosto de 2010.

⁵⁹⁰ ABRÃO, Eliane Y.. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. Cit.; p. 123.

⁵⁹¹ ABRÃO, Eliane Y.. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. Cit.; p. 124.

dos quais se supõe que sejam nacionais do país em questão, a partir de formas tradicionais características dos grupos étnicos do país”⁵⁹². E prossegue⁵⁹³:

Se o direito de autor não é o lugar próprio para tratar da proteção jurídica do folclore, esta não deixa de ser importante. É cada vez maior o movimento de comunidades que reclamam uma proteção contra a reprodução econômica do seu folclore. Pleiteiam um direito exclusivo, do qual se julgam titulares. Esse movimento, surgido primeiramente nos países africanos e depois também nos países andinos, está encontrando sempre maior apoio da parte da UNESCO e da OMPI. É muito comum que turistas europeus ou americanos penetrem e nossas selvas, visitem as aldeias dos indígenas, façam-nos dançar e cantar, filmem e gravem os espetáculos, voltem ao seu país, explorando economicamente esse material, sem que os cantores e dançarinos e sua comunidade ganhem com isso.

Antônio Chaves apresenta inúmeras tentativas de se proteger as obras folclóricas – inclusive pela criação de um determinado “Domínio Público Tradicional” –, sendo que nenhuma logrou ser convertida em lei. O autor parece lamentar a sorte das obras folclóricas, fazendo coro a Bruno Jorge Hammes ao afirmar que empresas de entretenimento têm se aproveitado das obras da cultura popular sem que a comunidade de origem da obra venha a participar do sucesso econômico de sua arte⁵⁹⁴.

Por sua vez, João Henrique da Rocha Fragoso entende que as obras anônimas podem, dependendo das circunstâncias, constar do rol de obras de autor desconhecido: “[a] novidade da lei está no inciso II, do artigo 45, primeira parte, pela qual estarão em domínio público as obras de autor desconhecido, ou seja, para todos os efeitos, as obras de autor anônimo – até que este se dê a conhecer –, o que, certamente, é passível de intrincadas questões quanto àqueles que se utilizarem da obra”⁵⁹⁵.

Conforme mencionamos anteriormente, não partilhamos desta opinião porque nos parece ser inconciliável com o disposto no art. 43 da LDA. Mas o autor chega a conclusão

⁵⁹² HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito de Propriedade Intelectual**. Cit.; p. 127.

⁵⁹³ HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito de Propriedade Intelectual**. Cit.; pp. 127-128.

⁵⁹⁴ CHAVES, Antônio. **Direito de Autor – Princípios Fundamentais**. Cit.; pp. 83-84. O autor explica, a partir da opinião de Edison Carneiro, Bráulio Nascimento e Aloysio de Alencar Pinto, por que as leis de direito autoral não costumam tratar da matéria: “[a]tribuem o fato a que, no século passado [século XIX], quando a proteção aos direitos de autor se tornou uma palpitante questão internacional, os países mais adiantados, sobretudo da Europa, já haviam recolhido, estudado e divulgado, em publicações científicas, o folclore nacional, chegando mesmo alguns deles a levantar o seu atlas folclórico. Deste modo, seria na verdade inconcebível que alguém tivesse a ousadia de intitular-se autor de formas literárias e musicais universalmente reconhecidas como obra coletiva do povo. Acentuam não ser, infelizmente, a situação do Brasil, datando os primeiros ensaios de coleta do folclore pátrio de 1883, fazendo-se então em geral de modo descontínuo, por pesquisadores isolados”. CHAVES, Antônio. **Direito de Autor – Princípios Fundamentais**. Cit.; p. 85.

⁵⁹⁵ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral – Da Antiguidade à Internet**. Cit.; p. 332.

consideravelmente mais sofisticada, quando comparada à dos demais doutrinadores, ao analisar o conceito de conhecimento tradicional⁵⁹⁶:

O conceito de conhecimentos tradicionais, como parte de direitos difusos, é relativamente novo. Existem conhecimentos tradicionais ligados à biodiversidade, à medicina popular etc. No âmbito da OMPI, tais direitos são divididos em conhecimentos tradicionais e em expressões culturais tradicionais ou expressões de folclore (música, dança, desenhos, formas arquitetônicas, relatos orais, interpretações ou execuções, sinais e símbolos, artesanato etc). Os conhecimentos tradicionais ligam-se mais diretamente à biodiversidade, ao patrimônio genético, alimentação, medicina tradicional etc., ao passo que “expressões culturais” relacionam-se mais diretamente com as manifestações artísticas.

De acordo com a divisão proposta pela OMPI e mencionada por João Henrique da Rocha Fragoso, apenas os conhecimentos tradicionais estariam protegidos⁵⁹⁷, não as expressões culturais tradicionais. A menos que estas constituam conhecimento étnico, o que também se encontra dentro do objeto de proteção da LDA.

Para o autor, portanto, manifestações artísticas como o canto, a dança, a arte da cerâmica, a escultura e a tradição oral podem ser protegidas por direito autoral se se referirem à cultura coletiva de grupos étnicos – indígenas e quilombolas⁵⁹⁸. Em tais casos, a autorização de uso das obras deve ser demandada perante a FUNAI⁵⁹⁹, no caso de indígenas, e do Ministério da Cultura – caso não se possa obter a autorização diretamente do grupo ou quem o represente⁶⁰⁰ –, no caso dos quilombolas.

De toda forma, afirma o autor, “sempre se permitirá o uso justo e não comercial das manifestações culturais quilombolas, neste caso, sem a necessidade de autorização, ao contrário do que ocorre com as comunidades indígenas, dado o estatuto especial de que gozam estas comunidades”⁶⁰¹. Finalmente, esclarece⁶⁰²:

⁵⁹⁶ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral – Da Antiguidade à Internet**. Cit.; pp. 333-334.

⁵⁹⁷ A proteção nesse caso certamente não se daria por direitos autorais, sendo aparentemente mais adequada a proteção por patente. A discussão acerca da possibilidade é tema atual e relevante.

⁵⁹⁸ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral – Da Antiguidade à Internet**. Cit.; p. 335.

⁵⁹⁹ “Mesmo nas hipóteses de uso justo (fins jornalísticos, didáticos e outros), a participação da FUNAI sempre ocorrerá, em especial porque não se permite a entrada em terras indígenas sem autorização deste órgão, como consta na legislação afim, notadamente o que dispõe a Portaria PRES n. 177, de 16 de fevereiro de 2006”. FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral – Da Antiguidade à Internet**. Cit.; p. 336.

⁶⁰⁰ Por meio da Fundação Palmares, nos termos da Lei 7.668/88. “E não se fala em domínio público, já que, por uma presunção legal, autores são todos os membros da comunidade (qualificados como os ‘titulares consuetudinários’), cabendo à comunidade (enquanto dela houver descendentes), ou a seus representantes, a prerrogativa de contratar as autorizações autorais – sem intermediação do Poder Público, pois os quilombolas mantêm um estatuto jurídico diverso dos indígenas”. FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral – Da Antiguidade à Internet**. Cit.; p. 336.

⁶⁰¹ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral – Da Antiguidade à Internet**. Cit.; p. 337.

⁶⁰² FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral – Da Antiguidade à Internet**. Cit.; p. 337.

Por outro lado, no entanto, como nos situar diante de certos cânticos e danças tradicionais, não identificados com grupo étnicos, como quilombolas e indígenas, ou seja, sem aqueles referidos “titulares consuetudinários”? Tais “conhecimentos” também são tradicionais e não estão vinculados a este ou àquele grupo – ou há muito perderam sua origem no tempo –, mesmo que estejam vinculados a uma determinada região, a uma vila ou a uma determinada cidade. Falamos de manifestações populares, seja na dança e na música; na cerâmica; na pintura; nas cantorias etc. Não temos dúvidas de que estão em domínio público por mais tradicionais que sejam, em especial, porque de autoria e, principalmente, de titularidade desconhecida, estando fora, portanto, da previsão do inciso II do artigo 45, ora comentado. Neste sentido, o artigo 14 da lei corrobora este entendimento ou atribuir titularidade de autor a quem adapta, traduz, arranja ou orquestra obra caída em domínio público – o que não poderá ocorrer sem autorização prévia nos casos de titularidade consuetudinária referida. Mas, mesmo assim, sempre poderá haver, por conta do princípio da necessária preservação do patrimônio cultural da nação, a interferência do Estado nos casos de abuso.

De fato, os abusos sempre poderão ser coibidos pelo Estado a partir do disposto nos arts. 215 e 216 da CF/88⁶⁰³, que visa a tutelar a preservação das manifestações culturais e do patrimônio cultural brasileiro⁶⁰⁴.

A análise do folclore e dos conhecimentos étnicos e tradicionais é bastante complexa e ultrapassa os limites deste trabalho, uma vez que poderia ser, com folgas, objeto de tese própria. Ainda assim, a partir de nossas breves considerações, acreditamos que, como regra geral, as obras folclóricas devem ser consideradas em domínio público e concordamos, em boa parte, com as considerações apontadas acima por João Henrique da Rocha Frago, podendo sempre o Estado intervir em caso de abuso.

⁶⁰³ **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. § 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. § 2º - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais. § 3º - A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: I - defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; II - produção, promoção e difusão de bens culturais; III - formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; IV - democratização do acesso aos bens de cultura; V - valorização da diversidade étnica e regional.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. § 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. § 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem. § 3º - A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais. § 4º - Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei. § 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos. § 6º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de: I - despesas com pessoal e encargos sociais; II - serviço da dívida; III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.

⁶⁰⁴ Para análise dos direitos culturais em nosso ordenamento jurídico, ver SOUZA, Allan Rocha de. **Os direitos culturais e as obras audiovisuais cinematográficas: entre a proteção e o acesso**. Tese apresentada ao programa de pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

(b) direito a usar obra em domínio público e direitos conferidos pelo uso

Pelo art. 14 da LDA, “é titular de direitos de autor quem adapta, traduz, arranja ou orquestra obra caída no domínio público, não podendo opor-se a outra adaptação, arranjo, orquestração ou tradução, salvo se for cópia da sua”.

A interpretação deste artigo nos leva a um efeito dúplice: primeiro, que as obras em domínio público podem ser livremente utilizadas, independentemente de autorização ou de pagamento pelo direito de usá-las⁶⁰⁵; segundo, que, se de referida utilização decorrer uma nova obra por motivo de transformação da obra em domínio público, o autor dessa nova obra gozará de direitos autorais sobre ela. Sendo assim, desde que imprima em sua própria utilização da obra em domínio público um mínimo de originalidade, poderá se opor a que terceiros copiem sua obra (que será uma obra derivada da obra original), mas certamente não poderá se opor a que terceiros se valham da mesma matéria-prima (a obra original em domínio público) para criar outras obras novas e minimamente originais.

Os exemplos são muitos. Desde adaptações para o cinema ou para a televisão até versões infantojuvenis de obras clássicas. Sobre as obras resultantes da transformação o adaptador exercerá seus direitos autorais desde que imprima à obra a originalidade necessária para configurar contribuição intelectual de sua parte.

⁶⁰⁵ A lei autoral brasileira que vigorou até 1998 previa o instituto do domínio público remunerado em seu art. 93, que assim dispunha: “art. 93: A utilização, por qualquer forma ou processo que não seja livre, das obras intelectuais pertencentes ao domínio público depende de autorização do Conselho Nacional de Direito Autoral. Parágrafo único: Se a utilização visar a lucro, deverá ser recolhida ao Conselho Nacional de Direito Autoral importância correspondente a cinquenta por cento da que caberia ao autor da obra, salvo se se destinar a fins didáticos, caso em que essa percentagem se reduzirá a dez por cento”. Em comentário ao artigo – revogado pela lei 7.123 de setembro de 1983, José de Oliveira Ascensão afirma que “[o] domínio público remunerado é uma reivindicação das sociedades de autores. Pretendem elas, desta maneira, que a obra desprotegida não faça concorrência à obra protegida; que os utentes não se sintam tentados a recorrer a obras do domínio público para fugir ao pagamento dos direitos que gravam as obras protegidas. E, coerentemente, pretendem que as obras do domínio público sejam taxadas com o mesmo rigor que as outras”. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Cit.: p. 356. Mais adiante, ao analisar qual seria a natureza jurídica da cobrança em razão do domínio público remunerado, José de Oliveira Ascensão indaga: “[h]averia nestes casos uma extinção do direito de autor, ou o direito de autor passaria ao Conselho após o prazo de proteção em benefício ao criador? A admitir-se esta última posição a totalidade das faculdades compreensivas do direito de autor, salvo as personalíssimas, deveria ser adquirida pelo Conselho, pois só assim este poderia impor o respeito do direito ao nome, ou do direito à integridade da obra”. Segundo o autor, haveria um “exclusivo de utilização conferido ao Estado, em paralelo com as outras utilizações reservadas”. Sendo assim, muito difícil justificar a figura do domínio público remunerado. Se o domínio público existe exatamente para que a o direito de exploração exclusiva da obra cesse, não se justifica apenas mudar o titular da exclusividade. Além disso, também contestável a natureza jurídica do pagamento pela utilização da obra. Não se podia considerar pagamento de direitos autorais exatamente porque a obra encontrava-se em domínio público. José de Oliveira Ascensão sustenta que a “remuneração não representava uma taxa, pois não era contrapartida de serviços prestados pelos órgãos públicos”. Ou seja, “só [poderia] representar um imposto, e nunca um direito de autor”. Uma das justificativas ao domínio público remunerado seria dizer que a obra sempre pertenceu ao Estado, desde a sua concepção, sendo que os direitos sobre essa propriedade estatal seriam colocados “entre parênteses” por um tempo (o tempo de exploração pelo autor e seus herdeiros), depois do qual retornariam ao Estado. Tal teoria, entretanto, não explica como o Estado teria propriedade sobre a obra criada pelo autor. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Cit.: p. 357. Por todos esses motivos, em boa hora o instituto do domínio público remunerado foi extirpado de nosso ordenamento jurídico e por contrariar as razões sociais, econômicas e jurídicas para a constituição do domínio público em nosso ordenamento jurídico, deve ser repellido.

De uma aparente simplicidade, este artigo nos propõe algumas das mais complexas considerações acerca do uso de obras em domínio público. Se por um lado parece bastante singela a ideia de que a obra em domínio público pode ser utilizada sem a necessidade de se obter prévia e expressa autorização de quem quer que seja, os limites de sua utilização muitas vezes não são claros. Algumas questões que propomos são: *(i)* que ocorre quando a obra derivada entra em domínio público antes do original em que se baseia?; *(ii)* que ocorre quando obras citadas em obras já em domínio público ainda se encontram protegidas?; *(iii)* como tratar o direito de imagem de pessoas retratadas em obras já em domínio público?; *(iv)* qualquer obra derivada de uma obra em domínio público estará protegida ou há requisitos para que lhe seja conferida proteção?

Ainda que não ocorra com muita frequência, é possível que a obra derivada entre em domínio público antes do original. Imagine-se, por exemplo, que o autor de um romance o publique aos 21 anos. No mesmo ano, seu romance é adaptado para o cinema. Por conta da adaptação, a obra derivada (o filme) seguirá seu próprio curso dentro da lei de direitos autorais, que prevê um prazo de proteção específico, ou seja, 70 anos contados da publicação.

Imagine-se, por hipótese, que o autor do romance venha a falecer aos 93 anos. Nesse momento, o filme já estará em domínio público, mas não o romance, que estará protegido por até 70 anos após o falecimento do autor. O que se indaga então é: é possível se fazer uso do filme sem autorização dos herdeiros do autor? Em outras palavras: o fato de o filme estar em domínio público (mas não o livro em que se baseia) permite seu uso como o de qualquer outra obra em domínio público?

Conforme visto no capítulo anterior, nos EUA o filme “A Felicidade não se Compra” teve seus direitos autorais expirados por conta da não renovação de seu registro. No entanto, por se basear em conto ainda protegido por direitos autorais (ao menos em meados dos anos 1990), os supostos titulares de direitos sobre o filme passaram a notificar canais de exibição para impedir a veiculação do filme em razão não da obra cinematográfica, mas do conto em que era baseada. O mesmo se deu com a peça “*Pygmalion*”, de 1913, e o filme homônimo, de 1938, que entrou em domínio público antes da peça.

Nosso entendimento é que o desfecho aos questionamentos acima deveria ser forçosamente diverso. Um filme baseado em um romance é uma outra obra, com diferentes autores e titulares de direitos e, conseqüentemente, com prazos de proteção distintos. Ingressando

o filme em domínio público, sua utilização não pode ser impedida pelo fato de o livro em que se baseia ainda estar dentro do prazo legal de proteção.

Em primeiro lugar, porque a LDA apresenta critérios objetivos para o ingresso da obra em domínio público: decurso do prazo. Em segundo lugar, porque são de fatos obras distintas, cujos elementos a serem protegidos se distinguem sensivelmente. Mesmo que uma tenha origem na outra, a obra derivada é uma obra própria, com características próprias e independente da anterior. Em um caso de filme baseado em livro (o mais provável de resultar em tal tipo de questionamento), o romance se faz mais presente no roteiro da obra audiovisual.

Ocorre que esta obra conta com uma infinidade de outros elementos: fotografia, trilha sonora, montagem, figurinos, direção de arte, tratamento sonoro, que a distinguem da obra original. Dizer – como foi mencionado quando citamos o caso de “A Felicidade não se Compra” – que da obra derivada somente se poderia usar os elementos constantes desta que fossem inexistentes na obra original, para não haver violação de direitos, significaria permitir o uso de praticamente todos os elementos da obra derivada, dada a absoluta distinção da natureza entre ambas. Por isso, a objeção ao uso da obra derivada não parece se justificar.

A questão pode ficar particularmente intrincada – e ainda mais corriqueira – se considerarmos que as obras musicais contam com prazos de proteção geralmente mais extensos do que os das obras audiovisuais. Se uma determinada canção protegida por direitos autorais é usada em uma obra cinematográfica, será possível usar a música contida na obra cinematográfica uma vez que esta ingresse em domínio público antes da obra musical?

Por exemplo, Vicente Celestino é autor da canção “*O Ébrio*”, composta em 1936. Em 1946, protagonizou o filme homônimo, dirigido por sua esposa Gilda Abreu, no qual a canção era executada. Vicente Celestino veio a falecer em 1968. O filme entrará em domínio público em 2017, mas a música terá o mesmo destino apenas em 2039. A partir de 2017, poderá a música inserida no filme ser utilizada livremente?

Acreditamos que a obra musical apenas poderia ser utilizada nos limites em que é executada no filme. Diríamos, inclusive, que só poderia ser utilizada junto com a obra de que faz parte. Como não é a obra musical que está em domínio público, esta não poderá ser extraída da obra cinematográfica para outras finalidades, ainda que sobre a obra cinematográfica não haja mais proteção autoral e ainda que a extração do áudio (da música) se dê nos limites de sua execução na obra audiovisual.

É possível também que o uso consista na reunião de obras em domínio público, por meio de uma coletânea de poesias, contos ou partituras musicais. Em razão do disposto no art. 7º, XIII, a LDA confere proteção às coletâneas, compilações, antologias etc., desde que contem, evidentemente, com algum caráter de originalidade ou criatividade na seleção.

Nesse caso, embora cada uma das obras individualmente não esteja protegida, será possível pleitear proteção pelo conjunto.

Ocorre que uma outra controvérsia – ainda mais complexa – se apresenta ao indagarmos que limites definem o direito de uso de obra em domínio público.

Quando obras fotográficas e obras audiovisuais ingressam em domínio público, é provável que uma questão se ponha em evidência: como tratar os direitos de personalidade das pessoas retratadas em referidas obras (se há pessoas nelas retratadas)?

No dia 04 de abril de 2010, o Segundo Caderno do jornal “O Globo” publicou nota na coluna de Joaquim Ferreira dos Santos onde se lia:

O direito de imagem é a morte da cultura

O poeta Alexei Bueno saiu em defesa do livro de José Medeiros, que, por ter uma foto de Manuel Bandeira, deve ser recolhido a pedido dos herdeiros: “O ‘direito de imagem’ representa a morte da cultura. É jurisprudência sórdida. Enquanto o direito à obra literária chega a 70 anos após a morte do autor, o ‘direito de imagem’ não tem prazo de validade. Eu sou o 11º neto de Anhanguera. Poderia processar livro didático que reproduzisse o morto há mais de três séculos! Como poderão trabalhar os antologistas, os documentaristas?”

O protesto de Alexei Bueno merece algumas considerações. O livro em questão era “Olho da Rua: o Brasil nas Fotos de José Medeiros”, publicado por Leonel Kaz, e de fato incluía uma fotografia de Manuel Bandeira em 1936, em que o poeta era visto ao lado de Orígenes Lessa. O agente literário de Bandeira, Alexandre Teixeira, teria exigido o pagamento de R\$ 1.500,00 para permitir o uso da foto em 3.000 exemplares que, segundo ele, “não seria nada, [já que] o livro teve patrocínio da Lei Rouanet⁶⁰⁶,⁶⁰⁷”.

A controvérsia acabou resultando na propositura de uma ação judicial. Sobrinhos do poeta Manuel Bandeira ajuizaram ação em face de Aprazível Edições Ltda. demandando indenização

⁶⁰⁶ Lei 8.131/91, que institui o Programa Nacional de Apoio à Cultura, entre outras providências.

⁶⁰⁷ COURI, Norma. *Profissão: Herdeiro*. **Revista Época**, 19 de julho de 2010. Rio de Janeiro: Ed. Globo; p. 112. A matéria segue: “[a]s exigências sempre financeiras dos herdeiros já deixaram Manuel Bandeira fora do Museu da Língua, de especial da TV Brasil e de antologias”, disse o colunista Joaquim Ferreira dos Santos, do jornal O Globo. ‘O livro que agora querem retirar de circulação, de um fundador do fotojornalismo, traz apenas uma foto do poeta, num evento público. Os herdeiros parecem querer apagar Bandeira da memória nacional’. Teixeira endureceu. ‘Trabalho para o autor e nunca se publicou tanto sobre Bandeira’, disse”. Em 14 de agosto de 2010, o livro encontrava-se disponível para vendas no *website* das Lojas Americanas, da Livraria Cultura e Sumarino.

por danos morais em virtude de a fotografia ter sido publicada sem sua autorização. A sentença, ao confundir a tutela ao direito de imagem (de que trata o processo) com proteção ao direito autoral (afinal, não havia qualquer obra de Manuel Bandeira sendo usada indevidamente), em nada contribuiu para o debate da disputa ao condenar os réus ao pagamento de R\$ 20.000,00 a título de danos morais.

Em sede de recurso, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu que não havia qualquer dano moral na exposição da imagem de uma pessoa pública, em lugar público, que posou para a foto de um fotógrafo reconhecido – tanto que foi digno de ter sua obra organizada em uma edição comemorativa⁶⁰⁸. Assim, a ré sagrou-se vencedora. Mas também aqui pouco pode ser inferido a partir do ponto de vista do direito autoral sobre a fotografia. Em nenhum momento, até onde pudemos verificar, os julgados fazem referência à obra se encontrar, ou não, em domínio público.

Então, é necessário voltarmos os olhos para tratar a matéria a partir de dois prismas distintos: o direito de imagem e o direito autoral.

O direito de imagem é constitucionalmente previsto na legislação brasileira. De acordo com o art. 5º, X, da CF/88, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”⁶⁰⁹.

Em sede infraconstitucional, o CCB se ocupa do tema ao dispor, em seu art. 20, *caput*, que “salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais”.

Em caso de pessoa falecida, complementa o parágrafo único do art. 20, “são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes”.

⁶⁰⁸ TJRJ, 6ª Câmara Cível. Apelação Cível no. 0269599-93.2007.8.19.0001. Relator: desembargador Pedro Raguelet.

⁶⁰⁹ O direito de imagem ainda é considerado elemento da integridade psicofísica, componente da dignidade da pessoa humana, valor máximo de nosso ordenamento jurídico em razão do disposto no art. 1º, III, da CF/88. Por todos, ver: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma Leitura Civil Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; MORAES, Maria Celina Bodin de. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Na Medida da Pessoa Humana – Estudos de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010; p. 71 e ss.

O direito de imagem⁶¹⁰ integra os denominados direitos da personalidade, juntamente com o nome, a honra, a intimidade, entre outros. Para Carlos Alberto Bittar, “[c]onsiste no direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto⁶¹¹) que a individualizam no seio da coletividade”⁶¹². De outra forma, “é o vínculo que une a pessoa à sua expressão externa, tomada no conjunto, ou em partes significativas”⁶¹³.

Apesar de classificado como direito de personalidade – e ser, como consequência, absoluto, irrenunciável, imprescritível, impenhorável etc. –, caracteriza-se especialmente por seu caráter disponível, do ponto de vista patrimonial⁶¹⁴.

Tal disponibilidade não se dá de maneira absoluta⁶¹⁵. Não é possível alguém ceder na íntegra seu direito de imagem, vez que isto acarretaria uma renúncia a ele, o que – como visto acima – não seria possível. Trata-se, no entanto, de direito disponível na medida em que seu exercício pode se dar atrelado a determinada exploração econômica. Não raro (na verdade, bem amiúde), artistas, jogadores de futebol e demais personalidades emprestam sua imagem à publicidade de produtos e serviços, pelo que são remunerados⁶¹⁶. Também existe exercício disponível do uso da imagem na medida em que atores aparecem em filmes e novelas e cantores gravam músicas para serem posteriormente executadas.

⁶¹⁰ A doutrina faz distinção entre imagem-retrato e imagem-atributo. A primeira é, literalmente, o aspecto físico da pessoa. A segunda “corresponde à exteriorização da personalidade do indivíduo, ou seja, à forma como ele é visto socialmente”. GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral – Vol I**, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008; p. 174. Cristiano Chaves e Nelson Rosendal acrescentam: “[e]ssa elasticidade conceitual, decorrente da proteção constitucional da imagem (CF, art. 5º, incisos V e X), faz compreender, no conceito de imagem, diferentes aspectos: a *imagem-retrato* (referindo-se às características fisionômicas do titular, à representação de uma pessoa pelo seu aspecto visual, enfim, é ao seu pôster, à sua fotografia, encarada tanto no aspecto estático – uma pintura – quanto no dinâmico – um filme – art. 5º, X, CF); a *imagem-atributo* (que é o consectário natural da vida em sociedade, consistindo no conjunto de características peculiares da apresentação e identificação social de uma pessoa, referindo aos seus qualificativos sociais, aos seus comportamentos reiterados. Não se confunde com a imagem exterior, cuidando, na verdade, de seu retrato moral) e a *imagem-voz* (caracterizada pelo timbre sonoro, que também serve para a identificação de uma pessoa, até mesmo porque não poderia imaginar que a personalidade não se evidencia menos na voz que nas características fisionômicas)”. FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral**, 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; pp. 186-187 (*grifos no original*).

⁶¹¹ Não apenas de elementos visualmente perceptíveis é constituído o direito de imagem. Alguns autores também nele incluem o direito à voz, decorrente do disposto no art. 5º, XXVIII, a, da CF/88. Ver PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Vol. I**, Cit.; p. 258.

⁶¹² BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001; p. 90.

⁶¹³ BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. Cit.; p. 90.

⁶¹⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. Cit.; pp. 11 e 90.

⁶¹⁵ “No mesmo sentido, na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ), foi aprovado o enunciado n. 4, segundo o qual ‘o exercício dos direitos de personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral’. BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de e TEPEDINO, Gustavo (orgs.). **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República** - Vol. I. Cit.; p. 34.

⁶¹⁶ “Essa disponibilidade permite ao titular extrair proveito econômico do uso de sua imagem, ou de seus componentes, mediante contratos próprios, firmados com os interessados, em que autorizam a prévia fixação do bem almejado (figura; effigie; silhueta; rosto; perfil; ou partes: como os olhos, as pernas, os seios, a cintura, as nádegas)”. BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. Cit.; p. 91.

Dessa forma, de acordo com o disposto no art. 20 do CCB, é possível a autorização para uso da imagem de um indivíduo (por ele próprio ou pelas partes legítimas indicadas no parágrafo único). Se seu uso não for autorizado, entretanto, o CCB aponta apenas duas exceções em que a imagem poderia ser utilizada: no caso de ser necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública.

Após a morte do indivíduo, tornam-se partes legítimas, tanto para autorizar o uso da imagem quanto para mover ação judicial no caso de sua violação, o cônjuge, os ascendentes e descendentes. Afinal, como já foi decidido pelo STJ, apesar de intransmissível, nem por isso “deixa de merecer proteção a imagem de quem falece, como se fosse coisa de ninguém, porque ela permanece perenemente lembrada nas memórias, como bem imortal que se prolonga para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto”⁶¹⁷.

Apesar de a personalidade se extinguir com a morte do indivíduo (art. 6º do CCB)⁶¹⁸, “alguns dos interesses resguardados permanecem sob tutela, como ocorre, p. ex., com a imagem, o nome, a autoria, a sepultura e o cadáver do falecido. O ordenamento, portanto, confere legitimidade ao cônjuge e aos parentes, que seriam os efetivamente afetados pela lesão de tais interesses após a morte do titular, para que possa impedir a lesão ou demandar reparação por seus efeitos”⁶¹⁹.

Ocorre que não há, como sabemos, direitos absolutos. Mesmo o direito de imagem (na qualidade de direito da personalidade) há que ser ponderado com demais direitos, em determinadas situações. Assim é que se a imagem é captada em locais públicos (estádios de futebol, praias, passeatas, manifestações, comícios etc.) e é utilizada inserida em conjunto genérico, sem individualização, não se deve falar em dano porque se refere a um evento público, aberto⁶²⁰. O fato é bastante comum em coberturas jornalísticas, havendo predomínio do direito de informar e da liberdade de expressão.

Outro caso de limitação ao direito de imagem é aquele decorrente do interesse público, que pode ser exemplificado pela divulgação de retrato falado com o fim de investigação criminal.

⁶¹⁷ STJ, 4ª T., Resp. 268.660, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julg. 21.11.2000.

⁶¹⁸ “Todo ser humano, como já visto, é dotado de personalidade; diz-se que ela é um atributo da pessoa natural. O início da personalidade remonta ao nascimento com vida, assim como a morte é o momento no qual a personalidade se extingue”. BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de e TEPEDINO, Gustavo (orgs.). **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República** - Vol. I. Cit.: p. 20.

⁶¹⁹ BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de e TEPEDINO, Gustavo (orgs.). **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República** - Vol. I. Cit.: p. 35.

⁶²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral**. Cit.: p. 190.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald acrescentam, no que tange ao direito de imagem de artistas e celebridades, que “[n]a mesma linha de entendimento, a imagem das pessoas públicas, as chamadas celebridades (artistas, esportistas, políticos, modelos, personagens históricos...), também sofre flexibilização, em face da projeção de sua personalidade extrapolando os limites individuais para espalhar-se no interesse de toda a coletividade. Não é crível, nem admissível, portanto, que um conhecido artista de televisão ou um governante pudessem reclamar dano pelo uso da imagem em jornais, revistas, televisão etc. Máxime considerando o caráter jornalístico da utilização, no mais das vezes”⁶²¹.

Por todas estas considerações, a decisão acerca do uso da fotografia em que o poeta Manuel Bandeira é retratado nos parece acertada do ponto de vista do direito de imagem. Inicialmente, porque Manuel Bandeira foi uma pessoa pública. Escritor que gozou de notoriedade ainda em vida e reconhecidamente um dos maiores talentos das letras brasileiras, a proteção à sua imagem nos parece flexibilizada em razão, exatamente, de ser pessoa pública. Especialmente no caso em análise, onde se encontra em lugar público⁶²².

Além disso, o uso da fotografia não acarreta qualquer prejuízo a qualquer outro direito: não viola a honra, a privacidade, a dignidade ou o nome de Manuel Bandeira. Certamente seus herdeiros não se sentem, tampouco, feridos em seus direitos de personalidade pela utilização da obra fotográfica. Por isso, a decisão judicial foi no sentido de não haver violação a direito de imagem, porque efetivamente não há.

O outro aspecto relevante, que foi ignorado na ação judicial, é que a obra sobre a qual se põe a controvérsia data de 1936. Portanto, do ponto de vista do direito autoral, a foto aparentemente⁶²³ encontra-se em domínio público. E estando em domínio público, é possível utilizá-la inclusive com fins comerciais, independentemente da autorização do antigo titular dos direitos autorais – o fotógrafo ou seus herdeiros. Sendo assim – e vamos considerar que assim é, deve a obra em domínio público seguir seu destino de livre utilização. Não nos parece razoável que o direito de imagem de terceiros – trate-se de pessoa pública ou celebridade ou, ainda, um desconhecido – impeça ou sirva de obstáculo ao uso de obra em domínio público. Se assim for,

⁶²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral**. Cit.; p. 191.

⁶²² “Segundo a teoria dos direitos de personalidade, as [pessoas] famosas do meio cultural ou político, ao partirem para a vida pública, renunciam a certa parcela de seus direitos de personalidade, desobrigando o fotógrafo ou o câmara de obterem sua pré via autorização para fixar a imagem”. ABRÃO, Eliane Y. *Imagem, Fotografia e Direitos Autorais*. **Revista da ABPI, n° 30**; p. 44.

⁶²³ Dizemos “aparentemente” porque nos termos da LDA a afirmação é bastante incerta. Diz o art. 44 que “o prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras audiovisuais e fotográficas será de 70 anos, a contar de 1° de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação”. Como afirmar quando a obra foi divulgada? Caso a fonte seja um jornal ou revista com indicação de data, a questão encontra-se resolvida. Em outros casos, há que se fazer outras considerações.

não haverá mais obras fotográficas ou audiovisuais em domínio público se alguém estiver nelas retratado. O domínio público em fotografias e obras audiovisuais se restringiria às obras que retratassem exclusivamente – se tanto! – paisagens, animais e objetos inanimados.

Por tudo, aliás, essa reivindicação no uso da fotografia de Manuel Bandeira causa estranheza. Nunca se ouviu falar que o uso normal de um filme de Charles Chaplin ou de Buster Keaton em domínio público fosse questionado por violar direito de imagem de qualquer dos dois. Na verdade, nunca soubemos de qualquer caso em que obra audiovisual em domínio público tivesse sua livre utilização impedida em razão de alegado direito de imagem. E a proteção conferida a este direito é a mesma – em obra audiovisual ou fotográfica. Impedir ou dificultar o uso de obra em domínio público por haver pessoa sendo retratada na obra é impedir ou dificultar a livre circulação das obras em domínio público⁶²⁴.

Um último argumento, que foge ao escopo quer dos direitos autorais quer dos direitos de personalidade. Trata-se, aqui, de ponderação de direitos⁶²⁵. De um lado, há o direito à divulgação (subjeto) e à preservação (objeto) da cultura nacional. Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, uma hipótese de flexibilização do direito de imagem por supremacia do interesse coletivo é aquela em que se faz uso da imagem “para fins históricos, como a construção de um monumento ou a veiculação em livros narrativos”⁶²⁶. De outro lado, há alegado direito de imagem de uma pessoa pública, em lugar público, sem que o uso da imagem venha a ofender qualquer direito do retratado ou de terceiro, inserida em obra em domínio público. Negar estes fatos e impedir a circulação do livro em razão da foto do poeta Manuel Bandeira seria desprezar por completo preceitos constitucionais, o interesse público, a preservação da cultura nacional e, não podemos deixar de notar, o bom senso.

É bem verdade que em alguns casos a situação fática pode parecer estranha em um primeiro momento. Como obras fotográficas entram em domínio público 70 anos após sua divulgação, é possível que o retratado ainda esteja vivo no momento de a obra ingressar no

⁶²⁴ “No entanto, entendemos que o direito à imagem também possui certas limitações, decorrentes da sobreposição do interesse público em relação ao privado. Tal afirmação, no entanto, não está expressa em nosso ordenamento jurídico”. LOPES, Cláudia Possi. *Limitações aos Direitos de Autor e de Imagem – Utilização de Obras e Imagens em Produtos Multimídia*. **Revista da ABPI, n° 35**; p. 31.

⁶²⁵ “Assim sendo, o dispositivo há de ser interpretado sistematicamente, admitindo-se a divulgação não autorizada de imagem alheia sempre que indispensável à afirmação de outro direito fundamental, especialmente o direito à informação – compreendendo a liberdade de expressão e o direito a ser informado. Isto porque tal direito fundamental é também tutelado constitucionalmente, sendo essencial ao pluralismo democrático. Daqui decorre uma presunção de interesse público nas informações veiculadas pela imprensa, justificando, em princípio, a utilização da imagem alheia, mesmo na presença de finalidade comercial, que acompanha os meios de comunicação no regime capitalista”. BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de e TEPEDINO, Gustavo (orgs.). **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República** - Vol. I. Cit.; p. 53.

⁶²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral**. Cit.; p. 191.

domínio público. Verá, assim, sua imagem poder circular livremente, sem que nada possa fazer enquanto seus demais direitos de personalidade (honra, privacidade etc) não forem violados. Ocorre que por mais insólita a situação possa parecer, não nos parece haver outra solução juridicamente aceitável.

A dificuldade adicional, neste passo, encontra-se em saber se a imagem de terceiro inserida em obra em domínio público pode ser utilizada para fins comerciais em propaganda publicitária.

É importante fazermos uma distinção. A inserção de fotografia de Manuel Bandeira em livro que será vendido ao público conta com uso comercial. No entanto, seu uso comercial é aquele convencional nos termos da exploração da obra em domínio público. Esgotados os direitos patrimoniais sobre a obra, extingue-se a exclusividade de que gozava o autor ou seus herdeiros e a qualquer um é lícito fazer uso comercial da obra⁶²⁷. Mas e quanto a seu uso publicitário? E quanto ao uso publicitário de imagem de terceiro existente em obra em domínio público?

Nos Estados Unidos, a doutrina distingue o uso informativo do uso publicitário⁶²⁸:

Por exemplo, há provavelmente centenas de fotografias de Babe Ruth que estão em domínio público porque o direito autoral expirou (todas as fotos publicadas antes de 1923 e as publicadas entre 1923 e 1963 que nunca tiveram seus direitos renovados). Você pode livremente usar uma dessas fotos sem permissão em uma biografia de Babe Ruth, uma história sobre baseball, um artigo de jornal ou revista sobre registros de baseball, um documentário de tv sobre os agitados anos 1920 ou um romance ou filme sobre a vida de Babe Ruth. Estes são claramente usos informativos.

No entanto, mesmo que esteja em domínio público, você não pode usar uma foto de Babe Ruth em anúncio publicitário sem permissão dos sucessores de Ruth.

A despeito da teoria, é possível a decisão judicial se dar em outros parâmetros. A revista Los Angeles se valeu de tecnologia digital para usar fotogramas de filmes famosos de modo a

⁶²⁷ Antonio Castán Pérez-Gómez estranhamente se insurge contra determinados usos comerciais. Após analisar uma série de hipóteses (o uso do quadro “As Meninas”, de Velázquez, para promoção de roupas e de um quadro de El Greco para promover a própria Espanha), o autor contesta a venda de relógios com desenhos realizados a partir da obra de Van Gogh. Afirma que, diante de tal ato, resulta claro que a coleção responde a um propósito eminentemente comercial. Não se estaria, assim, diante de uma coleção de quadros famosos, mas de uma coleção cujo objetivo é a venda de relógios atraindo a atenção do consumidor para as obras de arte parcialmente reproduzidas. O autor, entretanto, não aponta qual a solução para o fato; se, afinal, em sua opinião, a conduta é apenas reprovável ou se deveria ser reprimida. PÉREZ-GÓMEZ, Antonio Castán. *Dominio Público, Derecho Moral y Derecho a la Personalidad Pretérita. La Duración de la Propiedad Intelectual y las Obras en Dominio Público*. Coord.: Carlos Rogel Vide. Madri: Réus, 2005; p. 234.

⁶²⁸ Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “[f]or example, there are probably hundreds of photographs of Babe Ruth that are in the public domain because the copyright has expired (all those published before 1923 and those published 1923-1963 that never had their copyrights renewed). You may freely use such a photo without permission in a biography of Babe Ruth, a history of baseball, a newspaper or magazine article on baseball records, a tv documentary about the roaring 1920s, or a novel, or movie based on Babe Ruth’s life. These are all clearly informational uses. But, even if it’s in the public domain, you may not use a photo of Babe Ruth in an advertisement without permission from Ruth’s estate”. FISHMAN, Stephen. *The Public Domain – How to Find & Use Copyright-Free Writings, Music, Art & More*. Cit.: p. 368.

parecer que seus atores vestiam a moda de 1997. Um dos fotogramas exibia o rosto do ator Dustin Hoffman em sua célebre caracterização do filme *Tootsie*. O fotograma alterado mostrava a cabeça de Hoffman aposta ao corpo de um modelo masculino usando um vestido de noite. Além disso, havia menção expressa às marcas Richard Tyler e Ralph Lauren.

O ator americano processou a revista por violação de seu direito de publicidade, uma vez que o uso de sua imagem não fora consentido. No entanto, Hoffman perdeu a ação. A decisão judicial alegou que, embora um dos propósitos do artigo fosse a venda de roupas, também havia humor, texto e comentários sobre filmes clássicos e atores famosos. Não era, portanto, um uso puramente comercial da imagem de Hoffman⁶²⁹.

No Brasil, há um único caso no STJ (e nenhum no STF) em que se discutiu o uso de imagem em obra em domínio público⁶³⁰.

Em 25 de maio de 1987⁶³¹, a Revista Veja publicou anúncio publicitário de Lloyds Bank PLC que se valia de foto do casal Lampião (Virgulino Ferreira da Silva) e Maria Bonita (Maria Gomes de Oliveira) em meio a seu grupo de cangaceiros. A única filha do casal, Expedita Ferreira Nunes, propôs ação judicial contra o banco para pleitear indenização por violação da imagem de seus pais.

Uma vez que o uso da foto se deu em meados dos anos 1980, ainda vigorava no Brasil a lei de direitos autorais de 1973. Em seu artigo 45, previa a lei 5.988: “também de sessenta anos será o prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras cinematográficas, fonográficas, fotográficas, e de arte aplicada, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua conclusão”.

Observe-se que a lei não determinava, como ocorre hoje, que o prazo se contasse da divulgação da obra, mas sim de sua conclusão. Crucial na questão, portanto, saber quando a imagem de Lampião e Maria Bonita havia sido captada.

Sabe-se que o casamento deles se deu por volta de 1930 e a morte do casal sobreveio em julho de 1938. A fotografia, portanto, deve ter sido feita nesse ínterim. Se assim de fato se deu, seu ingresso no domínio público ocorreria, na melhor das hipóteses, em 1991 – depois, portanto, de seu uso no anúncio publicitário.

⁶²⁹ Citado por FISHMAN, Stephen. *The Public Domain – How to Find & Use Copyright-Free Writings, Music, Art & More*. Cit.: p. 368.

⁶³⁰ STJ, 4ªT., Resp. 86.109, Rel. Min. Barros Monteiro, julg. 28.06.2001.

⁶³¹ Informação disponível em <http://bit.ly/fI3BKF>. Acesso em 14 de agosto de 2010.

Apesar de ter alegado que a foto se encontrava em domínio público, o réu não logrou prová-lo. O STJ não tratou com maior deferência o direito autoral (no caso, parece-nos que estava mesmo dispensado de fazê-lo), acabando por decidir pela violação do direito de imagem, concluindo que “a utilização da imagem da pessoa, com fins econômicos, sem a sua autorização ou do sucessor, constitui locupletamento indevido, a ensejar a devida reparação”.

Se a decisão parece correta do ponto de vista do direito autoral (em razão da proteção que ainda vigorava), que dizer caso se concluísse que, de fato, a obra se encontrava em domínio público? Em outras palavras, como tratar o uso em peça publicitária, com fins comerciais, de imagem de terceiro originalmente inserida em obra em domínio público?

A LDA não faz qualquer distinção quanto ao uso que pode ser dado às obras em domínio público. Nesse sentido, uma vez expirados os direitos autorais patrimoniais objeto da exclusividade, pode qualquer pessoa se aproveitar da obra economicamente. Imaginemos, por exemplo, uma fotografia divulgada em 1930. Atualmente, ela se encontra em domínio público. Pode ser usada em livros ou outras obras artísticas (vídeos, encarte de CD), pode ser editada, pode ser inclusive vendida individualmente ou em conjunto com outras obras fotográficas. E tudo isso sem necessidade de se pedir autorização.

Conforme já demonstramos anteriormente, acreditamos que a regra vale inclusive se na fotografia estiver estampada a imagem de uma pessoa, seja ela pública ou não.

Uma vez que a lei não distingue, entendemos que o uso da referida fotografia hipotética poderia se dar inclusive para fins publicitários. Afinal, não vislumbramos distinção entre a exploração comercial que o domínio público permite e o uso publicitário. Ambos visam ao lucro, sendo que o primeiro é decorrente da venda da obra em si e o segundo, da associação da *obra* a um determinado produto ou serviço.

Mas que fique claro que nos parece que a exploração publicitária da obra em domínio público será possível se o que estiver sendo explorado *for a obra em si, não a imagem da pessoa que nela figura*. Sabemos que na prática tal distinção é bastante sutil, mas acreditamos ser possível sustentá-la. Afinal, o que ingressou em domínio público foi a obra, não a imagem do retratado. Se o objetivo almejado é a exploração publicitária por meio *da obra*, a imagem do retratado deverá suportá-la. Mas não pode a exploração publicitária se valer da imagem a pretexto de a obra onde ela se insere estar em domínio público.

Por isso, um limite deve ser observado. O uso publicitário da fotografia em domínio público não poderia violar outros direitos de personalidade da pessoa nela retratada. Naturalmente, o uso da imagem que atentasse contra a honra, a reputação, a privacidade, a dignidade ou às convicções pessoais do retratado seria inadmissível. Assim, o uso de uma obra em domínio público, onde se vê a imagem de um religioso, para promover a venda de apetrechos sexuais ou de uma obra onde figura um conhecido antitabagista para vender cigarro seria vedado, ainda que se tratasse de imagem inserida em obra já em domínio público.

Para encerrar este tópico, fazemos menção ao texto do art. 14 para apontar uma peculiaridade no que diz respeito a traduções. A LDA determina, entre outras hipóteses, que o autor pode se insurgir contra *tradução* de obra em domínio público que seja cópia de sua própria tradução. Em determinadas circunstâncias, será bem difícil aferir em que medida houve cópia. Afinal, dependendo da complexidade e da extensão do texto, a tradução de uma obra para determinada língua contará com versões idênticas ou muito semelhantes. Este, inclusive, o argumento adotado no caso dos manuscritos do Mar Morto para defender que a tradução não deveria ter sido protegida.

(c) vedação ao uso de obra protegida

De acordo com o art. 33, *caput*, da LDA, “ninguém pode reproduzir obra que não pertença ao domínio público, a pretexto de anotá-la, comentá-la ou melhorá-la, sem permissão do autor”. E mais adiante, no parágrafo único: “os comentários ou anotações poderão ser publicados separadamente”.

Este princípio não guarda maiores dificuldades. O previsto neste artigo e seu parágrafo único estão em conformidade com o sistema geral de direitos autorais adotado pela LDA. Ora, não estando a obra em domínio público significa dizer que ela ainda goza da proteção conferida pela lei. Dessa forma, aplica-se à obra a disciplina prevista nos artigos 28 e seguintes, que estipulam os direitos patrimoniais do autor.

O primeiro dos direitos, conforme determinação legal do art. 29, I, da LDA, é o de que “depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como a reprodução parcial ou integral”. Por isso, é até mesmo contestável a necessidade de se apontar, no art. 33 da LDA, a proibição de se reproduzir obra que não pertença ao domínio público, ainda que seja a pretexto de anotá-la, comentá-la ou (pretensamente)

melhorá-la. Afinal, essa vedação já se encontra suficientemente delimitada no âmbito do art. 29 da LDA.

Da mesma forma, consistindo os comentários uma criação autônoma, é natural que, dentro da estrutura da lei, poderão ser publicados separadamente. É necessário observar, neste caso, os limites de citação, entre outros, previstos na seção de limitações e exceções (art. 46 e seguintes da LDA).

(d) proteção estatal da obra em domínio público

A previsão legal de que “compete ao Estado a defesa da integridade e autoria das obras caídas em domínio público” encontra-se inserida no artigo da LDA que trata dos direitos morais do autor. Apesar de já termos tratado do tema quando analisamos a natureza jurídica dos direitos autorais (ver item 1.2.2), é necessário voltar ao tópico de modo a abordá-lo por outra perspectiva.

Se é certo que uma vez em domínio público a obra contará com a proteção do Estado (que atuará em sua defesa), até que tal evento ocorra, muito provavelmente, a obra terá passado por um estágio intermediário, em que não se encontra sob proteção do autor nem do Estado. Após a morte do autor, seus sucessores – se existentes – gozarão de um prazo de proteção patrimonial por 70 anos. Além disso, a lei dispõe que se transmitem aos herdeiros alguns dos direitos morais do autor.

Nesse sentido, para sabermos em que consiste o direito moral a ser defendido pelo Estado quando da entrada da obra em domínio público, é indispensável tratarmos dos efeitos sucessão no direito de autor.

Como sabemos, durante o prazo de proteção da obra após a morte do autor, os sucessores exercerão os direitos patrimoniais previstos na LDA (arts. 28 e seguintes) como se fossem o próprio autor. Na verdade, há uma transferência legal de titularidade dos direitos autorais da esfera de proteção do autor para a esfera de proteção por parte de seus sucessores (na ordem civil). Os direitos patrimoniais passam a integrar o patrimônio jurídico dos sucessores.

Já os direitos morais seguem outra sorte. Dispõe o art. 24 da LDA:

Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

III - o de conservar a obra inédita;

IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;

V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

§ 1º Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV.

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

§ 3º Nos casos dos incisos V e VI, ressalvam-se as prévias indenizações a terceiros, quando couberem.

De acordo com o § 1º acima, a LDA prevê que, além dos direitos patrimoniais (em razão do disposto nos arts. 41 e seguintes), transferem-se *mortis causa* aos herdeiros os quatro primeiros direitos morais apontados no art. 24 acima transcrito⁶³². Isso significa que os direitos de modificar a obra, de retirá-la de circulação⁶³³ e de ter acesso a exemplar único e raro de obra são de gozo personalíssimos do autor, não havendo sua transferência aos sucessores⁶³⁴. Extinguem-se, portanto, ao menos nesta análise preliminar, com a morte do autor.

A propósito, cabe apontar que a LDA foi bastante imprecisa ao prever que os direitos constantes dos incisos I a IV se *transmitem* aos sucessores⁶³⁵. A leitura do texto faz crer que tais direitos, assim como os patrimoniais, são incorporados à esfera jurídica própria dos herdeiros, o que não é verdade. Aponta Regina Sahm que “[a] interpretação correta, segundo Henri Desbois, é a que assegura aos herdeiros uma faculdade que não lhes permite agir de acordo com seus próprios interesses. Vinculado à pessoa do autor, não sobrevive o direito moral na forma como

⁶³² A regulação dos direitos morais varia de país para país. Há desde aqueles onde os direitos morais são perpétuos por disposição legal até os que preveem expressamente que os direitos morais têm o mesmo prazo de proteção conferido aos patrimoniais. A lei francesa, por exemplo, determina em seu art. 121-1, que o autor goza do direito ao respeito de seu nome, de sua qualidade [de autor] e de sua obra, sendo tal direito perpétuo, inalienável e imprescritível.

⁶³³ Para Ana Paula Fuliaro, isso se dá porque “os direitos excluídos do rol prescrito no § 1º do art. [24] versam exatamente sobre direitos fundados neste conteúdo ético, nesta necessidade de justificação que, obviamente, apenas pode ser feita pelo próprio autor”. FULIARO, Ana Paula. *A Sucessão em Direito de Autor: Aspectos Morais e Patrimoniais*. Cit., p. 11.

⁶³⁴ Quanto ao último item, disposto no inciso VII do art. 24, Rodrigo Moraes apresenta críticas bastante incisivas. Com toda razão, parece-nos: “[s]egundo previsão do § 2º do art. 24 da LDA-98, o direito ao acesso não é transmitido aos seus sucessores. Trata-se de um equívoco do legislador pátrio. Tal dispositivo, sem dúvida, desprotege interesses dos herdeiros do autor falecido. Lembremos do citado exemplo do filho de Cândido Portinari. Foi ele quem reuniu e catalogou o acervo do pai, após a sua morte. Não raro, filhos de grandes artistas plásticos tentam desempenhar esse cuidadoso papel de catalogação *post mortem*, ainda que a lei autoral não contenha dispositivo nesse sentido. Marisela González Lopez critica a lei espanhola, que também peca ao não admitir o exercício desse direito pelos sucessores do autor. Segundo ela, isso representa um paradoxo. Se o propósito desse direito é, limitando o direito de propriedade de terceiros, propiciar o acesso a bens culturais, a intransmissibilidade aos sucessores se configura indesejada. A coletividade poderá ficar privada do acesso a obras de arte, caso o autor tenha falecido sem ter feito a devida catalogação de suas obras”. MORAES, Rodrigo. *Os Direitos Morais do Autor – Repersonalizando o Direito Autoral*. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2008; pp. 255-256.

⁶³⁵ “Neste primeiro momento, cumpre ponderar que, em se tratando de direitos pessoais, o termo ‘sucessores’ deve ser restrito apenas aos sucessores legais e aos herdeiros testamentários, excluindo-se, portanto, o cessionário do direito de exploração econômica da obra, pela razão de que, este último, não guarda qualquer relação de cunho pessoal com o autor. A ele, portanto, apenas caberia reclamação acerca da violação dos direitos acima descritos na medida em que esta violação prejudique sua obtenção de proveito econômico”. FULIARO, Ana Paula. *A Sucessão em Direito de Autor: Aspectos Morais e Patrimoniais*. Cit., p. 11.

fora em vida (*en se sans qu'il ne lui surviva pas tel qu'il était de son vivant*). Por outro lado, não se extingue totalmente⁶³⁶.

José de Oliveira Ascensão, com a precisão habitual, afirma que os direitos previstos no art. 24, §1º, da LDA, “têm necessariamente uma coloração funcional. São destinados a defender ainda o criador intelectual. A personalidade deste, embora falecido, é a única que serve como ponto de referência para este exercício”. Por isso é que “a lei deveria dizer que os herdeiros *exercem* estes direitos; não que adquirem estes direitos”⁶³⁷.

Afinal, como prescreve o art. 27 da LDA, os direitos morais do autor são inalienáveis. E não por outro motivo é que o art. 49, I, da mesma lei determina que a transmissão total dos direitos autorais compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei.

Ainda que, se analisados em seu conjunto, os direitos morais possam ser qualificados como extrapatrimoniais, não podem, entretanto, por outro lado, ser encarados unanimemente como direitos de personalidade. Especialmente, entendemos que não podem ser tratados como direitos de personalidade *por serem direitos morais de autor*. De fato, a natureza jurídica, assim como sua persistência após a morte do autor, distingue determinados direitos morais de outros.

Para os objetivos aqui perseguidos, vamos analisar cada um dos direitos morais que, de acordo com a LDA, sobrevivem à morte do autor. São estes os direitos que poderão, de alguma maneira, ecoar quando a obra ingressar em domínio público. Após a análise dos incisos I, II, III e IV do art. 24 da LDA, vamos tratar de sua proteção por parte do Estado.

(i) direito de paternidade

Os incisos I e II, que podem ser lidos em conjunto, tratam do direito que tem o autor de se proclamar, a qualquer tempo, autor da obra e, em decorrência de tal fato, ter seu nome ou pseudônimo a ela vinculado. Este é o direito moral por excelência. Uma vez autor, para sempre autor. Por isso, é evidente que a LDA não *transfere* propriamente este direito aos sucessores do autor falecido. O que ocorre, de fato, é a atribuição da legitimidade para pleitear o direito do autor em juízo. Após sua morte, caso venha terceiro a atribuir para si autoria de obra alheia, poderão os sucessores do verdadeiro autor defendê-lo. Nada mais, nada menos. Inconcebível,

⁶³⁶ SAHM, Regina. **Direito à Imagem no Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: ed. Atlas, 2002; p. 58. Para a autora, “[s]e a lei reconhece aos herdeiros legais ou testamentários o direito de zelar pela obra e a memória do *de cujus*, é porque neles reconhece instrumentalidade para tanto. Nesse mesmo sentido é a lição do Prof. Fábio Maria de Mattia: “[n]ão há propriamente sucessão, mas o exercício pelos herdeiros do direito de defender a memória do morto através da proteção de sua obra”.

⁶³⁷ *Grifos no original*. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Cit., p. 277.

assim, crer que a autoria poderia ser herdada, como ocorria com o Código Civil brasileiro de 1916⁶³⁸.

O mais protegido dos direitos morais nos parece também ser verdadeiro direito de personalidade, devendo subsistir perpetuamente, inclusive por questões de ordem pública. É fundamental à sociedade conservar o nome do autor vinculado às suas obras por diversos motivos: conhecimento da verdadeira autoria, atribuição de responsabilidade e vedação de enriquecimento sem causa por “furto intelectual”⁶³⁹.

O inciso I, ao determinar que é direito moral do autor o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra, tem como finalidade conferir ao autor o direito de impedir que terceiro atribua a si obra criada por aquele. Já o inciso II estabelece, como consequência do inciso anterior, que o autor poderá exigir que seu nome conste da obra por ele criada.

Creemos assim que, nos incisos que se completam, existe um verdadeiro direito de personalidade: o direito ao nome. A rigor, o direito ao nome existe apenas no inciso II. No entanto, uma vez que o direito de apor o nome a determinada obra apenas existe em função do direito de paternidade (reivindicar sua autoria), daremos aos incisos I e II tratamento uniforme.

A respeito do direito ao nome, Adriano de Cupis afirma⁶⁴⁰:

O direito ao nome compreende o poder de gozo do nome, isto é, o poder de usar o nome a fim de gozar daquela identidade pessoal para realização da qual ele serve. Portanto, o titular do nome tem direito a usá-lo em todos os momentos da sua vida, em todos os atos da vida pública e privada. Desta forma, não podem terceiros impedir o exercício deste poder do uso ou contestá-lo, devendo designar o indivíduo pelo seu nome e não por outro, de maneira a não prejudicar a função que lhe é própria. Trata-se de um poder de gozo que tem caráter de exclusividade; por isso, o titular do nome pode exigir que os outros se abstenham de usar o seu nome para indicar pessoas diversas dele. De outra forma, com as confusões que se produziriam, o nome não cumpriria a sua função identificadora.

⁶³⁸ O absurdo de se admitir a transferência de autoria vigorou até o século XX em determinados ordenamentos jurídicos, como o brasileiro. O Código Civil de 1916 previa, em seu art. 667, que “é suscetível de cessão o direito, que assiste ao autor, de ligar o nome a todos os seus produtos intelectuais”. Rodrigo Moraes afirma que “[n]o dizer de Carlos Alberto Bittar, o referido artigo 667 consistiu na ‘maior aberração’ do Código Civil de 1916. Sílvio Rodrigues afirmou que se tratou de ‘aleijão’ colocado no diploma civil. Segundo Antônio Chaves, o dispositivo configurava ‘flagrante equívoco’, que recebeu repulsa geral da maioria dos civilistas brasileiros da época”. MORAES, Rodrigo. **Os Direitos Morais do Autor – Repersonalizando o Direito Autoral**. Cit.; p. 64.

⁶³⁹ “Mas acredito que nós podemos também deixar de fora – por não apresentar excessivos problemas do ponto de vista dogmático - a violação do direito moral de reconhecimento da autoria. A omissão do nome do autor, por exemplo, em qualquer ato de uso da obra, constitui uma violação tão elementar que não é necessário recorrer a considerações judiciosas sobre a personalidade do autor, para que a pena é imposta”. Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “[p]ero creo que podemos dejar también de fuera – por no presentar excessivos problemas desde el punto de vista dogmático – la violación del derecho moral al reconocimiento de la condición de autor. La omisión del nombre del autor, pongamos por caso, en cualquier acto de utilización de la obra, constituye una violación tan elemental que no es necesario acudir a sesudas consideraciones acerca de la personalidad del autor para que la sanción sea impuesta”. PÉREZ-GÓMEZ, Antonio Castán. *Dominio Público, Derecho Moral y Derecho a la Personalidad Pretérita*. Cit.; p. 220.

⁶⁴⁰ CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. Cit.; pp. 194-195.

José de Oliveira Ascensão parece concordar com a classificação do inciso II como direito de personalidade na espécie de direito ao nome. Segundo o autor português, quando ainda comentava a lei brasileira de 1973, “[a] atribuição originária dá ao criador o direito à paternidade da obra, que é um dos direitos pessoais do autor. É esse aliás o conteúdo do art. 25 I⁶⁴¹, um pouco desfocado por o preceito pôr o acento na reivindicação, quando o deveria pôr no próprio direito de paternidade”. E logo a seguir: “[p]or outro lado, há uma incidência de um dos direitos de personalidade, o direito ao nome, no art. 25 II⁶⁴², que já conhecemos; ainda que se pudesse falar antes num direito amplo de identificação, pois o preceito não trata só da identificação pelo nome”⁶⁴³.

Maria Celina Bodin de Moraes afirma que “[o] direito ao nome compreende as faculdades de o usar e defender. Usar o nome consiste em ‘se fazer chamar por ele’; defendê-lo consubstancia-se no ‘poder de agir contra quem o usurpe, o empregue de modo a expor a pessoa ao desprezo público, tornando-o ridículo, desprezível ou odioso, ou recuse a chamar o titular por seu nome. (...) O direito ao nome gera, também, a prerrogativa de o reivindicar quando negado”⁶⁴⁴.

E, mais especificamente, prossegue: “[c]uidando-se dos direitos morais do autor, o art. 24, II, da Lei de Direitos Autorais (Lei n. 9.610/98), assegura ao autor o direito de ter seu nome (ou pseudônimo) ligado à obra. Neste sentido, o Código Civil também explicita a proteção ao pseudônimo: ‘art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome’⁶⁴⁵.

Daí que o direito ao nome terá as seguintes repercussões no âmbito do direito de autor: a faculdade de o autor exigir que seu nome conste das obras por ele criadas, bem como a de exigir que seu nome não seja apostado a obras alheias⁶⁴⁶.

⁶⁴¹ Atual art. 24, I. A redação anterior era a seguinte: “Art. 25: São direitos morais do autor: I – o de reivindicar, a qualquer tempo, a paternidade da obra”.

⁶⁴² Atual art. 24, II, de redação idêntica à atual.

⁶⁴³ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Cit.; p. 73. Regina Sahm também esclarece a questão: “[a]o direito de nomeação da obra corresponde o de reivindicar, a qualquer tempo, sua autoria (art. 24, I, da Lei n. 9.610/98). Denominava-se, a este, direito de paternidade, na Lei n. 5.988/73. É inalienável e não permite renúncia tanto como as demais faculdades morais. É perpétuo, inalienável e imprescritível na redação do art. 121-1 do Código de Propriedade Intelectual (CPI) da França. No artigo há ainda referência à qualidade do autor, que não é senão o exercício do direito ao nome que tutela prenome, nome”. SAHM, Regina. **Direito à Imagem no Direito Civil Contemporâneo**. Cit.; p. 51.

⁶⁴⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A Tutela do nome da pessoa humana*. Cit.; p. 153.

⁶⁴⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A Tutela do nome da pessoa humana*. Cit.; p. 154.

⁶⁴⁶ Ainda que pareça estranho, são inúmeros os casos na internet de obras cuja autoria é atribuída a terceiros, normalmente autores famosos que não escreveram os textos em questão. Para análise exemplificativa do fenômeno, ver MORAES, Rodrigo. **Os Direitos Morais do Autor – Repersonalizando o Direito Autoral**. Cit.. Cyrill P. Rigamonti entende que falsa atribuição de

Por se tratar de direito de personalidade, o direito ao nome de que goza o autor continuará protegido nos termos do art. 12, parágrafo único do CCB mesmo depois de a obra a que se refere ter entrado em domínio público⁶⁴⁷. E ainda que não haja qualquer sucessor para proteger o direito ao nome do autor, este direito deve ser defendido pelo Estado.

(ii) direito de inédito

Quanto ao direito de inédito, previsto no inciso III do art. 24, é precisa a análise de Ana Paula Fuliaro⁶⁴⁸:

(...) do ponto de vista do direito pessoal do autor, o que cabe aos sucessores é a defesa ou não de vontade manifestada pelo autor quanto a determinada obra. Se o autor proibiu expressamente a divulgação, não tem sucessor qualquer titularidade que lhe permita autorizar a respectiva publicação. De outro lado, se houve manifestação expressa no sentido de dar conhecimento ao público, será neste sentido que deverá o sucessor agir. Portanto, apenas nos casos de omissão do autor em vida é que poderá o sucessor decidir pela publicação ou não de determinada obra. Mas, neste ponto, cumpre ponderar o caráter de exploração patrimonial que se faz conteúdo do exercício deste direito.

No mesmo sentido, Rodrigo Moraes, ao afirmar que “[o] exercício do direito [de inédito] encontra limites, não podendo ser arbitrário. Uma decisão, por mero capricho, de simplesmente não divulgar obras do *de cuius*, desrespeitando, assim, a vontade que este manifestara em vida, consiste em abuso do direito, ato ilícito, conforme o art. 187 do Código Civil”⁶⁴⁹.

Ao fazermos nossas primeiras considerações sobre o direito moral de inédito, vimos que, em regra, cabe “ao autor decidir acerca da conveniência e oportunidade de comunicar sua obra ao público⁶⁵⁰, razão pela qual, a partir do momento em que ocorre tal comunicação, esta deixa de ser

autoria não seria direito moral de autor porque aquele a quem se atribuiu a obra falsamente pode não ser autor de qualquer trabalho – daí não poderia ter direitos morais *de autor*. RIGAMONTI, Cyrill P. *Deconstructing Moral Rights*. Cit.; p. 361.

⁶⁴⁷ **Art. 12:** Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único: Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. “O parágrafo único do dispositivo é alvo de profunda controvérsia. Tendo em vista a impossibilidade de sucessão nos direitos da personalidade, pois, intransmissíveis que são se extinguem com a morte do titular, diversas teorias visam a explicar a legitimidade do cônjuge e dos parentes para garantir a proteção da personalidade *post mortem*. (...) O ordenamento, portanto, confere legitimidade ao cônjuge e aos parentes, que seriam efetivamente afetados pela lesão de tais interesses após a morte do titular, para que possa impedir a lesão ou demandar reparação por seus efeitos. Em razão de partilhar destes mesmos interesses, é de se interpretar o dispositivo de maneira extensiva, de modo a conferir ao companheiro ou companheira a mesma legitimidade no caso de união estável”. BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de e TEPEDINO, Gustavo (orgs.). **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República** - Vol. I. Cit.; pp. 34-35.

⁶⁴⁸ FULIARO, Ana Paula. *A Sucessão em Direito de Autor: Aspectos Morais e Patrimoniais. Direitos Autorais – Estudos em Homenagem a Otávio Afonso dos Santos*. Cit.; p. 12.

⁶⁴⁹ MORAES, Rodrigo. *Os Direitos Morais do Autor – Repersonalizando o Direito Autoral*. Cit.; p. 150.

⁶⁵⁰ Questão interessante e não explorada pela doutrina é a de saber se os credores de determinado autor podem obrigá-lo a publicar trabalho inédito para, com os lucros auferidos, saldar dívida. De acordo com Cyrill P. Rigamonti, a questão é geralmente decidida em favor do autor. RIGAMONTI, Cyrill P. *Deconstructing Moral Rights*. Cit.; p. 362.

inédita, não havendo mais que se falar em direito de conservar a obra inédita”⁶⁵¹. Aos sucessores, por outro lado, caberia apenas cumprir com a vontade do autor, quer no sentido de publicar *post mortem* obra inédita (em muitos casos pela falta de tempo de o autor tê-la publicado em vida), quer no sentido de mantê-la inédita em decorrência da vontade do autor⁶⁵².

No entanto, aqui se apresenta questão igualmente interessante e controvertida: como tratar as obras inéditas de um autor que não tenham sido publicadas durante seu prazo de proteção? Imagine-se, por exemplo, escritor falecido em 1940. Suas obras entraram em domínio público no ano de 2011. Como tratar, nesse caso, as obras que o hipotético autor tenha deixado inéditas e que não tenham sido publicadas pelos herdeiros? Como o prazo de proteção já se esgotou, é possível afirmar que as obras não publicadas se encontram também em domínio público? Em caso afirmativo, como garantir acesso a essas obras por parte da sociedade se muito provavelmente o meio físico em que se encontram são de propriedade dos herdeiros?

Aqui há que se fazer uma distinção. Se os herdeiros descumpriram a vontade do autor, que expressamente solicitara a publicação de sua obra, haverá abuso do direito por parte dos terceiros. Nesse caso, nem é necessário esperar que a obra entre em domínio público para se configurar o abuso: terá este sido caracterizado muito antes. Tal é o entendimento de Rodrigo Moraes⁶⁵³. Em outros, será necessário esperar mais do que o prazo legal previsto, caso seja expressamente a vontade do autor. Por exemplo, o americano Mark Twain, criador de personagens antológicos, como Tom Sawyer e Huckleberry Finn, determinou que sua autobiografia fosse publicada apenas 100 anos após sua morte (ocorrida em 1910), conforme amplamente noticiado⁶⁵⁴. A consequência, entretanto, de espera tão longa, ao menos do ponto de

⁶⁵¹ LEITE, Eduardo Lycurgo. *Direito (Moral) de Inédito*. Cit.; p. 123.

⁶⁵² José de Oliveira Ascensão resolve o problema de maneira mais simples. Afirma que o herdeiro não é titular do direito de autor. “Se não é titular, por natureza não pode ele próprio divulgar. O único conteúdo imaginável do direito ao inédito seria aqui o controle da divulgação ou não por terceiros. Vamos distinguir consoante o criador intelectual: (i) proibiu a divulgação; (ii) impôs a divulgação. Se o autor criador intelectual proibiu a divulgação, não se vê que simultaneamente possa atribuir os direitos patrimoniais a outrem. Confundir-se-ão afinal na titularidade dos herdeiros o núcleo patrimonial e as faculdades pessoais, o que não é a hipótese que consideramos agora: limitamo-nos aos casos em que a outrem pertence o direito patrimonial, e o direito pessoal cabe ao herdeiro. Só resta a hipótese de o autor ter imposto ao titular do direito patrimonial a divulgação. Se este não divulgar, o herdeiro terá legitimidade para lhe exigir a divulgação? Nesta hipótese muito restrita, não vemos razão para negar a legitimidade ao herdeiro”. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Cit; p. 276.

⁶⁵³ “O abuso torna-se evidente quando existe contradição entre a vontade manifestada pelo autor em vida e a atuação *post mortem* dos seus sucessores. Por exemplo, caso estes proibam a publicação de uma obra que o autor inequivocamente gostaria de ver publicada, tem-se que a conduta serve egoisticamente aos seus próprios interesses, revelando um comportamento antissocial, contrário ao desejo do criador falecido e, inclusive, da sociedade em geral. Essa atuação abusiva dos sucessores consistirá num entrave ao exercício do direito de acesso à cultura (CF, art. 215), o que torna plausível a intervenção do Poder Judiciário para a proteção do interesse geral da sociedade”. MORAES, Rodrigo. **Os Direitos Morais do Autor – Repersonalizando o Direito Autoral**. Cit.; p. 150.

⁶⁵⁴ Ver, entre outros, <http://ind.pn/eIVz1Y>; <http://fxn.ws/gzCogo>, <http://bit.ly/eW1WQB>. Acesso em 22 de janeiro de 2011.

vista de nosso direito, é a publicação da obra já em domínio público, sem que sobre ela possa se pleitear qualquer tipo de direito autoral.

Descumprem também os herdeiros a vontade do autor caso decidam publicar obra cujo autor tenha manifestado expressamente o desejo de manter inédita⁶⁵⁵. Por outro lado, se o autor silenciou quanto à sua vontade, caberá aos herdeiros decidir qual o destino da obra. Nesse passo é que a dificuldade se apresenta.

Imagine-se que os herdeiros tenham optado por não publicar a obra. Lembramos que, neste caso, “os herdeiros não exercem o direito ao inédito, como direito pessoal. Exercem o direito de explorar a obra, sendo a divulgação o caminho que terão necessariamente de percorrer para chegar a essa exploração”. Ou seja, “quando publicam ou não publicam, os herdeiros não asseguram com isso a tutela de direitos pessoais, que lhes caibam como criadores intelectuais. A sua personalidade não está implicada na divulgação. Exercem antes direitos patrimoniais. O direito pessoal está completamente ausente de tudo isto”⁶⁵⁶.

Ocorre que decorridos 70 anos da morte do autor, a obra entra em domínio público. Nesse caso, é possível os herdeiros, titulares do direito de propriedade do meio físico em que a obra se encontra, recusarem-se a publicá-la?⁶⁵⁷ Ou o fato de a obra ter ingressado em domínio público autoriza qualquer pessoa da sociedade a exigir acesso a ela?

A hipótese pode não ser corriqueira, mas também não é de todo descabida. O escritor J. D. Salinger, um dos mais cultuados autores norte-americanos do século XX, autor do mundialmente famoso “*O Apanhador nos Campos de Centeio*”, morreu em janeiro de 2010, tendo publicado apenas 4 livros. Especula-se que tenha deixado ao menos 15 romances inéditos⁶⁵⁸, que certamente seriam tratados como verdadeiros tesouros literários pelas editoras comerciais mundo afora.

⁶⁵⁵ O caso mais célebre de desrespeito à vontade do autor que havia manifestado o desejo de manter obra inédita foi o de Max Brod, ao publicar quase todos os escritos de Franz Kafka, que publicara pouquíssimo enquanto vivo. Como bem aponta Rodrigo Moraes, se no caso de Kafka essa desobediência aos ditames do autor deu certo do ponto de vista cultural, não pode servir de desculpa para a violação (cada vez mais frequente) do desejo de conservar obras inéditas. MORAES, Rodrigo. **Os Direitos Morais do Autor – Repersonalizando o Direito Autoral**. Cit.; p. 157.

⁶⁵⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Cit.; pp. 279-280. O autor prossegue: “[p]ortanto, também neste domínio, não alteramos a conclusão anterior. Os herdeiros, ou agem como continuadores do *de cuius* ou como titulares de direitos patrimoniais. Em caso nenhum são porém adquirentes derivados de direitos pessoais”.

⁶⁵⁷ Algumas leis tutelam a hipótese expressamente. A lei espanhola, por exemplo, determina em seu art. 40 que “*si a la muerte o declaración de fallecimiento del autor, sus derechohabientes ejerciesen su derecho a la no divulgación de la obra, en condiciones que vulneren lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, el Juez podrá ordenar las medidas adecuadas a petición del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, las instituciones públicas de carácter cultural o de cualquier otra persona que tenga un interés legítimo*”. A Constituição Espanhola, no art. 44, estabelece que “*1. Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho. 2. Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general*”.

⁶⁵⁸ Disponível em <http://bit.ly/gVhyV1>. Acesso em 22 de agosto de 2010.

Sabe-se que Salinger era francamente contra a publicação de seus livros, alegando que a publicação seria uma invasão terrível à sua privacidade. Caso tenha deixado indicações expressas de não publicação, entendemos que seus herdeiros deverão respeitá-la. Seus livros não poderão ter outro destino senão o ineditismo. Mas uma vez expirado o prazo de proteção, seria possível considerar que seus romances estão em domínio público? Nesse caso, um pesquisador da obra de Salinger ou uma editora comercial poderiam ter direito de ter acesso à obra para estudá-la ou publicá-la? Ou, ao contrário, continuariam proibidos de publicá-los?

Em um primeiro momento, a resposta mais adequada parece ser que não podem publicá-los pela vontade expressa do autor. Afinal de contas, o direito de inédito é atribuído aos herdeiros de modo a preservar a vontade do autor, prevalecendo a vontade daqueles apenas se este não a manifestou expressamente. Mas como todo direito de personalidade, a (alegada) privacidade tende a se esvanecer com o tempo.

Será que, caso Machado de Assis tivesse deixado obras inéditas com a indicação expressa de não publicação, sua vontade ainda estaria prevalente? Ou o benefício do acesso a tais obras para o estudo da literatura no Brasil seria tão grande a ponto de, em eventual conflito de interesses, se sobrepor à vontade do autor?

Que dizer então de obras inéditas de Milton, Bocaccio ou Dante? Passados séculos da morte de alguns dos mais notáveis autores do mundo, faz sentido manter (se houvesse) uma exigência de não publicação? E se se tratasse de Platão, Sócrates, Sófocles?⁶⁵⁹

Parece-nos, portanto, que durante o prazo de proteção da obra, a vontade do autor deve necessariamente ser respeitada – quer no sentido de publicar seu trabalho, quer no sentido de mantê-lo inédito. No entanto, com sua entrada em domínio público, a publicação da obra ou seu simples acesso por terceiros deveriam ser analisados caso a caso a partir da ponderação de princípios. Nesse caso, torna-se de fato impossível propor uma única solução. O tempo transcorrido desde a morte do autor, o benefício social do acesso às obras inéditas, o grau de certeza quanto à vontade de sua publicação, todos esses elementos deverão ser levados em consideração.

⁶⁵⁹ José de Oliveira Ascensão se insurge com veemência contra a perpetuidade dos direitos morais de autor ao afirmar que tal ideia é “uma barbaridade: como se fosse admissível que daqui a séculos alguém pretendesse controlar a utilização das obras atuais, invocando faculdades pessoais que lhe correspondessem como herdeiro ou cessionário de algum titular”. ASCENSÃO, José de Oliveira. *En Torno al Dominio Público de Pago y la Actividad de Control de la Administración en la Experiencia Portuguesa*. Cit.; p. 273.

Finalmente, que dizer do fato de o autor ter transmitido em vida, ou *causa mortis*, por legado, a um terceiro qualquer, os direitos patrimoniais sobre obra inédita? Com a morte do criador intelectual, quem terá o direito sobre sua publicação?

Uma vez que o direito de inédito não se transmite, mas apenas pode ser exercido pelo terceiro, tendo o autor transferido os direitos patrimoniais sobre a obra o mais provável é que tenha consentido com sua publicação. Nesse passo, parece mais correto que o terceiro publique a obra, sob pena de desrespeitar a vontade do autor falecido.

Uma última questão: caso os herdeiros decidam publicar obra inédita após expirado o prazo de proteção, não contarão com qualquer proteção legal: a obra será publicada já em domínio público, e quer os herdeiros, quer o editor, não contarão com qualquer direito de exclusividade sobre a publicação da obra. Em determinados ordenamentos, entretanto, a solução dada é distinta.

Conforme visto no capítulo 2, de acordo com o art. 4º da Diretiva 93/98/CEE, qualquer pessoa que, depois de expirar o prazo de proteção dos direitos de autor, licitamente publicar ou comunicar ao público uma obra anterior não publicada, beneficiará da proteção equivalente aos direitos patrimoniais do autor. O prazo de proteção desses direitos é de vinte e cinco anos a contar da data em que a obra tenha sido pela primeira vez licitamente publicada ou comunicada ao público, e por alguns autores é classificada como um direito conexo⁶⁶⁰.

Dessa forma, durante 25 anos, será possível àquele que a publicar, exercer sobre a obra a titularidade dos direitos autorais. Tal dispositivo visa a estimular a publicação de obras inéditas, ainda que o prazo de proteção aos direitos patrimoniais tenha expirado.

(iii) direito à integridade da obra

O inciso IV, do art. 24, determina que os sucessores poderão defender a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingir o autor, em sua reputação ou honra. Este dispositivo precisa ser interpretado necessariamente de acordo com a existência do instituto do domínio público.

Conforme já visto, uma das principais consequências de uma obra ingressar em domínio público é a sua livre manipulação por parte da sociedade, independentemente de qualquer autorização. Por isso, podem as obras em domínio público ser modificadas. Não podem os sucessores se opor a modificações em obras que já estejam em domínio público.

⁶⁶⁰ CHOISY, Stéphanie. *Le Domaine Public en Droit d'Auteur*. Cit.; p. 105.

Por isso, o direito previsto no inciso IV do art. 24, também – nos termos da lei – transmitido aos sucessores *causa mortis*, deve ser lido em duas partes distintas: (i) o de assegurar a integridade da obra, (ii) opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra.

Na primeira parte do inciso, é garantido ao autor o direito de impedir que sua obra sofra qualquer modificação. Tal direito decorre, inclusive, das prerrogativas patrimoniais de que desfruta o autor durante o termo legal de proteção. Afinal, em conformidade com os arts. 28 e 29 da LDA, apenas mediante prévia e expressa autorização do autor sua obra intelectual poderá ser editada, adaptada ou de qualquer outra forma utilizada com fins transformativos.

Já na segunda parte, é atribuída ao autor a faculdade de se opor a modificações que possam prejudicar sua obra ou atingi-lo, na qualidade de autor, em sua reputação ou honra. “‘Honra’, no art. 24, IV, da LDA-98, é a honra subjetiva, o juízo de valor que o indivíduo faz de si próprio. ‘Reputação’, por sua vez, é a honra objetiva, o juízo de valor que a sociedade faz do autor”⁶⁶¹.

O direito de assegurar a integridade da obra, pura e simplesmente, acaba quando é atingido o final do termo de proteção. Sendo uma das principais consequências do domínio público a possibilidade de se realizar usos transformativos em trabalhos alheios, impedir modificações em obras em domínio público seria o mesmo que inviabilizá-lo. “Nessa fase [no domínio público], o princípio básico é o de que qualquer interessado pode utilizar a obra, inclusive para derivações, passando a gozar dos direitos correspondentes sobre a respectiva forma (...)”⁶⁶². Aqui, o direito moral é limitado pelo exercício das faculdades inerentes à utilização da obra em domínio público. Não há, portanto, um verdadeiro direito de personalidade e nada justifica sua perpetuidade.

Entretanto, a conclusão diversa se chega com a análise da segunda parte do inciso IV. Assim como os direitos de personalidade não são absolutos (no sentido de se imporem a qualquer outro direito a eles contraposto), tampouco o domínio público poderá ser considerado um direito absoluto.

⁶⁶¹ MORAES, Rodrigo. **Os Direitos Morais do Autor – Repersonalizando o Direito Autoral**. Cit.; p. 168. António Castán Pérez-Gómez aponta a dificuldade de determinar o quanto da personalidade do autor encontra-se na obra, ou seja, quais são os valores transmitidos por uma obra intelectual que identificam seu autor. Tal problema, segundo Pérez-Gómez, se agrava à medida que se retrocede no tempo, por conta das escassas (e pouco seguras) informações acerca de autores há muito desaparecidos. PÉREZ-GÓMEZ, Antonio Castán. *Dominio Público, Derecho Moral y Derecho a la Personalidad Pretérita*. Cit.; p. 226.

⁶⁶² BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. Cit.; p. 112.

Por isso, mesmo após a entrada da obra em domínio público, a honra e a reputação do autor devem remanescer resguardadas. Dessa forma, ainda que usos transformativos sejam legalmente autorizados, encontrarão limite nos direitos de personalidade do autor, preservados ainda que o prazo de proteção patrimonial sobre suas criações já tenha expirado.

Certa vez, discutiu-se na França se haveria violação dos direitos morais dos pintores Renoir e Toulouse-Lautrec o acréscimo de suas próprias assinaturas em obras de suas autorias, originariamente não assinadas. O tribunal entendeu não haver qualquer violação. Em primeiro lugar, porque claramente se tratava de reproduções. A seguir, porque não havia erro ou confusão por parte do consumidor. Finalmente, porque as obras eram atribuídas a seus autores legítimos⁶⁶³.

Bem diferente, no entanto, é o caso da colorização do filme “*Os Segredos das Joias*”, de John Huston, originalmente filmado em preto e branco. Nesse caso, a corte francesa decidiu que havia violação do direito moral porque a concepção estética de que se valeu John Huston se apoiava no jogo de branco e preto que lhe permitia criar determinada atmosfera⁶⁶⁴. Diante da nossa lei, talvez fosse possível alegar prejuízo à obra, mas dificilmente, neste caso, se configuraria afronta à reputação ou à honra de seu autor.

Nem sempre será fácil verificar se a fronteira entre o uso permitido e o prejuízo à obra (ou à honra do autor) foi ultrapassada. Por isso, esta hipótese apenas pode ser analisada casuisticamente.

Em síntese, pode-se afirmar que:

a) os direitos morais apontados nos incisos I a IV do art. 24 da LDA serão transmitidos aos (*rectius*, exercidos pelos) sucessores do autor falecido;

b) o direito à paternidade, compreendido a partir da interpretação conjunta dos incisos I e II de referido artigo, consiste em verdadeiro direito de personalidade (direito ao nome) e deve ser considerado perpétuo por questão de ordem pública e por se tratar de direito de personalidade, não apenas por ser um direito moral de autor;

c) o direito de inédito será exercido pelos herdeiros na forma como tenha sido manifestada a vontade do autor. Caberá aos herdeiros decidirem pela publicação ou não da obra apenas no caso de o autor falecido ter silenciado quanto ao destino a ser dado à sua criação intelectual. Caso o autor tenha optado por manter a obra inédita, tal ineditismo deve ser respeitado ao menos até o fim do prazo de proteção dos direitos autorais. A partir daí, apenas a partir da análise do caso

⁶⁶³ PÉREZ-GÓMEZ, Antonio Castán. *Dominio Público, Derecho Moral y Derecho a la Personalidad Pretérita*. Cit.; p. 230.

⁶⁶⁴ PÉREZ-GÓMEZ, Antonio Castán. *Dominio Público, Derecho Moral y Derecho a la Personalidad Pretérita*. Cit.; p. 231.

concreto – por meio da ponderação de interesses – se poderá saber se pode (ou deve) ser dada publicidade à obra;

d) o direito à integridade da obra, *stricto sensu*, esgota-se com o fim do termo de proteção aos direitos patrimoniais. Ainda assim, mesmo com a obra em domínio público, poderão ser defendidas a honra e a reputação do autor, caso modificações em sua obra venham a ferir tais direitos de personalidade. É importante ressaltar, portanto, que toda modificação será autorizada em obras em domínio público exceto as que venham a prejudicar a honra ou a reputação do autor⁶⁶⁵ ou à própria obra.

Apesar de a LDA não tratar especificamente do tema, entendemos que a proteção ao título, nos termos do disposto no art. 10 da lei, estende-se em parte para além do prazo de monopólio dos direitos patrimoniais. Prevê o art. 10, *caput*, da LDA que “a proteção à obra intelectual abrange o seu título, se original e inconfundível com o de obra do mesmo gênero, divulgada anteriormente por outro autor”⁶⁶⁶.

O objetivo legal aqui é, em última instância, evitar confusão por parte do consumidor. Quanto mais genérico for o título, menor será sua proteção⁶⁶⁷. Já um título com maior distintividade contará com maior proteção. Ainda que a obra esteja em domínio público, os títulos com maior distintividade devem ser resguardados para evitar confusão no consumidor e enriquecimento indevido por parte dos autores. Assim, acreditamos que nomes como “... E o Vento Levou”, “O Grande Gatsby” e “O Velho e o Mar” até podem ser livremente utilizados uma vez que os originais estejam em domínio público, mas desde que fique inequívoco ao usuário, ou consumidor, o fato de não se tratar da obra original⁶⁶⁸.

⁶⁶⁵ Mais explicitamente, a lei espanhola chega à mesma conclusão. Também na Espanha, são 7 os direitos morais, muito semelhantes aos direitos morais previstos na LDA. Os únicos direitos tidos como perpétuos na lei espanhola, nos termos de seu art. 15, são o de “*exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra*” e o de se “*exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación*”. Parece-nos, neste caso, também haver uma tutela aos verdadeiros direitos de personalidade.

⁶⁶⁶ Para João Henrique da Rocha Fragoso, uma vez que “o título está vinculado à obra, como um verdadeiro direito de autor – sem que constitua uma obra autônoma, mas parte inextrincável dela – a modificação do título é vedada aos herdeiros ou sucessores, que venham a publicar a obra postumamente, uma vez que atenta contra o direito moral de modificação. Naturalmente que pode o autor ter conferido à obra mais de um título para escolha posterior, facultando-se aos herdeiros a escolha do título definitivo. Pode o autor falecido ter deixado a obra sem título, caso em que os sucessores e mesmo o editor, sob autorização destes, pode dar-lhe o título adequado. É uma conclusão respaldada pelo que contém o artigo 55 da LDA, o qual prevê a possibilidade de o próprio editor determinar que a obra deixada incompleta seja terminada por outrem – mediante autorização dos sucessores”. FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral – Da Antiguidade à Internet**. Cit.; pp. 181-182.

⁶⁶⁷ A regra, neste caso, se assemelha à da novidade relativa requerida para o registro das marcas, bem como à ideia de marcas fortes e marcas fracas. Quanto mais forte for a marca, maior será sua proteção.

⁶⁶⁸ Um dos poucos casos a respeito do tema de que tivemos notícia resultou em decisão contrária ao que defendemos, no entanto. O diretor francês Roger Vadim foi – estranhamente – impedido judicialmente de exibir um de seus filmes com o título “*Les Liaisons Dangereuses*”, por se tratar de homônimo do clássico de Choderlos de Laclos, escrito em 1772. A questão se resolveu

Analisada a aplicação dos direitos morais de autor diante do fenômeno da sucessão prevista no §1º do art. 24, bem como os efeitos do ingresso da obra em domínio público sobre esses mesmos direitos, precisamos nos dedicar a compreender, agora, quais os efeitos da aplicação do §2º do mesmo artigo, que prevê que compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra em domínio público.

A lei de direitos autorais de Portugal conta com dispositivo semelhante⁶⁶⁹. Vejamos o que diz Alexandre Dias Pereira⁶⁷⁰:

Também neste ponto a nossa lei não é muito clara, sendo mesmo contraditória. Por um lado, prescreve a imprescritibilidade dos direitos morais, dispondo que se mantêm depois da extinção dos direitos patrimoniais. Por outro lado, estatui que, uma vez caída a obra no domínio público, o exercício de tais direitos caberá apenas ao Estado, competindo-lhe assegurar a sua genuinidade e integridade. Assim, não apenas os herdeiros, mas também as entidades de gestão colectiva não poderão intervir em juízo em defesa do direito moral do autor, pois que o exercício de tais direitos é reservador ao Estado para efeitos de defesa, não da honra e reputação do autor, mas apenas da genuinidade e integridade da obra, enquanto valor cultural do domínio público.

Na França, o decreto 97.713, de 11 de junho de 1997, confere ao Ministro da Cultura a missão de “tornar acessível, ao maior número de pessoas, grandes obras da humanidade, e especialmente da França, assegurar o mais amplo acesso a nosso patrimônio cultural, promover a criação de obras de arte e do espírito e desenvolver as artes”⁶⁷¹.

Como se vê, a atribuição ao Ministério da Cultura da França é uma tarefa de promoção do patrimônio imaterial francês. O objetivo claro é evitar a perda, a deterioração ou o esquecimento de obras intelectuais⁶⁷².

No Brasil, o texto da LDA é lacônico, contentando-se em informar que compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra em domínio público⁶⁷³. Diante de tal texto, é necessário responder a algumas indagações: (i) qual o limite da defesa do domínio público pelo Estado, ou seja, que direitos devem ser defendidos?; (ii) quem, exatamente, tem legitimidade para defendê-

com a adição do ano de lançamento do filme, que passou a se chamar “*Les Liaisons Dangereuses 1960*”. Por se tratar inclusive de filme baseado na obra literária a cujo nome se refere parece-nos bastante singular a decisão do Poder Judiciário francês. GÓMEZ, Eduardo Serrano. *Jurisprudencia, Casos y Cosas sobre Duración y Dominio Público. La Duración de la Propiedad Intelectual y las Obras en Dominio Público*. Coord.; Carlos Rogel Vide. Madri: Réus, 2005; p. 200.

⁶⁶⁹ Art. 57 (2) da lei de direitos autorais portuguesa: “A defesa da genuinidade e integridade das obras caídas no domínio público compete ao Estado e é exercida através do Ministério da Cultura”.

⁶⁷⁰ PEREIRA, Alexandre Dias. **Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica**. Cit.; p. 377.

⁶⁷¹ Tradução livre do autor. No original, lê-se que: *art. 1er - Le ministre de la culture et de la communication, porte-parole du Gouvernement a pour mission de rendre accessibles au plus grand nombre les oeuvres capitales de l'humanité, et d'abord de la France, d'assurer la plus vaste audience à notre patrimoine culturel, de favoriser la création des oeuvres de l'art et de l'esprit et de développer les pratiques artistiques.*

⁶⁷² CHOISY, Stéphanie. **Le Domaine Public en Droit d'Auteur**. Cit.; p. 34.

⁶⁷³ Na França, a competência é dos herdeiros, nos termos do CPI, art. L121-1

los em juízo? e (iii) qual a medida adequada para assegurar a proteção aos direitos morais dos autores cujas obras estejam em domínio público?

Para respondermos à primeira indagação, é necessário retomarmos um ponto anterior. Já tivemos a oportunidade de ver acima que, expirado o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, permanecem protegidos alguns dos direitos morais de autor, notadamente o direito à autoria e à paternidade da obra e o direito a manter sua integridade, a depender do caso.

Em regra, a obra em domínio público pode ser livremente utilizada, independentemente de autorização ou licença de quem quer que seja. Assim, no âmbito de sua utilização encontra-se o direito de modificá-la. Apesar disso, em alguns casos bastante específicos esse direito sofrerá limitações. Imagine-se, por exemplo, a seguinte hipótese: após décadas fora de circulação comercial, uma obra em domínio público volta a ser editada. No entanto, a versão editada da obra é substancialmente diferente da obra original, com modificações no texto que chegam a comprometer sua integridade. Seria, nesse caso, atribuição do Estado exigir que o público fosse informado acerca das adaptações, diante do risco de a obra nova vir a substituir a obra antiga como se fosse original⁶⁷⁴.

É fundamental observarmos, no exemplo citado, que a conduta do Estado não pode ultrapassar a exigência de informação, quando houver risco em se transmitir um patrimônio cultural não autêntico ou parcial. Mais do que isso – como proibir a modificação do original – caracterizaria censura e violação legal.

O direito de paternidade e o direito de preservar a integridade da obra em alguns casos especiais devem ser defendidos pelo Estado por se tratar de direitos morais do autor – e porque assim a LDA prevê. No entanto, se a violação se der em razão de direitos de personalidade do autor, a competência será exclusivamente dos herdeiros.

⁶⁷⁴ CHOISY, Stéphanie. *Le Domaine Public en Droit d'Auteur*. Cit.; p. 37. Algumas práticas recentes podem nos fazer pensar. Um caso peculiar foi noticiado pelo jornal Folha de São Paulo, em seu suplemento “Ilustrada”, nos dias 07 e 08 de janeiro de 2011. Espera-se para fevereiro de 2011 uma edição de “*As Aventuras de Huckleberry Finn*”, do escritor Mark Twain (1835-1910), publicada pela NewSouth Books, na qual a palavra “nigger” (algo como “crioulo”), que aparece 219 ao longo do texto, é substituída por “slave” (“escravo”). A modificação foi sugerida pelo professor de literatura Alan Gribben, que alegava não se sentir à vontade para pronunciar a palavra “nigger” em sala de aula. Ocorre que a mudança vem sendo bastante contestada. Ivan Finotti (Folha de São Paulo, Ilustrada, p. 1, de 08 de janeiro de 2011) afirma que a conduta é “voltar atrás e refazer a realidade como ela deveria ter sido”. Na opinião de Finotti, “[s]e Mark Twain escrevia crioulo para se referir a escravos em ‘*As Aventuras de Huckleberry Finn*’ (1884), e não se usa mais essa alcunha no século 21, trata-se de prova incontestável de evolução social. Ao censurar a palavra, o professor e a editora desrespeitam 126 anos de luta por direitos humanos”. Se por um lado é possível ha ver modificações nas obras em domínio público, entendemos que qualquer modificação que não seja uma simples revisão ortográfica, por exemplo, deve ser comunicada ao público – se por mais nada, como base na boa-fé objetiva que deve pautar todas as condutas humanas. Além disso, em tempos politicamente corretos, processos de “saneamento” de obras intelectuais podem ser cada vez mais frequentes, especialmente tendo toda a tecnologia à disposição de quem esteja disposto a tanto. Nesse cenário, as obras em domínio público são mais facilmente adulteradas, competindo ao Estado exercer forte atuação de modo a impedir que a história seja reescrita sem deixar rastros de seus verdadeiros passos.

Nesse sentido, compete aos herdeiros – mesmo que a obra esteja em domínio público – a defesa de dois direitos: o direito de paternidade, em legitimação concorrente com o Estado, não por se tratar apenas de direito moral do autor, mas por se tratar também de direito de personalidade (direito ao nome), e o direito de se opor a modificações na obra que possam atingir o autor em sua reputação ou honra. Nesses casos, não mais por serem direitos morais, mas porque são direitos de personalidade e esta é a previsão legal do parágrafo único do art. 12 do CCB.

Ademais, o art. 24, §2º, da LDA, determina que compete ao Estado a defesa da *integridade* e da *autoria* da obra caída em domínio público. Não se faz, aqui, referência aos direitos morais do autor, à sua honra, ou a qualquer outro de seus direitos de personalidade – exceto o nome. E fez bem a lei em silenciar quanto a tal aspecto, já que sua defesa constitui prerrogativa dos sucessores do autor falecido, e não do Estado.

Uma vez estabelecido o âmbito de proteção por parte do Estado de obras ingressadas em domínio público, cabe-nos indagar a quem, especificamente, compete defender referidas obras, bem como o meio adequado para defendê-las. Conforme visto anteriormente, a LDA tem previsão bastante lacônica nesse sentido, limitando-se a afirmar que a defesa da obra em domínio público compete ao Estado. Quem, na estrutura do Estado, teria tal atribuição? E valendo-se de qual medida?

Do ponto de vista constitucional, a tarefa parece ser do Ministério Público. Instituído pela CF/88 como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbem-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis⁶⁷⁵.

Já em seu art. 129, a CF/88, ao dispor acerca das funções institucionais do Ministério Público, prevê, no inciso III, a promoção de inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Para José Afonso da Silva, “[n]esse dicção constitucional por certo se inclui a defesa do patrimônio cultural”⁶⁷⁶.

Por patrimônio cultural, o art. 216 da CF/88 entende 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*,

⁶⁷⁵ CF/88, art. 127, *caput*.

⁶⁷⁶ SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*. Cit.; p. 172.

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 (*grifamos*).

Ora, estando as criações científicas e artísticas entre as obras protegidas por direitos autorais (devendo as obras literárias ser incluídas entre as obras artísticas) e compondo as criações científicas, artísticas e tecnológicas o patrimônio cultural, é certo que as obras protegidas por direitos autorais compõem o patrimônio cultural brasileiro. Nesse sentido, deverão ser protegidas por seus titulares enquanto vigorar o monopólio a que legalmente fazem jus e, uma vez expirado o prazo de proteção, devem ser defendidas pelo Estado por meio de ação civil pública.

Terá legitimidade ativa apenas o Ministério Público? Parece-nos que não.

A lei que trata da ação civil pública – lei 7.347/85 – prevê, em seu art. 5º, legitimidade ativa para a propositura da ação os seguintes entes: (i) o Ministério Público; (ii) a Defensoria Pública; (iii) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (iv) a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e (v) a associação que, concomitantemente esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Apesar de a CF/88 atribuir ao Ministério Público legitimidade para propor a ação civil pública, não o faz em caráter de exclusividade. Dessa forma, parece-nos que a melhor interpretação é a que estende a legitimidade para os demais entes citados no diploma legal próprio. Tanto parece ser assim que esta foi a sugestão apresentada pelo Ministério da Cultura na proposta de mudança da LDA, discutida em meados de 2010⁶⁷⁷.

(e) vedação ao ingresso no domínio privado de obra em domínio público

⁶⁷⁷ Em junho de 2010, o Ministério da Cultura apresentou extensa proposta de mudança da LDA por meio de um *website* (<http://www.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/>) onde todos os interessados podiam auxiliar com sugestões de alteração do texto. A plataforma colaborativa permitiu o envio de contribuições até o dia 31 de agosto de 2010. A partir de então, o Ministério da Cultura se dedicou a consolidar as manifestações para adequar a redação original às propostas. No momento, aguarda-se a redação do texto final a ser submetido ao Congresso Nacional. Em conformidade com a proposta original do Ministério da Cultura, o art. 24, §2º, passaria a vigorar com a seguinte redação: “Compete aos entes federativos, aos órgãos e às entidades previstas no *caput* do art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público”. Para maiores informações acerca do processo de discussão pública e seu impacto no domínio público, remetemos o leitor ao Apêndice I deste trabalho.

Em abril, [Carlos] Imperial lançou um compacto simples de Célia e Celma com as canções “O ratinho”, feita em cima de Topo Gigio, um camundongo importado da Itália que aparecia na TV Globo ao lado de Agildo Ribeiro, e “O coelhinho”, uma canção de domínio público que Célia e Celma ensinavam para suas alunas quando eram professoras em Ubá. Os arranjos eram de Leonardo Bruno, também parceiro de Carlos em “O ratinho”. Foi a partir desse trabalho que Imperial começou a prestar mais atenção em canções de domínio público. Na Odeon, quis saber para quem iriam os direitos autorais, e lhe responderam que iriam para a própria gravadora. Correu e registrou “O coelhinho” como sua, além de todas as canções sem autor que foi encontrando. O caso que acabou ganhando os jornais foi o registro de “Meu limão, meu limoeiro”, o que provocou uma saraivada de críticas. Mas ele nem se abalou:

- Comigo é assim: mulher e música, se não tiver dono, eu vou lá e apanho.

Em casa, Dona Zezé o repreendia:

- Mas, Carlos Eduardo, como você tem coragem de dizer que essa música é tua? Meu filho, cansei de te embalar cantando ela quando você era recém-nascido.

O episódio anedótico acima transcrito é narrado por Denílson Monteiro em “*Dez! Nota Dez! Eu sou Carlos Imperial*”⁶⁷⁸, biografia do polêmico artista, falecido em 1992. Na história, não causa estranheza apenas o fato de Carlos Imperial ter registrado indevidamente canções de autores desconhecidos, mas igualmente o fato de tal registro de ter sido aceito, quer pelo órgão competente, quer pela sociedade. Em rápida pesquisa realizada na internet, pode-se perceber que “*Meu limão, meu limoeiro*” tem sua autoria frequentemente atribuída a José Carlos Burle e Carlos Imperial⁶⁷⁹.

Essa é uma forma inadmissível de se apropriar de obras em domínio público. A proteção das obras em domínio público pelo Estado tem inclusive, entre seus fundamentos, impedir a violação do direito de paternidade quando o autor é conhecido ou a apropriação de obra de autor desconhecido. No entanto, não é a única, tampouco a mais comum, das maneiras de fazer obra em domínio público reingressar, em alguma medida, no domínio privado.

Em alguns casos, é a própria lei que autoriza o reingresso de obras em domínio público no domínio privado, ao estender prazos de proteção. Em outros casos, busca-se proteger obras criadas a partir de outras em domínio público, sendo que a originalidade das obras novas é discutível, a ponto de se indagar se deveriam mesmo ser protegidas ou se conferir proteção a elas consistiria em permitir uma reapropriação de obras em domínio público⁶⁸⁰. Finalmente, há casos em que a apropriação da obra se dá simplesmente por haver um direito de propriedade sobre o suporte onde ela se encontra ou um direito conexo sobre o modo de sua emissão. Vejamos cada um dos casos.

⁶⁷⁸ MONTEIRO, Denílson. *Dez! Nota Dez! Eu Sou Carlos Imperial*. São Paulo: Matrix, 2008; p. 228.

⁶⁷⁹ A autoria consta também da base de dados do ECAD, podendo ser verificada em <http://bit.ly/ihXI3w>. Acesso em 04 de setembro de 2010.

⁶⁸⁰ A respeito da originalidade das obras e criticando a proteção conferida a obras sem qualquer contribuição reflexivo-transformadora por parte de seus autores, ver GRAU-KUNTZ, Karin. *Domínio Público e Direito de Autor*. Cit..

De acordo com a lei autoral brasileira anterior, o prazo de proteção era de 60 anos contados da morte do autor⁶⁸¹. Quando do surgimento da LDA, em 1998, fazia 2 anos que as obras de Fernando Pessoa, morto em 1935, haviam entrado em domínio público no Brasil.

Com a prorrogação do prazo de proteção para 70 anos, seria de se indagar se Fernando Pessoa deveria voltar ao domínio privado. A LDA se ocupou da matéria em um de seus últimos artigos, o 112, para deixar inequívoco que se a determinada obra estivesse em domínio público, a LDA não a devolveria ao domínio privado: “se uma obra, em consequência de ter expirado o prazo de proteção que lhe era anteriormente reconhecido pelo § 2º do art. 42 da Lei nº. 5.988, de 14 de dezembro de 1973, caiu no domínio público, não terá o prazo de proteção dos direitos patrimoniais ampliado por força do art. 41 desta Lei”.

Conforme visto no capítulo anterior, o destino do mesmo Fernando Pessoa foi diferente em Portugal. Uma vez que a Europa, de modo geral, teve que harmonizar seus prazos de proteção em meados da década de 1990, deu-se uma grande reprivatização da cultura, já que muitos países europeus contavam com prazos menores do que o determinado pela diretiva europeia: 70 anos a partir da morte do autor. Por isso, obras de autores como Fernando Pessoa e James Joyce, que ainda não haviam entrado em domínio público na Alemanha (cujo direito autoral serviu de base para a estipulação do novo prazo harmonizado), voltaram ao domínio privado em seus países de origem e em todo o território europeu onde a proteção já não mais existisse⁶⁸².

Recentemente, no caso *Golan vs. Gonzales*, discutiu-se se obras estrangeiras já em domínio público nos Estados Unidos poderiam voltar ao domínio privado. A controvérsia se mostrava relevante porque envolvia obras cinematográficas notórias, como “*Metrópolis*” (Fritz Lang, 1927) e “*O Terceiro Homem*” (Carol Reed, 1949), além de músicas de Igor Stravinsky e textos de H. G. Wells.

Apesar de a primeira decisão ter sido no sentido da inconstitucionalidade da lei que devolveu as obras ao domínio privado⁶⁸³, em junho de 2010, em sede de apelação, o cenário se inverteu, tendo referida lei sido declarada constitucional⁶⁸⁴.

⁶⁸¹ Lei 5.988/73, art. 42: Os direitos patrimoniais do autor perduram por toda sua vida. § 1º - Os filhos, os pais, ou o cônjuge gozarão vitaliciamente dos direitos patrimoniais do autor que se lhes forem transmitidos por sucessão *mortis causa*. § 2º - Os demais sucessores do autor gozarão dos direitos patrimoniais que este lhe transmitir pelo período de sessenta anos, a contar do 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento. § 3º - Aplica-se às obras póstumas o prazo de proteção a que aludem os parágrafos procedentes.

⁶⁸² *Fernando Pessoa volta ao domínio público*. Disponível em <http://bit.ly/gbFCT2>. Acesso em 07 de agosto de 2010.

⁶⁸³ Disponível em <http://bit.ly/hUVkUs>. Acesso em 04 de setembro de 2010.

⁶⁸⁴ Disponível em <http://bit.ly/fIQCOs>. Acesso em 04 de setembro de 2010.

Embora não seja exatamente o caso aqui, algumas leis de direitos autorais, ao dilatarem o prazo de proteção, fazem que obras já em domínio público voltem a ser protegidas. E quando obras em domínio público voltam à proteção (dando origem ao que pode ser chamado de “*copyright ghosts*”⁶⁸⁵), gera-se grande insegurança jurídica. Afinal, nem sempre vai ser fácil precisar se o uso da obra se deu enquanto ela estava em domínio público ou apenas depois de ter voltado à proteção.

De toda forma, mesmo com uma obra inequivocamente em domínio público, é possível que determinadas condutas sejam realizadas de modo a permitir uma certa reapropriação privada. Sendo assim, a primeira questão prática que se põe é a seguinte: reprodução de obra em domínio público também está em domínio público? Existe direito autoral sobre a obra fotográfica (que registra obra em domínio público) ou não?

Uma das mais relevantes indagações quando se trata de apropriação de obra em domínio público não é exatamente a possibilidade de sua reprodução, mas sim a forma de se ter acesso a uma de suas reproduções. É certo que qualquer pessoa que vá ao Louvre poderá fazer sua própria foto da Mona Lisa. No entanto, ainda que se precise de uma foto da Mona Lisa como matéria prima para uma obra derivada, ir a Paris apenas com esta finalidade é algo bastante improvável para a maioria dos seres humanos.

De toda forma, se a foto da Mona Lisa for feita *in loco*, existirá direito autoral sobre a foto? Esta é uma questão bastante controversa.

Conforme vimos no capítulo anterior, a reprodução de uma fotografia de Paul Kane, já inegavelmente em domínio público, gerou enorme controvérsia, envolvendo até mesmo a renomada National Gallery e o Ministry of Cultural Heritage. Ainda que no Canadá a questão não tenha dado causa a uma ação judicial, nos Estados Unidos houve disputa semelhante envolvendo a Bridgeman art Library e a Corel, sendo decidido que fotografias de obras em domínio público também devem ser consideradas obras em domínio público.

Acreditamos que no Brasil a decisão devesse seguir o mesmo rumo. Como se sabe, o direito autoral – ao menos no Brasil – não existe para proteger nem o esforço nem o investimento. Se não estiverem presentes os elementos indispensáveis para a proteção da obra (dentre os quais destacamos neste momento a originalidade), a obra não deverá ser protegida. A jurisprudência nacional é silente acerca da questão – o que não chega a ser surpreendente, dado o

⁶⁸⁵ Disponível em <http://bit.ly/f8NpV9>. Acesso em 12 de julho de 2010.

número reduzido de casos relacionados a direitos autorais levados à apreciação do judiciário brasileiro. Não deixa de ser, entretanto, relevante matéria prática, especialmente diante das possibilidades oferecidas pela internet.

A mesma controvérsia acerca da reprodução fotográfica de obra em domínio público nos leva a outro campo, o das edições de livros. É bem verdade que sempre que alguém produz uma obra derivada a partir de outra obra já em domínio público, o autor da obra derivada fará jus à proteção autoral, nos termos do art. 14 da LDA, contanto que estejam presentes os requisitos de proteção. Por isso é que, neste particular, exerce papel fundamental a originalidade. A obra derivada apenas poderá ser protegida se for, ela própria, original⁶⁸⁶.

Uma vez em domínio público, a obra literária poderá ser modificada, adaptada e transformada, tendo como resultado, inclusive, versões inusitadas como “*Razão e Sensibilidade e Zumbis*”. Mas quanto de originalidade é necessário para o autor da obra nova garantida sobre ela direitos autorais?

Diversos casos foram julgados nos Estados Unidos em que a proteção à obra derivada foi recusada, exatamente por carecer de originalidade. São exemplos a correção ortográfica e gramatical em texto em domínio público e a tradução de 850 palavras e 45 frases curtas do Árabe para o Inglês⁶⁸⁷. Já em Israel, conforme visto, a tradução (ou decifração, termo que parece mais adequado ao caso) de um curto texto milenar foi declarada protegida por direitos autorais, apesar de todo o interesse acadêmico, científico e cultural atrelado ao texto.

O primeiro exemplo é particularmente relevante em razão das sucessivas edições de obras clássicas lançadas no mercado. A adição de novos elementos às obras (prefácios, posfácios, ilustrações) tem como resultado a proteção autoral a tais elementos, mas não ao texto original. Assim, uma nova edição de “*Os Lusíadas*” ou de qualquer obra de José de Alencar ou de

⁶⁸⁶ Sobre o tema, afirma José Carlos Costa Netto: “[d]esses três elementos [pertencer ao domínio das letras, das artes ou das ciências; ter originalidade; achar-se no período de proteção fixado pela lei], o que mais tem ocupado a atenção dos juristas concerne à originalidade, que deve ser tomada como uma característica respeitante à forma de exteriorização da idéia, e não em relação à idéia em si, que, como visto, não é considerada como objeto dos direitos de autor. A expressão utilizada por Henry Desbois é a ‘originalidade da forma’ (...)”. NETTO, José Carlos Costa. **Direito Autoral no Brasil**. São Paulo: Ed. FTD, 1998; pp. 56-57. Ressaltam ainda a importância da originalidade ou criatividade, entre outros: POLI, Leonardo Macedo. **Direito Autoral – Parte Geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008; p. 112; MENEZES, Elisângela Dias. **Curso de Direito Autoral**. Cit.; p. 45; AFONSO, Otávio. **Direito Autoral – Conceitos Essenciais**. Barueri: Manole, 2009; p. 14; PIMENTA, Eduardo. **Princípios de Direitos Autorais – Livro I**. Cit.; p. 69; ABRÃO, Eliane Y.. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. Cit.; p. 95; FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral – Da Antiguidade à Internet**. Cit.; p. 115; ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Cit.; p. 50. Criticando o conceito genérico e abrangente de originalidade, LANGE, David. *Recognizing the Public Domain. Law and Contemporary Problems – vol. 44*; p. 157. Disponível em <http://bit.ly/fx4X2r>. Acesso em 12 de setembro de 2010.

⁶⁸⁷ FISHMAN, Stephen. *The Public Domain – How to Find & Use Copyright-Free Writings, Music, Art & More*. Cit.; p. 72. Respectivamente, *Grove Press, Inc. v. Collectors Publication, Inc.*, 264 F. Supp. 603 (C.D. Cal. 1967) e *Signo Trading Int’l, Ltd. v. Gordon*, 535 F. Supp. 363 (N. D. Cal. 1981).

Machado de Assis não estaria protegida por direitos autorais a menos que contasse com estes novos elementos. Nesse caso, a proteção recairia exclusivamente sobre os elementos novos. Por melhor que seja a edição, por mais apurada e sofisticada que seja a impressão, o texto original poderá ser copiado independentemente de autorização ou licença de quem quer que seja e por qualquer meio. Entendimento contrário seria uma violação ao direito de acesso a obra em domínio público⁶⁸⁸.

Por isso é que entendemos não haver qualquer proteção possível à *edição* de uma obra em domínio público. Ainda que com acabamento impecável, com papel de qualidade superior, com *layout* inovador e revisão de texto primorosa, a menos que haja elementos originais na obra (ilustrações, notas de rodapé explicativas, comentários do editor), não gozará seu editor de qualquer proteção. Do ponto de vista do direito autoral, uma edição de obra em domínio público poderá ser reproduzida livremente, sem qualquer obstáculo⁶⁸⁹.

No Brasil, a LDA não prevê proteção aos tipos gráficos (fontes) nem à maneira de organizá-los visualmente⁶⁹⁰. Em alguns países⁶⁹¹, entretanto, tal proteção é conferida. Nesse caso,

⁶⁸⁸ Muito conhecido o caso da empresa de *software* Adobe, que protagonizou há algum tempo um evento curioso. Em seu catálogo de livros que poderiam ser baixados para leitura, estava o clássico em domínio público “Alice no País das Maravilhas”. Ainda que o livro estivesse em domínio público, ao clicar no programa para ter acesso ao seu conteúdo, o usuário se deparava com a seguinte lista de restrições: (i) Cópia: nenhuma parte do livro pode ser copiada; (ii) Impressão: não é permitido imprimir este livro; (iii) Empréstimo: este livro não pode ser emprestado ou dado a terceiros; (iv) Doação: este livro não pode ser doado; (v) Leitura em voz alta: este livro não pode ser lido em voz alta. Por ser tratar especialmente de um livro em domínio público, o absurdo das vedações fala por si só. Aparentemente, tratava-se de um caso em que um livro infantil em domínio público não poderia ser lido em voz alta pelos pais para seus filhos. Questionada a respeito das vedações, a Adobe prontamente se defendeu dizendo que a última das proibições se referia ao uso do comando “ler em voz alta” do programa, e não ao fato de alguém ler o livro em voz alta para um terceiro. Mas então indaga Lawrence Lessig, ao discutir a doutrina do *fair use*: se alguém conseguisse contornar a restrição tecnológica que impede o livro de ser lido em voz alta para que a leitura pelo próprio computador fosse feita a um cego, a Adobe consideraria que houve um uso injusto do programa? Do ponto de vista do domínio público, as instruções da Adobe para uso da obra se tornam ainda mais canhestras. LESSIG, Lawrence. **Cultura Livre: Como a Grande Mídia Usa a Tecnologia e a Lei para Bloquear a Cultura e Controlar a Sociedade**. Cit.; p. 164. Em regra, a aplicação de TPMs – *technological protection measures* (mecanismos tecnológicos que impedem a reprodução ou a cópia de arquivos digitais) em obras em domínio público é conduta tipicamente classificada como abusiva.

⁶⁸⁹ Segundo Antônio Chaves, um direito dessa natureza “é admitido apenas parcialmente pela Lei da República Federal Alemã de 09.09.1965 com relação às edições científicas, garantindo por dez anos, ao autor das edições de obras e textos não amparados pelo direito de autor, ‘uma proteção análoga à estabelecida em virtude das disposições da parte 1’ da mesma lei, desde que ‘as mesmas representem o resultado de um esforço ou atividade científica e se diferenciem de uma maneira essencial das demais obras ou textos conhecidos’”. CHAVES, Antônio. **Direitos Conexos**. Cit.; pp. 588-589. Atualmente, o prazo é de 25 anos, conforme disponível em <http://bit.ly/ejbyR9>. Acesso em 04 de setembro de 2010.

⁶⁹⁰ Antônio Chaves defende direitos conexos às editoras, nos mesmos moldes daqueles previstos para as produtoras fonográficas. CHAVES, Antônio. **Direitos Conexos**. Cit.; pp. 587 e ss. De nossa parte, entendemos tal opinião inconcebível. Conferir ao editor um direito conexo pela edição significa, na prática, impedir a livre circulação de obras em domínio público por conta de elementos que não compõem a obra. Esta deve circular independentemente dos elementos externos que lhe dão forma, como os tipos gráficos e a disposição do texto sobre a página. Se de fato há semelhança entre o trabalho do editor e aquele do produtor fonográfico, julgamos que deve a este último ser subtraído o direito conexo e não se atribuir ao primeiro direito de que, hoje, não goza. Os direitos conexos dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão não são mais do que a proteção ao investimento, não havendo, em regra, qualquer contribuição criativa ou artística à obra. No mesmo sentido, o trabalho das editoras. Por isso, não devem mesmo estar protegido pelo texto da LDA.

⁶⁹¹ Segundo Stephen Fishman, Inglaterra e Itália estão entre eles. FISHMAN, Stephen. **The Public Domain – How to Find & Use Copyright-Free Writings, Music, Art & More**. Cit.; p. 291.

não é possível se fazer cópia da obra em domínio público porque tal conduta acarretaria a violação de direitos autorais atribuídos aos tipos gráficos. A lei espanhola, por exemplo, conta com as seguintes regras:

Artículo 129. obras inéditas en dominio público y obras no protegidas.

[...]

2. *Del mismo modo, los editores de obras no protegidas por las disposiciones del Libro I de la presente Ley, gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción, distribución y comunicación pública de dichas ediciones siempre que puedan ser individualizadas por su composición tipográfica, presentación y demás características editoriales.*

Artículo 130. Duración de los derechos.

[...]

2. *Los derechos reconocidos en el apartado 2 del artículo anterior durarán veinticinco años, computados desde el día 1 de enero del año siguiente al de la publicación.*

Dessa forma, imagine-se por exemplo uma edição comemorativa de “Os Sertões”, de Euclides da Cunha (em domínio público desde 1970), cuja capa é ilustrada por uma fotografia do autor ou por desenho contemporâneo à publicação original e com prazo de proteção expirado. Ambos os elementos (texto e capa) são obras em domínio público. Afinal, ainda que venha a ser publicada uma edição com texto revisado pela ortografia atual e com tipos gráficos especialmente desenvolvidos para a ocasião, entendemos que não havendo acréscimo original, não poderá a edição em si mesma ser protegida. O texto (que é o que se encontra em domínio público independentemente da forma gráfica como é expresso) poderá ser reproduzido por quem assim o desejar, bem como a ilustração da capa.

Apesar da liberdade atrelada ao uso da obra em domínio público, alguns limites precisam ser observados, sendo um deles a concorrência desleal. Afinal, mesmo não havendo proteção *por direito autoral*, o exemplo acima aponta a existência de um investimento na revisão e no preparo de uma edição de determinada obra literária. Permitir que, por conta da falta de proteção do texto ou da ilustração, terceiros possam reproduzi-la de modo idêntico, a ponto de causar confusão ao consumidor, aproveitando o trabalho alheio, seria autorizar uma prática de concorrência desleal.

Observe-se, nesse sentido, que o art. 4º, VI, do Código de Defesa do Consumidor prevê que um dos princípios a que o Código pretende dar guarida é a coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal, entre outras práticas. Já a LPI determina, em seu art. 195, diversas hipóteses em que a concorrência desleal é identificada. Uma delas é empregar meio fraudulento para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem.

Em comentário ao inciso III do referido artigo, Celso Demanto lembra existirem diversas “modalidades de fraude enquadradas nesse dispositivo legal, começando pela confusão com os produtos do concorrente, imitando a ‘aparência extrínseca do produto do competidor, de um modo que o seu se apresente semelhante aos olhos dos consumidores e estes o compreem, pensando ser o artigo daquele concorrente”⁶⁹².

Por isso, mesmo não havendo um obstáculo na seara do direito autoral, determinadas práticas devem ser coibidas por violarem outros direitos, garantidos em outros diplomas legais.

Outro aspecto bastante controvertido é o de se ter acesso a determinadas obras que, por sua natureza, se imbricam a seus próprios suportes materiais⁶⁹³. Conforme já tivemos a oportunidade de apontar no item 1.2.2, distinguem-se o *corpus mysticum* e o *corpus mechanicum*. O primeiro é a obra em si; o segundo, seu suporte.

Normalmente, a obra independe do suporte. O texto de um livro pode ser digitalizado e assim se desprender do meio físico onde se encontra. O mesmo se dá com músicas registradas em CDs e convertidas em arquivos MP3, vídeos gravados indistintamente em antigos VHS ou em *blu-ray* ou ainda arquivos fotográficos, indiferentemente armazenados em negativos, meio digital ou qualquer outro suporte. Em todos esses exemplos, existe evidente diferença entre a obra e o suporte onde ela se encontra registrada.

Ocorre que as obras de artes plásticas contam com características muito particulares. Uma pintura ou uma escultura se ligam indissolavelmente a seus próprios suportes, sendo muito mais difícil delas se obter reproduções. Uma fotografia de uma pintura é, tão-somente, uma fotografia. Uma pintura que reproduza outra é, na verdade, outra pintura, ainda que muito parecida com a primeira – ou mesmo idêntica a ela⁶⁹⁴, sendo perfeitamente distinguíveis uma da outra. Diferentemente ocorre, por exemplo, com um arquivo musical, quando muitas vezes se torna impossível diferenciar o original de sua cópia.

Quando uma obra facilmente reproduzível (como textos, músicas, obras audiovisuais e fotográficas) entra em domínio público, seu acesso é normalmente garantido por meio de digitalização e distribuição na internet. Mas como tratar as obras de artes plásticas?

⁶⁹² Citado por Dannemann, Siemsen, Bigler & Ipanema Moreira (obra coletiva). **Comentários à Lei de Propriedade Industrial e Correlatos**. Cit.; p. 384.

⁶⁹³ Voltaremos ao tema mais adiante quando tratarmos do direito de acesso a obras que integram acervo de arquivos públicos e privados. Como o tema encontra-se diretamente relacionado com a função do domínio público, dele trataremos na seção adequada.

⁶⁹⁴ A LDA determina, em seu art. 9º, que à cópia de obra de arte plástica feita pelo próprio autor é assegurada a mesma proteção de que goza o original.

Conforme vimos, sempre que uma obra ingressa no domínio público, pode-se afirmar que sobre o *corpus mysticum* deixou de recair a proteção legalmente prevista. Por outro lado, sobre o *corpus mechanicum* haverá, em regra perpetuamente, o exercício do direito de propriedade.

Uma pessoa que seja proprietária de um quadro ou de uma escultura que ingressou em domínio público poderá impedir que terceiros tenham acesso à obra? Ou, ao contrário, deverá garantir o acesso de todos a ela?

A questão é bastante controvertida. A LDA trata das obras de artes plásticas em apenas dois artigos, que determinam:

Art. 77. Salvo convenção em contrário, o autor de obra de arte plástica, ao alienar o objeto em que ela se materializa, transmite o direito de expô-la, mas não transmite ao adquirente o direito de reproduzi-la.

Art. 78. A autorização para reproduzir obra de arte plástica, por qualquer processo, deve se fazer por escrito e se presume onerosa.

O prazo de proteção sobre as obras de artes plásticas é o geral, previsto no art. 41 da LDA: a vida do autor mais setenta anos. Ao cabo de tal prazo, a obra ingressa em domínio público e poderá ser livremente reproduzida. Sobre isso não há qualquer dúvida ou controvérsia. Mas como efetivar tal direito se uma pintura ou uma escultura estiver em domínio privado, existindo sobre o suporte físico da obra verdadeiro direito de propriedade?

A LDA não resolve o problema, mas nos permite especular a respeito de uma possível solução. Um dos direitos morais de autor, previsto no art. 24, VII, da LDA é aquele de garante ao autor ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

Tratando-se de um direito moral do autor, poderá por este ser exercido, durante ou após o prazo de proteção da obra⁶⁹⁵. Não poderá tal direito, entretanto, ser transmitido aos herdeiros, nos termos do art. 24, §2º, da LDA.

⁶⁹⁵ Mesmo após o prazo de proteção, caso que se afiguraria mais excepcional, mas passível de ser exemplificado: um fotógrafo aliena, aos 18 anos, uma de suas fotografias publicadas naquele mesmo ano e cujo negativo (ou qualquer outro suporte onde se encontre) vem a se perder. Sessenta anos depois, a fotografia não se encontra em domínio público. O fotógrafo, ainda vivo, pode exercer seu direito moral. O mesmo se passa dez anos mais tarde, quando a fotografia ingressar a seara do domínio público. Rodrigo Moraes admite o uso da obra reproduzida, nos termos do art. 24, VII, com fins comerciais, com o que concordamos. Afirma o autor: “[a] divulgação poderá ser feita por processo fotográfico, audiovisual ou semelhante. Imagine-se a seguinte hipótese: um artista plástico quer fazer livro ou filme com imagens de criações de sua autoria que se encontram em ambientes privados, mas os respectivos possuidores não concordam que o autor realize, gratuitamente, as fotografias ou filmagens

Rodrigo Moraes afirma que o disposto no art. 24, VII, da LDA tem como objetivo não só impor uma limitação ao direito de propriedade, mas também o de preservar a memória do autor⁶⁹⁶. A intransmissibilidade do direito é bastante criticada pelo autor: “[s]egundo previsão do §2º do art. 24 da LDA-98, o direito ao acesso não é transmitido aos seus sucessores. Trata-se de um equívoco do legislador pátrio. Tal dispositivo, sem dúvida, desprotege os interesses dos herdeiros do autor falecido”⁶⁹⁷.

Não apenas dos herdeiros, é bem verdade, mas também de toda a sociedade.

Entretanto, se por um lado a LDA nos leva a um beco sem saída, é possível bebermos em outras fontes para dirimirmos o impasse que se nos apresenta: a propriedade que permanece existindo sobre o bem físico enquanto o bem intelectual (a pintura ou a escultura, por exemplo) ingressa no domínio público.

É importante delimitarmos o problema. Ao se adquirir uma pintura, por exemplo, adquire-se não mais do que o suporte material onde a pintura se encontra; ou seja: a tela. Sobre a tela se exerce verdadeiro direito de propriedade. Como ocorre com qualquer bem físico, a tela jamais ingressará em domínio público. No entanto, a pintura em si mesma, a obra de arte, não gera ao proprietário do suporte material quaisquer direitos senão aqueles previstos na própria LDA, como o do art. 77, anteriormente mencionado. Ao mesmo tempo, sobre a obra de arte o autor exercerá seus direitos autorais pelo prazo fixado em lei, ao cabo do qual a pintura entrará no domínio público.

É nesse momento que o impasse se apresenta. O dono de uma tela que não é titular de qualquer direito sobre a pintura que a tela exhibe e que se encontra em domínio público estará ou não obrigado a dar acesso ao meio físico no qual a obra intelectual se encontra?⁶⁹⁸

necessárias. A cobrança de um valor para a permissão de tais procedimentos configura exigência ilegal”. MORAES, Rodrigo. **Os Direitos Morais do Autor – Repersonalizando o Direito Autoral**. Cit.; p. 250. Ver ainda COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil – Vol. 4**. São Paulo: Saraiva, 2006; p. 334.

⁶⁹⁶ MORAES, Rodrigo. **Os Direitos Morais do Autor – Repersonalizando o Direito Autoral**. Cit.; p. 251.

⁶⁹⁷ MORAES, Rodrigo. **Os Direitos Morais do Autor – Repersonalizando o Direito Autoral**. Cit.; p. 255.

⁶⁹⁸ Indagamos aqui até que ponto se conjugam o ingresso no domínio público de obra de artes plásticas com o direito de inédito previsto pelo art. 24, III, da LDA. A alienação de uma pintura ou de uma escultura por parte de seu autor pode ser interpretada como publicação da obra? Entendemos que sim, diante dos termos do art. 77 da LDA, que garante ao proprietário do suporte físico o direito de expô-la. Haveria, portanto, uma renúncia ao direito de manter a obra inédita. Por isso é que o ingresso da obra em domínio público não poderia sofrer esse tipo de limitação: o argumento de que o acesso de terceiros deveria ser impedido de modo a resguardar o direito de inédito do autor. Naturalmente, sobre as obras não alienadas pelo autor em vida ou por disposição de testamentária recairiam todos os princípios do direito de manter a obra inédita a que fizemos antes referência. Por outro lado, é de se notar que o art. 29, VIII, j, determina que depende de prévia e expressa autorização do autor a utilização direta ou indireta da obra por ele criada mediante exposição de obras de artes plásticas e figurativas. Luiz Fernando Gama Pellegrini [PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. *O Direito de Autor e a Exposição de Obras de Arte Plástica. Considerações*. **Direitos Autorais – Estudos em Homenagem a Otávio Afonso dos Santos**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 200] notou a discrepância e sobre ela escreveu, afirmando que “[a] conclusão a que se chega é de que o proprietário da obra não tem o direito de expô-la

Prevê a CF/88, em seu art. 5º, XXIII, que a propriedade atenderá sua função social. De acordo com a dogmática civilística clássica, a propriedade era estudada do ponto de vista exclusivamente estrutural, ou seja, sob a ótica da estrutura dos poderes atribuídos ao proprietário⁶⁹⁹. A partir da concepção da função social da propriedade (que deve ser temperada com sua garantia como direito fundamental), o ponto de vista se inverte, e a propriedade será protegida na medida em que o exercício concreto da propriedade desempenhe função merecedora de tutela⁷⁰⁰.

Sendo assim, a função social da propriedade não deve ser entendida “como uma intervenção ‘*in odio*’ à propriedade privada, mas torna-se ‘a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um certo sujeito’”⁷⁰¹. Por isso é que é claro que sobre a coisa física na qual a obra se insere indissolúvelmente haverá legítimo direito de propriedade (se, de fato, for legítimo). Mas estando a obra em domínio público, poderá o proprietário do *corpus mechanicum* impedir o acesso à obra, *que não lhe pertence* - que, a essa altura, *não pertence a ninguém?*

Conforme aponta Pietro Perlingieri, “[e]m um sistema inspirado pela solidariedade política, econômica e social e pelo pleno desenvolvimento da pessoa, o conteúdo da função social assume um papel promocional, de maneira que a disciplina das formas proprietárias e a sua

publicamente”, valendo tal regra inclusive para museus e galerias. Seu fundamento é, entre outros, que a LDA, ao contrário da lei anterior, não previu a possibilidade de expor a obra “ao público”, mas tão-somente a de expor. Dessa forma, a exposição somente se poderia dar de forma privada, o que estaria em consonância com o previsto no art. 29, VIII, j. Ousamos discordar. Entendemos que o disposto no art. 29, VIII, j, tem como destinatário o terceiro que, de posse de obra de artes plásticas, deseja expô-la. Nesse caso, precisa de prévia e expressa autorização do autor. Caso bem distinto é aquele em que a propriedade do suporte onde a obra se materializa é alienada. Em tal caso, incide o art. 77 da LDA. Por tudo isso, mantemos nosso entendimento no sentido de que ao alienar o *corpus mechanicum*, o autor está implicitamente autorizando o direito de expor sua obra e, conseqüentemente, abrindo mão de seu direito ao ineditismo.

⁶⁹⁹ TEPEDINO Gustavo. *A Função Social da Propriedade e o Meio Ambiente. Temas de Direito Civil – Tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009; p. 178.

⁷⁰⁰ “Diante de tais reflexões críticas, construiu-se o entendimento de que a função social da propriedade consiste em elemento interno do direito de propriedade, aspecto funcional que integra o conteúdo do direito, ao lado do aspecto estrutural. A partir daí, transforma-se a concepção segundo a qual o proprietário deteria amplos poderes, limitados apenas externa e negativamente, na medida em que o legislador imponha confins para o exercício regular do direito. Diversamente, os poderes concedidos ao proprietário adquirem legitimidade na medida em que o exercício concreto da propriedade desempenhe função merecedora de tutela, tendo em conta os centros de interesse extra-proprietários alcançados pelo exercício do domínio, a serem preservados e promovidos na relação jurídica da propriedade, como expressão de sua função social”. TEPEDINO Gustavo. *A Função Social da Propriedade e o Meio Ambiente*. Cit.; p. 187.

⁷⁰¹ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Cit.; p. 852. Conforme lembra Francisco Eduardo Loureiro, citado por Renan Lotufo, “a função social não pode ser encarada como algo exterior à propriedade, mas sim como elemento integrante de sua própria estrutura. Os limites legais são intrínsecos à propriedade. Fala-se não mais em atividade limitativa, mas sim conformativa do legislador. São, em última análise, características do próprio direito e de seu exercício, que, de tão realçadas, compõem o próprio conteúdo da relação”. LOTUFO, Renan. *A Função Social da Propriedade na Jurisprudência Brasileira. Direito Civil Contemporâneo – Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. Gustavo Tepedino (org.). São Paulo: Atlas, 2008; p. 346.

interpretação deverão ocorrer de forma a garantir e promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento⁷⁰².

Em um ordenamento como o nosso, onde a solidariedade é objetivo fundamental da República⁷⁰³ e a propriedade não só não é absoluta como deve atender sua função social, impedir que terceiros tenham acesso a obra em domínio público simplesmente por se exercer direito de propriedade sobre o meio físico onde a obra se encontra parece-nos abuso do direito.

Por outro lado, não há que se imaginar que o proprietário do bem físico onde a obra se insere está sujeito ao disposto no art. 24, VII, da LDA, com relação a qualquer interessado, após a obra ingressar no domínio público. Advogar tal opinião seria dar à lei efeito maior do que o nela previsto, bem como onerar excessivamente o proprietário do suporte físico da obra. Afinal, toda e qualquer pessoa poderia pleitear o acesso à obra para fazer dela registro fotográfico ou audiovisual. Dependendo do grau de notoriedade da obra, o proprietário do suporte físico teria outros direitos seus (privacidade, por exemplo) ameaçados em função do exercício do direito de acesso à obra intelectual.

Devendo, entretanto, o acesso ser garantido, seria possível exigir do proprietário do suporte físico que tornasse disponível reprodução da obra em lugar público ou que publicasse seu registro fotográfico ou audiovisual – para livre acesso, sem qualquer ônus – na internet. A recusa do titular do suporte físico poderia ensejar a propositura de ação judicial pelo interessado com pedido de cumprimento de obrigação de fazer. Somente a análise do caso concreto poderia apontar a melhor solução a ser seguida. É indubitável, contudo, o dever de dar acesso à obra, levando-se em consideração o meio menos oneroso ao proprietário do suporte físico.

Também o exercício de direitos conexos poderia vir a acarretar o exercício de controle indevido de obras em domínio público. A Convenção de Roma prevê, em seu art. 13º, que:

Os organismos de radiodifusão gozam do direito de autorizar ou proibir:

- a) a retransmissão das suas emissões;
- b) a fixação das suas emissões num suporte material;
- c) a reprodução:
- I) das fixações das suas emissões, sem seu consentimento;
- II) das fixações das suas emissões, feitas em virtude das disposições do art. 15⁷⁰⁴ da presente Convenção, se forem reproduzidas para fins diferentes dos previstos neste artigo;

⁷⁰² PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Cit.; p. 940.

⁷⁰³ CF/88, art. 3º, I.

⁷⁰⁴ O art. 15 da Convenção de Roma trata das limitações e exceções nos seguintes termos: “1. Qualquer Estado contratante pode estabelecer na sua legislação nacional exceções à proteção concedida pela presente Convenção no caso de: a) utilização para uso privado; b) curtos fragmentos em relatos de acontecimentos de atualidade; c) fixação efêmera realizada por um organismo de radiodifusão, pelos seus próprios meios e para as suas próprias emissões; d) utilização destinada exclusivamente ao ensino ou à

d) a comunicação ao público das emissões de televisão, quando se efetuarem em lugares acessíveis ao público, mediante o pagamento de um direito de entrada; compete à legislação nacional do país onde a proteção deste direito é pedida, determinar as condições do exercício do mesmo direito.

Em conformidade com a Convenção de Roma, a LDA determina, em seu art. 95, que cabe às empresas de radiodifusão o direito exclusivo de autorizar ou proibir a retransmissão, fixação e reprodução de suas emissões, bem como a comunicação ao público, pela televisão, em locais de frequência coletiva, sem prejuízo dos direitos dos titulares de bens intelectuais incluídos na programação.

Esta modalidade de direito conexo, além de ser bastante criticável por conta da proteção conferida a uma atividade meramente econômica e que nada acrescenta ao conteúdo artístico da obra, precisa contar com limitações em seu exercício, mesmo que haja quem defenda os direitos das empresas de radiodifusão.

Antônio Chaves comenta as razões alegadas em favor das entidades radiodifusoras a partir de considerações tecidas por Marie-Claude Dock: “os organismos de radiodifusão procuram proteger-se contra toda utilização por terceiros de suas emissões, sem autorização, com alegações análogas às invocadas pelos produtores de fonogramas”⁷⁰⁵. E acrescenta, ainda citando a referida autora⁷⁰⁶:

Assim como estes últimos retiraram argumentos do fato de que os discos postos em comércio eram destinados ao uso privado, assim também os organismos de radiodifusão consideraram que suas emissões, que exigem a aplicação de capitais consideráveis, bem como um enorme trabalho técnico e artístico, destinam-se aos particulares. Entendem por isso os organismos de radiodifusão ser protegidos contra toda entidade concorrente que reemita suas emissões sem autorização e conseqüentemente sem pagamento.

Ocorre que aplicando-se o previsto tanto na Convenção de Roma quanto na LDA⁷⁰⁷ à transmissão de obras em domínio público, teríamos a inaceitável situação de as empresas de radiodifusão poderem impedir a retransmissão, a fixação ou a reprodução das obras por elas

investigação científica. 2. Sem prejuízo das disposições do parágrafo 1 deste artigo, qualquer Estado contratante tem a faculdade de prever, na sua legislação nacional de proteção aos artistas intérpretes ou executantes, aos produtores de fonogramas e aos organismos de radiodifusão, limitações da mesma natureza das que também são previstas na sua legislação nacional de proteção ao direito do autor sobre as obras literárias e artísticas. No entanto, não podem instituir-se licenças ou autorizações obrigatórias, senão na medida em que forem compatíveis com as disposições da presente Convenção”. Não existe, no texto da Convenção, qualquer referência ao domínio público.

⁷⁰⁵ CHAVES, Antônio. **Direitos Conexos**. Cit.; p. 571.

⁷⁰⁶ CHAVES, Antônio. **Direitos Conexos**. Cit.; pp. 571-572.

⁷⁰⁷ O assunto também é tema de um controvertido tratado ainda em discussão no âmbito da OMPI – o *Broadcasting Treaty* (oficialmente, “*Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations*”). Segundo o texto do tratado, seriam conferidos 50 anos de proteção às emissões de radiodifusão, ainda que se tratasse de obra sobre a qual não há direito autoral, como ocorre, entre outras, com aquelas em domínio público. Texto disponível em <http://bit.ly/hApy5e>. Acesso em 04 de setembro de 2010. As críticas, naturalmente, foram muitas. Ver, entre outros, <http://bit.ly/igxp2X>. Acesso em 04 de setembro de 2010.

veiculadas. Na prática, haveria verdadeira apropriação de obra em domínio público exercida por meio do controle não de sua cópia material, mas sim pelo controle de sua emissão⁷⁰⁸.

Finalmente, existe uma questão que perpassa os direitos autorais sem se ater a eles: seria possível o registro de uma obra em domínio público para identificar marca de produto ou serviço⁷⁰⁹? O registro nesse caso não conferiria ao seu titular um direito de exclusividade sobre uma obra que deve poder ser livremente usada por todos? Tal conduta caracterizaria, portanto, o reingresso de obra em domínio público no domínio privado?

Maurício Lopes de Oliveira⁷¹⁰ dá conta de um pedido de registro de marca, deferido pelo INPI, que tinha por objeto um quadro do pintor holandês Johannes Vermeer, realizado em torno de 1680 e abaixo reproduzido, usado por uma padaria para identificar massas alimentícias, farinhas e fermentos.



A decisão do INPI em conferir o registro foi bastante criticada por Maurício Lopes de Oliveira, que alega que “o direito ao uso exclusivo do que é de domínio público é inadmissível” e que “apropriar-se do que pertence ao domínio público é ilegítimo”⁷¹¹. E prossegue: “a inadmissibilidade do registro como marca de obras de domínio público fundamenta-se na interpretação lógica do objetivo de não exclusividade de uso das obras deste domínio, na mais pura analogia dos preceitos legais que norteiam a matéria, no bom senso, e, por que não, na essência da própria arte”. O autor ainda remata com “Vermeer não é da padaria”⁷¹².

⁷⁰⁸ A Convenção de Roma define a emissão de radiodifusão como “a difusão de sons ou de imagens e sons, por meio de ondas radioelétricas, destinadas à recepção pelo público”. Art. 3º, f.

⁷⁰⁹ Sobre a concomitância de proteção pelo direito marcário e pelo direito autoral, ver MOREIRA, Natali Francine Cinelli. *Da Dupla Proteção da Marca pela Propriedade Industrial e pelo Direito de Autor*. **Revista da ABPI**, n. 107; pp. 54 e ss.

⁷¹⁰ OLIVEIRA, Maurício Lopes. Obras de Domínio Público e seu Registro como Marca. **Revista da ABPI**, nº 25; pp. 50 e ss.

⁷¹¹ OLIVEIRA, Maurício Lopes. Obras de Domínio Público e seu Registro como Marca. Cit.; p. 55.

⁷¹² OLIVEIRA, Maurício Lopes. Obras de Domínio Público e seu Registro como Marca. Cit.; p. 55. Séverine Dussolier, entretanto, em opinião contrária, afirma que, na experiência internacional, muitos são os exemplos de obras em domínio público registradas como marca, desde desenhos a super-heróis e mesmo quadros famosos. No original, lê-se que “[m]any examples of public domain works registered as trademarks can be found in the trademarks registers, from cartoons or comic books heroes, to pieces of music and famous paintings”. No mesmo trabalho, há inclusive menção ao registro, como marca, da pintura de Vermeer.

A leitura dos incisos do art. 124 da LPI, onde se encontram listados os itens que não podem ser registrados como marca, nos faz ver que não há vedação expressa ao registro de obras em domínio público – ao contrário, como é evidente, do registro de obras ainda protegidas, quando o registro é pleiteado por terceiro, sem autorização do titular⁷¹³.

No entanto, tendemos a concordar com Maurício Lopes de Oliveira. Afinal, o registro de obra intelectual em domínio público como marca assegura ao titular “seu uso exclusivo em todo o território nacional”⁷¹⁴. E a exclusividade é incompatível com o uso de obra em domínio público.

Por outro lado, exatamente por não contar mais a obra com proteção autoral, pode ser usada para qualquer finalidade, inclusive para identificar produtos e serviços. Ocorre que, nesse caso, a exclusividade não poderia ser conferida, pois que viola fundamento essencial do domínio público: o uso da obra por todos. Dessa forma, este é o paradoxo que se apresenta: o uso da obra pode se dar inclusive como marca, mas sem exclusividade. Proibir o uso como marca é violar a liberdade do domínio público. Todavia, não conferir exclusividade retira o sentido em se registrar a obra como marca.

Concluimos, portanto, pela possibilidade de se usar obra em domínio público para se identificar produtos e serviços. No entanto, aquele que assim proceder, não pode pleitear exclusividade, já que esta feriria fundamento indispensável do domínio público: a possibilidade de uso por todos. Assim como Maurício Lopes de Oliveira, entendemos que o INPI deveria ter indeferido o pedido de registro. A proteção, aqui, também terá que se dar na base de outros direitos, como a concorrência desleal, sem que a exclusividade seja garantida administrativamente, pelo deferimento de registro por parte do INPI.

“A famosa pintura Milkmaid, de Vermeer, foi por exemplo registrada como marca e considerada válida para identificar laticínios. Assim, o registro não afeta indevidamente o caráter de domínio público da obra em si mesma, que ainda estará livre para que todos a usem, reproduzam e dela se valham como base para criações derivadas. O único uso limitado será afixá-la a produtos lácteos no território onde a marca encontra-se válida. O monopólio reconquistado pelo registro da marca, conforme demonstrado pelo caso, é assim bastante estreito e apenas parcialmente prejudicado pelo domínio público no direito autoral”. Tradução livre do autor. No original, lê-se que “[t]he famous Milkmaid painting by Vermeer has for example been registered as a trademark and held valid for dairy products. Therefore, it does not unduly affect the public domain character of the work itself, which can still be free for all to use, reproduce and serve as a basis for derivative creation. The only limited use shall be to affix it to milk products in the territory where the trademark is effective. The monopoly regained by the trademark registration, as demonstrated by that case, is hence rather narrow and only partially encroached upon the public domain constituted by copyright principles”. DUSSOLIER, Séverine. *Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain*; pp. 49-50. Disponível em <http://bit.ly/etERD3>.

⁷¹³ LPI, art. 124, XVII: Não são registráveis como marca: (...) XVII – obra literária, artística ou científica, assim como os títulos que estejam protegidos pelo direito autoral e sejam suscetíveis de causar confusão ou associação, salvo com consentimento do autor ou titular.

⁷¹⁴ LPI, art. 129, *caput*.

3.2.1.2 A insuficiência da previsão legal

A LDA não é particularmente fértil em dispositivos que tratam das obras em domínio público. Nem tampouco sistemática. Não apenas as regras que cuidam da matéria estão dispersas ao longo da lei como os artigos que se propõem a sistematizar assunto são absolutamente insuficientes.

O critério temporal é o que A LDA elege como seu paradigma, colocando-o ao lado de outros dois, todos previstos no art. 45. Assim, estão em domínio público as obras *(i)* cujo prazo de proteção expirou; *(ii)* de autores falecidos sem sucessores e *(iii)* de autor desconhecido, ressalvada a proteção conferida aos conhecimentos tradicionais.

No entanto, acreditamos que a previsão legal diz menos do que deveria, sendo inadmissível mantermos interpretação restritiva do art. 45 a ponto de acreditarmos que ele encerra todas as hipóteses de ingresso de obras em domínio público. Afinal, a leitura da LDA permite, uma vez considerada parte de um ordenamento jurídico integrado – coisa que realmente é – outras situações em que o ingresso de obras no domínio público seria perfeitamente admitido. Dessa forma, estariam em domínio público também as obras⁷¹⁵:

- (i)* criadas antes que houvesse uma lei protegendo direitos autorais;
- (ii)* que jamais gozaram de proteção nos termos da lei;
- (iii)* criadas em países não signatários de tratados internacionais; e
- (iv)* cujo titular decidiu colocar em domínio público.

Vejamos cada um dos itens acima.

(a) obras criadas antes das leis de direitos autorais

Enquanto não há previsão legal, não há obras protegidas. Especialmente quando consideramos países de tradição romano-germânica como o Brasil. Conforme já tivemos a oportunidade de apontar, os direitos autorais são criação da lei, consistindo em monopólio conferido pelo legislador a seu autor ou a quem este designar.

⁷¹⁵ Segundo Henry Jessen, citado por Denis Borges Barbosa, comporiam o domínio público *(i)* as obras tradicionais de autores desconhecidos; *(ii)* as obras de autores conhecidos cujos prazos de proteção escoaram; *(iii)* as obras cujos autores tenham renunciado aos seus direitos [aquilo a que chamamos de domínio público voluntário]; *(iv)* as obras estrangeiras, não protegidas expressamente pela lei nacional ou por acordos internacionais e *(v)* as obras adquiridas pelo Estado para uso e gozo do público. BARBOSA, Denis Borges. *Domínio Público e Patrimônio Cultural*; p. 19. <http://bit.ly/eBiJN3>.

Apesar de contar com alguma referência legislativa anterior, como a lei que criou os cursos universitários em Olinda e em São Paulo⁷¹⁶ ou o Código Criminal de 1830, os direitos autorais apenas passaram a ser realmente tratados no Brasil com a edição de nossa primeira lei de direitos autorais, a chamada Lei Medeiros e Albuquerque, de agosto de 1898. O prazo geral de proteção conferido era então de 50 anos contados da publicação⁷¹⁷.

Por isso é que, segundo Eduardo Pimenta, “as obras criadas e publicadas durante a vigência da lei 496/1898, que foi revogada pelo Código Civil, caíram em domínio público em possibilidade última, cinquenta anos após a publicação, isto é, se a obra foi publicada no último dia da vigência da lei 496/1898, ela cairia em domínio público em 1966”⁷¹⁸.

O Código Civil de 1916⁷¹⁹ aumentou o prazo de proteção para 60 anos, sendo tal prazo mantido quando da edição da lei autoral de 1973^{720 721}. Finalmente, a LDA prorrogou em outros dez anos o prazo de proteção, atingindo-se o patamar de 70 anos ora vigente.

Podemos afirmar, de maneira a sistematizar a matéria, que as obras criadas antes de haver proteção autoral deveriam ser consideradas de domínio público. De toda forma, não nos alongamos neste debate por ser ele bizantino. Qualquer que seja o marco legislativo adotado (quer as previsões incidentais da lei de 1827 e do Código Criminal de 1830, quer a lei de 1898), as obras anteriormente a ele existentes encontram-se hoje em domínio público em razão do decurso do prazo de proteção.

⁷¹⁶ A lei de 11 de agosto de 1827 que criou os cursos de nível superior nas cidades de Olinda e de São Paulo dispunha de matéria autoral, ao dispor, em seu art. 7º que “os Lentes farão a escolha dos compêndios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, com tanto que as doutrinas estejam de acordo com o systema jurado pela nação. Estes compêndios, depois de aprovados pela Congregação, servirão interinamente; submettendo-se porém a aprovação da Assembléa Geral, e o Governo fará imprimir e fornecer às escolas, competindo aos seus autores o privilégio exclusivo da obra por dez anos”.

⁷¹⁷ Art. 3º da Lei 496/1898: “O prazo da garantia legal para os direitos enumerados no art. 1º é: 1º. para a faculdade exclusiva de fazer ou autorisar a reprodução por qualquer fórma, de 50 annos, a partir do dia 1 de janeiro do anno em que se fizer a publicação; 2º, para a faculdade exclusiva de fazer ou autorisar traduções, representações ou execuções, de 10 annos, a contar, para as traducções da mesma data acima prescripta, para as representações e execuções, da primeira que se tiver affectuado com autorisação do autor”. Disponível em <http://bit.ly/dHQi2I>.

⁷¹⁸ PIMENTA, Eduardo. **Princípios de Direitos Autorais – Livro I**. Cit.; p. 323.

⁷¹⁹ **Art. 649:** Ao autor de obra literária, científica ou artística pertence o direito exclusivo de reproduzi-la. §1º. Os herdeiros e sucessores do autor gozarão desse direito pelo tempo de 60 (sessenta) anos, a contar do dia de seu falecimento. §2º. Se morrer o autor, sem herdeiros ou sucessores até o 2º grau, a obra cairá no domínio público. §3º. No caso de caber a sucessão aos filhos, aos pais ou ao cônjuge do autor, não prevalecerá o prazo do §1º e o direito só se extinguirá com a morte do sucessor.

⁷²⁰ **Art. 42:** Os direitos patrimoniais do autor perduram por toda sua vida. §1º. Os filhos, os pais, o cônjuge gozarão vitaliciamente dos direitos patrimoniais do autor que se lhes foram transmitidos por sucessão *mortis causa*. §2º. Os demais sucessores do autor gozarão dos direitos patrimoniais que este lhes transmitir pelo período de sessenta anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento.

⁷²¹ A rigor, o texto da lei de 1973 apresenta aparentemente uma redação contraditória com o princípio geral. Sendo o objetivo principal proteger a obra pelo prazo de 60 anos após a morte do autor, em determinados casos a proteção poderia se estender para além disso. Imagine-se, por exemplo, um jovem romancista que tenha um filho aos 30 anos, quando já é consagrado pela crítica e pelo público, e então vem a falecer. Pela leitura do §1º do art. 42, seu filho gozará de um direito vitalício, de modo que, em princípio, o direito autoral que lhe foi atribuído *mortis causa*, vigerá até que venha ele próprio a falecer. Isso pode se dar em menos de sessenta anos, é bem verdade, mas também poderia se dar em 70, 80, 90 ou até mesmo 100 anos. Pelo disposto na lei, apenas quando de sua morte é que a obra poderia entrar em domínio público, caso já houvesse transcorrido o prazo de 60 anos.

(b) obras sem proteção pela lei de direitos autorais

Este item em muito se distingue do anterior. As obras criadas antes da existência de lei que dispusesse sobre direitos autorais não eram então protegidas exatamente pelo fato da ausência legal. Se lei houvesse, estariam protegidas. Se produzidas hoje, as obras a que se refere o item anterior contariam com o abrigo da lei.

Denominamos *obras sem proteção pela lei de direitos autorais* outra hipótese bastante diversa. Trata-se, aqui, de obras que mesmo na vigência de lei de direitos autorais se encontram alheias à sua proteção.

As obras intelectuais são protegidas pela LDA apenas se contarem com determinados requisitos. Por exemplo, deve a obra ser estética⁷²², deve ter sido exteriorizada, deve contar com um mínimo de originalidade e deve estar ainda dentro do prazo de proteção⁷²³ para que sobre ela incidam os benefícios econômicos decorrentes do monopólio instituído pelos arts. 28 e seguintes da LDA.

A LDA entende que, de maneira abstrata, as obras que potencialmente cumprem com estes requisitos (e desde que efetivamente os cumpram) são as apontadas em seu art. 7º. Dessa forma, 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. A seguir, a lei apresenta uma lista de obras passíveis de proteção, que a doutrina classifica como meramente exemplificativa. Entre elas, podemos mencionar: textos, músicas, obras audiovisuais, obras fotográficas, obras de artes plásticas, projetos arquitetônicos.

Por outro lado, a LDA também prevê em seu texto que obras não são protegidas por direitos autorais. Determina seu art. 8º:

Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:
I - as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;

⁷²² Se a obra for de natureza técnica, sua proteção provavelmente se dará pela patente. O critério de fato é genérico e pouco preciso. Afinal, os programas de computador são protegidos por direitos autorais, mas estão longe de contarem com características estéticas. Ainda assim, a doutrina faz referência a este requisito como critério distintivo para proteger as obras por direitos autorais. Ver, entre outros, BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. Cit.; p. 21.

⁷²³ As exigências não decorrem da lei, cabendo à doutrina identificar os elementos que caracterizam a criação de espírito. Para Leonardo Macedo Poli, por exemplo, tais elementos são (i) criatividade; (ii) comunicatividade; (iii) exteriorização. Sobre a comunicatividade, esclarece o autor: “[c]omo a criação do espírito é elemento da fenomenologia científico-cultural e como essa se desenvolve pela ação comunicativa, pode-se deduzir que a tutela autoral visa proteger as criações dotadas de um caráter intelectual reflexivo, isto é, geradas pelo intelecto humano e por ele captáveis”. POLI, Leonardo Macedo. **Direito Autoral – Parte Geral**. Cit.; p. 120.

- II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios;
- III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções;
- IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais;
- V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas;
- VI - os nomes e títulos isolados;
- VII - o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras.

O sistema autoral é formulado a partir da dualidade de obras protegidas ou não protegidas. Não há um *tertium genus*⁷²⁴. Todavia, cada uma das possibilidades se desdobra em outras duas: a obra, mesmo protegida, sofre limitações em sua proteção. E tais limitações (chamadas de “isenções” por Eliane Abrão) encontram-se fora do âmbito dos direitos do autor, constituindo, muito mais, um direito da sociedade. Por outro lado, a negativa de proteção a determinada obra pode ser resultante de outro motivo que não seu ingresso no domínio público. Na verdade, a obra pode jamais ter gozado de proteção no âmbito da LDA (fenômeno a que Eliane Abrão denomina “imunidade”). Para Stéphanie Choisy, “o termo ‘domínio público’ é, de fato, empregado, em propriedade intelectual, não apenas para designar o negativo do prazo de proteção, mas igualmente, às vezes, para designar a ausência de proteção”^{725 726}.

A autora, entretanto, critica a ambivalência de sua utilização. Por isso, prefere atribuir ao conjunto de obras que não gozam de proteção de direito autoral a classificação de “fundo comum” (*fonds commun*), em contraposição ao domínio público. Apesar de haver de fato algumas distinções entre um e outro (quanto às obras em domínio público subsiste em certa medida o direito moral de autor, inexistente no que tange àquelas classificadas por Choisy como

⁷²⁴ CHOISY, Stéphanie. *Le Domaine Public en Droit d’Auteur*. Cit.; pp. 151 e ss.

⁷²⁵ Tradução livre do autor. No original, lê-se que “[l]e terme ‘domaine publique’ est, en effet, employé, en propriété intellectuelle, non seulement pour designer le négatif de la durée de protection, mais également parfois pour nommer l’absence de protection”. CHOISY, Stéphanie. *Le Domaine Public en Droit d’Auteur*. Cit.; p. 2. Ainda assim, a autora entende que as obras que jamais foram objeto de proteção – como seria o caso das obras incluídas no art. 8º da LDA – não compõem o domínio público, e sim um fundo comum. Eduardo Serrano Gómez, por seu turno, afirma que, para o direito espanhol, “domínio público”, em sentido estrito e no âmbito da propriedade intelectual, deve se referir às situações em que esgotou-se o prazo de proteção sobre a obra, podendo esta ser utilizada por qualquer pessoa, desde que respeitados os direitos morais de paternidade e integridade. Ainda assim, “caberia apoiar um conceito mais amplo de domínio público, como aliás acontece em alguns países da América Latina, o que incluiria também outras condições diferentes, como aqueles em que não se sabe quem detém os direitos, ou quando uma obra jamais foi protegida por não atender aos requisitos mínimos estabelecidos por lei, ou pertencer a uma categoria não protegidas, inclusive por se tratar de obras de folclore tradicional”. GÓMEZ, Eduardo Serrano. *Jurisprudencia, Casos y Cosas sobre Duración y Dominio Público*. Cit.; p. 251. Tradução livre do autor. No original, lê-se que “cabría sostener un concepto de dominio público más amplio, como de hecho ocurre en algunas legislaciones latinoamericanas, que incluiría también otros supuestos diferentes, como aquéllos en los que se desconoce quién es el titular de los derechos, o cuando una creación nunca ha gozado de protección por no reunir los requisitos mínimos establecidos en la ley, o por pertenecer a una categoría no protegida, e incluso por tratarse de obras de folclore tradicional”. GÓMEZ, Eduardo Serrano. *Jurisprudencia, Casos y Cosas sobre Duración y Dominio Público*. Cit.; p. 251.

⁷²⁶ Ronan Deazley defende que o domínio público é composto pelas obras que não cumprem com os requisitos para a proteção e aquelas que cumprem, que uma vez estiveram protegidas e cuja proteção já expirou. Ou seja, a visão do autor o domínio público de acordo com a LDA abrangeria as obras indicadas no art. 8º além daquelas que depois de protegidas ingressaram em domínio público por qualquer motivo. DEAZLEY, Ronan. *Copyright’s Public Domain*. Cit.; pp. 23-24

de “fundo comum”), o tratamento jurídico que lhes é dispensado – quer sejam obras em domínio público, quer pertençam ao “fundo comum” – é praticamente o mesmo. Valemo-nos, dessa forma, de uma análise funcionalizada do domínio público, conforme teremos a oportunidade de explicar mais adiante.

Em síntese, são quatro as situações em que as criações literárias, artísticas e científicas podem ser classificadas: *(i)* obras protegidas; *(ii)* limitações legais às obras protegidas (“isenções”, na classificação de Eliane Abrão); *(iii)* obras não protegidas (“imunidades”, na classificação de Eliane Abrão) e *(iv)* obras em domínio público. A seguir, cuidamos da hipótese das obras não protegidas, já que todas as outras categorias se encontram, em maior ou menor medida, e na extensão proposta por esta tese, devidamente exploradas.

Eliane Abrão afirma que as obras apontadas no art. 8º da LDA se situam “em região imune à proteção autoral, são de domínio comum de todos, algumas próprias do intelecto humano, como pré-condição da capacidade de raciocínio”⁷²⁷. Por isso, forçoso concluir que, ao menos quanto aos efeitos decorrentes de sua não-proteção, as obras constantes do art. 8º da LDA estão, teleológica e axiologicamente, no domínio público. Algumas considerações são, contudo, indispensáveis.

As ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais são inapropriáveis por natureza. A ninguém pode ser conferido o monopólio de uma ideia, vez que essa conduta feriria dispositivos constitucionais como a livre iniciativa^{728 729}. Eliane Abrão esclarece ainda⁷³⁰:

Portanto, métodos, sistemas, projetos, planos gozam de inapropriabilidade absoluta. Não podem ser privilégio de ninguém. Métodos, ideias, projetos, formatos, estruturas embutidos dentro de obras, o que é muito comum em obras didáticas, não se confundem com a obra em si, que é protegida enquanto obra literária. O que não está coberto pela lei é o conceito existente por detrás da obra, e que a nenhum autor pode pertencer, ainda que a ideia tenha sido original. Um projeto comercial, seja de realização de negócios, seja de atividade, como treinamento, por exemplo, não pode ser protegido pela lei autoral (poderá, apreciado o caso concreto, vir a sê-lo com fundamento

⁷²⁷ ABRÃO, Eliane Y.. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. Cit.; p. 153.

⁷²⁸ **Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...).

⁷²⁹ Isso não significa dizer que às ideias não seja conferido qualquer tipo de proteção. Acordos de confidencialidade, a proteção a segredos industriais e comerciais, a concorrência desleal e a proteção a formatos de programas de televisão são mecanismos que visam a proteger ideias na medida em que estas sejam razoavelmente elaboradas.

⁷³⁰ ABRÃO, Eliane Y.. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. Cit.; p. 154.

nas leis da concorrência, do enriquecimento ilícito ou de atendimento ao consumidor), nem pela lei de propriedade industrial.

A LDA também exclui de proteção os formulários em branco, bem como as instruções para seu preenchimento (art. 8º, III). Não prevalece aqui no Brasil a teoria norte-americana para a proteção de formulários mais elaborados⁷³¹. Nos Estados Unidos, também são protegidos os formulários que contenham instruções detalhadas, inclusive contratos. Houve, a propósito, decisão judicial determinando que fosse conferida proteção autoral a uma apólice de seguro. No entanto, como o formulário da apólice continha a linguagem padrão que deveria ser usada em qualquer outra apólice que tivesse por objeto segurar o mesmo risco, apenas a cópia literal deveria ser considerada infração aos direitos autorais⁷³².

O inciso IV do art. 8º exclui da proteção autoral os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais⁷³³. É evidente que os textos de atos normativos devem ser excluídos da proteção autoral. O objetivo é permitir a livre circulação das normas legais, sem qualquer óbice a seu acesso por quem quer que seja.

Ainda assim, em 2003 uma curiosa Portaria assinada pelo Diretor-Geral da Imprensa Nacional criou polêmica acerca da divulgação de atos oficiais publicados no Diário Oficial da União. Eis a íntegra do documento:

PORTARIA Nº 188, DE 29 DE AGOSTO DE 2003

Disciplina a utilização das informações contidas na base de dados do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça, publicados pela Imprensa Nacional.

O DIRETOR-GERAL DA IMPRENSA NACIONAL, no uso das atribuições que lhe confere o inciso II do artigo 5º do Regimento Interno, aprovado pela Portaria nº 43, de 08 de novembro de 2002, do Chefe da Casa Civil da Presidência da República, resolve:

Art. 1º É livre e gratuito, de acordo com o Artigo 3º do Decreto nº 4.521, de 16 de dezembro de 2002, o acesso aos atos oficiais publicados no Diário Oficial da União, Seções 1, 2 e 3, e do Diário da Justiça, Seções 1, 2 e 3, editados pela Imprensa Nacional da Casa Civil da Presidência da República, constantes do sítio www.in.gov.br.

⁷³¹ FISHMAN, Stephen. *The Public Domain – How to Find & Use Copyright-Free Writings, Music, Art & More*. Cit.; p. 57. Segundo o autor, “[o]s tribunais normalmente entendem que formulários mais elaborados e criativos podem obter proteção autoral, mesmo se consistirem em espaços em branco para serem preenchidos”. Tradução livre do autor. No original, lê-se que “[h]owever, courts generally find more elaborate and creative forms can obtain copyright protection, even if they consist primarily of blank spaces to be filled in”.

⁷³² *Continental Casualty Co. v. Beardsley*, 253 F.2d702 (2d Cir. 1958)”. FISHMAN, Stephen. *The Public Domain – How to Find & Use Copyright-Free Writings, Music, Art & More*. Cit.; p. 57.

⁷³³ É necessário não confundir a ausência de proteção com o direito de acesso a tais documentos. Com o objetivo de regulamentar o disposto no art. 5º, XXXIII, da CF/88 [todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado], a lei 11.111, de 05 de maio de 2005, determina que o acesso aos documentos públicos de interesse particular ou de interesse coletivo ou geral será ressalvado exclusivamente nas hipóteses em que o sigilo seja ou permaneça imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. A lei 8.159, de 08 de janeiro de 1991, regulamentada pelo Decreto 4.553, de 27 de dezembro de 2002, dispõe acerca dos prazos de sigilo de documentos.

Art. 2º Fica autorizada a divulgação, sem fins lucrativos, parcial ou total, do conteúdo da base de dados utilizado para a publicação dos jornais oficiais mencionados no artigo 1º, ressalvado o disposto nos parágrafos deste artigo.

§ 1º A divulgação do conteúdo da base de dados em sítio diverso somente pode ser efetuada sem fins lucrativos.

§ 2º Considera-se divulgação com fins lucrativos a reprodução e distribuição da referida base de dados como objeto de comércio.

Art. 3º A utilização e divulgação da base de dados com fins lucrativos será considerada violação de direito autoral, nos termos do artigo 87 e art 102 e seguintes da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, e 184 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Art. 4º Constatada a violação ao disposto nesta Portaria, será comunicada a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República, para adotarem, respectivamente, as medidas cíveis e penais cabíveis.

Art. 5º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

FERNANDO TOLENTINO DE SOUSA VIEIRA

Como se percebe pela leitura da Portaria, o Diretor-Geral da Imprensa Nacional afirma que o acesso aos atos oficiais publicados no Diário Oficial da União, bem como no Diário da Justiça, deve se dar de maneira livre e gratuita. Se não inova, também não prejudica o disposto no art. 8º, IV, da LDA.

Causa espanto, entretanto, o texto do art. 2º ao prever que a divulgação parcial ou total da base de dados utilizada para a publicação dos jornais oficiais apenas poderia se dar sem fim comercial. Do contrário – é o que prevê o art. 3º –, será considerada violação de direitos autorais.

É fácil perceber qual a intenção do Diretor-Geral da Imprensa Nacional: proibir a exploração comercial dos atos oficiais. Mas não é possível pleitear um direito de exclusividade na exploração comercial de algo não protegido por direitos autorais.

Em comentário à controvérsia, Omar Kaminski alerta para o fato de se poder interpretar a Portaria a partir da proteção conferida às bases de dados (prevista no art. 7º, XIII, da LDA)⁷³⁴. Como se sabe, a proteção às bases de dados não atinge os dados em si mesmos se não forem, eles próprios, passíveis de resguardo legal.

No entanto, o texto da Portaria é claro em afirmar que a divulgação parcial ou total somente poderia se dar sem fins comerciais. Ocorre que a divulgação parcial não constitui, em regra, violação à própria base de dados. E como os dados que a compõem (os atos oficiais) estão à margem da tutela legal, o disposto no art. 2º da Portaria parece-nos inadmissível.

Pouco mais de 10 dias após a divulgação da Portaria n.188, o Diretor-Geral da Imprensa Nacional reeditou o documento, para proteger não o conteúdo, mas a forma da publicação dos atos oficiais. Segundo Fernando Tolentino, “[t]udo o que se fazia antes em publicações e trabalhos está permitido. O que não se pode fazer é publicar exatamente na forma como nós

⁷³⁴ Disponível em <http://bit.ly/hT7hUc>. Acesso em 08 de agosto de 2010.

fazemos. Queremos proteger o trabalho de nossos paginadores e diagramadores. Não se pode ganhar dinheiro em cima do esforço das pessoas que fazem o Diário Oficial, por exemplo”⁷³⁵.

Dessa forma, o art. 2º da Portaria n. 188 teve sua redação alterada na Portaria n. 209, de 10 de setembro de 2003, passando a vigorar com a seguinte redação: “Fica autorizada a reprodução, para uso próprio, parcial ou total, por qualquer meio, do conteúdo mencionado no art. 1º”.

Desta vez, o que causa assombro é o disposto no art. 3º e que aparentemente era o objeto de tutela nas palavras do Diretor-Geral da Imprensa Nacional:

Art. 3º A reprodução que não seja para uso próprio sujeitar-se-á às seguintes restrições:

I - É vedada a reprodução, no formato original, da íntegra de qualquer seção do Diário Oficial da União ou do Diário de Justiça;

II - Salvo no caso de ilustração, é vedada a utilização da diagramação própria da Imprensa Nacional, na reprodução parcial, do D.O.U e do DJ;

III - É vedada a utilização da logomarca constituída de brasão, ícone e denominação do D.O.U, e do D.J, ou de qualquer termo que possa induzir a impressão de que a Imprensa Nacional teria qualquer tipo de co-responsabilidade na reprodução;

IV - É vedada a distribuição de seleção de atos do Diário Oficial da União ou do Diário de Justiça, no formato original veiculado pela Imprensa Nacional;

V - Não será considerada oficial a disponibilização do D.O.U e do DJ não efetuada pela Imprensa Nacional.

§ 1º A reprodução em desacordo com as restrições deste artigo será considerada violação de direito autoral, nos termos dos arts. 7º, inciso XIII, e 102 e seguintes da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, e 184 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

§ 2º Constatada a violação do disposto neste artigo, será comunicada a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República, para adotarem, respectivamente, as medidas cíveis e penais cabíveis.

Nos termos deste artigo, protege-se a diagramação do diário oficial. Ou seja, a transcrição de seu conteúdo é livre, mas não a reprografia de suas páginas, a menos que seja para uso privado (sendo esta a previsão do artigo anterior).

O que se indaga neste momento é: existe proteção autoral à diagramação de páginas de um jornal? Explorar a reprografia, com fins econômicos, de páginas dos diários oficiais da União constitui de fato violação aos direitos autorais?

Conforme tratado anteriormente, parece-nos que não. Em primeiro lugar, porque a LDA não prevê diagramação, *layout* ou qualquer termo assemelhado entre os incisos do art. 7º. Em segundo lugar, porque o direito autoral tem por objeto proteger a forma de expressão de determinado conteúdo, não sua forma de organização visual, nem a maneira física, ou visível, como a expressão é percebida. Finalmente, porque ainda que se concebesse tutelar a

⁷³⁵ Disponível em <http://bit.ly/ffr5iv>. Acesso em 08 de agosto de 2010.

diagramação, seria necessário haver um mínimo de originalidade para que a proteção fosse conferida, o que não parece ser o caso.

Por todos estes motivos, consideramos que textos de atos normativos, em qualquer esfera da federação e em qualquer suporte, estão fora do âmbito de sujeição à LDA, podendo ser livremente reproduzidos, do modo que for, ainda que se dê pela reprodução das páginas do diário oficial tais quais forem publicadas.

Esta não é, no entanto, a única fonte de controvérsias derivada da leitura do art. 8º, IV, da LDA. Antes, esta é talvez a controvérsia mais singela em sua resolução. Este inciso é, de todos aqueles constantes do art. 8º, o que mais se aproxima do conceito de “obra intelectual”. Ideias, conceitos, fórmulas, calendários, cadastros, formulários, etc. quase nunca contam com originalidade e elaboração suficientes para receberem a qualificação de obra. No entanto, textos, em regra, são obras. Tanto é assim que “textos” é o primeiro termo usado pela LDA, em seu art. 7º, para identificar as obras protegidas. Entretanto, os textos apontados no inciso IV do art 8º não são passíveis de proteção, o que acarreta uma série de indagações.

Se a lei prevê expressamente que não são objeto de proteção por direitos autorais os textos de tratados, convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e outros atos oficiais, a norma é bastante vaga e suas fronteiras são nebulosas. Por exemplo, que dizer da tradução de atos normativos estrangeiros ou da tradução, para língua estrangeira, de atos normativos brasileiros? Há direito autoral sobre tais traduções? Além disso, qual o limite da proteção conferida às decisões judiciais? Finalmente, qual o sentido de “demais atos oficiais”? Em síntese, o que se indaga é: obras produzidas ou comissionadas pela administração pública podem ser consideradas em domínio público?⁷³⁶

Conforme visto no capítulo anterior, obras criadas pelo governo norte-americano encontram-se em domínio público. O mesmo não acontece, entretanto, com as obras criadas pelos governos canadense ou inglês, já que algumas delas são protegidas pelo instituto do *Crown Copyright*⁷³⁷.

⁷³⁶ A respeito da eventual proteção, por direitos autorais, de bases de dados públicas, ver: ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Reutilização de Documentos do Sector Público*. **Revista da ABPI**, nº 68; p. 34 e ss.

⁷³⁷ A lei canadense, por exemplo, prevê em seu art. 12: “*Without prejudice to any rights or privileges of the Crown, where any work is, or has been, prepared or published by or under the direction or control of Her Majesty or any government department, the copyright in the work shall, subject to any agreement with the author, belong to Her Majesty and in that case shall continue for the remainder of the calendar year of the first publication of the work and for a period of fifty years following the end of that calendar year*”.

No Brasil, a regra geral será a de excluir os atos oficiais da proteção autoral. Ao mencionar a lista exemplificativa composta de *textos de tratados, convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais*, parece a lei querer abarcar sobretudo obras textuais expedidas em caráter oficial, e não toda e qualquer obra simplesmente elaborada por servidor público no âmbito de sua atuação na administração pública ou por esta encomendada ou subvencionada.

Isso se dá porque mesmo que deficiente do ponto de vista linguístico, o inciso inicia pela referência a *texto* de tratados e segue com exemplos de obras puramente textuais. Ademais, porque encerra com menção a “atos oficiais” e não a “obras oficiais”.

Indiferente à distinção entre “ato” e “obra” e tomando a segunda pelo primeiro, Bruno Jorge Hammes comenta que “[o]bras oficiais são obras no sentido do direito de autor. Por que não se lhes aplicariam as disposições referentes à lei autoral? A razão e a finalidade seriam o interesse da mais ampla divulgação de tais obras, que sobreporia o bem público aos interesses dos autores”⁷³⁸.

Bruno Lewicki afirma que “[a] *ratio* que faz com que a lei afaste expressamente a proteção autoral sobre decisão judicial, é, de fato, a publicidade – mas não como mera consequência, concessão pragmática ao fato de a decisão estar fisicamente contida em um processo que é público, mas sim porque ela *deve* ser pública, e os entraves ao seu conhecimento e à sua circulação devem ser os menores possíveis – assim como acontece com as demais exclusões de âmbito efetivadas pela lei naquele mesmo inciso, negando proteção autoral autônoma aos textos de tratados, convenções, leis, decretos, regulamentos e demais atos oficiais”⁷³⁹.

Quanto ao conteúdo de “demais atos oficiais”, Bruno Jorge Hammes esclarece, citando Eugen Ulmer⁷⁴⁰:

Ulmer distingue entre informações oficiais publicadas no interesse da assistência judiciária, da administração soberana ou da proteção da população, do meio ambiente ou da juventude e publicações que possibilitam o conhecimento. Além disso, não há nenhum interesse público para que a reimpressão ou outra utilização seja liberada. (...) Exemplos do primeiro grupo são material legislativo que informa sobre interpretação de normas jurídicas, planos oficiais de construção, volantes sobre questões de direito, seguros, impostos, informações sobre situações de perigo bem como informações sobre saúde. O segundo grupo comporta mapas, publicações estatísticas oficiais, edições sobre ortografia, relatórios de pesquisas publicados por universidades, institutos e academias oficiais, catálogos de bibliotecas, museus, etc.

⁷³⁸ HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito de Propriedade Intelectual**. Cit.; p. 104.

⁷³⁹ LEWICKI, Bruno Costa. **Limitações aos Direitos de Autor**. Cit.; p. 196.

⁷⁴⁰ HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito de Propriedade Intelectual**. Cit.; pp. 105-106.

O que se depreende a partir da enumeração proposta por Hammes é que “demais atos oficiais” consiste em categoria excessivamente ampla para ser inteiramente explicitada. Em todo caso, entretanto, parece que a LDA visa à proteção de obras textuais. Esta seria uma interpretação mais conservadora do dispositivo, a ligar o termo “texto” a todas as modalidades a ele subsequentes: tratados, convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais.

Outra interpretação, certamente menos conservadora, é, no entanto, plausível. Ao termo “demais atos oficiais” é possível se conferir maior abrangência, não se limitando a interpretá-los como restritos a uma manifestação textual.

Se for possível a publicação de um ato oficial (uma decisão administrativa, por exemplo) por meio outro que um texto impresso (audiovisual, *v.g.*), não há motivo para excluir tal ato do rol previsto no art. 8º, IV. Dessa forma, se as sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal forem transmitidas em vídeo, poderão ser consideradas abrangidas pelo disposto no art. 8º, IV. E se assim for, eventual direito conexo pela transmissão das sessões não poderia impedir sua retransmissão, reprodução ou reutilização para qualquer fim, uma vez que o conteúdo transmitido estaria fora do âmbito de proteção dos direitos autorais.

Diferentemente, um *jingle* que sirva para fazer propaganda do governo ou um vídeo institucional de uma autarquia, por exemplo, estariam protegidos por direitos autorais, uma vez que não se enquadram na previsão legal. Ainda que sejam obras elaboradas com recursos públicos, não podem, salvo melhor juízo, ser qualificadas como atos oficiais.

Também fora do escopo do art. 8º, IV, estão as traduções de leis, decisões judiciais e demais atos oficiais de línguas estrangeiras para o Português e vice-versa. A menos que a tradução tenha sido elaborada pela própria administração pública⁷⁴¹, caso em que se aplicará o disposto mesmo no art. 8º, IV, as traduções serão protegidas por direitos autorais em virtude do art. 7º, XI, da LDA⁷⁴².

Nesse sentido, não importa que a obra original estrangeira (uma lei ou uma sentença, por exemplo) esteja fora da proteção por direitos autorais. Esta é a mesma situação da tradução, para o Português, de um romance estrangeiro que se encontre em domínio público. A tradução, uma vez presentes os elementos para proteção, encontrará amparo nos termos da LDA. Não importa

⁷⁴¹ Por exemplo, o texto da Lei de Propriedade Industrial em suas versões em inglês e em espanhol, que podem ser acessadas no *website* do INPI.

⁷⁴² Por exemplo, o “Código Civil Brasileiro em Inglês”, de Leslie Rose. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

quão antigo seja o texto traduzido, conforme foi decidido pela corte de Israel, quanto aos denominados manuscritos do Mar Morto.

Também estarão protegidas por direitos autorais, por conta do disposto no art. 7º, XIII, as coletâneas, compilações ou bases de dados que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação original⁷⁴³.

Percebe-se, neste passo, que a proteção não abarca os dados em si mesmos, mas sim o conjunto de dados. Por isso, podem publicar-se em livro as trinta melhores sentenças de um magistrado, sem a licença dele, ainda que Bruno Jorge Hammes proteste por considerar injusta referida possibilidade⁷⁴⁴.

Podemos aplicar quanto às coletâneas as mesmas conclusões a que chegou o *Copyright Office* norte-americano: para haver proteção, é necessário que a compilação tenha mais do que uns poucos dados. Uma publicação com duas, três ou quatro sentenças dificilmente seria protegida por direitos autorais. Afinal, é elemento indispensável que a organização dos dados cumpra com o requisito da originalidade.

O obstáculo maior do inciso IV não é exatamente saber se compilações de leis e de sentenças estão ou não protegidas por direitos autorais. Como se sabe, as coletâneas podem ser protegidas ainda que os dados que a compõem não o sejam. O elemento verdadeiramente complicador é definir que direitos existem sobre *uma* sentença, se é que direitos há.

Os atos legislativos são fruto, na maioria das vezes, de atividade colaborativa. Sua autoria é diluída e sua elaboração se pauta muito mais por parâmetros técnicos (ou pelo menos assim deveria ser) do que estéticos. Depois de publicados, os atos legislativos contam com utilidade

⁷⁴³ Sobre a originalidade de base de dados, ver: SILVEIRA, Clóvis. *Bancos de Dados Originais e Não-Originais*. **Revista da ABPI, n° 69**; pp. 31 e ss.

⁷⁴⁴ HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito de Propriedade Intelectual**. Cit.; p. 106. Afirma ainda o autor: “[e]m relação ao magistrado, a aplicação desse direito parece problemática. As sentenças podem ser reproduzidas. Quem publica um compêndio de decisões terá um direito autoral autônomo desde que os critérios de seleção representem uma criação intelectual pessoal. Em qualquer tempo pode haver o interesse em divulgar o conteúdo das sentenças. Contudo, seria muita coincidência se as sentenças de um determinado juiz correspondessem exatamente aos critérios de seleção adotados pelo colecionador, a não ser que o critério fosse selecionar as melhores criações de um determinado magistrado para assegurar mercado às custas da celebridade dele. O interesse já não seria a divulgação de decisões judiciais em geral, ou específicas, mas o interesse comercial. Neste caso, aplicar-se-ia, por analogia, o art. 2 bis 3 da Convenção de Berna, assegurando também ao magistrado o direito exclusivo de reunir em compêndio as suas sentenças” (p. 107). Quanto à aplicação por analogia, parece-nos equivocada. A Convenção de Berna, no referido dispositivo, autoriza que os países da União possam estabelecer em suas leis internas as condições em que as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza, pronunciadas em público, possam ser reproduzidas pela imprensa, transmitidas pelo rádio ou pelo telégrafo, quando tal utilização é justificada pela finalidade da informação a ser atingida. Em todo caso, o autor tem o direito exclusivo de reunir em coleção as suas obras mencionadas anteriormente. Observe-se que, nesta hipótese, a Convenção de Berna confere proteção autoral a essas obras e apenas autoriza que sua proteção seja limitada. Tanto é assim que a LDA conta com dispositivo nesse sentido, no capítulo de limitações aos direitos autorais. Muito diferente é a situação das leis e das sentenças judiciais, expressamente excluídas de proteção por parte da LDA. Por isso, invocar a analogia nos parece no mínimo inadequado.

bastante reduzida para além do debate acerca de sua interpretação e aplicação. No máximo, podem figurar em compêndios legais. Em tudo se distinguem das sentenças e acórdãos.

A autoria das sentenças é perfeitamente delimitada (ainda que seja comum juízes serem assessorados e que as decisões sejam elaboradas, não raramente, por mãos alheias). Além disso, as sentenças contam, certamente mais do que os atos legislativos, com preocupação estética. Há, inclusive, juízes que se dedicam a proferir suas decisões por meio de legítimas obras poéticas ou em prosa literária.

Ocorre que estando as decisões judiciais fora do âmbito de proteção da LDA (na zona de imunidade, como diria Eliane Abrão), significa que encontram-se em domínio público não porque seu prazo de proteção expirou, mas porque jamais foram protegidas. Isso tem como consequência prática o fato de que não tendo sido jamais protegidas, não se lhes atribuiu nem direitos patrimoniais nem morais. Se não há direitos morais sobre decisões judiciais, não há direito à paternidade. Logo, seria possível um terceiro atribuir a si mesmo o texto de uma sentença judicial?

Por exemplo: imagine-se que um juiz tenha proferido sentença em determinado sentido, após muito pesquisar e bem fundamentar seu julgamento, tornando-o próximo a um parecer ou artigo científico. Pode uma das partes, em disputa judicial posterior semelhante, transcrever a sentença alheia como se se tratasse de seus próprios argumentos para a questão?

Parece-nos que não. A sentença judicial é obra intelectual, sem qualquer dúvida. Trata-se de obra intelectual não protegida por direitos autorais em razão da importância de sua publicidade e da prevalência do direito público (da sociedade) sobre o individual (do juiz, de ter sua obra protegida), mas é, ainda assim, obra intelectual.

Sendo obra intelectual, tem autor. E o autor é a pessoa física que a cria. Apesar de não recaírem sobre a sentença (ou acórdão) os direitos patrimoniais ou morais, lembramos que o direito à paternidade da obra se desdobra em duas vertentes: a de direito moral e a de direito de personalidade, na modalidade de direito ao nome. Não haveria, no caso de usurpação de autoria de sentença, violação a direito moral de autor, mas sim infração ao direito de personalidade, por desrespeito ao direito ao nome.

Outro aspecto se faz presente: o da boa-fé objetiva. Não se trata aqui, por óbvio, da boa-fé objetiva prevista no art. 422 do CCB. Fazemos alusão a um princípio geral de boa-fé que

extrapola os limites do direito das obrigações e impõe a todos um dever de agir calcado na ética, na probidade, na correção.

Parece ser essa a opinião de Mário Julio de Almeida Costa e de Agathe E. Schmidt da Silva, ambos citados por Teresa Negreiros, que afirmam, respectivamente, que “(...) a consagração do princípio da boa fé implica (...) uma específica valoração jurídica para a solução do caso concreto (...)” e que “[a] aplicação da cláusula geral de boa fé exige, do intérprete, uma nova postura, no sentido da substituição do raciocínio formalista, baseado na mera subsunção do fato à norma, pelo raciocínio teleológico ou finalístico na interpretação das normas jurídicas, com ênfase à finalidade que os postulados normativos procuram atingir”⁷⁴⁵.

De acordo com o inciso V, do art. 8º, também estão excluídos da proteção autoral as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas. Afinal, por pertencerem “há tanto tempo ao domínio comum, não podem ser objeto de exploração monopolística por ninguém em particular”⁷⁴⁶.

Os títulos das obras poderão ser protegidos desde que contem com alguns requisitos: ser original e inconfundível com o de obra do mesmo gênero, que tenha sido divulgada anteriormente por outro autor⁷⁴⁷. Do contrário, não terão os títulos proteção como direitos autorais, como determina o inciso VI do art. 8º⁷⁴⁸.

Finalmente, a LDA exclui da proteção pelo direito autoral o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras, conforme determinação do inciso VII do art. 8º. O objetivo, aqui, é impedir o monopólio de ideias, retomando o disposto no inciso I, “desta feita escondido atrás de patente, marca ou qualquer outro processo ou tecnologia, desde que sua

⁷⁴⁵ NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-Fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998; pp. 89-90. Prossegue a autora: “[a]s citações acima permitem entrever a necessidade de a análise acerca da boa-fé objetiva se realizar num âmbito de reflexão teórica que transcenda questões dogmáticas pertinentes exclusivamente ao direito civil. Com efeito, a aplicação da boa-fé carrega consigo uma série de significações relativas à interpretação-realização do Direito, aos limites da função judicante, ao conceito de sistema na ciência jurídica, ao peso das valorações pelo discurso jurídico e a outros muitos temas que, tradicionalmente, escapam ao campo reflexivo do civilista. O caminho escolhido a seguir privilegia o reconhecimento da boa-fé como um princípio, de forma a fazer com que toda esta série de temas convirja para um núcleo teórico a partir do qual estas e outras irradiações surgirão. Não são, porém, de natureza exclusivamente metodológica as razões que justificam o exame dos princípios jurídicos. Na verdade, o exame que se segue de algumas questões relacionadas com a conceituação e a aplicação dos princípios é necessário em vista do enquadramento da boa-fé numa moldura que a redirecione no sentido da integração entre o direito civil e o direito constitucional. (...), a interpretação constitucional do princípio da boa-fé assenta sobre algumas premissas relativas ao papel dos princípios jurídicos na aplicação-realização do Direito”.

⁷⁴⁶ ABRÃO, Eliane Y.. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. Cit.; p. 155.

⁷⁴⁷ Art. 10 da LDA.

⁷⁴⁸ Em 2008, uma disputa acerca do título “Harry Potter” alcançou repercussão na mídia após julgamento por um tribunal indiano. Bollywood, a indústria cinematográfica local, lançou uma obra intitulada “Hari Puttar”, o que gerou um processo por parte da Warner Brothers. Em sua defesa, a produtora indiana afirmou que “Hari Puttar” significa, tanto em Hindi quanto em Panjabi, “Filho de Deus”. Os juízes acataram o argumento e a exibição pública do filme foi liberada. Disponível em <http://bit.ly/h74hA5>. Acesso em 05 de setembro de 2010.

origem esteja em obras literárias, artísticas ou científicas, dando uma volta completa em torno da inapropriação das coisas postas fora do comércio, garantindo-lhe seu livre uso por todos⁷⁴⁹.

Apesar de ambição de ser completo⁷⁵⁰, o ordenamento jurídico inevitavelmente contém lacunas. Como é de se imaginar, o art. 8º da LDA não trata diretamente de todos os casos possíveis nos quais não é possível atribuir direitos autorais. Por isso, cada vez mais são comuns situações que geram grande incerteza a respeito da possibilidade de proteção autoral a determinada obra. Trataremos de duas situações que poderiam facilmente figurar entre os incisos do art. 8º.

No n. 45 da Revista Piauí (junho de 2010), o cineasta Charly Braun narrou as agruras por que vinha passando a fim de terminar seu primeiro longa-metragem. Uma das dificuldades era conseguir usar, na edição de som, o grito do *taxan*, um determinado tipo de pássaro pouco comum que, segundo o cineasta, pode ser definido como um “peru selvagem”. Como a gravação do grito do pássaro seria praticamente inviável, Charly Braun decidiu usar um som pré-gravado. Segundo o diretor⁷⁵¹:

Telefone para Dalgas Frisch. Ele é um grande conhecedor de aves e preciso que ele libere o direito de uso do grito do *taxan*. Apenas Dalgas tem essa gravação, e ele é conhecido no cinema por processar (e ganhar) de cineastas que não o consultam (e não pagam) pelo uso de suas gravações aviárias. Muito amável, ele libera em troca de 100 reais.

Em breve pesquisa na Internet, verifica-se que Dalgas Frisch mantém *website* (<http://www.agenciawld.com.br/dalgas/home/index.htm>) onde podem ser adquiridos CDs com a gravação de cantos de diversas aves. Estariam essas gravações protegidas nos termos da LDA?

O canto dos pássaros certamente não é protegido. O canto dos pássaros pertence a todos, não é passível de apropriação por quem quer que seja. O fato de Dalgas Frisch ter gravado o canto de diversos pássaros e com isso produzido um CD confere a ele não mais do que um direito

⁷⁴⁹ ABRÃO, Eliane Y.. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. Cit.; p. 155. Ainda assim, mesmo com a lei permitindo a todos o uso indistinto de marcas fictícias, por exemplo, é bastante comum haver o registro de tais marcas antes que terceiros delas se valham. Dessa forma, podemos citar que “Wonka” (o famoso chocolate da “Fantástica Fábrica de Chocolate”) é marca devidamente registrada em nome de Société des Produits Nestlé Ltd. e “Organizações Tabajara” pertence a Toviassú Produções Artísticas Ltda., sociedade dos membros do grupo Casseta & Planeta.

⁷⁵⁰ Segundo Bobbio, “um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema. Para dar uma definição mais técnica de completude, podemos dizer que um ordenamento é completo quando jamais se verifica o caso de que a ele não se podem demonstrar pertencentes nem uma certa norma nem a norma contraditória. Especificando melhor, a incompletude consiste no fato de que o sistema não compreende nem a norma que proíbe um certo comportamento nem a norma que o permite. De fato, se se pode demonstrar que nem a proibição nem a permissão de um certo comportamento são dedutíveis do sistema, da forma como foi colocado, é preciso dizer que o sistema é incompleto e que o ordenamento jurídico tem uma lacuna”. BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, 10ª ed. Brasília: ed. Universidade de Brasília, 1999; p. 115.

⁷⁵¹ BRAUN, Charly. *Se não Melhorar, Talvez eu Vá Dirigir um Táxi*. **Revista Piauí**, ed. 45. Rio de Janeiro, junho de 2010.

pela compilação, um direito à base de dados, ainda que não possa conferir proteção a cada um dos dados que a compõem. Assim, existe um direito autoral nos termos do art. 7º, XIII, da LDA, pelo CD, mas não pelo canto de cada um dos pássaros, individualmente considerados.

Haveria, igualmente, um direito sobre o fonograma? Entendemos que não. Da mesma forma que não existe um direito à edição de livro que contenha um texto em domínio público nem é passível de proteção o sinal do radiodifusor que transmite obra em domínio público, não seria possível conferir abrigo ao fonograma cujo conteúdo é, na íntegra, alheio aos critérios de proteção previstos na LDA. A única exceção seria a existência de elementos originais, criativos, inseridos no CD por força intelectual de seus produtores.

Qualquer que seja o caso, porém, se precisa a afirmação de Charly Braun, a conduta de Dalgas Frisch não encontra amparo legal⁷⁵². Quer pelo fato de se tratar de conteúdo em domínio público, quer por se tratar do uso de pequenos trechos de obra protegida (no caso de o fonograma contar com elementos de originalidade), é possível a qualquer interessado se valer do canto do *taxan* (ou de qualquer outro pássaro) independentemente da autorização de quem o tenha registrado.

Nos Estados Unidos, o direito autoral protege apenas as obras criadas por seres humanos. Trabalhos produzidos por processos mecânicos, sem a contribuição de um ser humano como autor, não são protegidos. No entanto, a presença de “escolhas humanas” pode fazer que a obra se torne protegida⁷⁵³. Um exemplo é a *spin art*, pois o uso das cores decorre da vontade do usuário.

Por essa regra, as traduções automáticas realizadas por softwares não podem ser protegidas. Se uma das principais razões para se proteger a tradução realizada por seres humanos é a forma como reinterpreta um texto – trabalho intelectual dos mais sofisticados –, tal motivo se esvanece quando realizado por uma máquina. Ademais, qualquer pessoa que inserisse no software o mesmo texto obteria, em troca, a mesma tradução.

É de se indagar se o direito autoral nesse caso caberia ao desenvolvedor do software. Parece-nos que não. Sua criação – pela qual inclusive faz jus à proteção adequada – consiste no desenvolvimento de um software para tradução. Por motivos óbvios, é impossível que tenha ele próprio, programador, estipulado a priori todas as traduções possíveis resultantes do uso de seu

⁷⁵² Não encontramos, contudo, qualquer referência a processo judicial movido por Dalgas Frisch por conta de uso não autorizado de suas gravações.

⁷⁵³ FISHMAN, Stephen. *The Public Domain – How to Find & Use Copyright-Free Writings, Music, Art & More*. Cit.; p. 133.

software. A tradução, nesse caso, é totalmente distinta de seu trabalho intelectual e de sua obra, o programa de computador.

Além disso, no estado em que hoje se encontram os softwares para tradução automática, ainda é indispensável que se faça uma revisão no texto após a versão de um idioma para outro ter sido realizada. Sobre essa versão final, dependendo do grau de originalidade e sofisticação, terá o tradutor, por assim dizer “humano”, proteção conferida pela LDA. Mas não poderá se opor às demais traduções sobre o mesmo texto, realizadas por software de tradução automática, que tenham partido do mesmo resultado a que teve acesso.

Conforme visto, existem 3 grupos perfeitamente identificáveis de obras intelectuais: aquelas que, uma vez criadas, estão protegidas por direitos autorais, uma vez que cumprem com os requisitos de proteção; aquelas que, uma vez criadas, por não cumprirem com determinado requisito, encontram-se fora da proteção legal e aquelas que, por algum motivo, entraram em domínio público. Este último grupo, para efeitos práticos, é composto pelas obras do primeiro grupo que deixaram de ser protegidas (por decurso do prazo ou por algum outro motivo) e por todas as obras do segundo grupo.

Há, entretanto, uma abordagem que se impõe: quanto às obras protegidas, as que compõem o primeiro grupo acima mencionado, vigora o sistema de limitações aos direitos autorais a que nos referimos no item 1.3.3 (d).

As limitações apenas fazem sentido enquanto a obra se encontra protegida. Com seu ingresso no domínio público, as limitações se diluem e perdem sua razão de ser.

Entendemos que as limitações aos direitos autorais não compõem o domínio público. As limitações foram construídas de modo a permitir o uso de obras alheias ainda protegidas levando-se em conta determinadas finalidades: uso privado, fim educacional, uso transformativo, interesse público, entre outras (se quisermos ser extremamente detalhistas). Já o domínio público não comporta restrições: o uso da obra que nele ingresse é quase inteiramente livre (respeitados certos limites impostos por direitos morais, conforme visto).

As limitações aos direitos autorais só existem intrinsecamente atreladas às obras protegidas. Já as obras protegidas, por outro lado, são incompatíveis com o domínio público. Onde está este não estão aquelas, e vice-versa.

(c) obras criadas em países não signatários de tratados internacionais

O art. 2º, parágrafo único, da LDA determina que se aplica o disposto na lei aos nacionais ou pessoas domiciliadas em país que assegure aos brasileiros ou pessoas domiciliadas no Brasil a reciprocidade na proteção aos direitos autorais ou equivalentes. Como tivemos a oportunidade de ver anteriormente, trata-se de regra de reciprocidade. De modo simplificado, significa dizer que o Brasil confere aos estrangeiros a mesma proteção atribuída aos brasileiros sempre que o país estrangeiro conferir aos brasileiros os mesmos direitos outorgados a seus nacionais.

Por conta da leitura *contrario sensu* da cláusula do tratamento nacional, o Brasil não se obriga a proteger obras de nacionais ou de pessoas domiciliadas em país que não dê o mesmo tratamento aos brasileiros. Dessa forma, escapam à proteção autoral as obras provenientes de países que não sejam signatários dos tratados internacionais de que o Brasil faz parte.

De acordo com o *website* da OMPI⁷⁵⁴, não são signatários da Convenção de Berna países como Afeganistão, Eritreia, Etiópia, Iêmen, Iran, Iraque e San Marino. Dessa forma, obras originárias de tais países não são protegidas por direitos autorais no Brasil, a menos que haja tratados especiais entre tais países, onde a proteção autoral é prevista. Não sendo o caso, encontram-se, assim, em domínio público.

(d) obras conferidas voluntariamente ao domínio público

A LDA não é explícita neste particular. Pode um autor voluntariamente dedicar sua obra ao domínio público? Por se tratar de hipótese essencialmente distinta das demais (que cuidam do domínio público legal, enquanto esta diz respeito ao domínio público voluntário), vamos nos referir a ela em seção própria, a seguir.

3.2.2 O Domínio Público Voluntário

Conforme analisado no item anterior, a LDA determina diversas hipóteses em que uma obra pode ingressar no domínio público. No entanto, a LDA não prevê expressamente a possibilidade de uma obra entrar em domínio público por conta da vontade do autor⁷⁵⁵.

⁷⁵⁴ Disponível em <http://bit.ly/hEGMLY>. Acesso em 06 de setembro de 2010.

⁷⁵⁵ Não causa espanto o silêncio da LDA. O tema é, de fato, tão pouco debatido, que uma busca no *Google* com os termos “domínio público voluntário” e “*domaine public volontaire*”, que abrangeriam resultados em português, em espanhol e em francês, não apresenta nem mesmo 20 resultados para cada um dos termos pesquisados.

A primeira indagação que se deve fazer é: faz sentido alguém dedicar uma obra intelectual ao domínio público? O ingresso voluntário da obra no domínio público não iria contra todo o esforço de se proteger as obras autorais construído ao longo dos dois últimos séculos? Por que alguém desejaria destinar sua obra ao domínio público?

No capítulo 1, tivemos a oportunidade de tratar brevemente da restritividade da lei brasileira (item 1.3.3). Nos termos da LDA, as obras intelectuais são protegidas (se protegidas) independentemente da vontade do autor e mesmo contra a sua vontade. Um autor pode ter interesse em ver sua obra circular livremente, pode querer abrir mão do direito de autorizar individualmente a reprodução de sua obra, pode, em síntese, querer que ela possa ser acessada e distribuída na íntegra, diferentemente do que a LDA prevê como padrão.

A hipótese não é descabida. O homem sempre criou, independentemente de leis que assegurem monopólios e independentemente da percepção de lucro pela exploração econômica da obra. Shakespeare, Dante, Chaucer, Cervantes, Montaigne, Milton, Gil Vicente, Bocage e Padre Antônio Vieira, entre muitos outros que poderíamos citar, criaram obras-primas da literatura sem que houvesse, à época, qualquer proteção a direitos autorais. Se o monopólio existe para estimular a criação, não é, entretanto, condição *sine qua non* para esta.

Ademais, a internet veio, em meados dos anos 1990, pôr à prova não apenas o papel dos direitos autorais como de todos os modelos de negócio de cultura consolidados no século XX. Até os anos 1980, a produção e a difusão da cultura de massa eram controladas, exclusivamente, pelos grandes conglomerados da mídia. À sociedade apenas se permitia acessar aqueles bens físicos que eram tornados disponíveis por quem detinha o controle da obra. Depois do ingresso da obra original no mercado, sua reprodução não autorizada era quase sempre difícil de ser obtida, muitas vezes a qualidade era baixa e não raro o custo era alto⁷⁵⁶.

Após o surgimento da internet, os direitos autorais, que antes interessavam, em regra, apenas a produtores de música e de obras audiovisuais e aos editores de obras literárias, passou a dizer respeito à vida de todos. Essa mudança de abrangência na importância da matéria decorre muito certamente da popularização dos meios de tecnologia e sua apreensão pela classe média e pelas periferias globais.

⁷⁵⁶ Até o início dos anos 1990, LPs e fitas de vídeo cassete eram copiadas apenas em outras fitas, K7 ou de vídeo, sendo que a qualidade da cópia era muitas vezes sofrível e seu desgaste se dava com bastante rapidez. Além disso, seria indispensável ter acesso à obra original para dela se obter uma cópia, e o acesso nem sempre era simples, pois em um mundo ainda não digital, o acesso se restringia às cópias físicas das obras que houvesse em circulação. A propósito, cabe lembrar que até 1998, a cópia de qualquer obra na íntegra não violava os direitos autorais nos termos da lei 5.988/73, em vigor até então, que permitia uma cópia integral de qualquer obra, desde que para fins privados.

Atualmente, é muito provável que qualquer pessoa munida de um aparelho de celular e de um computador com acesso à internet possa distribuir sua própria produção literária e audiovisual, além de acessar, modificar e distribuir a produção alheia. É isso o que ocorre diariamente em *websites* como *Youtube*, *Flickr*, *Blogger*, *Orkut* e *Facebook*, apenas para ficar com algumas das ferramentas mais poderosas globalmente. Mas não só. Até canais outrora tradicionais, como o jornal *O Globo*, vêm recebendo contribuição cada vez maior de pessoas não profissionais, que submetem ao periódico fotos ou textos de sua autoria para publicação.

A rede de acesso e distribuição de conteúdo que constitui a base da Web 2.0⁷⁵⁷ não se ajusta ao modelo de direitos autorais forjado a partir da Convenção de Berna de 1886 e construído pelas diversas leis nacionais que tratam do assunto. Pelo sistema legal vigente, copiar a foto de um amigo de seu perfil do *Facebook* ou do *Orkut* ou de qualquer outra rede social, sem sua autorização, constitui violação de direitos autorais. Assim como, muitas vezes, baixar vídeos do *Youtube* ou copiar textos hospedados em um dos *blogs* do *Blogger* ou do *Wordpress*. Ainda que a conduta seja praticada sem fins lucrativos, com correta indicação de autoria e de procedência e mesmo que o autor não se incomode com a prática, o ato de fazer reprodução integral da obra sem autorização do autor poderá ser visto como infração à LDA⁷⁵⁸.

É bem verdade que muitas vezes a obra objeto de reprodução não tem qualquer ambição artística, não passando de um registro textual ou audiovisual de um momento. Nesses casos, o autor não tem interesse na exploração da obra e ela se encontra disponível na internet tão somente para ser acessada por seus amigos e conhecidos⁷⁵⁹. É o que ocorre com boa parte das informações constantes das redes sociais.

Por outro lado, pode o autor tornar sua obra disponível na internet exatamente por acreditar em seu potencial econômico. Em tais casos, é comum o autor crer que a proteção conferida pela LDA serve de entrave à circulação da obra e que esse entrave acaba por ser maléfico a seus interesses comerciais.

⁷⁵⁷ O termo foi forjado em 2004 por Dale Dougherty e popularizado por Tim O'Reilly. Hoje, a convergência de utilidades permitida a partir da conexão com a internet (é possível acessar vídeos, músicas, fotos e textos de terceiros, manipulá-los e, do mesmo modo – porém em via oposta – disponibilizar vídeos, músicas, fotos e textos) está se espalhando para além dos computadores, em celulares e, em breve, na televisão.

⁷⁵⁸ Basta confrontar o disposto nos artigos 28, 29 e 46 da LDA para a violação se tornar evidente.

⁷⁵⁹ A prática de acessar, modificar e redistribuir obras na internet vem ganhando cada vez mais contornos sofisticados, o que nos impede de traçar um limite preciso entre o que é (deve) ser protegido e o que não é (não deve). Recentemente, uma notícia sobre a tentativa de estupro de uma jovem americana foi transformada em música (chamada “*Bed Intruder*”) e se tornou um dos maiores fenômenos de 2010. O vídeo original pode ser visto em <http://bit.ly/hRGNPD> (acesso em 18 de setembro de 2010) e a música em <http://bit.ly/9eydPM> (acesso em 18 de setembro de 2010).

Para um autor estreante, talvez faça mais sentido que sua obra se torne disponível de graça na internet, podendo qualquer pessoa fazer cópia dela, do que esperar por uma proteção que muitas vezes não se reverterá nem em um público maior desfrutando da obra nem em benefícios financeiros.

Não apenas artistas iniciantes têm dispensado a proteção legal. Grupos como Radiohead se valem de estratégias comerciais pouco ortodoxas (até o momento) para promover seus novos trabalhos, tentando torná-los disponíveis por valores mais palatáveis ao público consumidor além de se aproximar dos fãs por meio de contato direto em *websites*⁷⁶⁰.

A profusão de conteúdo existente na internet certamente contribuiu para a busca de novos modelos de negócio. Novos porque se distinguem daqueles desenvolvidos e consagrados ao longo do século XX e que, atualmente, são insuficientes para distribuir obras culturais e remunerar artistas. Nesse sentido, o modelo musical do tecnobrega⁷⁶¹ e a produção audiovisual nigeriana⁷⁶² são bons exemplos.

Tais modelos se caracterizam sobretudo pela renúncia a (ou pela flexibilização de) determinados direitos autorais previstos pela LDA. No modelo do tecnobrega, por exemplo, não se impede a reprodução da obra (no caso, dos CDs). Ao contrário, a reprodução é estimulada para que o artista se torne conhecido e passe a se remunerar por meio de shows, não apenas pela venda de CDs⁷⁶³.

Ocorre que o simples fato de a obra estar disponível na internet não significa que o autor tenha consentido com sua reprodução por quem quer que seja⁷⁶⁴. Muito menos, evidentemente, que a obra esteja em domínio público. Para as obras disponíveis na internet, vigoram exatamente as mesmas regras jurídicas de direitos autorais para obras em meio físico, ainda que na internet seja consideravelmente mais difícil dar eficácia a tais normas.

⁷⁶⁰ Disponível em <http://glo.bo/hvA9bN>. Acesso em 18 de setembro de 2010.

⁷⁶¹ Ver, de Ronaldo Lemos e Oona Castro, “Tecnobrega – o Pará Reinventando o Negócio da Música”. LEMOS, Ronaldo e CASTRO, Oona. **Tecnobrega – o Pará Reinventando o Negócio da Música**. Rio de Janeiro: Aeroplano, 2008.

⁷⁶² IGWE, Charles. *A Indústria Cinematográfica Nigeriana* e KUSAMOTU, Ayo. *Um Olhar sobre o Cinema Nigeriano*. LEMOS, Ronaldo; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de e MACIEL, Marília (orgs). **Três Dimensões do Cinema – Economia, Direitos Autorais e Tecnologia**. Rio de Janeiro: ed. FGV, 2010; pp. 107 e ss.

⁷⁶³ Desnecessário dizer que tais práticas devem ser encaradas como alternativas ao modelo tradicional e não como imposições. Aos autores – e somente a eles – competirá decidir se devem se valer do direito autoral previsto na LDA ou de práticas inovadoras. Ademais, cada setor da indústria cultural conta com suas peculiaridades e o que pode funcionar para a música pode ser inviável para livros. Finalmente, uma coisa é a remuneração dos artistas – cantores e músicos. Outra, distinta, é a remuneração dos autores. Para cada classe devem ser perseguidas as melhores soluções.

⁷⁶⁴ Sobre o tema, ver dissertação de mestrado: BRANCO JR., Sérgio Vieira. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. A obra pode ser acessada também em <http://bit.ly/fliWfj>.

De fato, a (falta de) eficácia da LDA na internet é mais uma evidência de como os modelos de proteção construídos a partir do final do século XIX são hoje insuficientes para dar conta da revolução tecnológica que vivemos. E nem se trata apenas do acesso a obras alheias, que pode se dar contra a vontade do autor; mencionamos, aqui, o fato de a LDA proteger *demais* os autores, mesmo quando eles dispensam a proteção.

Se um autor, por um motivo qualquer (porque entende que é inútil proteger sua obra - que carece de importância econômica, ou porque prefere vê-la difundida para auferir lucros por meio de outras modalidades de negócio), deseja que sua obra seja simplesmente copiada pelos usuários da internet, não basta simplesmente não coibir a reprodução. Quem copia obra na íntegra, ainda que o autor nada faça para impedir a cópia, viola direitos autorais. Por isso, tornou-se necessário que o autor consinta expressamente com a reprodução de sua obra. Surgiram, assim, as licenças públicas gerais, sendo a licença *Creative Commons* uma das mais notória. Para entendê-las, devemos tratar primeiro do conceito de *commons*.

A ideia do que vêm a ser *commons* tem sido muito debatida atualmente. Autores como Lawrence Lessig e James Boyle, em suas obras a respeito de direitos autorais⁷⁶⁵, vêm delimitando o tema com bastante precisão.

Em síntese estreita, Lessig parte do princípio de “*commons*” como algo a que as pessoas de determinada comunidade têm acesso sem a necessidade de se obter qualquer permissão. Aponta o autor como exemplos de “*commons*”: (i) ruas públicas; (ii) praças e praias; (iii) a teoria da relatividade de Einstein e (iv) escritos em domínio público. Distingue, ainda, os dois primeiros itens dos dois últimos a partir das seguintes considerações⁷⁶⁶:

A teoria da relatividade de Einstein é diferente das ruas ou praias públicas. A teoria de Einstein é totalmente “não-rival” [no sentido de que não há rivalidade no uso por mais de uma pessoa]; as ruas e as praias não são. Se você usa a teoria da relatividade, há tanto para ser usado depois quanto havia para ser usado antes. Seu consumo, em outras palavras, não rivaliza com o meu próprio. Mas estradas e praias são muito diferentes. Se todos tentam usar as estradas ao mesmo tempo (algo que

⁷⁶⁵ “Cultura Livre” e “*The Public Domain*”, respectivamente.

⁷⁶⁶ LESSIG, Lawrence. *The Future of Ideas – The Fate of the Commons in a Connected World*. New York: Random House, 2001., p. 21. No original, lê-se que: “*Einstein’s theory of relativity is different from the streets or public beaches. Einstein’s theory is fully “nonrivalrous”; the streets and beaches are not. If you use the theory of relativity, there is much left over afterward as there was before. Your consumption, in other words, does not rival my own. But roads and beaches are very different. If everyone tries to use the roads at the very same time (something that apparently happens out here in California often), then their use rivals my own. Traffic jams; public beaches crowded*”. Charlotte Hess e Elinor Ostrom mencionam que quanto ao domínio público intelectual, a ideia de *commons* parece se relacionar a processos democráticos, liberdade de expressão e troca livre de informações. Tradução livre do autor. No original, lê-se que “[i]n relation to the intellectual public domain, the commons appears to be an idea about democratic processes, freedom of speech, and the free exchange of information”. HESS, Charlotte e OSTROM, Elinor. *Ideas, Artifacts, and Facilities: Information as a Common-Pool Resource*. **Law and Contemporary Problems** – vol. 66.

aparentemente acontece na Califórnia com frequência), então o seu uso das estradas rivaliza com o meu. Engarrafamentos, praias públicas lotadas.

Na opinião de James Boyle, vivemos o que pode ser chamado de “*second enclosure movement*”. De acordo com o professor da Duke University⁷⁶⁷, o “primeiro movimento de cercamento”, se pudermos assim nos expressar, teria sido a tomada de terras pertencentes a todos (*common land*) para, por meio de sua delimitação física, torná-la particular⁷⁶⁸. O segundo momento é o do cercamento da propriedade intelectual.

A reação a esse aprisionamento da propriedade intelectual tem sido o desenvolvimento de mecanismos de abertura do conteúdo, como o software livre e as licenças *Creative Commons*⁷⁶⁹.

As licenças *Creative Commons* (assim como quaisquer outras licenças públicas gerais que tenham a mesma finalidade) resolvem um dos grandes problemas da nossa lei autoral: a impossibilidade de cópia integral da obra sem prévia e expressa autorização do autor. A depender da vontade do autor (que é quem determina a extensão da licença), outros direitos também podem ser conferidos aos usuários, como o direito de modificar a obra original e, inclusive (caso o autor assim deseje), o direito de explorar a obra economicamente.

Dessa forma, tem se tornado muito comum o licenciamento de obras por meio de licenças públicas pelas quais o autor permite a cópia integral da obra independentemente de autorização específica para cada usuário. Na verdade, a própria licença é uma forma de autorização prévia.

Em sua versão 3.0, de 2010, as licenças *Creative Commons* traduzidas para o português e adaptadas a nosso ordenamento jurídico contam com quatro elementos intercambiáveis que geram seis possíveis licenças. Os elementos são atribuição (obrigatório, em respeito ao direito moral de paternidade); uso não comercial (a obra somente pode ser usada sem fins comerciais); vedação à criação de obra derivada (a obra deve ser usada sem qualquer alteração);

⁷⁶⁷ BOYLE, James. *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*. **Law and Contemporary Problems** – vol. 66; pp. 33 e ss. Disponível em <http://bit.ly/gNVMFz>. Acesso em 12 de setembro de 2010.

⁷⁶⁸ Conforme visto no primeiro capítulo, este movimento de privatização foi bastante criticado por Rousseau, a ponto de fazê-lo afirmar que “[o] primeiro que tendo cercado um terreno se lembrou de dizer: ‘isto é meu’, e encontrou pessoas bastante simples para o acreditar, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil”.

⁷⁶⁹ Para aprofundamento do tema, ver, entre outros, “Cultura Livre”, de Lawrence Lessig e “Direito, Tecnologia e Cultura”, de Ronaldo Lemos. LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Rio de Janeiro: ed. FGV, 2005. Já tivemos a oportunidade de escrevermos sobre o tema em BRANCO Jr., Sérgio Vieira. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, disponível em <http://bit.ly/fliWfj> e em LEMOS, Ronaldo e BRANCO, Sérgio. Copyleft, *Software Livre e Creative Commons: A Nova Feição dos Direitos Autorais e as Obras Colaborativas*. **Revista de Direito Administrativo** – vol. 243. São Paulo: ed. Atlas, 2006; pp. 148 e ss.

compartilhamento pela mesma licença (é permitida obra derivada, desde que esta seja objeto de licenciamento idêntico ao da obra original)⁷⁷⁰.

Ao atribuir uma das licenças à sua obra, o autor informa a sociedade, *a priori*, que tipo de uso pode fazer de seu trabalho: com ou sem fins comerciais, permitidas ou não alterações etc. No mínimo – ou seja, pela licença mais rigorosa –, deverá ser conferido o direito de se fazer cópia integral da obra para uso privado.

Por outro lado, a licença mais ampla de todas, denominada apenas de “Atribuição”, autoriza terceiros a fazerem qualquer uso da obra licenciada, desde que sua autoria seja mencionada corretamente. Apesar de não ser uma licença de domínio público, os efeitos produzidos por sua utilização dele se aproximam, tanto na esfera dos direitos morais quanto na dos direitos patrimoniais⁷⁷¹. Por tais motivos, esta a licença que por hora mais nos interessa.

A licença “Atribuição”, em sua versão atual, decorre da escolha do autor em permitir uso comercial de sua própria obra e criação de obras derivadas, renunciando expressamente ao recolhimento de direitos autorais. Portanto, nos aspectos patrimoniais, já que pode ser explorada comercialmente e livremente modificada, sem autorização ou licença específica por parte do titular, existe aproximação dos efeitos gerados com o ingresso da obra em domínio público⁷⁷².

Na verdade, os efeitos produzidos pela aplicação da licença “Atribuição” muito se assemelham aos do domínio público, mas ambos não se equivalem. De acordo com o texto da licença, sua abrangência é mundial. O ingresso da obra em domínio público, por outro lado, depende da lei de cada um dos países onde a proteção é demandada. Além disso, já vimos que o

⁷⁷⁰ As licenças que resultam da combinação dos referidos elementos são: (i) atribuição; (ii) atribuição - uso não comercial; (iii) atribuição - não a obras derivadas; (iv) atribuição - compartilhamento pela mesma licença; (v) atribuição - uso não comercial - não a obras derivadas e (vi) atribuição - uso não comercial - compartilhamento pela mesma licença.

⁷⁷¹ César Iglesias Rebollo classifica iniciativas como o *software* livre e as licenças *Creative Commons* como “apoiadas no domínio público voluntário”. REBOLLO, César Iglesias. *Software Libre y Otras Formas de Dominio Público Anticipado*. Cit.; p. 200.

⁷⁷² Prevê o texto da licença: **3. Concessão da licença.** O Licenciante concede a Você uma licença de abrangência mundial, sem *royalties*, não-exclusiva, perpétua (pela duração do direito autoral aplicável), sujeita aos termos e condições desta Licença, para exercer os direitos sobre a Obra definidos abaixo: Reproduzir a Obra, incorporar a Obra em uma ou mais Obras Coletivas e Reproduzir a Obra quando incorporada em Obras Coletivas; Criar e Reproduzir Obras Derivadas, desde que qualquer Obra Derivada, inclusive qualquer tradução, em qualquer meio, adote razoáveis medidas para claramente indicar, demarcar ou de qualquer maneira identificar que mudanças foram feitas à Obra original. Uma tradução, por exemplo, poderia assinalar que “A Obra original foi traduzida do Inglês para o Português” ou uma modificação poderia indicar que “A Obra original foi modificada”; Distribuir e Executar Publicamente a Obra, incluindo as Obras incorporadas em Obras Coletivas; e, Distribuir e Executar Publicamente Obras Derivadas. O Licenciante renuncia ao direito de recolher *royalties*, seja individualmente ou, na hipótese de o Licenciante ser membro de uma sociedade de gestão coletiva de direitos (por exemplo, ECAD, ASCAP, BMI, SESAC), via essa sociedade, por qualquer exercício Seu sobre os direitos concedidos sob esta Licença. Os direitos acima podem ser exercidos em todas as mídias e formatos, independente de serem conhecidos agora ou concebidos posteriormente. Os direitos acima incluem o direito de fazer as modificações que forem tecnicamente necessárias para exercer os direitos em outras mídias, meios e formatos. Todos os direitos não concedidos expressamente pelo Licenciante ficam ora reservados. Disponível em <http://bit.ly/hx62xJ>.

domínio público afeta diretamente o exercício de determinados direitos morais, enquanto que o texto da licença “Atribuição” expressamente informa que “na extensão em que reconhecidos e considerados indisponíveis pela legislação aplicável, direitos morais não são afetados por esta Licença”.

Do ponto de vista do direito autoral patrimonial, a licença “Atribuição” produz os mesmos efeitos decorrentes da entrada de determinada obra em domínio público, só que em âmbito mundial. Além disso, um outro efeito idêntico ao do ingresso de obra em domínio público é que as licenças *Creative Commons* são outorgadas em caráter perpétuo. A rigor, a licença confere ao titular o direito de difundir a obra sob outros termos ou de cessar a distribuição da obra licenciada a qualquer momento. No entanto, nenhuma dessas condutas será considerada revogação da licença e naturalmente os direitos adquiridos durante o período em que a obra esteve em circulação por vontade do titular deverão ser respeitados⁷⁷³.

Por tudo isso, a outorga da licença *Creative Commons* do tipo “Atribuição” a determinada obra em muito se assemelha a dedicá-la ao domínio público por conta da proximidade de seus efeitos⁷⁷⁴.

Ainda assim, o projeto *Creative Commons* conta com uma licença específica para que autores dediquem suas obras ao domínio público, a licença CC0. Em razão das diversas especificidades legais, que variam de país para país, a CC0 permite que autores dediquem ao domínio público suas obras “no limite permitido por lei”⁷⁷⁵. Ou seja, os efeitos da licença seriam

⁷⁷³ Prevê ainda o texto da licença: **7. Terminação.** Esta Licença e os direitos aqui concedidos terminarão automaticamente no caso de qualquer violação dos termos desta Licença por Você. Pessoas físicas ou jurídicas que tenham recebido Obras Derivadas ou Obras Coletivas de Você sob esta Licença, entretanto, não terão suas licenças terminadas desde que tais pessoas físicas ou jurídicas permaneçam em total cumprimento com essas licenças. As Seções 1, 2, 5, 6, 7 e 8 subsistirão a qualquer terminação desta Licença. Sujeito aos termos e condições dispostos acima, a licença aqui concedida é perpétua (pela duração do direito autoral aplicável à Obra). Não obstante o disposto acima, o Licenciante reserva-se o direito de difundir a Obra sob termos diferentes de licença ou de cessar a distribuição da Obra a qualquer momento; desde que, no entanto, quaisquer destas ações não sirvam como meio de retratação desta Licença (ou de qualquer outra licença que tenha sido concedida sob os termos desta Licença, ou que deva ser concedida sob os termos desta Licença) e esta Licença continuará válida e eficaz a não ser que seja terminada de acordo com o disposto acima. Disponível em <http://bit.ly/hx62xJ>.

⁷⁷⁴ Amy J. Benjamin e John LaBarre defendem que, para os que querem permitir o uso de suas obras por terceiros, as licenças públicas são uma solução melhor do que o domínio público voluntário. Segundo os autores, as licenças públicas permitem ao autor ter um controle mínimo sobre o modo como a obra é utilizada, inclusive obrigando que obras derivadas também sejam licenciadas. No caso do domínio público, entretanto, terceiros podem modificar a obra original e impedir sua circulação, já que a obra original estará protegida por direitos autorais. BENJAMIN, Amy J. e LABARRE, John. *Donating Works to the Public Domain Isn't Always the Best Way to Provide the Public Access to Your Work*. Disponível em: <http://bit.ly/hNzT96>. Acesso em 22 de janeiro de 2011/

⁷⁷⁵ Disponível em <http://bit.ly/eLZOuQ>. Acesso em 22 de janeiro de 2011. Para maiores informações, ver <http://bit.ly/dTyAdK> e <http://bit.ly/g4gFnI>. De acordo com informações no *website* de questões frequentemente propostas (FAQ, ou *frequently asked questions*), a diferença entre a licença “Atribuição” e a licença “Domínio Público” seria que a adoção da segunda não obrigaria ao terceiro, ao usar a obra, que indicasse sua autoria. No entanto, em razão da LDA, essa obrigação resistiria por força do disposto no art. 24, I.

distintos a depender de como a lei local regula a possibilidade de os autores abrirem mão de seus direitos autorais.

Dessa forma, pelo menos assim nos parece, no Brasil, a licença CC0 seria admissível desde que respeitados os direitos morais que subsistem após o ingresso da obra em domínio público, já que quanto aos direitos patrimoniais não há nada que impeça sua renúncia. Afinal, assim como se dá com o uso da licença “Atribuição”, a licença CC0 apenas antecipa os efeitos do domínio público sobre a obra licenciada. Há que se atentar, entretanto, para o fato de que a licença CC0 automaticamente promove o ingresso da obra licenciada no domínio público de todos os países do mundo, não apenas naquele onde se dá o licenciamento.

Mesmo que eventualmente venha a se considerar que a licença CC0 não pode ser utilizada para licenciar obras no Brasil, em razão de incompatibilidade com os direitos morais previstos na LDA, é importante apontarmos que o texto da própria licença determina que “se qualquer parte da licença for considerada legalmente inválida ou ineficaz de acordo com a lei aplicável, então a licença deverá ser preservada no limite máximo permitido de acordo com a manifestação de vontade do licenciante”⁷⁷⁶. Como os direitos patrimoniais são normalmente aqueles sobre os quais versam as maiores controvérsias – e quanto à sua disponibilidade parece não haver contestação significativa – ainda que a licença CC0 viesse a ser considerada parcialmente inválida diante do ordenamento jurídico brasileiro, os efeitos decorrentes da disposição dos direitos patrimoniais já nos parecem suficientes para atender tanto a vontade do autor-licenciante quanto a vontade do usuário-licenciado.

Recentemente, em outubro de 2010, o projeto *Creative Commons* anunciou o lançamento do *Creative Commons Mark*, ferramenta que permite que trabalhos em domínio público sejam facilmente identificados e encontrados na internet⁷⁷⁷. A iniciativa foi saudada com bastante entusiasmo e a rede Europeia⁷⁷⁸, que contém mais de 14 milhões de itens de imagens, textos, arquivos em áudio e em vídeo⁷⁷⁹, comunicou a adoção da marca a partir de 2011 para indicar obras em domínio público⁷⁸⁰.

⁷⁷⁶ Tradução livre do autor. No original, lê-se que “[s]hould any part of the Waiver for any reason be judged legally invalid or ineffective under applicable law, then the Waiver shall be preserved to the maximum extent permitted taking into account Affirmer’s express Statement of Purpose”. Disponível em <http://bit.ly/gyKgpw>. Acesso em 14 de janeiro de 2010.

⁷⁷⁷ Disponível em <http://bit.ly/hNePmp>. Acesso em 22 de janeiro de 2011.

⁷⁷⁸ Disponível em <http://bit.ly/hbXSbg>. Acesso em 22 de janeiro de 2011.

⁷⁷⁹ Disponível em <http://bit.ly/eIn5B4>. Acesso em 22 de janeiro de 2011.

⁷⁸⁰ Disponível em <http://bit.ly/hNePmp>. Acesso em 22 de janeiro de 2011. Curiosamente, o guia de uso de obras em domínio público constante do *website* da Europeia (<http://bit.ly/ibZYt4>) solicita a indicação de autoria das obras e de sua origem (por exemplo, o museu onde a obra se encontra), de modo a estimular que cada vez mais obras em domínio públicos se tornem

A grande vantagem da adoção do *Creative Commons Mark* é a identificação de obras em domínio público, uma vez que não existe um sistema de registro de obras mundial que possa ser consultado. Naturalmente, o sistema não é infalível, mas sua adoção por grandes museus, galerias e arquivos públicos poderá ser fundamental para dar maior segurança jurídica ao uso de obras culturais por parte de terceiros.

Caso não se deseje usar uma licença pública geral, seria possível dedicar obra ao domínio público de outra maneira? Entendemos que sim.

Em detalhado estudo de análise das leis de Argélia, Austrália, Brasil, Chile, China, Coreia do Sul, Costa Rica, Dinamarca, Estados Unidos, França, Itália, Quênia, Malásia e Ruanda, Séverine Dussolier aponta que países como o Chile e Quênia autorizam, de alguma forma, o domínio público voluntário⁷⁸¹. A lei chilena⁷⁸², por exemplo, prevê expressamente que pertencem ao patrimônio cultural comum, entre outras hipóteses, as obras cujos titulares renunciaram à proteção outorgada pela lei⁷⁸³ (ainda que a lei silencie sobre a forma da renúncia, bem como a precisa abrangência de seus efeitos).

Por sua vez, a legislação do Quênia determina que pertencem ao domínio público, entre outras, as obras cujos autores renunciaram a seus direitos. A seguir, prevê que a renúncia por parte do autor ou de seu sucessor deve se dar por escrito e tornada pública, não podendo contrariar obrigações contratuais prévias⁷⁸⁴.

Exceto pelos casos previstos em lei, a possibilidade de dedicar obras ao domínio público pode ser de fato controvertida. Séverine Dussolier afirma que em algumas legislações, não está claro se o titular do direito pode renunciar ao exercício completo de seus direitos exclusivos. E se

disponíveis *online*. Além disso, são demandados respeito pela obra, pelo autor, difusão de informações adicionais sobre a obra, manutenção da marca indicativa de domínio público, entre outros itens. Por tudo isso, vê-se que os direitos morais remanescentes pela LDA após o ingresso da obra em domínio público são exatamente aqueles decorrentes, pode-se afirmar, de um uso em conformidade com uma ideia genérica de boa-fé objetiva, ainda que em algumas jurisdições tais direitos (ou alguns deles) sequer sejam exigíveis.

⁷⁸¹ DUSSOLIER, Séverine. *Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain*; p. 33. Disponível em <http://bit.ly/etERD3>.

⁷⁸² Cabe lembrar que o Chile adota o sistema legal romano-germânico, tal qual o Brasil, e se filia ao *droit d'auteur*, de modo que tais características não podem ser consideradas, em si mesmas, obstáculo à existência de um domínio público voluntário.

⁷⁸³ Artículo 11°. *Pertenecen al patrimonio cultural común: a) Las obras cuyo plazo de protección se haya extinguido; b) La obra de autor desconocido, incluyéndose las canciones, leyendas, danzas y las expresiones del acervo folklórico; c) Las obras cuyos titulares renunciaron a la protección que otorga esta ley; d) Las obras de autores extranjeros, domiciliados en el exterior que no estén protegidos en la forma establecida en el artículo 2°, y e) Las obras que fueren expropiadas por el Estado, salvo que la ley especifique un beneficiario. Las obras del patrimonio cultural común podrán ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la paternidad y la integridad de la obra.* Disponível em <http://bit.ly/g29Tz2>.

⁷⁸⁴ 45.(1) *The following works shall belong to the public domain: (a) works whose terms of protection have expired; (b) works in respect of which authors have renounced their rights; and (c) foreign works which do not enjoy protection in Kenya. (2) For the purposes of paragraph (b), renunciation by an author or his successor in title of his rights shall be in writing and made public but any such renunciation shall not be contrary to any previous contractual obligation relating to the work.* Disponível em <http://bit.ly/bQv7e0>.

por um lado a discussão acerca da disponibilidade dos direitos patrimoniais é menos duvidosa (exatamente por conta da possibilidade de disposição de bens patrimoniais em geral), dúvida maior se põe acerca dos efeitos do domínio público voluntário em relação aos direitos morais⁷⁸⁵.

Alinhada com a contemporânea discussão relativa ao papel dos direitos autorais no mundo digital e globalizado, a Rede Temática Communia foi criada em 2008 no âmbito da União Europeia para servir de ponto de referência na análise teórica e na discussão de políticas públicas em assuntos relacionados a domínio público⁷⁸⁶.

Contando atualmente com 51 membros, o projeto desenvolveu parcerias inclusive fora da União Europeia, começando com Estados Unidos e Brasil.

Em seus 3 anos de atuação, a Communia promoveu diversos debates que culminaram com a edição do “Manifesto do Domínio Público” (o “Manifesto”). De acordo com este documento, dedicar voluntariamente obras ao domínio público deve ser um ato legítimo, *in verbis*⁷⁸⁷:

1. A renúncia voluntária dos direitos autorais e compartilhamento de obras protegidas são exercícios legítimos da exclusividade típica dos direitos autorais. Muitos dos autores titulares de proteção por suas obras não querem exercer esses direitos em toda a sua extensão, ou desejam abrir mão desses direitos completamente. Tais ações, desde que sejam voluntárias, são um exercício legítimo da exclusividade típica dos direitos autorais e não podem ser impedidas por lei, regulamento ou outros mecanismos, incluindo os direitos morais.

Dessa forma, o Manifesto prega que dedicar livremente uma obra ao domínio público é exercício de direito legítimo, de modo que nem mesmo a existência de direitos morais poderia ser uma razão impeditiva⁷⁸⁸. Parece-nos que o Manifesto é adequado neste particular. Afinal, conforme vimos tratando, o domínio público voluntário nada mais é do que a antecipação dos efeitos do ingresso da obra em domínio público para o momento indicado pelo autor.

⁷⁸⁵ DUSSOLIER, Séverine. *Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain*; p. 33. Disponível em <http://bit.ly/etERD3>.

⁷⁸⁶ Disponível em <http://bit.ly/htxVdn>. Acesso em 22 de janeiro de 2011.

⁷⁸⁷ Disponível em <http://bit.ly/efzpXK>. Acesso em 02 de abril de 2010.

⁷⁸⁸ Algumas das recomendações gerais do Manifesto são no seguinte sentido: (i) O prazo de proteção dos direitos autorais deve ser reduzido; (ii) Qualquer mudança no escopo de proteção dos direitos autorais (incluindo qualquer nova definição sobre o conceito de obras protegidas ou ampliação de direitos exclusivos) precisa considerar os efeitos sobre o domínio público; (iii) Uma obra que tenha entrado em domínio público estrutural no seu país de origem deve ser reconhecida como parte do domínio público estrutural em todos os outros demais países; (iv) Qualquer tentativa falsa ou enganosa de apropriação indevida de material de domínio público deve ser legalmente punida; (v) Nenhum outro direito de propriedade intelectual deve ser usado para reconstituir a exclusividade sobre material em domínio público; (vi) Deve existir uma forma prática e eficaz de disponibilizar “obras órfãs” e obras publicadas não disponíveis comercialmente (como obras esgotadas) para reutilização pela sociedade; (vii) Instituições de patrimônio cultural deveriam assumir um papel especial no registro eficiente e na conservação das obras em domínio público; (viii) Não deve haver obstáculos jurídicos que impeçam o compartilhamento voluntário de obras ou a destinação de obras ao domínio público; (ix) O uso pessoal e não-comercial de obras protegidas deve em geral ser possível, e modos alternativos de remuneração para o autor devem ser explorados. Disponível em <http://bit.ly/efzpXK>. Acesso em 02 de abril de 2010. Muitas das questões propostas pelo Manifesto foram abordadas ao longo desta tese, mas não todas porque o Manifesto se pretende mais abrangente do que apenas tratar do domínio público *stricto sensu*.

Quanto ao aspecto patrimonial, a possibilidade se verifica quer se entendam os direitos autorais como objeto de propriedade, quer se entendam como objeto de monopólio. Sendo propriedade, o Código Civil é expresso em determinar que perde-se a propriedade pela renúncia⁷⁸⁹. Nesse caso, não se trataria de uma renúncia em favor de terceiro específico, mas em favor de toda a sociedade. Sendo monopólio, deve vigorar, por analogia, o mesmo sistema da LPI que autoriza a extinção das patentes pela renúncia de seu titular, ressalvado o direito de terceiros^{790 791}.

Em qualquer caso, trata-se de renúncia a direitos. Será, portanto, consumada pela simples declaração do titular, por se tratar de ato unilateral. A renúncia deverá ser irrevogável⁷⁹² (assim como a cessão, assim como a doação, exceto em casos especialíssimos, como o de manifestação de vontade viciada). Finalmente, a renúncia deve ser interpretada restritivamente.

Uma vez que a lei não exige forma especial para a renúncia de direitos, bastaria apenas a vontade inequívoca do autor. Dessa forma, o autor poderia publicar a obra com manifestação expressa no sentido de que sua obra se encontra, por sua vontade, em domínio público. Poderia, ainda, registrar sua manifestação de vontade em registro de títulos e documentos ou publicá-la no Diário Oficial. A forma nos parece indiferente, desde que seja inequívoca⁷⁹³.

Nos Estados Unidos, é possível a um autor dedicar sua obra ao domínio público. Sem que haja uma forma específica de fazê-lo, basta, por exemplo, que o autor mencione expressamente “esta obra é dedicada ao domínio público”. É possível também fazer a declaração oralmente, mas haveria uma dificuldade em se constituir prova inequívoca da intenção do autor⁷⁹⁴.

⁷⁸⁹ CCB, art. 1.275, II. Em tal caso, seria necessário observar as peculiaridades de se tratar de uma propriedade que, embora renunciada por seu titular, não poderia vir a integrar o patrimônio de terceiro com exclusividade, ao contrário do que acontece em regra com as *res derelictae* corpóreas.

⁷⁹⁰ LPI, art. 78, II.

⁷⁹¹ “Entende-se por Domínio Público Antecipado a situação que se produz quando os direitos exclusivos de exploração sobre a obra se extinguem por uma causa diferente do decurso de prazo legalmente estabelecido”. Tradução livre do autor. No original, lê-se que “[s]e entiende por Dominio Público Anticipado la situación que se produce cuando los derechos exclusivos de explotación sobre una obra se extinguen por una causa diferente al transcurso del plazo establecido legalmente”. REBOLLO, César Iglesias. *Software Libre y Otras Formas de Dominio Público Anticipado*. Cit.; p. 188.

⁷⁹² “O ingresso no domínio público em cada sistema jurídico é incondicional, universal e definitivo; a criação passa a ser comum de todos, e todos têm o direito de mantê-la em comunhão, impedindo a apropriação singular. Não se trata de abandono da obra, *res nullius* ou *res derelicta*, suscetível de apropriação singular por simples ocupação” (grifos do autor). BARBOSA, Denis Borges, *Domínio Público e Patrimônio Cultural*; p. 12. Cit..

⁷⁹³ Conforme observa BAINTON, Toby. *The Public Domain and the Librarian. Intellectual Property – The Many Faces of the Public Domain*. Cheltenham: 2007; p. 128.

⁷⁹⁴ FISHMAN, Stephen. *The Public Domain – How to Find & Use Copyright-Free Writings, Music, Art & More*. Cit.; p. 58. David Lange dedicou seu texto “*Reimagining the Public Domain*” ao domínio público ao publicá-lo com a seguinte informação: “*Copyright in this work is hereby disclaimed and abandoned*”. LANGE, David. *Reimagining the Public Domain. Law and Contemporary Problems – vol. 66*; pp. 463 e ss. Disponível em <http://bit.ly/eWpz0W>. Acesso em 12 de setembro de 2010.

Ainda que se alegue que a LDA, ao contrário da LPI, não é expressa em prever a possibilidade de renúncia ao direito autoral, também é de se considerar que não a proíbe, e tratando-se de direito patrimonial, deve vigorar o princípio geral do ordenamento jurídico brasileiro, que prevê a possibilidade de sua disposição desde que observados determinados limites (como os que veremos a seguir).

Além disso, uma vez que a própria LDA autoriza aos autores que celebrem contratos de cessão de suas obras a terceiros específicos – o que acarreta o fim do monopólio do autor sobre a obra – não nos parece haver qualquer motivo jurídico que impeça o autor de se despir dos direitos autorais não em favor de um terceiro específico, mas em favor de toda a sociedade.

Ainda assim, é importante, neste momento, indagarmos se haveria aqui alguma limitação relacionada aos artigos 549⁷⁹⁵, 1.789⁷⁹⁶, 1.846⁷⁹⁷, 1.967⁷⁹⁸ e 2.007⁷⁹⁹ do CCB, que tratam do contrato de doação e da legítima.

Seria a antecipação dos efeitos do domínio público equivalente à doação à sociedade? Nesse caso, deveria ser observado o limite da meação previsto no art. 1.789 acima mencionado?

O art. 549 do CCB estabelece que será nula a doação quanto à parte que exceder àquilo que o doador poderia doar no momento da celebração do ato.

Imaginemos a hipótese de autor que tenha antecipado os efeitos do domínio público sobre sua obra para a data de sua morte. No entanto, quando de seu falecimento, deixou herdeiros necessários, mas não qualquer bem material. Considerando-se, ainda, que sua obra venha sendo comercializada com relativo sucesso, poderiam os sucessores se valer do art. 1.789 do Código

⁷⁹⁵ **Art. 549.** Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.

⁷⁹⁶ **Art. 1.789.** Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

⁷⁹⁷ **Art. 1.846.** Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

⁷⁹⁸ **Art. 1.967.** As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes. § 1º Em se verificando excederem as disposições testamentárias a porção disponível, serão proporcionalmente reduzidas as quotas do herdeiro ou herdeiros instituídos, até onde baste, e, não bastando, também os legados, na proporção do seu valor. § 2º Se o testador, prevenindo o caso, dispuser que se inteirem, de preferência, certos herdeiros e legatários, a redução far-se-á nos outros quinhões ou legados, observando-se a seu respeito a ordem estabelecida no parágrafo antecedente.

⁷⁹⁹ **Art. 2.007.** São sujeitas à redução as doações em que se apurar excesso quanto ao que o doador poderia dispor, no momento da liberalidade. § 1º O excesso será apurado com base no valor que os bens doados tinham, no momento da liberalidade. § 2º A redução da liberalidade far-se-á pela restituição ao monte do excesso assim apurado; a restituição será em espécie, ou, se não mais existir o bem em poder do donatário, em dinheiro, segundo o seu valor ao tempo da abertura da sucessão, observadas, no que forem aplicáveis, as regras deste Código sobre a redução das disposições testamentárias. § 3º Sujeita-se a redução, nos termos do parágrafo antecedente, a parte da doação feita a herdeiros necessários que exceder a legítima e mais a quota disponível. § 4º Sendo várias as doações a herdeiros necessários, feitas em diferentes datas, serão elas reduzidas a partir da última, até a eliminação do excesso.

Civil para anular a manifestação da vontade do autor por analogia ao princípio de que ultrapassou o que poderia dispor em testamento?

Ou, de outra maneira, o fato de os bens imateriais serem não-rivais simplesmente não autorizariam que os sucessores assim procedessem? O tema é instigante e não comporta uma resposta óbvia. Afinal, se por um lado estariam prejudicados em seu direito de uso exclusivo da obra pelo prazo legal, por outro poderiam se valer da obra economicamente, ainda que em concorrência com todas as demais pessoas interessadas.

A bem da verdade, a hipótese é altamente improvável e extremamente excepcional. Primeiro, um autor deveria se dispor a fazer determinada obra ingressar em domínio público antecipadamente. A obra – no momento em que entra em domínio público pela vontade de seu criador – deve ter um valor que ultrapasse a parte disponível do patrimônio do autor. Finalmente, herdeiros necessários deveriam contestar judicialmente o ato praticado. Teoricamente, nos parece possível, nesse caso, que seja contestada a inserção da obra no domínio público, a despeito de todas as improbabilidades.

Já com relação aos direitos morais, as dificuldades decorrem do texto do art. 27 da LDA, que estipula que “os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis”. Tal dispositivo seria suficiente para impedir que um autor dedicasse sua obra ao domínio público? Parece-nos que não. Ao fazê-lo, o que ocorre é simplesmente a antecipação dos efeitos que o domínio público acarretaria de qualquer maneira aos direitos morais do autor.

Conforme já tivemos a oportunidade de esclarecer, o ingresso da obra em domínio público faz preservar, apesar da extinção dos direitos patrimoniais, os direitos morais de paternidade e de manter a integridade da obra se em virtude de sua modificação sobrevier prejuízo à obra ou à reputação ou à honra do autor. Todos os demais direitos morais sucumbem diante do domínio público, independentemente da vontade do autor ou de seus sucessores. É essa a determinação legal.

Caso o autor coloque sua obra em domínio público ou antecipe seu ingresso no domínio público para o momento de sua morte (ainda que conte com sucessores), por exemplo, o que estará fazendo, de fato, é renunciar aos direitos patrimoniais do autor bem como antecipar os efeitos do domínio público sobre os direitos morais. Assim, quanto aos direitos morais, podemos afirmar:

(i) o direito de paternidade permanece intocado. Afinal, como vimos antes, trata-se não apenas de direito moral do autor, mas de verdadeiro direito de personalidade. Nesse sentido, é realmente indisponível. Há também outras questões envolvidas: ordem pública, atribuição de responsabilidade pela autoria, vedação à apropriação de obra alheia. O direito de paternidade deve inclusive ser tutelado pelo Estado após o ingresso da obra em domínio público. Não é direito que se extinga e permanece intocado ainda que o autor faça a obra ingressar em domínio público exclusivamente por sua vontade;

(ii) o direito de inédito está sendo exercido pelo autor no sentido de *não manter a obra inédita*. Afinal, sua decisão de colocar a obra em domínio público apenas faz sentido na medida em que a obra pode ser acessada por terceiros. Do contrário, não há razão para determinar que a obra passará a integrar o domínio público. Por isso, uma vez em domínio público, não há mais que se discutir o direito de inédito.

(iii) o direito de assegurar a integridade da obra é frontalmente atingido pelo domínio público. Afinal, esgotados os direitos patrimoniais, pode qualquer terceiro fazer da obra o uso que desejar. Ocorre que este direito moral de autor se relaciona diretamente às faculdades patrimoniais, de modo que a extinção destas justifica o fim daquele. Por outro lado, mesmo que o autor dedique sua obra ao domínio público, continua protegido nos termos do art. 24, IV, *in fine*, da LDA. Qualquer ato que possa prejudicar a obra ou atingir o autor em sua reputação ou honra poderá ser proibido pelo autor, por seus sucessores ou pelo Estado. Este direito moral subsiste após o autor ter feito sua obra ingressar em domínio público por dois motivos. Em primeiro lugar, porque trata-se aqui também de preservar direitos da personalidade. Em segundo lugar, porque mesmo após ter sido atingido o prazo legal de proteção, competirá ao Estado defender a integridade da obra. Se este direito permanece após a obra entrar em domínio público pelo decurso do prazo, então também deve permanecer se o motivo da entrada da obra em domínio público for a vontade do autor. É o mesmo princípio a reger o direito de paternidade.

(iv) o direito de modificar a obra continua existindo, ainda que em concorrência com toda a sociedade. Esse direito não é transmitido aos sucessores nos termos do art. 24, §1º porque os sucessores não se tornam o autor e portanto não podem agir como se ele fosse, modificando a essência da obra. Mas com a obra ingressando em domínio público pela vontade do autor, este – se ainda vivo – poderá continuar a modificar a obra, garantindo o direito consubstanciado no art.

24, V, da LDA. No entanto, por se tratar de obra em domínio público, qualquer terceiro também poderá modificá-la.

(v) o direito moral de retirar a obra de circulação é o único que poderia, em um primeiro momento, apresentar óbice ao ingresso antecipado, pela vontade do autor, da obra em domínio público. Trata-se de direito personalíssimo a ser exercido pelo autor, já que não se transmite aos herdeiros. No entanto, pela redação da LDA, infere-se que esse direito é condicionado. Prevê a lei que o autor tem o direito moral de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, *quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação ou imagem*.

Vê-se que trata aqui a lei da proteção, mais uma vez, a direitos de personalidade travestidos de direitos morais do autor. Pode, portanto, o autor dedicar sua obra ao domínio público. No entanto, se a circulação da obra acabar por implicar afronta a sua reputação ou imagem (seus direitos de personalidade), o direito de retirar a obra de circulação poderá ser exercido. Parece claro que a LDA não autoriza a retirada de circulação da obra por simples capricho; é necessário que haja justificativas para a decisão do autor⁸⁰⁰.

Por isso, não apenas por se tratar de direito moral, mas especialmente por serem atingidos direitos de personalidade, o autor não pode ser dele privado. No entanto, por se tratar de direito personalíssimo, não poderão os sucessores do autor, nem tampouco o Estado, invocar tal direito para fazer retirar obra de circulação se não o fez o autor, quando vivo. No máximo, poderão os sucessores se valerem no art. 24, IV, que igualmente visa a proteger a reputação e a honra do autor quando houver modificação em sua obra.

Subsiste, contudo, a dúvida quanto aos direitos de terceiros e às obras derivadas que, à época do recolhimento da obra original dedicada ao domínio público, estejam em circulação, gozando de proteção autoral. Em tal caso, somente a hipótese concreta poderia oferecer elementos suficientes para a decisão. Por exemplo, quanto mais a obra derivada se afasta da original (por conter mais elementos próprios de criatividade de seu autor), talvez menos implique afronta à reputação ou imagem do autor. Por outro lado, quanto menos criativa a obra, mais próxima do original e, assim, mais sujeita aos efeitos do art. 24, VI, da LDA.

⁸⁰⁰ Em outras legislações, a razão também é relevante para se proceder à retirada da obra de circulação. A lei alemã prevê, em seu art. 42 (1), que o autor pode revogar o direito de exploração no caso de a obra não mais refletir suas convicções. A lei italiana, por sua vez, estabelece no art. 142 a necessidade de “sérias razões morais” para que a retirada da obra de circulação se efetive.

Aqui também tratamos de um caso bastante excepcional em que um autor tenha dedicado obra ao domínio público e depois deseje exercer seu direito moral *porque a circulação ou utilização da obra implica afronta à sua reputação ou imagem*. Como é direito personalíssimo e tratado por lei como irrenunciável, sua previsão legal pode parecer um obstáculo ao ingresso voluntário de obra em domínio público, já que dele o autor não poderia abrir mão. No entanto, essa impressão nos soa equivocada.

O mesmo problema acima apontado se apresenta em outra situação, muito mais corriqueira: se um autor celebra contratos de licença ou cessão permitindo o uso de sua obra em obras derivadas e depois decide retirar sua obra original de circulação (pelo exercício de seu direito moral), terceiros terão seus direitos afetados e dependendo dos limites dos contratos, vai ser bastante difícil controlar o uso da obra por parte de terceiros. É certo que a inserção da obra em domínio público potencializa os efeitos de seu uso e dificulta – ainda mais – o exercício deste direito moral especificamente. De toda forma, a hipótese aqui prevista não é de todo inexistente diante do texto em vigor da LDA e o ingresso voluntário da obra em domínio público não criaria uma dificuldade, relacionada aos direitos morais de autor, que já não possa existir na prática.

(vi) finalmente, o direito moral de o autor ter acesso a exemplar único e raro de obra sua é visto como personalíssimo, já que não pode ser exercido pelos herdeiros. Entretanto, aqui é importante levarmos em consideração a função social da propriedade, que autorizaria o acesso ao suporte físico das obras intelectuais ainda que a obra em si estivesse em domínio público. A antecipação dos efeitos do domínio público não seria, portanto, prejudicial ao autor uma vez que por conta da função social da propriedade ele ainda teria direito de acesso à obra.

Uma vez que a obra ingresse em domínio público, não se torna mais passível de apropriação, quer pelo particular – mesmo seu autor, quer pelo Estado. A única exceção à regra seria promulgação de lei que prorrogasse o prazo de proteção dos direitos autorais e devolvesse ao domínio privado obras que em domínio público, ato que imputamos inconstitucional de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro. O fenômeno ocorreu nos Estados Unidos e na União Europeia, mas a LDA repudiou expressamente tal possibilidade ao prever, em seu art. 112, que uma vez em domínio público, as obras não poderiam retornar ao domínio privado pela dilação no prazo de proteção.

No primeiro capítulo, ao tratarmos dos diversos bens protegidos pela propriedade industrial, tivemos a oportunidade de traçar algumas breves palavras acerca dos circuitos

integrados. Regidos pela lei 11.484/07, os circuitos integrados são protegidos por meio de registro, que extingue-se, entre outras hipóteses, pela renúncia de seu titular, mediante documento hábil, ressalvado o direito de terceiro. Acresce a referida lei que, “extinto o registro, o objeto da proteção cai em domínio público”⁸⁰¹. Aqui, faz-se uma analogia.

Os circuitos integrados também figuram na grande classe da propriedade intelectual, conforme disposto pelo tratado TRIPs. A seus titulares é conferido um monopólio legal, assim como ocorre com o direito autoral. Esse monopólio, entretanto, pode ser renunciado, o que tem como consequência o ingresso da obra no domínio público.

A LPI tem dispositivos semelhantes a respeito de patentes⁸⁰², marcas⁸⁰³ e desenhos industriais⁸⁰⁴. O dispositivo que trata das patentes, art. 78, também prevê que poderá a patente se extinguir pela renúncia de seu titular, ressalvado o direito de terceiros e, uma vez extinta a patente, seu objeto ingressará no domínio público. Marcas e desenhos industriais também podem ser objeto de renúncia e, ainda que a lei nada preveja nesse sentido, entendemos que a consequência da renúncia será a entrada da obra intelectual na seara do domínio público.

Entendemos que as mesmas regras existentes na propriedade industrial devem se aplicar aos direitos autorais, neste particular. Se é possível ao titular da patente renunciá-la, não há motivo para se negar tal direito ao titular de uma obra artística. Naturalmente, direitos de terceiros devem ser respeitados.

Os direitos autorais patrimoniais podem circular por meio de licença ou de cessão. Entendemos que, no primeiro caso, há apenas autorização de uso da obra, sem que haja, entretanto, transferência da titularidade dos direitos – que ocorre apenas na cessão.

A LDA não disciplina com profundidade os aspectos contratuais dos direitos autorais. Por isso, conceber o que vem a ser, em seu âmbito, “ressalvado o direito de terceiros” é bastante difícil *in abstracto*. Em regra, no caso de licenças, seria necessário aguardar até que seu prazo expirasse para que, voltando a ser titular pleno dos direitos patrimoniais da obra, pudesse o autor

⁸⁰¹ Lei 11.484/07, art. 38, parágrafo único.

⁸⁰² Art. 78. A patente extingue-se: I - pela expiração do prazo de vigência; II - **pela renúncia de seu titular, ressalvado o direito de terceiros**; III - pela caducidade; IV - pela falta de pagamento da retribuição anual, nos prazos previstos no § 2º do art. 84 e no art. 87; e V - pela inobservância do disposto no art. 217. **Parágrafo único. Extinta a patente, o seu objeto cai em domínio público (grifamos).**

⁸⁰³ Art. 142. O registro da marca extingue-se: I - pela expiração do prazo de vigência; II - **pela renúncia, que poderá ser total ou parcial em relação aos produtos ou serviços assinalados pela marca**; III - pela caducidade; ou IV - pela inobservância do disposto no art. 217 (**grifamos**).

⁸⁰⁴ Art. 119. O registro extingue-se: I - pela expiração do prazo de vigência; II - **pela renúncia de seu titular, ressalvado o direito de terceiros**; III - pela falta de pagamento da retribuição prevista nos arts. 108 e 120; ou IV - pela inobservância do disposto no art. 217 (**grifamos**).

dedicá-la ao domínio público. O fato de a licença ser gratuita ou onerosa também pode ser um fato a ser levado em conta.

Por outro lado, tendo havido cessão dos direitos patrimoniais, não teria mais o autor legitimidade para dispor de sua obra. Dessa forma, apenas com a anuência do titular dos direitos se poderia fazê-la ingressar no domínio público. Acreditamos que a cessão opera em definitivo a transferência dos direitos patrimoniais do autor. Por isso, tendo havido cessão, o autor não poderá mais dispor de seus direitos patrimoniais, o que o impediria de dedicar sua obra ao domínio público.

Finalmente, indagamos: mas por que alguém dedicaria sua obra ao domínio público?⁸⁰⁵ Parece-nos que são vários os motivos. De pronto, conforme mencionado anteriormente, lembramos o fato de vivermos uma fase de criação colaborativa, com a redefinição do papel do autor individual. Além disso, podemos citar⁸⁰⁶:

(i) alguns criadores não têm interesse na exploração econômica de sua obra e, em troca, buscam outras metas: autopromoção, divulgação de ideias, contribuição com o bem comum;

(ii) o uso das obras permite o desenvolvimento de modelos de cooperação que favorece aqueles que cooperam;

(iii) o uso público das obras é um método de criação, como se dá com a Wikipedia;

(iv) o interesse geral justifica que determinadas obras, como as científicas, sejam publicamente acessíveis.

3.3 Função do Domínio Público

3.3.1 A Funcionalização dos institutos

⁸⁰⁵ O fenômeno já vem se verificando e por isso não pode ser ignorado. A internet facilita a difusão de canais para obras em domínio público voluntário serem publicadas. Algumas obras audiovisuais licenciadas em *Creative Commons* se iniciam com o texto: “no limite permitido em lei, [nome] renunciou a todos os direitos autorais, direitos morais, direitos a bases de dados e quaisquer outros direitos que possam ser alegados sobre o filme que se segue”. Parece-nos que é o quanto basta para que o autor demonstre de modo irrefutável seu desejo de dedicar a obra ao domínio público. Ver, entre outros, *websites* como Wikipedia (<http://bit.ly/i7WeBx>) e Vimeo (<http://vimeo.com/publicdomain>), que contam com seções específicas onde obras em domínio público voluntário podem ser encontradas.

⁸⁰⁶ REBOLLO, César Iglesias. *Software Libre y Otras Formas de Domínio Público Anticipado*. Cit.; p. 201.

A concepção de função social não é recente⁸⁰⁷. Ainda assim, “[s]e aplicarmos à teoria do direito a distinção entre abordagem estruturalista e abordagem funcionalista, da qual os cientistas sociais fazem grande uso para diferenciar e classificar as suas teorias, não resta dúvida de que, no estudo do direito em geral (de que se ocupa a teoria geral do direito), nesses últimos cinquenta anos, a primeira abordagem prevaleceu sobre a segunda”⁸⁰⁸. Um claro exemplo dessa prevalência é a teoria pura do direito, de Kelsen, que se inicia propondo responder à questão “o que é e como é o Direito”⁸⁰⁹?

A constatação acima, de Norberto Bobbio, nos leva à inevitável conclusão de que “aqueles que se dedicaram à teoria geral do direito se preocuparam muito mais em saber ‘como o direito é feito’ do que ‘para que o direito serve’”⁸¹⁰.

Ocorre que a “função do direito na sociedade não é mais servir a um determinado fim (onde a abordagem funcionalista do direito resume-se, em geral, a individualizar qual é o fim

⁸⁰⁷ John Locke, em seu “*Segundo Tratado sobre o Governo*”, já havia atentado para os benefícios da boa utilização da terra. Ainda que seu objetivo fosse, em última análise, justificar a propriedade a partir do trabalho, vale citá-lo quando sua construção parece aplicar-se tão bem às discussões hoje em dia travadas acerca da produtividade rural e sua respectiva função: “[a]ntes de refletirmos com atenção, poderá parecer estranho que a propriedade do trabalho seja capaz de contrabalançar o valor da terra comunitária; na realidade, é o trabalho que provoca a diferença de valor nas coisas que nos rodeiam. Consideremos a diferença que existe entre um acre de terra plantado com fumo ou cana-de-açúcar, semeado de trigo ou cevada e um acre da mesma terra comunitária sem qualquer cultura, e verificaremos que a melhoria devida ao trabalho constitui a maior parte do valor respectivo. Acho que será cálculo bem cauteloso afirmar que, dos produtos da terra úteis à vida do homem, nove décimos são devidos ao trabalho; ainda mais, se avaliarmos corretamente aquilo que nos chega às mãos para nosso uso e calcularmos os diversos custos correspondentes, tanto o que se deve apenas à natureza quanto o que é gerado pelo trabalho, verificaremos que em muitos deles noventa e nove centésimos têm de ser atribuídos ao trabalho”. LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 45. A partir de uma evidente influência religiosa, que perpassa toda a obra de Locke, o autor irá ainda alertar para o fato de que, mesmo que o trabalho possa justificar a propriedade – já que aquele que se dedica a determinada colheita tem o direito de dela se tornar proprietário em razão de seu trabalho –, o trabalhador teria que ter o cuidado de usufruir a colheita antes que esta se estragasse, “para não tomar para si parte maior do que lhe cabia, com prejuízo de terceiros”. LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Cit.; p. 48. O mesmo fundamento busca Rousseau, ao indagar: “[i]gnorais que uma multidão de vossos irmãos perece ou sofre da necessidade daquilo que tendes demais, e que precisaríeis de um consentimento expresso e unânime do gênero humano para vos apropriardes de tudo que na subsistência comum vai além da vossa?” ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens**. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 72.

⁸⁰⁸ BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**. Barueri: Manole, 2007; p. 53.

⁸⁰⁹ “Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito”. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006; p. 1.

⁸¹⁰ BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**. Cit.; p. 53. Bobbio apresenta uma síntese das distinções ideológicas entre Herbert Hart e Hans Kelsen. O primeiro desenvolve uma teoria em que estrutura e função aparecem estreitamente ligadas. Já “[n]a obra de Kelsen, não só a análise funcional e estrutural estão declaradamente separadas, como esta separação é a base teórica sobre a qual ele funda a exclusão da primeira em favor da segunda. Como todos sabem, para o fundador da teoria pura do direito, uma teoria científica do direito não deve se ocupar da função do direito, mas tão-somente dos seus elementos estruturais. A análise funcional é confiada aos sociólogos e, talvez, aos filósofos. O movimento em direção ao estudo da estrutura do ordenamento jurídico foi favorecido por uma rígida divisão do trabalho entre juristas (que observam o direito a partir de seu interior) e sociólogos (que o observam a partir do seu exterior). A distinção hartiana entre ponto de vista externo e interno, que dá tanto pano para a manga aos seus intérpretes, pode ser considerada como uma justificação daquela divisão do trabalho entre sociólogos e juristas, que em Kelsen, ao contrário, fundava-se sobre o dualismo entre esfera do ser e do dever ser, entre leis naturais e normas jurídicas, entre relação de causalidade e de imputação. Que a teoria pura do direito se ocupe da estrutura, e não da função do direito, é algo que Kelsen declara explicitamente em inúmeras ocasiões”. BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**. Cit.; pp. 54-55.

específico do direito), mas a de ser um instrumento útil para atingir os mais variados fins”⁸¹¹. Bobbio prossegue afirmando que definir quais são “afinal, esses fins, é algo que varia de uma sociedade para outra: trata-se de um problema histórico que, como tal, não interessa à teoria [kelseniana] do direito”. E prossegue⁸¹²:

A função de um ordenamento jurídico não é somente controlar os comportamentos dos indivíduos, o que pode ser obtido por meio da técnica das sanções negativas, mas também direcionar os comportamentos para certos objetivos preestabelecidos. Isso pode ser obtido, preferivelmente, por meio da técnica das sanções positivas e dos incentivos. (...) Creio, portanto, que hoje seja mais correto definir o direito, do ponto de vista funcional, como forma de controle e de *direção* social.

O momento atual é de “revalorização do interesse nos institutos e nas situações subjetivas, [o que] constitui a perspectiva mais natural para rever criticamente a excessiva consideração reservada ao perfil estrutural – que, freqüentemente, é o critério classificatório preferido nas análises – e para recuperar a tipologia histórico-social na ‘construção jurídica’”⁸¹³. Assim, “[e]struturas idênticas se distinguem pela diversidade de sua função, funções idênticas se realizam mediante estruturas diversas”.

A esse respeito, Perlingieri comenta, com adequação⁸¹⁴:

Da jurisprudência dos interesses e das funções sócio-jurídicas, da mais aprofundada jurisprudência valorativa recebe impulso a orientação que propõe como objetivo funcionalizar as situações subjetivas e em geral os conjuntos de normas. São utilizadas etiquetas tradicionais para novas e mais modernas funções jurídicas: das formas de propriedade aos diversos contratos. Aspectos considerados extensos aos institutos, ou excepcionais em relação a eles, são reabilitados sob o perfil funcional.

Em um ordenamento onde a Constituição Federal exerce papel central, não apenas por sua importância ontológica, mas especialmente por servir de vetor interpretativo, tendo sempre a dignidade da pessoa humana como norte hermenêutico, incumbirá à própria Carta Magna apontar, direta ou indiretamente, as funções (ao menos com o significado de “direções sociais” proposto por Bobbio) que o direito deve perseguir.

Nesse cenário, podemos citar, a título de exemplo, que a Constituição Federal determina que a propriedade deverá atender sua função social⁸¹⁵ e que às empresas públicas e às sociedades de economia mista deverá ser atribuída uma função, nos termos de lei específica⁸¹⁶.

⁸¹¹ BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**. Cit.; p. 55.

⁸¹² *Grife no original*. BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**. Cit.; p. 79.

⁸¹³ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Cit.; pp. 117-118.

⁸¹⁴ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Cit.; pp. 118-119.

O CCB, por seu turno, prevê a função social do contrato⁸¹⁷ e ratifica a função social da propriedade prevista constitucionalmente⁸¹⁸. Lembramos que a funcionalização dos institutos era estranha ao Código Civil de 1916. Entretanto, a partir do mandamento constitucional, o art. 1.228 do CCB, fez constar que:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 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.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

[...]

Bem se nota, a partir da leitura do artigo transcrito, que seu § 1º, “ao vincular o exercício do direito de propriedade às suas finalidades econômicas e sociais, visa a perseguir a tutela constitucional da função social, reclamando uma interpretação que, para além da mera admissão de eventuais e contingentes restrições legais ao domínio, possa efetivamente dar um conteúdo jurídico ao aspecto funcional das situações proprietárias”⁸¹⁹. Com o mesmo espírito, mas com previsão de caráter proibitivo, o disposto no § 2º acima.

⁸¹⁵ CF/88, Art. 5º, XXIII: a propriedade atenderá sua função social. Como lembra Luiz Felipe Ragel Sánchez, “não é que a propriedade tenha limites, mas sim que já surge limitada por sua função social ideia esta que pertence a DUGUIT, com claros precedentes de COMTE, e tem também como antecedente a Constituição de Weimar quando expressa que a Constituição obriga”. RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. *La Propiedad Intelectual como Propiedad Temporal*. Cit.; p. 18. Tradução livre do autor. No original, lê-se que “*la propiedad no es que tenga límites, sino que surge ya delimitada por su función social, idea ésta que pertenece a DUGUIT, con claros precedentes en la obra de COMTE, y tiene también como antecedente la Constitución de Weimar cuando expresaba que ‘la propiedad obliga’*”.

⁸¹⁶ CF/88, Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (...)

⁸¹⁷ CCB, Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

⁸¹⁸ CCB, Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

⁸¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Contornos Constitucionais da Propriedade Privada*. Cit.; p. 324. Em obra organizada pelo mesmo Gustavo Tepedino, pode-se ler como um dos paradigmas da perspectiva contemporânea do direito civil a “funcionalização dos institutos jurídicos à tábua axiológica da Constituição, com a submissão de todas as situações jurídicas subjetivas a controle de merecimento de tutela, com base no projeto constitucional”. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Rumos Cruzados do Direito Civil Pós-1988 e do Constitucionalismo de Hoje*. **Direito Civil Contemporâneo – Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional**. São Paulo: ed. Atlas, 2008; p. 265.

No entanto, não é apenas por meio de previsão expressa no texto legal que se impõe a função social de determinado instituto⁸²⁰. Assim é que também o direito autoral, ainda que a CF/88 e a LDA sejam silentes acerca do assunto, deve cumprir com sua função social. Nesse sentido, alerta Guilherme Carboni que “[o] direito de autor tem como função social a promoção do desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico, mediante a concessão de um direito exclusivo para a utilização e exploração de determinadas obras intelectuais por um certo prazo, findo o qual a obra cai em domínio público e pode ser utilizada livremente por qualquer pessoa”⁸²¹.

De modo a detalhar o tema, apontando de que forma se torna efetiva a função social do direito autoral, esclarece Carboni⁸²²:

Assim, podemos dizer que a regulamentação da função social do direito de autor tem como base uma forma de interpretação que permite aplicar ao direito de autor restrições relativas à extensão da proteção autoral (“restrições intrínsecas”) – notadamente no que diz respeito ao objeto e à duração da proteção autoral, bem como às limitações estabelecidas em lei – além de restrições quanto ao seu exercício (“restrições extrínsecas”) – como a função social da propriedade e dos contratos, a teoria do abuso de direito e das regras sobre desapropriação para divulgação ou reedição de obras intelectuais protegidas – visando a correção de distorções, excesso e abusos praticados por particulares no gozo desse direito, para que o mesmo possa cumprir a sua função social de promover o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico.

De modo a permitir que o direito autoral cumpra com sua função, algumas práticas são mencionadas. Entre outras, podemos citar a “desapropriação” de obra intelectual⁸²³, a licença

⁸²⁰ “Dever do jurista, e especialmente do civilista, é ‘reler’ todo o sistema do código e das leis especiais à luz dos princípios constitucionais e comunitários, de forma a individuar uma nova ordem científica que não freie a aplicação do direito e seja mais aderente às escolhas de fundo da sociedade contemporânea”. PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Cit.; p. 137.

⁸²¹ CARBONI, Guilherme. **Função Social do Direito de Autor**. Cit.; p. 97.

⁸²² CARBONI, Guilherme. **Função Social do Direito de Autor**. Cit.; p. 98.

⁸²³ O instituto da desapropriação é típico do direito administrativo. De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, “[d]esapropriação é o procedimento de direito público pelo qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou de interesse social, normalmente mediante o pagamento de indenização” (**grifo do autor**). CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Cit., p. 626. José dos Santos Carvalho Filho prossegue com o tema, ao informar: “[c]omo regra, a desapropriação pode ter por objeto qualquer bem móvel ou imóvel dotado de valoração patrimonial. É com esse teor que se pauta o art. 2º do Decreto-Lei n. 3.365/41, no qual se encontra consignado que ‘*todos os bens podem ser desapropriados*’ pelas entidades da federação. Deve-se, por conseguinte, incluir nessa expressão os bens móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos. Em razão dessa amplitude, são também desapropriáveis ações, cotas ou direitos relativos ao capital de pessoas jurídicas”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Cit., p. 630 (**grifos do autor**). Como limites à possibilidade de desapropriar bens objeto de propriedade, o autor conclui: “Há, entretanto, algumas situações que tornam impossível a desapropriação. Pode-se agrupar tais situações em duas categorias: as **impossibilidades jurídicas** e as **impossibilidades materiais**. Impossibilidades jurídicas são aquelas que se referem a bens que a própria lei considere insuscetíveis de determinado tipo de desapropriação. Como exemplo, temos a propriedade produtiva, que não pode ser objeto de desapropriação para fins de reforma agrária, como emana do art. 185, II, da CF (embora possa sê-lo para desapropriação de outra natureza). Entendemos que aí também se situa a hipótese de desapropriação, por um Estado, de bens particulares situados em outro Estado; a desapropriação é poder jurídico que está associado ao fator **território**, de modo que permitir esse tipo de desapropriação implicaria vulneração da autonomia estadual sobre a extensão de seu território. De outro lado, impossibilidades materiais são aquelas pelas quais alguns bens, por sua própria natureza, se tornam inviáveis de ser

compulsória⁸²⁴ e a definição e o uso de obras órfãs⁸²⁵, todas relacionadas, portanto, à função social dos direitos autorais.

Por meio de outra abordagem, Allan Rocha de Souza encara a efetivação da função social dos direitos autorais por meio de quatro perspectivas: (i) os particulares e o uso de licenças públicas (como *Creative Commons*); (ii) a desapropriação pelo poder executivo; (iii) a conformação das leis pelo poder legislativo e (iv) a interpretação das leis pelo poder judiciário⁸²⁶.

Naturalmente, a análise da função social não encontra seu ponto final nos direitos autorais. O domínio público, como os demais institutos, deve ser funcionalizado.

3.3.2 Função Social do Domínio Público

desapropriados. São exemplos dessas impossibilidades a moeda corrente, porque é ela o próprio meio em que se materializa a indenização; os direitos personalíssimos, como a honra, a liberdade, a cidadania; e as pessoas físicas ou jurídicas, porque são sujeitos, e não objetos, de direito”. (*grifos do autor*). CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Cit., pp. 630-631. Tal teoria somente poderá ser encampada por aqueles que defendem ser o direito autoral objeto de propriedade. Conforme já esclarecemos no primeiro capítulo, não partilhemos de tal entendimento. Por isso, acreditamos que a desapropriação de direitos autorais se enquadre entre as impossibilidades jurídicas (pois que não se poderia desapropriar algo que não constitui propriedade). Por outro lado, Eliane Abrão (ABRÃO, Eliane Y.. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. Cit.; p. 143) entende ser possível a desapropriação de obras protegidas por direitos autorais. De toda sorte, ainda que se advogue tal possibilidade, a desapropriação, se consumada, não acarretaria o ingresso da obra em domínio público, mas tão-somente a perda da propriedade por parte de seu titular.

⁸²⁴ A licença compulsória é instituto típico das patentes e encontra previsão legislativa entre os arts. 68 e 74 da Lei de Propriedade Industrial. Prevê o art. 78 que “o titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial”. Além disso, o §1º do referido artigo estipula dois outros casos de licenciamento compulsório de patentes. O primeiro é “a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação” e o segundo, “a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado”. A LDA não prevê o mecanismo de licença compulsória para obras protegidas por direitos autorais. Ainda assim, a possibilidade existe por conta do Anexo à Convenção de Berna (a partir especialmente de seus arts. 2º e 3º), que autoriza países em desenvolvimento a, por meio de licenças compulsórias, traduzir ou reproduzir obras protegidas por direitos autorais desde que observadas determinadas condições. Em que pese a dificuldade (muito por conta de minudência de referidos dispositivos) de implementação das licenças compulsórias no âmbito do direito autoral, a faculdade é juridicamente possível. Ainda assim, mesmo que seja efetivamente aplicada, não podemos considerar que tal licença tenha por consequência o ingresso da obra em domínio público nem que antecipe seus efeitos. Continua a obra a ser protegida nos termos da lei, seu titular goza de direitos patrimoniais e a licença pública, nesse particular, não passa de uma forma de limitação temporária aos direitos do autor.

⁸²⁵ Eduardo Lycurgo Leite analisou o problema das obras órfãs a partir da proposta norte-americana de sua regulamentação. Afirma o autor, a respeito da definição de obra órfã: “[e]m que pese o Copyright Office ter afirmado que o termo obras órfãs referia-se à categoria de obras cujo ‘criador’ não é conhecido ou possa ser encontrado, a proposta formulada no relatório apresentado pelo referido órgão (Copyright Office), vem a caracterizar obra órfã como sendo aquela em que há a impossibilidade de localização do autor ou titular dos direitos de autor da obra, após ter essa (localização) sido razoavelmente investigada pela parte que pretenda obter autorização de uso da obra”. LEITE, Eduardo Lycurgo. *A Proposta Norte-Americana para as Obras Órfãs e as Regras Autorais Internacionais*. **Direitos Autorais – Estudos em Homenagem a Otávio Afonso dos Santos**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 48. Como se percebe, com a profusão de obras intelectuais encontradas na internet – boa parte sem que se possa saber quem é seu titular, a análise de obras órfãs ganha acentuada importância nos tempos atuais. Um dos maiores problemas das obras órfãs é certamente que, se for aplicada a referidas obras a mesma regulamentação dos direitos autorais, sua utilização será vedada nos termos do art. 29 da LDA, pois que a utilização de qualquer obra depende de prévia e expressa autorização do autor – mesmo que o autor seja desconhecido. Para uma proposta de regulamentação das obras órfãs, ver BARBOSA, Denis Borges. *Domínio Público e Obras Órfãs*. Disponível em <http://bit.ly/fDVn3D>.

⁸²⁶ ROCHA, Allan. **A Função Social dos Direitos Autorais**. Cit.; pp. 294-309.

Para que serve o domínio público? Esta é a indagação que se busca responder quando do exame de sua função social. Naturalmente, como se passa com quase qualquer questão jurídica, a pergunta não conta com respostas evidentes e fechadas.

Ao longo deste trabalho, tivemos diversas oportunidades de explicar os fundamentos de existência do domínio público. Há razões sociais, econômicas e jurídicas para tanto. Quanto mais amplo o domínio público maior a garantia de acesso a obras intelectuais por parte da sociedade. Além disso, maior será também a possibilidade de criação de novas obras a partir de obras alheias, independentemente de autorização prévia e expressa para esse fim.

É a partir da funcionalização do domínio público que poderemos encontrar novas fronteiras⁸²⁷ – como o domínio público voluntário – imprescindíveis para fazer do domínio público um instituto que atenda aos ditames previstos em nossa Constituição Federal. Se o domínio público serve para alguma coisa, é certamente para garantir acesso irrestrito a determinada categoria de obras intelectuais, de modo a ampliar as possibilidades de educação, de acesso à cultura, ao conhecimento, estimular a criação e a liberdade de expressão e movimentar a economia da cultura e do entretenimento.

Em reflexão acerca do domínio público canadense, Carys J. Craig, afirma que “precisamos de um domínio público que reflita e proteja o processo dialógico da cultura em face das estruturas cada vez mais restritivas da propriedade intelectual”⁸²⁸. Lamentavelmente, o tom do autor é de desencanto, reflexo de um mundo cada vez mais dominado pela busca da proteção⁸²⁹.

⁸²⁷ “Não gostaria, a essa altura, que alguém acreditasse ser possível sair do impasse unindo as características estruturais e as funcionais por meio de uma pretenciosa análise estrutural-funcional. Entre estrutura (do direito) e função (do direito) não há correspondência biunívoca, porque a mesma estrutura, por exemplo, o direito considerado como combinação de normas primárias e secundárias, pode ter as mais diversas funções, assim como a mesma função, por exemplo, aquela, comumente atribuída ao direito, de tornar possível a coesão e a integração do grupo, pode realizar-se mediante diversas estruturas normativas. (O que não quer dizer que a estrutura e a função sejam independentes: modificações da função podem incidir sobre modificações estruturais, e vice-versa). Enfim, se quisermos deduzir uma consideração final, tal seria que a análise estrutural, atenta às modificações da estrutura, e a análise funcional, atenta às modificações da função, devem ser continuamente alimentadas e avançar lado a lado, sem que a primeira, como ocorreu no passado, eclipse a segunda, e sem que a segunda eclipse a primeira como poderia ocorrer em uma inversão das perspectivas a que os hábitos, as modas, o prazer do novo pelo novo, são particularmente favoráveis”. BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**. Cit.; p. 113.

⁸²⁸ Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “[w]e need a public domain that reflects and protects the dialogic processes of culture in the face of increasingly restrictive intellectual property structures”. CRAIG, Carys J.. **The Canadian Public Domain: What, Where and to What End?**. Disponível em <http://bit.ly/f54yJj>. Acesso em 17 de julho de 2010.

⁸²⁹ E prossegue: “[n]o Canadá, o lamento ficou fraco e distante – até agora. Tipicamente, referências ao domínio público na jurisprudência canadense têm sido raras e pouco inspiradas, e a percepção dominante é de que o domínio público não é mais do que o resto da propriedade intelectual – os farelos remanescentes uma vez que o apetite foi satisfeito. Teresa Scassa está correta ao observar que, constituído e construído apenas na negativa, o domínio público canadense é uma ‘coisa frágil’ cujo escopo pode ser expandido ou diminuído tanto por ato legislativo quanto por interpretação judicial. Talvez nossa complacência nesse sentido reflita a ausência de qualquer mudança radical na forma ou na substância de nossa lei de direitos autorais desde 1924. Sendo assim, o tempo para a complacência acabou e a mobilização deve começar: com reforma dos direitos autorais nos ameaçando e a

Esse “processo dialógico da cultura” pode ser expresso em diversas formas. Tomando-se por ponto de partida os ensinamentos de Norberto Bobbio e de Pietro Perlingieri, a compreensão da função social do domínio público deve ser buscada dentro de um sistema de direito Civil-Constitucional, não se esquecendo da importância da dignidade da pessoa humana e das situações subjetivas integrantes do ordenamento jurídico brasileiro.

A esse respeito, cabe mencionar que a importância das situações subjetivas (e sua preeminência sobre as situações patrimoniais⁸³⁰) se afirma bastante clara quando tratamos do domínio público no direito autoral. Afinal, não existe mais, quanto às obras em domínio público, um aspecto patrimonial a ser protegido em si mesmo – uma vez que os direitos patrimoniais do autor já se esgotaram. Por isso, a função social do domínio público se realiza, sobretudo, a partir da proteção aos aspectos existenciais daqueles que desejam ter acesso às obras que nele hajam ingressado, preservada, igualmente, a parcela existencial que remanesce atrelada à obra intelectual – os direitos morais de autor.

Tais aspectos têm como conteúdo um grande espectro de direitos, derivados da cláusula geral da dignidade da pessoa humana. É bem verdade que aspectos econômicos (ou patrimoniais, para mantermos a dicotomia terminológica) podem vir a compor o uso das obras em domínio público, sem que, entretanto, necessariamente o integre. Por outro lado, o direito de acesso às obras em domínio público mais dificilmente não abrangerá uma situação existencial.

Se são, portanto, as situações existenciais que vão ganhar dimensão de destaque na compreensão da função social do domínio público, seu conteúdo deverá servir como garantia dos direitos integrantes da dignidade da pessoa humana abordados no capítulo 1 desta tese. Entre eles, podemos citar, exemplificativamente:

- (i) direito à livre expressão do pensamento;
- (ii) direito à educação;
- (iii) direito de acesso ao conhecimento e à cultura;

agenda expansionista dominando o discurso político, o Canadá precisa desesperadamente de um resultado positivo com o domínio público”. Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “[i]n Canada, the cry has remained faint and distant — until now. Typically, references to the public domain in Canadian jurisprudence have been rare and uninspired, and the prevailing assumption is that the public domain is no more than intellectual property’s leftovers — the crumbs that remain once its appetite is satisfied. Teresa Scassa is right to observe that, thus constituted and constructed only in the negative, Canada’s public domain is ‘a fragile thing’ whose scope can be expanded or shrunk by either legislative enactment or judicial interpretation. Perhaps our complacency in this regard reflects the absence of any radical change in the form or substance of our copyright law since 1924. If so, the time for complacency is over and the rallying must begin: with copyright reform looming and the expansionist agenda dominating political discourse, Canada sorely needs a positive account of the public domain”. CRAIG, Carys J.. *The Canadian Public Domain: What, Where and to What End?* Cit..

⁸³⁰ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Cit.; p. 119.

(iv) direito ao lazer;

(v) direito à livre iniciativa e à exploração econômica das obras em domínio público.

É perceptível que este último direito leva à proteção também de direitos decorrentes de uma situação jurídica patrimonial, sem que, contudo, se afaste de sua dimensão existencial.

Para que a sua função seja cumprida – ou, em outras palavras, para que os direitos componentes de sua função social sejam efetivados –, o primeiro e indispensável passo é se garantir o direito de acesso à obra, permitindo-se sua reprodução, já que dele decorre o exercício de todos os demais direitos. Nesse sentido, vamos analisar as quatro situações que se nos afiguram mais comuns:

(i) a obra se encontra disponível na internet, ou em espaço público, com acesso livre para qualquer pessoa e sem controle de terceiros;

(ii) a obra se encontra em exposição controlada por pessoa física ou jurídica, como é o caso de museus, galerias ou exposições particulares, com acesso livre ao público;

(iii) a obra se encontra sob o controle físico de pessoa física ou de pessoa jurídica, como particulares ou galerias, sem que seja garantido acesso a terceiros;

(iv) a obra se encontra sob o controle físico de pessoa jurídica de direito público, como arquivos públicos e bibliotecas públicas, com acesso dado mediante solicitação.

(i)

Obras em domínio público, disponíveis na internet ou em espaços públicos, devem poder ser livremente reproduzidas e exploradas comercialmente, sem que possa haver qualquer limitação por parte de terceiros. É incalculável o número de obras que se encontram nessa situação, e fazer um inventário de seu uso estaria fora dos limites deste trabalho. Ainda assim, julgamos valer a pena analisar, a título de exemplo, como o acesso a obras em domínio público vem sendo efetivado por parte de *websites* de alguns dos grandes museus do mundo e de determinadas experiências voltadas à divulgar obras em domínio público que se valem da internet⁸³¹.

Sem qualquer sombra de dúvida, *websites* de grandes museus, como Louvre (Paris), Metropolitan (Nova Iorque) e a National Gallery (Londres) cumprem papel fundamental no

⁸³¹ São incontáveis os *websites* de museus, galerias, arquivos, centros de pesquisa etc. que permitem acesso de obras em domínio público. Nosso intuito é apenas demonstrar, por alguns exemplos que julgamos significativos, de que forma o domínio público vem sendo tratado por determinadas instituições de relevo. Em regra, buscaremos nos ater à experiência brasileira, mas em negligenciar a importância de alguns exemplos internacionais.

acesso a obras de artes de todas as eras e de todas as procedências. Por tudo que já tivemos a oportunidade de ver, caberia a tais instituições promover o acesso a obras em domínio público integrantes de seu acervo.

O *website* do Museu do Louvre (www.louvre.fr) permite a cópia de reproduções fotográficas de sua coleção (até onde pudemos verificar, integralmente em domínio público), independentemente de cadastro do usuário e sem marca d'água nas reproduções. Aparentemente, há indicação de autoria das reproduções fotográficas das obras em exposição. No entanto, na seção de informações legais a respeito do *website*⁸³², não há qualquer menção à vedação de cópia das referidas reproduções ou à sua autorização. Nesse aspecto, o *website* é silente.

Já o *website* do Metropolitan Museum (<http://www.metmuseum.org>), como era de se esperar, contém uma razoavelmente detalhada seção de termos e condições de uso⁸³³. Apesar de tecnicamente ser possível fazer cópia de reproduções fotográficas das obras disponíveis no *website* (inclusive das que ainda se encontram protegidas) sem cadastro do usuário ou marca d'água, os termos de uso são bastante restritivos.

Em primeiro lugar, o museu parece invocar o direito autoral sobre as reproduções fotográficas, uma vez que clama ser o titular dos direitos autorais sobre dados, imagens, softwares, textos e outras informações disponíveis. Adicionalmente, o uso por terceiros apenas é permitido sem fins comerciais. Assim, os termos de uso são expressos em autorizar o uso das obras em *websites* pessoais, por exemplo, desde que não haja qualquer finalidade comercial (incluindo patrocínio, publicidade, cobrança pelo acesso nem produtos à venda). Por outro lado, a inserção as fotos em CD-ROM e sua publicação (exceto trabalho acadêmico) são proibidas.

Como é fácil perceber, as instruções de uso do *website* do Metropolitan Museum certamente violam a função social do domínio público (a partir de nossa perspectiva) e vão de encontro à decisão judicial do caso *Bridgeman Art Library Ltd. v. Corel Corp.*, que tivemos a oportunidade de analisar no capítulo 2.

O *website* da National Gallery (<http://www.nationalgallery.org.uk/>) igualmente comete abusos contra o uso de obras em domínio público. Apesar de as reproduções fotográficas das obras serem passíveis de cópia, sem cadastro do usuário e sem marca d'água, qualquer que seja seu uso é cobrado, exceto se o objetivo for estudo privado e uso na internet por instituições de ensino, podendo os valores variar de cerca de £ 35 até mais de £ 1,000.

⁸³² Disponível em <http://bit.ly/dKcUmX>. Acesso em 22 de janeiro de 2011.

⁸³³ Disponível em <http://bit.ly/huw4S5>. Acesso em 22 de janeiro de 2011.

Aparentemente, a justificativa aqui é a mesma do Metropolitan Museum, uma vez que os termos de uso do *website*⁸³⁴ afirmam que o conteúdo é de titularidade da National Gallery, que seria detentora de supostos direitos autorais sobre o material disponível no *website*. Além disso, há informação de que filmar e fotografar as obras em exposição na galeria não são permitidos a menos que haja prévia autorização.

Finalmente, vejamos o Museu Nacional de Belas Artes, no Rio de Janeiro. Seu *website* (<http://www.mnba.gov.br/abertura/abertura.htm>) é bastante modesto comparado com os equivalentes estrangeiros. Pouquíssimas são as obras reproduzidas no *website* e todas podem ser tecnicamente copiadas, mesmo as que se encontram ainda protegidas. Não há termos de uso. Trata-se de exemplo eloquente da falta de políticas governamentais para dar acesso às obras intelectuais em geral e, no particular, às obras em domínio público.

Exatamente com o objetivo de divulgar o acesso a obras em domínio público e garantir maior efetividade à sua função social, alguns projetos de relevo, que se valem da internet, vêm ganhando projeção nacional e internacional.

Apesar de ser recente o debate acerca dos livros eletrônicos, sua criação data do início dos anos 1970 e em razão de seu desenvolvimento, tornaram-se possíveis iniciativas como o Projeto Gutenberg⁸³⁵, de origem norte-americana e hoje atuante em outros países, como Canadá e Austrália, e que tem por objetivo tornar disponíveis obras em domínio público para livre acesso. De acordo com informações do *website* em Português, seu acervo é composto atualmente por mais de 30.000 obras⁸³⁶.

No Brasil, foi desenvolvido pelo governo federal o portal Domínio Público⁸³⁷, vinculado ao Ministério da Educação, cujo conteúdo abrange obras em texto, imagens, sons e vídeo⁸³⁸. Ocorre que, infelizmente, e a despeito da proposta louvável, são inúmeros os equívocos do projeto, o que acaba por comprometer seus próprios objetivos.

Em primeiro lugar, apesar de se denominar “Portal Domínio Público”, nem todo o seu conteúdo encontra-se de fato em domínio público. É bem verdade que a “missão” do *website*, conforme citada pelo Ministro da Educação, Fernando Haddad, tem tom confessional ao afirmar

⁸³⁴ Disponível em <http://bit.ly/ewwtIP>. Acesso em 22 de janeiro de 2011.

⁸³⁵ Disponível em <http://bit.ly/fkMepD>. Acesso em 28 de setembro de 2010.

⁸³⁶ Disponível em <http://bit.ly/fOT0oR>. Acesso em 28 de setembro de 2010.

⁸³⁷ www.dominiopublico.gov.br

⁸³⁸ De acordo com o *website*, a quantidade de obras atualmente cadastradas é a seguinte: 158.894 textos; 11.241 imagens; 2.493 sons; 1.206 vídeos, que tiveram, desde 2004, o total de downloads de 22.258.132 para textos; 3.636.688 para imagens; 2.951.024 para sons e 2.861.315 para vídeos. Acesso em 28 de setembro de 2010.

que “[e]ste portal constitui-se em um ambiente virtual que permite a coleta, a integração, a preservação e o compartilhamento de conhecimentos, sendo seu principal objetivo o de promover o amplo acesso às obras literárias, artísticas e científicas (na forma de textos, sons, imagens e vídeos), já em domínio público *ou que tenham a sua divulgação devidamente autorizada*, que constituem o patrimônio cultural brasileiro e universal”⁸³⁹ (*grifamos*).

De fato, o *website* contém quantidade significativa de dissertações e teses de diversas áreas⁸⁴⁰, todas devidamente protegidas. Afinal, obras que tão-somente tenham sua divulgação autorizada não estão, por isso, em domínio público, por tudo que já tivemos a oportunidade de mencionar. Incluir em uma mesma base de dados obras protegidas e obras em domínio público, sem indicação clara dos critérios distintivos, certamente confunde o usuário, que em regra desconhece as minudências da lei.

Adicionalmente, o *website* não trata as obras em domínio público com o cuidado devido. Ao se selecionar “imagem” como tipo de mídia, aparecem as seguintes opções em “categoria”: (i) “fotografia”, (ii) “gravura”, (iii) “ilustração”, (iv) “litografia”, (v) “mapa”, (vi) “pintura (uso educacional e não comercial)”, (vii) “recortes” e (viii) “satélite”. Por que distinguir a finalidade a ser conferida às “pinturas”? O que se espera é impedir que pinturas em domínio público sejam usadas com finalidades não educacionais e/ou com fins comerciais? Porque se tal distinção houver, certamente se incorrerá em violação à função do domínio público.

Ao se optar pela categoria “pintura (uso educacional e não comercial)”, encontram-se 154 resultados⁸⁴¹, em sua esmagadora maioria relacionando obras de Leonardo da Vinci e de Van Gogh. As obras de ambos estão incontestavelmente em domínio público no mundo inteiro, por conta do decurso do prazo de proteção. Dessa forma, a ressalva mencionada no *website* só pode significar restrições impostas por aqueles que tornaram as reproduções disponíveis. É bastante provável, nesse caso, que haja um alegado direito autoral às reproduções fotográficas das obras produzidas, o que em nossa opinião não pode ser merecedor de proteção.

Se assim for, não há qualquer motivo para se admitir a ressalva do Ministério da Educação de que as pinturas cujas reproduções encontram-se disponíveis no *website* **dominiopublico.gov.br** somente poderiam ter por destino uso educacional e sem fins comerciais. Tais obras estão em domínio público, as fotografias que as reproduzem não podem ser protegidas

⁸³⁹ Disponível em <http://bit.ly/igVOiR>. Acesso em 28 de setembro de 2010.

⁸⁴⁰ A pesquisa pela área de direito aponta cerca de 2.500 dissertações e 228 teses. Acesso em 28 de setembro de 2010.

⁸⁴¹ Disponível em <http://bit.ly/fgzboK>. Acesso em 28 de setembro de 2010.

por carecerem de originalidade e qualquer pessoa poderá, portanto, dar às obras o destino que lhe convier, independentemente de autorização.

De novo, podemos afirmar: as inadequações do portal Domínio Público são apenas um exemplo da absoluta falta de políticas públicas por parte do governo brasileiro para dar acesso a obras em domínio público de modo a que cumpram com sua função. Muito pior, certamente, é o tratamento conferido por parte dos arquivos públicos, conforme veremos mais adiante.

Finalmente, obras em domínio público situadas em locais de acesso público, como ruas, praças, praias, prédios públicos etc., podem ser livremente representadas, com ou sem fins comerciais, independentemente de autorização de terceiros⁸⁴².

(ii)

É possível que pessoas físicas ou jurídicas sejam proprietárias do suporte onde se encontram fixadas obras em domínio público. É fundamental, quanto ao tema, notar que a propriedade do suporte físico (a tela do quadro, a matéria onde se encontra esculpida a obra, a película da obra audiovisual ou o papel do texto, por exemplo) não induz propriedade sobre a obra intelectual, por tudo que já expusemos ao longo desta tese.

Ocorre que uma vez que é a obra intelectual que ingressa em domínio público, e não o suporte onde ela se encontra, expositores que sejam proprietários deste último não podem impedir a reprodução, por qualquer meio, da primeira. Por isso, estando a obra em exposição, quer se cobre ou não ingresso, sua livre reprodução deve ser permitida.

A proibição pode se dar se tiver como objetivo proteger a obra intelectual⁸⁴³. No entanto, não encontrará respaldo a proibição se não houver qualquer justificativa, como parece ser o caso da National Gallery⁸⁴⁴. Uma vez em domínio público, e desde que a reprodução ou o registro fotográfico ou audiovisual da obra não venha a causar qualquer dano, a proibição deverá ser considerada abusiva.

Não importa se o acervo é público ou particular; não importa quem seja o expositor; não importa se há ou não prévia autorização. Estando a obra em domínio público, não existe qualquer

⁸⁴² Não há que se confundir esta hipótese com o previsto no art. 48, da LDA, que determina que as obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pintura, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais. O artigo citado trata de uma limitação ao direito de autor – ou seja, destina-se ao uso de obras protegidas. A hipótese que suscitamos, por outro lado, versa sobre a possibilidade de reprodução, por qualquer meio ou com qualquer finalidade, de obras artísticas situadas em lugares públicos e que tenham ingressado no domínio público.

⁸⁴³ Há quem afirme que o uso de luz, como o *flash* das máquinas fotográficas, prejudique a conservação das obras de arte. Trata-se de questão técnica cujo debate não é adequado a este estudo.

⁸⁴⁴ Conforme seus termos de uso disponíveis em <http://bit.ly/ewwtIP>.

outra solução jurídica: pode ser reproduzida, registrada, fotografada, filmada, por qualquer meio ou processo, observados os limites de não haver risco à sua integridade.

(iii)

É muito comum que colecionadores de artes plásticas venham a arrematar obras em domínio público em leilões⁸⁴⁵. Se os suportes físicos onde as obras se encontram vierem a ingressar em sua propriedade privada, como fazer para que as obras intelectuais cumpram com sua função social?

Neste caso, é necessário nos valermos da funcionalização de outro instituto: da propriedade, tradicionalmente considerada. Voltamos, portanto, à Constituição Federal, que estabelece que a propriedade deverá atender à sua função social⁸⁴⁶, e ao art. 1.228 do CCB⁸⁴⁷.

Trata-se, nesta hipótese, da função social de verdadeira propriedade. O monopólio decorrente do direito autoral sobre a obra já se esgotou, mas como o suporte onde a obra se encontra não ingressa jamais em domínio público, exatamente por se tratar de propriedade de fato, cria-se uma dificuldade: como dar acesso à obra (que não pertence mais a ninguém) se seu suporte é objeto de propriedade?

Não será possível haver uma resposta única e precisa. O ideal seria que o proprietário do suporte (da tela de um quadro, de uma escultura ou do manuscrito de um livro, por exemplo) permitisse a qualquer pessoa ter acesso à obra, quer por meio de exposição pública, quer por meio de acesso ao lugar onde a obra se encontra. No entanto, tal solução apresenta incontáveis inconvenientes práticos. A depender da popularidade da obra, dezenas, centenas ou mesmo milhares de pessoas poderiam se dispor a vê-la, o que poderia vir a comprometer a segurança e a integridade da obra ou mesmo outros direitos do proprietário de seu suporte, como sua privacidade.

Em contraposição, o mínimo que se poderia esperar seria que o proprietário do suporte físico mantivesse, disponível na internet, reprodução fotográfica da obra intelectual (ou versão

⁸⁴⁵ Colecionador anônimo adquire quadro de Van Gogh por mais de 40 milhões de dólares: disponível em <http://bit.ly/hgZw3W>, acesso em 22 de janeiro de 2011. Por preço semelhante, foi vendida tela de Gauguin: disponível em <http://bit.ly/ici9Qx>, acesso em 22 de janeiro de 2011.

⁸⁴⁶ CF/88, art. 5º, XXIII.

⁸⁴⁷ **Art. 1.228:** O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 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. § 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem. (...)

fac-símile de texto, ou equivalente, a depender da natureza da obra) para acesso e reprodução por qualquer interessado, independentemente de prévia autorização ou de pagamento⁸⁴⁸. Não o fazendo, poderá ser obrigado judicialmente a tanto.

No mais das vezes, essa simples possibilidade de acesso e reprodução pela internet se faz suficiente. Todavia, em algumas circunstâncias, pode ser que seja necessário o exame mais próximo da obra, por conta de estudo, da exigência de requisitos específicos na qualidade da reprodução ou do que quer que seja. Em tais circunstâncias, entendemos que aquele a pleitear o acesso, caso tenha seu pedido negado, poderá fazer a demanda em juízo, devendo o juiz ponderar os interesses dos envolvidos para decidir conforme o caso.

(iv)

Entre a segunda hipótese acima apontada (quando o acesso às obras é livre a todos, caso típico dos museus) e a terceira (quando o acesso é fechado porque o suporte pertence a um particular, que não o expõe publicamente), afigura-se a possibilidade de o suporte físico encontrar-se sob a titularidade de determinadas instituições cuja finalidade precípua é exatamente guardar, conservar e dar acesso a obras intelectuais, desde que mediante solicitação do usuário. Tipicamente, nesta categoria encontram-se arquivos públicos, que não têm suas obras expostas, mas que também não são particulares que impedem acesso aos seus suportes. Ou não deveriam impedir.

Como não cabe a este trabalho fazer um escrutínio de todas as práticas e serviços ofertados pelos referidos órgãos públicos, nossa intenção é apenas tratar de um único objeto: como um usuário interessado em obter reprodução de uma obra fotográfica, por exemplo, em domínio público deverá proceder? Quais as regras dos arquivos públicos para que uma pessoa possa obter cópia de fotografia pertencente ao acervo de determinado arquivo?⁸⁴⁹

⁸⁴⁸ É certo que produzir uma boa reprodução fotográfica da obra, ou seu equivalente em outra mídia – se sonora ou audiovisual etc. – poderá consumir valores elevados por parte do proprietário do suporte, e ele certamente não estaria obrigado a tanto, já que não há lei que a isso o obrigue. Entretanto, atualmente é possível se obter resultados razoáveis com técnicas amadoras ou semiprofissionais e a custo reduzido. Qualquer outra hipótese, como a de cobrar dos usuários para terem acesso à obra, deve ser analisada casuisticamente. Em princípio, a cobrança pode ser feita para ajudar nos custos de conservação da obra, mas certamente não poderia ser de valores tão altos a ponto de caracterizar uma contraprestação pelo seu uso ou o enriquecimento do proprietário às custas da exploração econômica de um direito que ele não possui. Mais adiante voltaremos à questão quando tratarmos dos acervos de arquivos públicos.

⁸⁴⁹ A atividade do bibliotecário, do arquivista e, mais recentemente, do gestor de conteúdos de um *website*, depende enormemente da compreensão dos limites e da função do domínio público. A respeito da importância do tema, ver BAINTON, Toby. *The Public Domain and the Librarian*. Cit..

No Brasil, muitos são os exemplos de arquivos públicos que contam com coleções de fotografias. Vamos nos limitar geograficamente à cidade do Rio de Janeiro, onde alguns dos exemplos mais relevantes são certamente a Biblioteca Nacional, o Arquivo Nacional, o Museu da Imagem e do Som e o Arquivo Geral da Cidade. Também aqui, a análise completa dos *websites* e dos serviços de referidas instituições ultrapassaria os limites deste trabalho. Por isso, vamos nos ater às políticas de acesso às obras em domínio público mediante solicitação dos interessados⁸⁵⁰.

A Biblioteca Nacional, cuja origem está ligada à vinda da família real portuguesa para o Brasil, em 1808, é hoje uma das dez maiores do mundo, sendo a maior da América Latina, com cerca de 9 milhões de itens⁸⁵¹. Em sua configuração atual, com as atribuições decorrentes da Lei 8.029/90 e regulamentada pelo Decreto 5.038/04, a Biblioteca Nacional é uma fundação pública vinculada ao Ministério da Cultura⁸⁵², desempenhando relevantíssimo papel como guardião da memória e da história de nosso país. Exemplificativamente, é a única beneficiária da Lei 10.994/04, que prevê o depósito legal de publicações.

Entre suas atribuições legais, podemos citar o fato de a Biblioteca Nacional ser órgão responsável pela execução da política governamental de recolhimento, guarda e preservação da produção intelectual do País, tendo por finalidade, entre outras que poderíamos mencionar, adquirir, preservar e *difundir* os registros da memória bibliográfica e documental nacional⁸⁵³.

É evidente que a difusão de registro da memória bibliográfica e documental nacional deve necessariamente abranger os itens em domínio público. Aliás, considerando-se o imenso acervo da Biblioteca Nacional, as obras em domínio público não são em número pequeno. Ao revés: é bem provável que representem a maioria das obras disponíveis. Por isso, parece-nos injustificado que o domínio público na Biblioteca Nacional seja tratado com tão pouca deferência.

Em primeiro lugar, *idealmente*, as obras em domínio público deveriam estar integralmente disponíveis no *website* da instituição, para uso público, ainda que em arquivos de baixa resolução. Seu uso deveria ser livre de limitações legais ou tecnológicas, permitida a exploração

⁸⁵⁰ Não fazemos aqui qualquer referência quanto à possibilidade técnica de se fazer cópia reprográfica, em microfilme, eletrostática etc., ainda que venham a influenciar na possibilidade de acesso, já que dizem muito mais respeito às condições físicas e de conservação da obra do que a um problema jurídico. Também não tratamos, aqui, de a que título os documentos (*corpus mechanicum*) integram os arquivos públicos: se são de sua propriedade ou não. Para nossa análise, vamos nos limitar a considerar que os arquivos públicos citados têm ingerência sobre obras em domínio público (qualquer que seja o proprietário do meio físico em que elas se encontram) e que certamente muitas dessas obras podem ser reproduzidas sem risco à sua integridade e conservação.

⁸⁵¹ Disponível em <http://bit.ly/eOYG8L>. Acesso em 22 de janeiro de 2011.

⁸⁵² Por força do art. 1º do Anexo I ao Decreto 5.038/04, que estabelece que a Fundação Biblioteca Nacional - BN, fundação pública, constituída com base na Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990, vinculada ao Ministério da Cultura, tem sede e foro na cidade do Rio de Janeiro, e prazo de duração indeterminado.

⁸⁵³ *Grifamos*. Por força do art. 2º do Anexo I ao Decreto 5.038/04.

das obras com ou sem fins comerciais. Dessa forma, a função social do domínio público restaria alcançada e os preceitos constitucionais a que nos referimos no início deste item seriam cumpridos.

No entanto, sabemos que a conservação de obras em número tão elevado, sendo muitas delas antigas e raras, requer um razoável investimento financeiro. Por isso, deixamos claro desde logo que é possível e lícito cobrar pelo acesso das obras em domínio público. O fato de a obra estar em domínio público não tem como consequência necessária seu acesso gratuito. No entanto, há limites a serem observados. São estes os limites que buscamos detalhar a partir daqui.

A Biblioteca Nacional – como, aliás, todas as instituições pesquisadas – não faz qualquer distinção quanto à possibilidade de se reproduzir obra protegida ou obra em domínio público; ambas as categorias são tratadas da mesma maneira. Ocorre que esta distinção é fundamental, pelo menos por duas razões. Tratando-se de obra protegida, é possível a cobrança pela licença de uso da obra, o que é ilícito quando se tratar de obra em domínio público. Dessa forma, as obras protegidas tendem a ter o valor de reprodução mais elevado. Ademais, estando a obra protegida, é possível se estabelecer distinção quanto ao uso que dela se pretende fazer. Assim, o titular pode autorizar o uso de determinada obra com fins acadêmicos, por exemplo, mas não para se ilustrar capas de caderno ou camisetas. Quando a obra se encontra em domínio público, entretanto, o uso que se fará dela é indiferente, justamente por ser absolutamente livre.

A Norma nº 1, de 02/05/2006, para reprodução de acervo na Biblioteca Nacional, é a única a fazer menção expressa ao domínio público, ao determinar que é permitida a reprodução de obras que estejam em domínio público ou daquelas que, embora protegidas pela Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98), tenham autorização expressa de reprodução por seus autores/titulares (III.1).

No entanto, o item 6.2 da mesma norma prevê que é expressamente proibido comercializar imagens geradas a partir da solicitação de cópias digitais. Essa vedação é abusiva quando se tratar de obra em domínio público, mesmo que o original pertença à Biblioteca Nacional. Como o uso de obra em domínio público é livre, sua comercialização não pode ser proibida.

Também abusivo é o “Termo de Responsabilidade para Utilização de Imagens do Acervo da Fundação Biblioteca Nacional”. O documento é Anexo à norma anteriormente referida e condição necessária para obtenção da reprodução desejada. O item (b) do termo de

responsabilidade determina que o demandante deverá utilizar as reproduções do acervo apenas com o fim por ele mencionado. Em adição, conforme previsto no item (d), o usuário assume o compromisso de não utilizar as imagens em outros trabalhos, edições, tiragens e publicações que não os especificados na solicitação e não repassar a terceiros as reproduções a ele entregues.

Ora, por tudo que se viu, tal cláusula é ilícita por atribuir ao usuário do acervo obrigações contrárias à LDA e, especialmente, aos valores constitucionais.

Mais um abuso é cometido no item (e), que prevê que o descumprimento do disposto no “Termo de Responsabilidade” acarretará na suspensão temporária do acesso do usuário ao serviço de reprodução da Biblioteca Nacional pelo prazo de 6 meses. Na verdade, ao descumprir o item (d), por se tratar de obra em domínio público, o usuário está agindo em conformidade com a lei e contrário aos abusos perpetrados por um órgão público que deveria “*difundir* os registros da memória bibliográfica e documental nacional”, não limitá-los.

Ainda indevida a conduta da Biblioteca Nacional ao estabelecer, no Anexo 3 à Norma nº 1, de 02/05/2006, que constitui a tabela de emolumentos para preservação do Acervo, valores idênticos para obras em domínio público ou protegidas. Se os valores sob análise, em si mesmos, não constituem um problema jurídico, certamente este existe quanto à previsão de que “para uso comercial a tabela sofrerá acréscimo de 40%”.

Pelo menos em dois momentos (na Norma nº 1, de 02/05/2006, item III.1 e Anexo 2, termo de compromisso, item c⁸⁵⁴), a Biblioteca Nacional deixa explícito que apenas serão autorizadas cópias de documentos (*i*) em domínio público ou (*ii*) cujo titular autorizou a cópia. Se quanto ao segundo caso seria possível haver distinção de valores relacionada ao uso (o titular poderia determinar que para o uso de sua obra com fins comerciais o valor pela reprodução seria mais elevado), tal conduta é ilícita ao se tratar do domínio público.

Com o término do monopólio, nada mais há que fundamente a cobrança de importâncias distintas com base no tipo de uso que se pretende fazer. Uma vez em domínio público, a única justificativa para cobrança pelo acesso é o custo de manutenção da obra em si mesma ou dos meios para prover seu acesso (como o custo de manutenção de um *website*). Qualquer outra razão alegada constitui violação aos preceitos constitucionais, aos tratados internacionais, à LDA e configura enriquecimento sem causa por parte de seu agente.

⁸⁵⁴ A Fundação Biblioteca Nacional não autoriza o uso da reprodução de obras protegidas pela Lei do Direito Autoral (Lei 9.610, de 10 de fevereiro de 1998) salvo com autorização expressa dos detentores dos direitos.

Não muito diferente é a prática adotada pelo Arquivo Nacional. Criado em 1838 e qualificado como Arquivo Federal pela Lei 8.159/91, é órgão central do Sistema de Gestão de Documentos de Arquivos - SIGA, da administração pública federal, e integra a estrutura básica da Casa Civil da Presidência da República⁸⁵⁵.

Apesar de Ordem de Serviço nº 2/2007, de 04 de maio de 2007, não fazer qualquer referência à LDA ou a obras em domínio público, seu anexo prevê pagamento de valores diferenciados a depender do uso que se pretende fazer da obra. Assim, uma fotografia, por exemplo, usada para fins acadêmicos, poderá ser reproduzida ao custo de R\$ 10,00. No entanto, se a mesma fotografia servir a um filme longa-metragem ou de televisão, o custo para sua reprodução sobe para R\$ 40,00. Se houver fim publicitário, R\$ 50,00.

Mais uma vez, repita-se: não se critica aqui o valor cobrado, se alto ou baixo, se justo ou injusto. Critica-se a ilicitude de se exigir valores distintos quando se tratar de obra em domínio público, dependendo do destino que se dará à obra reproduzida.

Também o Arquivo Nacional age abusivamente ao exigir assinatura de “Termo de Responsabilidade pelo Uso de Reproduções de Documentos” que contém, em seu item (c), grafado em negrito: “[o usuário declara estar ciente] de que **as reproduções objeto deste termo não podem ser repassadas a terceiros**”. Estando a obra em domínio público, sua circulação deve ser livre, inclusive com fins lucrativos. São, portanto, as mesmas as conclusões a que antes chegamos quando da análise da política de acesso praticada pela Biblioteca Nacional.

O Museu da Imagem e do Som (“MIS”) foi inaugurado em setembro de 1965, como parte das comemorações do IV centenário da cidade do Rio de Janeiro⁸⁵⁶. Pela lei estadual 1.714/90, adquiriu a natureza jurídica da Fundação. Apesar de não contar com acervo tão vasto quanto o da Biblioteca Nacional ou do Arquivo Nacional, o MIS possui coleções de importantes fotógrafos, como Augusto Malta e Guilherme Santos, cujas obras se encontram, em sua maioria, em domínio público.

Assim como seus pares na esfera federal, o MIS cobra preços diferenciados em razão do uso da obra. A reprodução de fotografia, ainda que em domínio público, copiada a partir do original, para pessoa física ou uso acadêmico, custa R\$ 30,00. Se para pessoas jurídicas, para fins

⁸⁵⁵ Disponível em <http://bit.ly/gZY0En>. Acesso em 28 de setembro de 2010.

⁸⁵⁶ Disponível em <http://bit.ly/fCV6fy>. Acesso em 28 de setembro de 2010.

culturais (publicações, CD-ROM, CD, DVD e filmes), o valor sobe para R\$ 60,00. Se para pessoa jurídica, com fins publicitários, R\$ 200,00⁸⁵⁷.

Sem surpresas, também o MIS exige a assinatura do chamado “Termo de Recebimento de Material e de Responsabilidade pela Utilização de Reprodução de Acervo da FMIS/RJ”. Como último item do documento, lê-se que o usuário assume, “também, o compromisso de não utilizar o material que [lhe] foi cedido em outro trabalho que não o especificado no presente termo, e de não repassá-los a terceiros”.

Como de resto, as conclusões são as mesmas.

No entanto, nenhum arquivo público, dentre os pesquisados, viola tão frontalmente a função social do domínio público quanto o Arquivo Geral da Cidade do Rio de Janeiro (“AGCRJ”). Instituído em 1567, na época da fundação da cidade, acumulou durante os séculos seguintes os documentos oficiais produzidos pela Câmara Municipal e, no período republicano, pela Prefeitura. Atualmente, também conserva coleções de documentos particulares de prefeitos, administradores, professores, engenheiros e demais personalidades⁸⁵⁸. Seu acervo é composto por documentos manuscritos e impressos, fotografias, gravuras, fitas, vídeos, livros e periódicos.

Assim como o MIS, o AGCRJ conta com relevante acervo do fotógrafo Augusto Malta. Nascido em 1864, trabalhou como fotógrafo oficial do governo entre os anos 1900 e 1930, quando o Rio de Janeiro era capital federal. Dessa forma, construiu um dos mais profícuos testemunhos da cidade no início do século XX. Por isso, conta inclusive com portal próprio gerido pelo AGCRJ (<http://portalaugustomalta.rio.rj.gov.br/>).

Ao contrário dos *websites* dos grandes museus do mundo (Louvre, Metropolitan, National Gallery), que permitem acesso virtual às obras de suas coleções, e ao contrário dos *websites* da Biblioteca Nacional, do Arquivo Nacional e do MIS, que pecam pela falta de acesso ou pelo acesso francamente precário, o portal Augusto Malta permite o usuário que visualize as fotos digitalizadas, mas com inúmeras restrições.

Inicialmente, para se ter acesso às obras, é necessário que se preencha cadastro, com informações que incluem nome, CPF, ocupação, grau de instrução, endereço e telefone. Se o cadastro compulsório não representa, em si mesmo, uma exigência abusiva, certamente serve como primeiro obstáculo ao acesso das obras em domínio público.

A seguir, observa-se pelos termos de uso do *website* que:

⁸⁵⁷ Disponível em <http://bit.ly/dGnZrb>. Acesso em 22 de janeiro de 2011.

⁸⁵⁸ Disponível em <http://bit.ly/ehaTPx>. Acesso em 22 de janeiro de 2011.

(...)

(4.) As fotografias, imagens, textos, logomarcas e som presentes no site encontram-se protegidos por direitos autorais ou outros direitos de propriedade intelectual e patrimonial;

(...)

(6.) A reprodução dos conteúdos descritos anteriormente está proibida, salvo prévia autorização por escrito das instituições responsáveis pela salvaguarda dos documentos disponibilizados, e em hipótese alguma o usuário adquirirá quaisquer direitos sobre os mesmos;

(...)

Uma vez que boa parte das obras constantes da base de dados do portal Augusto Malta estão em domínio público, bem se vê que as informações acima não são totalmente verdadeiras e representam desserviço à comunidade acadêmica. O Portal Augusto Malta conta com obras fotográficas elaboradas entre 1893 e 1958. Considerando-se que, neste momento, todas as obras fotográficas publicadas até 1940 encontram-se em domínio público, não há dúvidas de que a maior parte do acervo do referido portal já não conta mais com a proteção patrimonial dos direitos autorais, podendo ser livremente reproduzida.

É louvável que, ao contrário dos demais *websites* analisados, o AGCRJ possibilite a visualização das fotografias. No entanto, as obras encontram-se todas com marca d'água com representação do fotógrafo e onde se lê “AGCRJ”, conforme pode ser observado abaixo.



Corpo de Bombeiros: Incêndio no Centro da Cidade (1910)



Dique submerso recebendo o navio Minas Gerais (1910)



Dr. Pereira Passos (1910)

A marca d'água, pode-se perceber, serve para gravar na imagem sua procedência. Dessa forma, qualquer uso “não autorizado” da obra por parte do AGCRJ poderá ser aferido. Nesse sentido, algumas observações são necessárias.

Verificamos que em todos os demais arquivos pesquisados é solicitada a menção da origem da obra em suas instruções de uso das reproduções⁸⁵⁹. Entendemos, inclusive, que a menção à origem da obra pode ser encarada como obrigação decorrente da boa-fé objetiva, de modo a apontar a fonte e a permitir a pesquisadores e usuários de obras em domínio público que possam saber onde encontrar o original de dada obra.

Por outro lado, não há qualquer direito do eventual proprietário do *corpus mechanicum* de apor suas próprias marcas aos trabalhos intelectuais alheios com o intuito de identificar a origem

⁸⁵⁹ Biblioteca Nacional (“Termo de Responsabilidade”, item c): “Estar de acordo em mencionar o crédito à Fundação Biblioteca Nacional por ocasião da sua utilização na forma: ‘Acervo da Fundação Biblioteca Nacional – Brasil’”; Arquivo Nacional (“Termo de Responsabilidade”, item b): “Da obrigatoriedade de, por ocasião da divulgação das referidas reproduções, mencionar sempre que os respectivos originais pertencem ao acervo do Arquivo Nacional”; MIS (“Termo de Responsabilidade”): “Obrigo-me, por ocasião da utilização do material objeto do presente termo, a mencionar os créditos da obra e à FMIS/RJ (...)”.

da obra ou de controlar seu uso, especialmente da forma como inseridas pelo AGCRJ. A inclusão da marca d'água nas obras do fotógrafo Augusto Malta, nos moldes vistos acima, impedem seu pleno uso por terceiros que, para as finalidades desejadas, se contentem com reproduções de baixa resolução disponíveis no *website*.

A seguir, o AGCRJ cobra valores bem distintos para se ter acesso a reprodução de obras fotográficas, ainda que em domínio público. Para uso particular ou acadêmico, é disponibilizada cópia em baixa resolução da foto, ao custo de R\$ 10,00. Para outros usos (como exposição, obra audiovisual, publicitária, publicação em livros ou outras obras), o custo é de R\$ 200,00 por imagem de alta resolução.

Conforme fomos informados diretamente pelo AGCRJ (a propósito, mais um obstáculo: o *website* não conta com valores e maiores informações sobre os critérios de reprodução), é indiferente se o usuário pretende usar reprodução em baixa resolução para publicação em livro ou para uso em obra audiovisual – o valor é cobrado em função do uso. Portanto, mesmo que a cópia em baixa resolução seja suficiente, se seu destino for outro que o acadêmico, o preço é de R\$ 200,00.

Outra questão, gravíssima, a ser apontada é que para se solicitar reprodução de qualquer imagem faz-se necessário apresentar declaração de universidade, editora, produtora etc., em papel timbrado, com justificativa do uso da imagem. Ao final, deve-se assinar um termo de uso da imagem, onde são detalhados os compromissos assumidos pelo demandante.

E se o usuário quiser apenas fazer uma ampliação da foto em alta resolução para decorar sua própria residência? E se o interessado desejar produzir quadros para decorar um *lobby* de hotel, cartões postais para vender em uma papelaria, capas de caderno, camisetas ou o que mais desejar com referidas obras? Por estarem todas em domínio público, tais usos são lícitos e permiti-los não é um ato de tolerância ou generosidade do AGCRJ, mas uma obrigação legal.

Finalmente, mencionamos que, conforme informação recebida do próprio arquivo, a marca d'água não consta da reprodução em alta resolução, mas apenas na de baixa. E pelo que fomos informados, aposta de maneira diversa da que consta das obras disponíveis no *website*.

Em suma: um cadastro compulsório, uma declaração com justificativa de uso, a assinatura de um termo de responsabilidade e o pagamento de R\$ 200,00 são o preço a se pagar para se obter o que deveria ser não apenas natural, mas dever do Estado: o livre uso de uma obra em

domínio público. Parece evidente que o AGCRJ viola frontalmente a função social do domínio público das obras sob sua guarda e conservação.

É importante mencionar que o AGCRJ não recebe valores em espécie, e todo pagamento é realizado em forma de doações para auxiliar na conservação do acervo. Temos certeza de que os valores arrecadados pelo AGCRJ são extremamente úteis para o desenvolvimento do trabalho do arquivo público. O inconcebível é que venha um órgão público se remunerar indiretamente às custas da violação de princípios constitucionais, de tratados internacionais, da LDA e de toda teoria do domínio público construída ao longo dos dois últimos séculos.

Encerramos este item frisando que em nenhum momento se questiona a seriedade e a importância do trabalho desenvolvido pelos arquivos públicos da cidade do Rio de Janeiro. O que se critica é a absoluta falta de políticas públicas para tornar efetiva a verdadeira função do domínio público, constituída por todos os direitos a que nos referimos no início deste tópico.

A função do domínio público se cumpre na medida em que as obras que nele ingressaram podem circular livremente, ao menor custo possível, estimulando reedição de trabalhos antigos e criação de novos, impulsionando a economia cultural e do entretenimento, cumprindo seu papel social e educativo e, finalmente, respeitando-se os princípios constitucionais e demais normas de nosso ordenamento jurídico.

3.4 **Direito subjetivo ao domínio público**

Uma vez que determinada obra ingresse em domínio público, poderá ser *utilizada por qualquer pessoa*, independentemente de autorização ou remuneração (a título de licença), ainda que, conforme visto anteriormente, seu *acesso* possa vir a ser remunerado. Será este, portanto, um *direito* atribuído a todos. Trata-se, então de um direito subjetivo conforme definido por Miguel Reale: “a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio”⁸⁶⁰. A menção às *normas de direito* é fundamental porque,

⁸⁶⁰ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1991; p. 258.

afinal, não existe “direito subjetivo sem regra jurídica (direito objetivo), que incida sobre suporte fático tido por ela mesma como suficientes”⁸⁶¹.

Em razão da extinção dos direitos patrimoniais de autor, o direito subjetivo à utilização de obra em domínio público será absoluto, no sentido de caracterizar uma “relação oponível à generalidade dos indivíduos, isto é, dotada de eficácia universal, sem a especificação de sua exigibilidade contra determinado sujeito passivo”⁸⁶². Tal direito será exercido *erga omnes*, não contra um titular específico (como seria o direito de crédito, ou, mais especificamente, o caso de abuso por parte do titular do direito autoral, enquanto vigente).

Assim como os demais direitos absolutos, exercidos sem que haja um único devedor específico (como ocorre, já vimos, com os direitos de personalidade e com o direito de propriedade, por exemplo), o direito ao domínio público deve ser exercido em face de toda a coletividade.

Uma vez violado tal direito, a ação jurídica correspondente seria exercida em face de quem o tenha violado. Imagine-se, pois, a hipótese de um estudante que deseje ter acesso a determinada obra de arte que se encontra em domínio público, mas cujo suporte seja de propriedade de terceiro. Stephen Fishman explica como a matéria é tratada nos Estados Unidos⁸⁶³:

Proprietários particulares de obras em domínio público não têm obrigação de permitir que qualquer pessoa entre em sua residência para fazer cópia de um trabalho ou mesmo para vê-lo. A maioria dos museus nos Estados Unidos impede o público de fazer fotografias de sua coleção. Alguns museus proíbem fotografias totalmente ou permitem apenas fotografias amadoras de baixa qualidade, que não se prestam à publicação. Outros museus instruem visitantes a usarem as fotos apenas para fins particulares. Outros ainda exigem dos visitantes que assinem termos nos quais concordam em não reproduzir qualquer fotografia tirada no museu.

⁸⁶¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado – Tomo V**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000; p. 271.

⁸⁶² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Vol. I**. Cit.; p. 46.

⁸⁶³ Tradução livre do autor. No original, lê-se que “[p]rivate owners of public domain works of art are under no obligation to allow anyone into their home to make copies of the art or even to view it. And most major museums in the United States restrict the public from taking photographs of their collections. Some museums forbid photography entirely or permit only amateur photographs that of low quality and therefore not publishable. Other museums instruct visitors that they may use photos for personal use only. Still others require visitors to sign camera permits in which they agree not to reproduce any photos they shoot in the museum”. FISHMAN, Stephen. **The Public Domain – How to Find & Use Copyright-Free Writings, Music, Art & More**. Cit.; p. 126. Pamela Samuelson entende que no caso de haver propriedade privada de suportes materiais onde existe obra em domínio público, poderia ser gerada uma situação em que o domínio público seria apenas teórico. “A painting from the mid-nineteenth century that remains in a private collection or was destroyed in a fire is, in theory, in the public domain as a matter of copyright law, but its non-public nature or its destruction mean that it may, in fact, be there only in theory”. SAMUELSON, Pamela. *Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities*. **Law and Contemporary Problems – vol. 66**.

A seguir, o autor informa que o modo de se obter acesso a fotografias de alta qualidade para publicação é solicitar ao museu. Nesse caso, provavelmente o museu cobrará algum valor pelo direito de reproduzir a obra.

Do ponto de vista de nosso ordenamento jurídico, acreditamos que se negar a dar acesso a obra em domínio público constitui caso de violação ao direito subjetivo de a ela ter acesso e de dela se valer, havendo evidente confusão entre o corpo físico da obra e a obra em si mesma. Ainda que um particular seja o proprietário do suporte físico da obra, a obra intelectual, a criação artística, está em domínio público e deve poder ser livremente acessada e reproduzida.

É compreensível que, em alguns casos, a reprodução por meio fotográfico ou audiovisual seja limitada ou proibida por conta do risco de se expor a obra intelectual a desgastes pelo excesso de luz ou por outros fatores. Nesta hipótese, entretanto, deveria ser permitida a reprodução por qualquer outro meio (sem o uso de luz artificial, por exemplo). Além disso, mesmo sendo legítimo ao museu cobrar por cópias em alta resolução das obras em domínio público, a causa do pagamento, neste caso, é a prestação de um serviço e nunca a licença para se usar a obra. A cobrança de licença seria abusiva já que um dos principais efeitos do domínio público é permitir o uso da obra independentemente de autorização ou remuneração a título de licença.

Nesse sentido, entendemos que qualquer obstáculo ao legítimo exercício do uso de obra em domínio público deve ser encarado como violação a direito subjetivo, devendo ser tomadas as medidas judiciais cabíveis no caso concreto.

Denis Borges Barbosa afirma, adequadamente, que “a obra sai do domínio privado e entra como valor positivo na comunhão de todos; em comum, todos são titulares do direito de usar e transformar e, como todos o são, descabem as faculdades de fruir (alugar ou obter regalias) ou de dispor (ou seja, entregar à apropriação singular de terceiros)”. E prossegue⁸⁶⁴:

Entendo similarmente que haja uma obrigação estatal, à luz do art. 215 da Carta, de garantir os instrumentos de acesso ao domínio público autoral. Cópias de filmes que caem, em teoria, em domínio público, mas permanecem em poder dos titulares anteriores, obras plásticas inacessíveis à reprodução, mecanismos de derivação de obras com propósitos exclusivamente de frustrar a extinção do termo autoral – todos são mecanismos em relação aos quais haverá dever estatal de atuação.

⁸⁶⁴ BARBOSA, Denis Borges, *Domínio Público e Patrimônio Cultural*; p. 12. Cit..

Muito comum, atualmente, é a inserção, em obras em formatos digitais, de dispositivos de proteção tecnológica, tais como DRMs e TPMs⁸⁶⁵. Apenas para ficarmos com a multicitada Jane Austen, podemos observar que diversos de seus livros oferecidos no *website* eBookMall contam com tais dispositivos. As obras “*Persuasion*”⁸⁶⁶, “*Emma*”⁸⁶⁷, “*Orgulho e Preconceito*”⁸⁶⁸ e “*Razão e Sensibilidade*”⁸⁶⁹, por exemplo, não podem ser impressas nem copiadas. O mesmo se dá com obras de Mark Twain, Emily Dickinson, Walt Whitman e John Milton, entre muitos outros.

Como já foi detalhadamente discutido por Carlos Affonso Pereira de Souza em sua tese “*O Abuso do Direito Autoral*”, “[a]s chamadas medidas de proteção tecnológica (TPM) têm sido estudadas como uma recente forma de aumentar o espectro de proteção dos interesses de autores e titulares do direito autoral através da inserção de dispositivos tecnológicos que impedem determinados usos da obra. Esses dispositivos, que geralmente acompanham o suporte da obra autoral, seja um CD, DVD, ou mesmo um codificador de sinal de televisão, colocam em questão os limites entre os interesses públicos e privados na utilização da criação intelectual”⁸⁷⁰. E acrescenta: “[o] uso de ambas as formas de controle tecnológico [DRMs e TPMs] pode ser desempenhado de forma abusiva, resultando em restrição a usos e monitoramento que viole as liberdades garantidas pelos limites aos direitos autorais, além de gerar controvérsias sobre a

⁸⁶⁵ *Digital Rights Management e Technological Protection Measures*. De acordo com o *website* do IDEC – Instituto de Defesa do Consumidor: “DRM é o termo mais popular utilizado para significar as travas tecnológicas embutidas em bens culturais (músicas, vídeos, livros, fotos, DVDs, CDs etc) para impedir não somente a cópia como outros tipos de utilização legítima dos mesmos (por exemplo, o direito de copiar pequenos trechos ou o direito de citar trechos da obra em outras obras). No entanto, o chamado Gerenciamento de Direitos Digitais (*Digital Rights Management*) pode não ser necessariamente prejudicial, quando utilizado respeitando os interesses dos consumidores. Nesse sentido, uma de suas funções é a de controlar informações sobre conteúdos, que vão desde o ano de gravação, autor da obra, intérprete, até o número de execuções de uma determinada música – e outras informações que são processadas por programas do computador. No entanto, esses mesmos mecanismos podem ser utilizados de forma desfavorável ao consumidor, retirando dele a possibilidade de decidir sobre como utilizar ou não os bens culturais adquiridos de forma legítima. Na maioria das vezes, são utilizadas “travas tecnológicas” chamadas em geral de TPMs (*Technological Protection Measures* – às vezes também chamadas igualmente de DRMs, conforme acima). Dessa forma, as TPMs na maioria das vezes são o viés negativo do Gerenciamento de Direitos Digitais (DRM), pois este engloba todo método de controle de acesso a materiais registrados utilizando meios tecnológicos. Apesar disso, tanto o termo DRM quanto TPM acabam sendo confundidos e, infelizmente, em muitos casos, são igualmente utilizados contrariando e prejudicando os interesses dos consumidores. Todas as restrições tecnológicas funcionam através das chamadas “chaves criptográficas”, que vêm programadas de fábrica. Essas chaves impedem, por exemplo, a possibilidade de cópia de pequenos trechos de um DVD para o computador ou para uma fita VHS, ou ainda, que muitas vezes um determinado CD possa tocar adequadamente no som do seu carro, ou que um DVD adquirido um país toque em outro de outra região. Além disso, impedem que música adquirida em formato digital possa ser executada por outros tocadores de áudio digital. Estas são apenas algumas formas pelas quais se manifestam as restrições tecnológicas. Elas podem afetar praticamente qualquer conteúdo digital, incluindo até mesmo sinais de televisão da futura TV digital”. Disponível em <http://bit.ly/gTUR1E>. Acesso em 22 de janeiro de 2011.

⁸⁶⁶ Disponível em <http://bit.ly/gpfsjb>. Acesso em 22 de janeiro de 2011.

⁸⁶⁷ Disponível em <http://bit.ly/gNoiRy>. Acesso em 22 de janeiro de 2011.

⁸⁶⁸ Disponível em <http://bit.ly/dF17cP>. Acesso em 22 de janeiro de 2011.

⁸⁶⁹ Disponível em <http://bit.ly/gh62Ex>. Acesso em 22 de janeiro de 2011.

⁸⁷⁰ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **O Abuso do Direito Autoral**. Cit.; p. 242.

invasão da privacidade do usuário e a aplicação do direito do consumidor para impor uma série de sanções ao fornecedor”⁸⁷¹.

Entendendo-se que as medidas de proteção tecnológica são capazes de constituir, a depender da situação, abuso do direito autoral, com mais razão ainda deve-se entender abusiva a inserção de tais medidas quando o direito autoral não mais existe em sua plenitude. A aplicação de trava tecnológica em obras em domínio público viola o direito subjetivo de uso da obra em que a trava foi aplicada⁸⁷².

Além do direito subjetivo ao uso de obra em domínio público, podemos afirmar a existência de um direito ao *próprio domínio público*? Tal pergunta na verdade se desdobra em duas outras: poderia o legislador brasileiro (i) tornar objeto de monopólio obras já ingressadas no domínio público? e (ii) dilatar indefinidamente o prazo de proteção aos direitos autorais ou, ainda, conferir aos titulares de direitos autorais um direito patrimonial perpétuo, a exemplo do legislador português no início do século XX?

À primeira pergunta, responde-se com relativa facilidade: a CF/88 elenca entre seus direitos fundamentais, como cláusula pétrea, o direito adquirido. E como lembra Luís Roberto Barroso, “ao contrário de outros países do mundo, o direito adquirido no Brasil tem proteção constitucional”, de modo que “somente o constituinte originário pode validamente suprimi-lo”⁸⁷³. Por isso, não nos parece possível devolver ao domínio privado obras já ingressadas no domínio público.

Quanto à segunda questão, a CF/88 prevê, em seu art. 5º, XXVII, que aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros *pelo tempo que a lei fixar*. Apesar de o texto constitucional não se valer dos mesmos termos da Constituição norte-americana⁸⁷⁴, a discussão travada quando do julgamento do caso *Eldred vs. Ashcroft* poderia ser, quanto a alguns aspectos, retomada no Brasil. Afinal, a CF/88 determina que o direito autoral será vitalício e, com a morte do autor, transmitido aos herdeiros deste *pelo tempo que a lei fixar*. É necessário que a lei fixe um tempo de proteção aos direitos

⁸⁷¹ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **O Abuso do Direito Autoral**. Cit.; p. 328.

⁸⁷² Naturalmente, uma nova edição de obra em domínio público, com prefácio e ilustrações originais, por exemplo, poderia contar com proteção tecnológica acerca de tais elementos novos, mas nunca daqueles em domínio público. Ainda assim, tal proteção poderia ser questionada na medida em que contrariasse as limitações aos direitos autorais previstas no art. 46 da LDA.

⁸⁷³ Citado por Denis Borges Barbosa. BARBOSA, Denis Borges, *Domínio Público e Patrimônio Cultural*; p. 12. Disponível em <http://bit.ly/hJP0lr>.

⁸⁷⁴ Que determina, em seu artigo 8, que um dos poderes do Congresso é “promover o progresso da ciência e das artes, assegurando, por tempo limitado, aos autores e inventores, o direito exclusivo a seus escritos e descobertas, ou, no original, “to promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries”. Disponível em <http://bit.ly/ffETiu>. Acesso em 18 de janeiro de 2010.

autorais. Naturalmente, alguém poderia defender que a perpetuidade dos direitos também é um tempo, um prazo fixado pela lei. No entanto, não parece ser essa a intenção da CF/88 ao prever que o tempo seja fixado, fazendo crer que um *limite* deve ser imposto.

Ademais, a proteção perpétua estaria em conflito com diversos outros direitos, também de ordem constitucional, apontados no primeiro capítulo desta tese, quando tratamos do fundamento jurídico do domínio público. A título de exemplo, lembramos os direitos à educação, à cultura, à livre expressão.

A rigor, podemos dizer que o prazo hoje vigente no Brasil já é suficientemente longo para representar um desequilíbrio nas relações entre autor e sociedade. Parece claro que os frutos econômicos decorrentes da exploração da obra se esgotam, em regra, muito antes de expirado o prazo de proteção. Por outro lado, é praticamente impossível que qualquer pessoa venha a viver tanto tempo a ponto de usar livremente obra de um contemporâneo seu por esta ter ingressado no domínio público. Sob estas duas perspectivas, o prazo de proteção já parece ser *demasiado longo*.

Em um sistema de direito civil-constitucional, no qual a Constituição Federal exerce papel estruturante e é norte hermenêutico, todo o ordenamento jurídico deve ser compreendido a partir de diretrizes constitucionais. “Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado”⁸⁷⁵.

Considerando-se que a Constituição deve ser interpretada levando-se em conta princípios como o da supremacia da Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade⁸⁷⁶, parece-nos possível alegar que, diante dos arts. 5º, IX⁸⁷⁷; 170, IV⁸⁷⁸; 205⁸⁷⁹; 210⁸⁸⁰; 215⁸⁸¹ e 216

⁸⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. *A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil*. Cit.: p. 241.

⁸⁷⁶ “Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade. Estes novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de *nova interpretação constitucional*, se utilizam de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico” (*grifos do autor*). BARROSO, Luís Roberto. *A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil*. Cit.: pp. 242-243.

⁸⁷⁷ **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) **IX** - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

⁸⁷⁸ **Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) **IV** - livre concorrência;

⁸⁸²da CF/88, entre outros, o papel exercido pelo domínio público é relevante para garantir plenamente diversos direitos fundamentais. Por isso, não pode ser menosprezado nem diminuído em sua importância.

Sendo assim, parece-nos que o prazo atual de proteção aos direitos autorais já poderia ter sua constitucionalidade contestada, uma vez que não atende às razões sociais, econômicas ou jurídicas de que se espera do domínio público. Os tratados internacionais autorizam prazos mais curtos de proteção e é de se esperar que especialmente países em desenvolvimento se valham de tal possibilidade.

Nesse caso, nem se torna necessário cogitar da legalidade quanto a uma eventual dilação de prazo de proteção ou mesmo da proteção perpétua aos direitos autorais, pois que tais medidas seriam frontalmente contrária às determinações de nossa Constituição Federal e deveriam ser tidas como inconstitucionais.

Por tudo isso, entendemos haver um direito subjetivo ao domínio público. Norberto Bobbio alerta para o fato de que a criação de direitos sempre novos e cada vez mais extensos não significa sua verdadeira proteção. A consequência seria a “grandiosidade das promessas e a miséria das realizações”⁸⁸³. Parece-nos que Bobbio tem razão.

Ainda assim, há que lutar pelo equilíbrio, pela prevalência das relações subjetivas existenciais sobre as patrimoniais, pela concretização da dignidade da pessoa humana. Deve-se almejar, ainda que a tarefa não se mostre fácil, proteger e promover o domínio público no direito autoral para que ele cumpra com sua função de auxiliar os direitos constitucionalmente garantidos a construir uma sociedade mais justa e solidária.

⁸⁷⁹ **Art. 205.** A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

⁸⁸⁰ **Art. 210.** Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. (...)

⁸⁸¹ **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. (...)

⁸⁸² **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: (...)

⁸⁸³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. São Paulo: Elsevier, 2004; p. 60.

CONCLUSÕES

I.

Todos os anos, em 1º de janeiro é comemorado o dia do domínio público. Afinal, por conta dos tratados internacionais, o primeiro dia do ano é o *dies a quo* para a contagem de prazos de proteção da obra, quer em virtude da morte do autor⁸⁸⁴ ou da publicação da obra no ano anterior, a depender do caso.

Em 2011⁸⁸⁵, ingressaram em domínio público na União Europeia e no Brasil, bem como em outros países, as obras de Issac Babel, Walter Benjamin, F. Scott Fitzgerald, Paul Klee, Leon Trotsky e Nathanael West, entre outros. As comemorações incluíram o “*Public Domain Day*” na Universidade de Haifa (Israel); um seminário sobre o uso de obras em domínio público, em Berlim; a “*Giornata del Pubblico Dominio*” em Turim, entre outras. Nos Estados Unidos, não há “*Public Domain Day*”. Pelo menos, não antes de 2019⁸⁸⁶. Até lá, nenhuma obra ingressará em domínio público na seara do direito autoral, em virtude da prorrogação de prazo promovida pelo Congresso norte-americano no *Copyright Term Extension Act*.

É bem verdade que ao longo do século XX, várias foram as prorrogações no prazo de proteção dos direitos autorais – e não apenas nos EUA. Nos anos 1990, tanto determinados países da União Europeia quanto o Brasil dilataram a proteção de 50 e de 60 anos, respectivamente, contados da morte do autor, para 70 anos, em ambos os casos. As justificativas são muitas, desde aumento na expectativa de vida dos criadores até o *lobby* ostensivo dos titulares de direitos autorais. Ocorre que a internet veio redefinir tanto o papel do direito autoral quanto o do domínio público.

Até o final do século XX, os direitos autorais interessavam apenas àqueles que produziam conteúdo cultural. Produtores fonográficos, produtores de cinema e editores de livro detinham as formas de produção, normalmente caras e complicadas. Os artistas dependiam dos intermediários para publicarem suas obras e somente as obras que interessavam tais intermediários chegavam ao mercado.

⁸⁸⁴ A rigor, neste caso, a contagem se dá desde a criação da obra. Mas como este direito se estende por toda a vida do autor – que tem naturalmente prazo incerto – a contagem do prazo de proteção efetivamente apenas pode se iniciar com a morte do autor. Antes disso, vigora um direito vitalício.

⁸⁸⁵ Em 2012, será a vez de James Joyce, Virginia Woolf e Rabindranath Tagore. Em 2013, Robert Musil e Stefan Zweig.

⁸⁸⁶ Disponível em <http://bit.ly/dU3mNT>. Acesso em 22 de janeiro de 2011.

Para aqueles que não trabalhavam com atividade cultural, a lei de direitos autorais então em vigor não oferecia maiores complicações nem questionamentos. Seu texto permitia, em regra, uma cópia integral de qualquer obra intelectual disponível, desde que para fins privados e sem intuito de lucro. Ocorre que a reprodução de obras intelectuais era quase sempre uma tarefa custosa, muitas vezes dispendiosa e que, não raro, resultava em cópias de baixa qualidade.

A revolução tecnológica por que passamos na virada do século XX para o XXI teve como uma de suas consequências mais visíveis a ressignificação dos direitos autorais. Se antes seu estudo era incidental, justamente por causa do baixo impacto social, agora se tornou questão de centro não apenas no ordenamento jurídico mas também na vida cotidiana.

A apropriação dos meios de produção cultural por todas as classes sociais acarretou verdadeira explosão de conteúdo na chamada Web 2.0. Atualmente, qualquer pessoa munida de um aparelho celular e de um computador poderá produzir e publicar livros, música, vídeo, muitas vezes (ainda que esta não seja a regra) com considerável valor artístico e potencial econômico. Dessa forma, o direito autoral – outrora periférico – se desloca para o centro das discussões sociais.

A internet possibilita não apenas a criação e a difusão de produtos culturais como o (re)aproveitamento cultural de obras alheias, por meio de adaptações, transformações, remixagens e redefinição do conteúdo da obra. Nesse cenário, o domínio público surge como peça chave.

Se o grande desafio do século XX era o acesso à obra em domínio público, no século XXI o desafio que se põe é a sistematização dos dados. Algumas iniciativas vêm sendo desenvolvidas ao redor do mundo. *Websites* como *Project Gutenberg*⁸⁸⁷, *Europeana*⁸⁸⁸, *The Public-Domain Movie Database*⁸⁸⁹, *Internet Archive*⁸⁹⁰ e o brasileiro Domínio Público⁸⁹¹ são algumas iniciativas dedicadas a organizar as fontes na internet onde obras em domínio público podem ser encontradas.

Ocorre que todas as iniciativas ainda contam com inúmeros problemas, o que é compreensível. A discussão acerca do tema é incipiente e nem sempre são claras as regras relacionadas ao uso das obras já não mais protegidas por direito autoral. Uma vez que a proteção

⁸⁸⁷ Disponível em http://www.gutenberg.org/wiki/Main_Page

⁸⁸⁸ Disponível em <http://www.europeana.eu/portal/index.html>

⁸⁸⁹ Disponível em <http://pdmdb.org/>

⁸⁹⁰ Disponível em <http://www.archive.org/>

⁸⁹¹ Disponível em <http://bit.ly/fw1T3M>.

vigora por prazos distintos a depender do país, a mesma obra pode estar protegida nos EUA mas em domínio público na Coreia, por exemplo. E a falta de fronteiras da internet dificulta a implementação de um projeto global que sirva de repositório de obras em domínio público.

Uma dificuldade adicional reside na falta de registro de obras protegidas por direito autoral, uma vez que o registro é facultativo. Em alguns países, como o Brasil, é relativamente mais fácil aferir se uma obra está em domínio público, especialmente quando o prazo de proteção se conta da morte do autor. Já nos EUA, a tarefa pode se revelar impossível, dada a complexidade das normas hoje vigentes. Dessa forma, a criação de bases de dados confiáveis seria de extrema valia para dar maior segurança jurídica a quem deseje usar obra que julga estar em domínio público.

Em 2007, a OMPI adotou 45 recomendações em sua agenda do desenvolvimento. Em duas delas o domínio público é expressamente mencionado: (16) considerar a preservação do domínio público dentro dos processos normativos da OMPI e aprofundar a análise das implicações e benefícios de um domínio público rico e acessível e (20) promover atividades para a fixação de normas relacionadas a propriedade intelectual que promovam um domínio público robusto entre os países da OMPI, incluindo a possibilidade de preparação de diretrizes que possam ajudar Estados-Membros interessados a identificar material que tenha caído em domínio público em suas respectivas jurisdições⁸⁹².

Se muito pouco ainda tem sido feito no sentido de promover um domínio público internacional, há que se admitir (talvez de modo um tanto otimista) que é louvável o fato de o assunto estar sendo mais discutido do que jamais fora. Mas não basta deixar exclusivamente a cargo de governos e organismos internacionais a tarefa de determinar a estrutura e a função do domínio público. Esta era uma conduta certamente mais aceitável em meados do século passado. A sociedade civil precisa contribuir também com a discussão.

Nesse sentido, algumas mudanças têm sido percebidas. A licença de domínio público do projeto *Creative Commons* e iniciativas como a rede de discussão *Communia* demonstram que o tema do domínio público vem ganhando pauta no tratamento internacional da propriedade intelectual. No momento presente, é indispensável pensarmos em alternativas para suplantar os

⁸⁹² (16). *Consider the preservation of the public domain within WIPO's normative processes and deepen the analysis of the implications and benefits of a rich and accessible public domain*; (20). *To promote norm-setting activities related to IP that support a robust public domain in WIPO's Member States, including the possibility of preparing guidelines which could assist interested Member States in identifying subject matters that have fallen into the public domain within their respective jurisdictions*. Disponível em <http://bit.ly/gZhZ7C>. Acesso em 22 de janeiro de 2011.

limites legais forjados ao longo dos séculos XIX e XX. Muito mais voltados para a compreensão da estrutura dos institutos, os diplomas legais precisam ser reinterpretados para a busca da sua função.

Apesar de não nos parecer certo sanear a partir de nossos valores contemporâneos a linguagem usada por Mark Twain em suas obras do século XIX, a nossa linguagem e a nossa conduta precisam ser constantemente revistas, de modo a não continuarmos a incorrer nos mesmos erros. Por isso, seguem duas recomendações: uma terminológica e outra comportamental.

II.

Ainda que tratando de assuntos mais relacionados aos conhecimentos tradicionais, Chander e Sunder afirmam que “o domínio público é agora a *cause célèbre* entre progressistas da propriedade intelectual e estudiosos da *cyberlaw*”⁸⁹³. Se por um lado a sentença é verdadeira para a biotecnologia, também o é, por outro, para dos direitos autorais. Infelizmente, não é assim que o domínio público é normalmente compreendido. James Boyle, por exemplo, menciona que⁸⁹⁴:

Os nossos mercados, nossa democracia, nossa ciência, nossas tradições de liberdade de expressão e nossa arte dependem mais consistentemente em um domínio público de material disponível livremente do que de material informativo protegido por direitos de propriedade. O domínio público não é algum resíduo grudento abandonado quando todas as coisas boas estão protegidas por direito de propriedade. O domínio público é o lugar onde extraímos os blocos de construção da nossa cultura. É, de fato, a *maior parte* da nossa cultura. Ou pelo menos tem sido.

Uma evidência sutil do pouco prestígio de que goza o conceito de domínio público é que a LDA faz referência a obras que tenham “caído” em domínio público (art. 112), expressão idêntica à adotada pela OMPI em sua recomendação n. 20 (conforme visto acima). O termo é o mesmo em seus equivalentes em inglês, francês, espanhol, italiano. Parece-nos, contudo, que “cair” em domínio público nos conduz claramente à concepção de perda de *status*. “Cair em domínio público” faz parecer que a obra gozava anteriormente de superioridade apenas pelo fato de ser protegida. A impressão é equivocada, mas reveladora.

⁸⁹³ CHANDER, Anupam e SUNDER, Madhavi. *The Romance of Public Domain*. **California Law Review** – vol. 92, 2004; p. 1334.

⁸⁹⁴ Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “[o]ur markets, our democracy, our science, our traditions of free speech, and our art all depend more heavily on a public domain of freely available material than they do on the informational material that is covered by property rights. The public domain is not some gummy residue left behind when all the good stuff has been covered by property law. The public domain is the place we quarry the building blocks of our culture. It is, in fact, the majority of our culture. Or at least it has been” (grifo no original). BOYLE, James. **The Public Domain**. Cit.; pp. 40-41.

Uma obra protegida ou em domínio público é a mesma obra. E se antes ela era objeto de monopólio, o término deste a liberta das amarras legais para que possa adentrar a trilha sem volta: sua vocação para o domínio público. Assim, quer nos parecer que o *status* não diminui, mas se amplia.

Por isso que em nenhum momento desta tese, usou-se a expressão “cair em domínio público”, a menos que se tratasse de transcrição literal de outro autor ou de texto legal. De nossa parte, evitou-se a expressão o quanto foi possível, e o ato foi intencional.

O primeiro passo, portanto, para conferirmos ao domínio público sua real importância é por meio da correta nomenclatura. Ingressar ou entrar em domínio público devem ser as expressões adequadas para uma *causa* [tão] *célebre*. Daí nossa preferência por elas.

III.

As obras em domínio público são, em regra, antigas. A bem da verdade, com a dilação sistemática dos prazos de proteção, a tendência é que as obras em domínio público sejam *cada vez mais antigas*. Será que existe um interesse autêntico por essas obras? Ou o mundo está muito mais interessado na novidade, no inédito? Em outras palavras, a quem pode interessar o domínio público?

Ao longo desta tese, pudemos identificar inúmeros exemplos (dentre muitos outros que poderiam ser citados) de obras em domínio público que conservam valor artístico e estimulam a criação de novas obras ou de reedições dos originais.

Em 2010, a versão de Tim Burton para “*Alice no País das Maravilhas*” foi a segunda maior bilheteria nos Estados Unidos⁸⁹⁵. Mas não apenas superproduções hollywoodianas têm interesse nas adaptações de obras em domínio público. O conto de Machado de Assis intitulado “*A Igreja do Diabo*” será adaptado para o cinema em 2011 pelas mãos do diretor português Manoel de Oliveira (que espantosamente nasceu no ano da morte do escritor carioca e continua ativo aos 101 anos).

Além disso, autores como Jane Austen e o próprio Machado de Assis, entre muitos outros, vêm sendo adaptados não apenas para o cinema, mas também têm seus livros recriados, frequentemente com o uso de elementos fantásticos. Ainda no campo da literatura, a Editora Abril lançou no início de 2010 uma grande coleção de clássicos em que figuravam obras como

⁸⁹⁵ Disponível em <http://bit.ly/eZXtQy>. Acesso em 22 de janeiro de 2011.

“*Crime e Castigo*”, “*Madame Bovary*”, “*O Retrato de Dorian Gray*”, “*A Divina Comédia*” e “*O Primo Basílio*”, entre outros, enquanto que a Folha de São Paulo publicou, também em 2010 e igualmente em bancas de jornal (como fez a Abril), títulos como “*A Origem das Espécies*”, “*O Príncipe*”, “*A Riqueza das Nações*”, “*Discurso sobre o Método*” e “*A Bíblia*”, este último um exemplo de sucesso de autoria coletiva.

Um último exemplo: Copacabana viu 2011 começar com seus famosos fogos de artifício sincronizados com a música de Mozart e Beethoven remixadas por batucadas de samba, em *mash up* do músico João Brasil⁸⁹⁶.

A importância do domínio público, pode-se perceber, conta com aspectos sociais, econômicos e jurídicos. Todos aqueles que criam obras artísticas são inevitavelmente influenciados por toda a produção cultural que lhes serve de fonte. Desde sempre o homem criou a partir de trabalhos alheios. O domínio público permite que essa tendência natural seja exteriorizada sem se tornar dependente de autorização por parte de quem quer que seja, ou de pagamento pelo uso da obra.

As obras em domínio público podem ser exploradas economicamente, tanto em suas versões originais quanto pela criação de novos trabalhos. Isso permite maior acesso às obras, por conta da possibilidade de múltiplas edições de qualidade e preços variados. Adicionalmente, a exploração econômica das obras em domínio público pode se consumir a partir de adaptações, arranjos, regravações, mixagens e todo tipo de modificação.

Do ponto de vista jurídico, a garantia do uso de obra em domínio público acaba por compor a efetivação de diversos princípios garantidos constitucionalmente. Os direitos à educação, à liberdade de expressão, ao acesso ao conhecimento, à cultura, que conduzem todos à dignidade da pessoa humana, são mais facilmente realizados na medida em que a sociedade se alimenta de um domínio público robusto e facilmente acessível. A importância do domínio público cresce, inclusive, na medida em que a LDA é bastante restritiva em seu capítulo de limitações e exceções. Uma vez que a própria lei é tão econômica nas hipóteses de uso de obras alheias sem autorização do autor, o domínio público se torna ainda mais uma pedra fundamental para a construção das bases da cultura.

Nesse sentido, o domínio público clama por ser lembrado, usado e aproveitado social e economicamente. É um dever coletivo estimular o uso de obras em domínio público e a criação

⁸⁹⁶ Disponível em <http://bit.ly/e9Liqz>. Acesso em 22 de janeiro de 2011.

de obras dele derivadas. Também essa é uma conduta que resgata a memória nacional e estimula a criatividade e a reflexão. Quando Vinícius de Moraes afirmava que “a esperança é uma mulher tão à mão que é até ingratidão a gente não dar-lhe em cima”, podia muito bem estar a se referir ao domínio público.

IV.

Os direitos autorais são protegidos em quase todos os países do mundo por meio de tratados internacionais que impõem prazos mínimos de proteção. No Brasil, o prazo padrão é o da vida do autor mais setenta anos.

Uma constante que vem sendo observada internacionalmente é o aumento progressivo dos prazos de proteção. Nos últimos 20 anos, Estados Unidos, União Europeia e Brasil dilataram a proteção patrimonial dos direitos autorais, o que ensejou, inclusive, ação judicial levada à apreciação da Suprema Corte norte-americana por violação de princípios constitucionais.

Um dos grandes desafios que hoje vivemos é dar efetividade à proteção de obras intelectuais em um mundo globalizado e conectado à internet. Considerando que os prazos de proteção variam de um país para outro, não raro obras em domínio público em determinado país poderão ser acessadas por usuários da internet em outro lugar, onde permanecem protegidas.

Ainda que os direitos autorais sejam protegidos em âmbito nacional, com base em leis nacionais, a compreensão da matéria em outros países é bastante relevante para o estudo do tema no Brasil. Afinal, o domínio público é instituto cuja fundamentação é razoavelmente uniforme em todo o mundo. Por isso, discussões travadas em outros países (como o futuro ingresso em domínio público de “*Mein Kampf*”, na Alemanha, ou as decisões dos EUA e do Canadá de não conferirem proteção a obras sem originalidade) podem nos auxiliar a compreender mais adequadamente o domínio público no direito autoral brasileiro.

V.

Ocorre que, até o presente momento, o tema não tem sido discutido de maneira suficiente (nem no Brasil nem no estrangeiro), o que acaba por implicar diversas dúvidas, das mais variadas naturezas. Por conta disso, não são muitos os casos que tratam de domínio público julgados nas cortes internacionais, à exceção dos Estados Unidos. Até onde pudemos identificar, o tema é inédito nos tribunais superiores brasileiros.

Entretanto, acreditamos que as controvérsias acerca do domínio público se tornarão cada vez mais frequentes. Em primeiro lugar, por tudo que já afirmamos: a internet redefine o lugar do direito autoral, estimula a criação e permite a circulação de bens intelectuais em proporções jamais vistas. Sendo assim, quanto mais obras produzidas, maior a necessidade de se aferir com precisão os limites jurídicos de um instituto. A sociedade precisa conhecer de que forma pode usar obras em domínio público

Em segundo lugar, pela crescente judicialização das demandas. A propositura de ações se mostra cada vez mais corriqueira, o que em regra tem tido efeito pernicioso no judiciário, tornando-o lento e ineficiente. Por isso, o judiciário precisa conhecer com clareza as bases teóricas que justificam um instituto, de modo a tornar seu julgamento adequado às demandas do tempo presente.

Tanto pelo efeito prático quanto pelo dogmático, uma teoria do domínio público se faz necessária e útil. Este o intuito primeiro desta tese. Com o trabalho, buscamos definir a estrutura e a função do domínio público.

Por estrutura, entendemos a construção legislativa do domínio público, sua inserção no ordenamento jurídico, suas fronteiras legais. Dessa forma, foi indispensável analisarmos minuciosamente cada artigo da LDA onde o domínio público é citado ou onde houvesse impacto – por menor que fosse – em seus alicerces. Buscamos solucionar as questões mais controvertidas a partir da doutrina brasileira e da experiência estrangeira, dada a semelhança do fundamento e da aplicação do domínio público nos diversos ordenamentos, independentemente de se tratar de um país de tradição romano-germânica ou da *common law*.

Já quanto à função, entendemos que os institutos jurídicos devem ser sempre funcionalizados. Independentemente de se tratar o aspecto patrimonial do direito autoral como monopólio ou como emanção da propriedade (o que autorizaria a aplicação direta do princípio constitucional da função social da propriedade), certo e incontestável é que o direito autoral deve ser funcionalizado. E isso se aplica igualmente ao domínio público.

Ocorre que o domínio público não vem cumprindo sua função plena. Um pouco em razão do desconhecimento, muito em razão das incertezas decorrentes da interpretação da lei e ainda um tanto por conta de abusos de direito, o que pudemos verificar foi que nem mesmo em arquivos públicos o domínio público vem sendo respeitado como deveria.

Os arquivos públicos cumprem papel relevantíssimo para a sociedade, na medida em que documentos públicos devem ser tratados como “instrumento de apoio à administração, à cultura, ao desenvolvimento científico e como elementos de prova e informação”⁸⁹⁷. Entretanto, muitas são as práticas abusivas que podemos verificar e que violam frontalmente a função social a ser exercida pelos arquivos públicos. Entre outras, podemos apontar: discriminação quanto ao uso que se pretende fazer da obra em domínio público; cobrança de valor diferenciado para dar a acesso a determinada obra em domínio público quando esta será usada para fins econômicos; exigência de autorização de suposto titular ainda que a proteção patrimonial à obra já tenha expirado e até mesmo recusa em dar acesso à obra em razão do uso que dela se pretende fazer.

É bem verdade que abusos como estes relatados não ocorrem apenas no Brasil. No entanto, a situação nos parece significativamente mais grave em nosso país, especialmente por conta da insegurança jurídica decorrente de uma lei omissa como a LDA e de um Poder Judiciário que em regra desconhece os direitos autorais.

VI.

De acordo com a mitologia grega, Procasto vivia em uma casa onde havia uma cama a que seu corpo se ajustava com perfeição. Sempre que convidava alguém a se deitar sobre sua cama, sendo o hóspede demasiadamente alto, amputava-lhe o excesso; sendo demasiadamente baixo, era esticado até que se adequasse a todo o comprimento do leito. À técnica de Procasto ninguém sobrevivia.

Se a história não é nova, nem a metáfora inédita⁸⁹⁸, ainda assim o mito de Procasto nos é de bastante valia.

O domínio público vive na tensão entre variados conflitos: se promove a liberdade de expressão, o acesso ao conhecimento, a educação, a livre iniciativa etc., é também verdade que precisa se conformar a outros direitos previstos em nosso ordenamento jurídico (como os direitos de personalidade), aos desafios de legislação internacional de múltiplas tradições em um mundo globalizado e a questões tecnológicas na era digital. O domínio público tem implicações ainda em relevantes questões de direito do consumidor, de direito da concorrência, de direito contratual, de direito de família e de outros mais que se possa invocar.

⁸⁹⁷ Lei 8.159/91, art. 1º.

⁸⁹⁸ Ver, entre outros, James Boyle em “*The Public Domain*”. Cit..

Neste cenário de hipercomplexidade jurídica, o que se verifica é que os princípios sobre os quais foi forjado o direito autoral, no século XIX, já não se prestam com perfeição aos tempos contemporâneos. Por isso, tentar delimitar a estrutura e a função do domínio público a partir desses conceitos e soluções se mostrará quase sempre inadequado⁸⁹⁹.

Algumas questões apresentadas nesta tese precisam ser amplamente debatidas. O tratamento dado ao direito de imagem em obras em domínio público, o direito de acesso a obra de artes plásticas cujo original é objeto de propriedade, o direito de se dedicar obra voluntariamente ao domínio público e a melhor regulamentação dos arquivos públicos para dar acesso a obras não mais protegidas pelo direito autoral patrimonial são apenas alguns exemplos de temas pouco discutidos pela doutrina que esta tese buscou analisar. Com as amplas veredas de possibilidades abertas pela digitalização do mundo, precisamos tentar definir os contornos mais claros da estrutura e os objetivos a serem cumpridos pela função do domínio público, tendo sempre por norte nosso ordenamento jurídico, neste momento histórico.

Naturalmente, não se pretendeu com esta tese esgotar um tema. Todos os temas são inesgotáveis na sociedade da informação, da especialização, da incerteza⁹⁰⁰. O que se tentou foi analisar o domínio público a partir de um prisma dinâmico, internacional e interdisciplinar, da maneira mais ampla possível, enfrentando todas as questões que nos pareceram relevantes e tentando, sempre que possível, encontrar ao menos alguma solução que se nos mostrasse adequada.

Finalmente, esperamos de fato que esta tese seja um incentivo ao debate, mais do que uma fonte de respostas e soluções. Desejamos, honestamente, que este trabalho possa contribuir para uma compreensão cada vez mais precisa e justa da estrutura e da função do domínio público no direito autoral brasileiro.

⁸⁹⁹ “É o que vem ocorrendo com o sistema de direito civil. Seus conceitos essenciais, a parte fundante de sua dogmática, provenientes do direito romano e reelaborados pela pandectística, são, ainda hoje, exaustivamente repetidos, embora tenham sido cunhados em um contexto completamente diferente, talvez mesmo oposto, ao existente na atualidade”. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e Direito Civil: Tendências. Na Medida da Pessoa Humana – Estudos de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010; p. 34.

⁹⁰⁰ “Vivemos no que já foi denominado de uma era de incertezas, o que inevitavelmente transparece no âmbito do Direito”. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Perspectivas a Partir do Direito Civil-Constitucional. Direito Civil Contemporâneo – Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: ed. Atlas, 2008; p. 40.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Ed. do Brasil, 2002.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras Privadas, Benefícios**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2008.

AFONSO, Otávio. **Direito Autoral**. Barueri: Manole, 2009.

AGOSTINI, Eric. **Direito Comparado**. Porto: Resjurídica, 1991.

ALBESA, Joaquín Rams. *Las Obras en Dominio Público*. In: VIDE, Carlos Rogel (coord.). **La Duración de la Propiedad Intelectual y las Obras en Dominio Público**. Madri: Réus, 2005. p 165-185.

ANDERSON, Chris. **A Cauda Longa**: Do Mercado de Massa para o Mercado de Nicho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. **Direito Civil - Reais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

_____. **O Direito – Introdução e Teoria Geral**. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. A Reutilização de Documentos do Sector Público. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro, n. 68, p. 34-42, jan./fev. 2004.

_____. Direito do Autor e Desenvolvimento Tecnológico: Controvérsias e Estratégias. **Revista de Direito Autoral**, Rio de Janeiro, ano 1, n.1, p. 1-35, ago. 2004.

_____. Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro, n 59, p. 3-23, jul./ago. 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. En Torno al Dominio Público de Pago y la Actividad de Control de la Administración en la Experiencia Portuguesa. In: VIDE, Carlos Rogel (coord.). **La Duración de la Propiedad Intelectual y las Obras en Dominio Público**. Madrid: Réus, 2005. p. 269-288.

_____. O “*Fair Use*” no Direito Autoral. **Direito da Sociedade e da Informação**, Coimbra, v. 4, p. 13-27, 2003.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BAINTON, Toby. The Public Domain and the Librarian. In: WAELDE, Charlotte; MACQUEEN, Hector. **Intellectual Property – The Many Faces of the Public Domain**. Cheltenham: [s.n.], 2007. p. 47-81.

BARBOSA, Cláudio R. **Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BARBOSA, Denis Borges. **Propriedade Intelectual – A Aplicação do Acordo TRIPs**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BARBOSA, Denis Borges; BARBOSA, Ana Beatriz; GRAU-KUNTZ, Karin. **A Propriedade Intelectual na Construção dos Tribunais Constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo (orgs.). **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. V.1.

BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo (orgs.). **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. V.2.

BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo (orgs.). **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. V.3.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. **Direito Civil Contemporâneo – Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 312-321.

BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000.

_____. *As exceções e limitações aos direitos de autor e a observância da regra do teste dos três passos*. **Direitos Autorais – Estudos em Homenagem a Otávio Afonso**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 352-362.

BENKLER, Yochai. *Through the Looking Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain*. **Law and Contemporary Problems**, Durham, v. 66, 2005, p.173-225.

BERLITZ, Charles. **As Línguas do Mundo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

BETTIG, Ronald V. **Copyrighting Culture – The Political Economy of Intellectual Property**. Westview Press. Boulder, 1996.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2004.

_____. **Os Direitos da Personalidade**. 5. ed. Atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. São Paulo: Elsevier, 2004.

_____. **Da Estrutura à Função**. Barueri: Manole, 2007.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BOYLE, James. **The Public Domain**. New Haven: Yale University Press, 2008.

BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *A produção audiovisual sob a incerteza da lei de direitos autorais*. LEMOS, Ronaldo; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de e MACIEL, Marília (orgs). **Três Dimensões do Cinema – Economia, Direitos Autorais e Tecnologia**. Rio de Janeiro: FGV, 2010, p. 81-106.

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

BRAUN, Charly. *Se não Melhorar, Talvez eu Vá Dirigir um Táxi*. **Revista Piauí**, Rio de Janeiro, ed. 45, junho, 2010.

BRITO, Miguel Nogueira de. **A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2007.

CANDIDO, Antônio. **Recortes**. Rio de Janeiro: Ouro sobre Azul, 2004.

CARBONI, Guilherme. **Função Social do Direito de Autor**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

CARRILHO, Cristiano. **Manual de História dos Sistemas Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Teoria e Prática do Direito Comparado e Desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux; UNIGRANRIO, IBRADD, 2002.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**. Rio de Janeiro: Forense, 1952. Vol. I.

_____. **Tratado da Propriedade Industrial** Rio de Janeiro: Forense, 1952. V. II, Tomo I.

CHANDER, Anupam; SUNDER, Madhavi. *The Romance of Public Domain*. **California Law Review**, Berkeley, v. 92, issue 5, 2004, p. 1331-1374.

CHAVES, Antônio. **Direitos Conexos**. São Paulo: LTr, 1999.

_____. **Direito de Autor – Princípios Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CHINELATO, Silmara Juny de Abreu e HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos. Reflexos no direito autoral. *Revista de Direito Autoral*, Rio de Janeiro, Ano I, n. I, p. 36-73, agosto, 2004.

CHOISY, Stéphanie. *Le Domaine Public en Droit d'Auteur*. Paris: Litec, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil – Vol. 4**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de Direito Comparado – Introdução ao Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CRETILLA Jr., José. **Tratado do Domínio Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. Campinas: Romana, 2004.

Dannemann, Siemsen, Bigler & Ipanema Moreira (obra coletiva). **Comentários à Lei de Propriedade Industrial e Correlatos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DAVIES, Gillian. *The Public Interest in the Public Domain. Intellectual Property – The Many Faces of the Public Domain*. Cheltenham, 2007, p. 86-97.

DEAZLEY, Ronan. *Copyright's Public Domain. Intellectual Property – The Many Faces of the Public Domain*. Cheltenham, 2007, p. 21-34.

DI BLASI, Gabriel; GARCIA, Mario Soerensen; MENDES, Paulo Parente M. **A Propriedade Industrial**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DÍAZ, Caridad del Carmen Valdés. *Duración y Dominio Público de las Obras del Espíritu en el Derecho Cubano. La Duración de la Propiedad Intelectual y las Obras en Dominio Público*. Coord.: Carlos Rogel Vide. Madri: Réus, 2005, p. 289-323.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FEKETE, Elizabeth Kasznar. **O Regime Jurídico do Segredo de Indústria e Comércio no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FISHMAN, Stephen. *The Public Domain – How to Find & Use Copyright-Free Writings, Music, Art & More*. Berkeley: Nolo, 2008.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral – Da Antiguidade à Internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FULIARO, Ana Paula. *A sucessão em direito de autor: aspectos morais e patrimoniais*. **Direitos Autorais – Estudos em Homenagem a Otávio Afonso dos Santos**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 9-21.

GAARDER, Jostein; HELLERN, Victor e NOTAKER, Henry. **O Livro das Religiões**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral – Vol I**, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil – Parte Geral**. São Paulo: ed. Atlas, 2006.

GAUTIER, Pierre-Yves. *Propriété Littéraire et Artistique*. 5ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2004.

GINSBURG, Jane C. e RICKETSON, Sam. *International Copyright and Neighbouring Rights – The Berne Convention and Beyond*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006. V. 1.

GOLDSTEIN, Paul. *International Copyright: Principles, Law, and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 10. ed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 1994.

_____. **Introdução do Direito Civil**. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2002.

GÓMEZ, Eduardo Serrano. *Jurisprudencia, Casos y Cosas sobre Duración y Dominio Público. La Duración de la Propiedad Intelectual y las Obras en Dominio Público*. Coord.: Carlos Rogel Vide. Madri: Réus, 2005, 239-268.

GRAU-KUNTZ Karin. *Domínio Público e Direito de Autor*. No prelo.

GROSHEIDE, F. Willem. *In Search of the Public Domain During the Prehistory of Copyright Law. Intellectual Property – The Many Faces of the Public Domain*. Cheltenham, 2007, p. 1-20.

HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito de Propriedade Intelectual**. 3. ed. Porto Alegre: Ed. Unisinos, 2002.

HESS, Charlotte e OSTROM, Elinor. *Ideas, Artifacts, and Facilities: Information as a Common-Pool Resource. Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 66, 2005, p. 111-146.

IGWE, Charles. *A Indústria Cinematográfica Nigeriana*. LEMOS, Ronaldo; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de e MACIEL, Marília (orgs). **Três Dimensões do Cinema – Economia, Direitos Autorais e Tecnologia**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2010, p. 107-124.

KEEN, Andrew. **O Culto do Amador**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LANDES, William M. e POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Harvard University Press, 2003.

LEITE, Eduardo Lycurgo. *Direito (moral) de inédito. Direito de Autor*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

_____. *A Proposta Norte-Americana para as Obras Órfãs e as Regras Autorais Internacionais. Direitos Autorais – Estudos em Homenagem a Otávio Afonso dos Santos*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 43-70.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Rio de Janeiro: ed. FGV, 2005.

LEMOS, Ronaldo e CASTRO, Oona. **Tecnobrega – o Pará Reinventando o Negócio da Música**. Rio de Janeiro: Aeroplano, 2008.

LEMOS, Ronaldo e BRANCO, Sérgio. Copyleft, *Software Livre e Creative Commons: A Nova Feição dos Direitos Autorais e as Obras Colaborativas*. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 243, ed. Atlas, set-dez, 2006, p. 148-167.

LEONARDOS, Gabriel F. e SILVA, Aline Ferreira de C.. O Direito Autoral sobre o Cristo Redentor. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, n 106, p. 53-61, mai-jun, 2010.

LEONARDOS, Maria Beatriz. O Conflito entre a Proteção dos Direitos Autorais e o Interesse da Sociedade na Livre Disseminação de Ideias, Cultura e Informação. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, n 68, p. 39-50, set-out, 2010.

LESSIG, Lawrence. **Cultura Livre: Como a Grande Mídia Usa a Tecnologia e a Lei para Bloquear a Cultura e Controlar a Sociedade**. São Paulo: Trama, 2005.

_____. *Free Culture – How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*. New York: The Penguin Press, 2004.

_____. *Remix*. New York: The Penguin Press, 2008.

_____. *The Future of Ideas – The Fate of the Commons in a Connected World*. New York: Random House, 2001.

LEWICKI, Bruno Costa. **Limitações aos Direitos de Autor**. Tese de Doutorado defendida perante a Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2007.

LOBO, Maria Teresa de Cárcomo. **Manual de Direito Comunitário**. Curitiba: Juruá, 2001

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. São Paulo: Martin Claret, 2006

LOPES, Cláudia Possi. Limitações aos Direitos de Autor e de Imagem – Utilização de Obras e Imagens em Produtos Multimídia. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, n 35, p. 30-36, jul-ago, 1998.

LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo e ACCA, Thiago dos Santos. **Curso de História do Direito**. São Paulo: Método, 2006.

LOTUFO, Renan. *A Função Social da Propriedade na Jurisprudência Brasileira*. **Direito Civil Contemporâneo – Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional**. Gustavo Tepedino (org.). São Paulo: Atlas, 2008, p. 1-11.

MANSO, Eduardo Vieira. **Direito Autoral – Exceções Impostas aos Direitos Autorais (Derrogações e Limitações)**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980.

MARTÍN, Abel. *La Duración de los Derechos Afines y de Otros Derechos de Propiedad Intelectual*. **La Duración de la Propiedad Intelectual y las Obras en Dominio Público**. Coord.: Carlos Rogel Vide. Madri: Réus, 2005, p. 75-115.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, Alberto de Sá e. **Contrato de Direito de Autor – A Autonomia Contratual na Formação do Direito de Autor**. Coimbra: Almedina, 2008.

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

MIZUKAMI, Pedro. **Função Social da Propriedade Intelectual: Compartilhamento de Arquivos e Direitos Autorais na CF/88**. Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007.

MONTEIRO, Denílson. **Dez! Nota Dez! Eu Sou Carlos Imperial**. São Paulo: Matrix, 2008.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Rumos Cruzados do Direito Civil Pós-1988 e do Constitucionalismo de Hoje*. **Direito Civil Contemporâneo – Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional**. São Paulo: ed. Atlas, 2008, p. 332-348.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma Leitura Civil Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *A Tutela do nome da pessoa humana*. **Na Medida da Pessoa Humana – Estudos de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 144-164.

_____. *Constituição e Direito Civil: Tendências*. **Na Medida da Pessoa Humana – Estudos de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 12-22.

_____. *O Princípio da Dignidade Humana*. MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.) **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-65.

_____. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Na Medida da Pessoa Humana – Estudos de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 75-121.

_____. *Perspectivas a Partir do Direito Civil-Constitucional. Direito Civil Contemporâneo – Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: ed. Atlas, 2008, p. 270-299.

MORAES, Rodrigo. **Os Direitos Morais do Autor – Repersonalizando o Direito Autoral**. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2008.

_____. *Por que obras protegidas pelo direito autoral devem cair em domínio público? Direitos Autorais – Estudos em Homenagem a Otávio Afonso*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 294-315,

MOREIRA, Natali Francine Cinelli. Da Dupla Proteção da Marca pela Propriedade Industrial e pelo Direito de Autor. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, n. 107, p. 54-68, jul-ago, 2010.

MOTA, Maurício. **Questões de Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

NASCIMENTO, João Paulo Capella. A Natureza Jurídica do Direito sobre os Bens Imateriais. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, n. 28, p. 17-25, mai-jun, 1997.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

_____. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados**, São Paulo: ed. RT, 2003.

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

OLIVEIRA, Maurício Lopes. Obras de Domínio Público e seu Registro como Marca. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, n. 25, p. 50-55, nov-dez, 1996.

PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. *O Direito de Autor e a Exposição de Obras de Arte Plástica. Considerações. Direitos Autorais – Estudos em Homenagem a Otávio Afonso dos Santos*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 199-202.

PEREIRA, Alexandre Dias. **Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. **Direitos de Autor e Liberdade de Informação**. Coimbra: Almedina, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Vol. I**. 20. ed. Atualização: Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

PÉREZ-GÓMEZ, Antonio Castán. *Dominio Público, Derecho Moral y Derecho a la Personalidad Pretérita. La Duración de la Propiedad Intelectual y las Obras en Dominio Público*. Coord.: Carlos Rogel Vide. Madri: Réus, 2005, p. 219-237.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002.

PIMENTA, Eduardo. **Princípios de Direitos Autorais – Livro I**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

POLI, Leonardo Macedo. **Direito Autoral – Parte Geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. Tomo 5

_____. **Tratado de Direito Privado – Tomo XI**. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001.

PROUDHON, J. P.. **Que é a Propriedade? Estudos sobre o Princípio do Direito e do Estado**. São Paulo: Edições Cultura Brasileira, 1944.

PUGLIATTI, Salvatore. *La Proprietà nel Nuovo Diritto*. Milão: Giuffrè, 1964.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. *La Propriedad Intelectual como Propriedad Temporal. La Duración de la Propriedad Intelectual y las Obras en Dominio Público*. Coord.: Carlos Rogel Vide. Madri: Réus, 2005, p. 17-32.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1991.

REBOLLO, César Iglesias. *Software Libre y Otras Formas de Domínio Público Anticipado. La Duración de la Propiedad Intelectual y las Obras en Domínio Público*. Coord.: Carlos Rogel Vide. Madri: Réus, 2005, p. 187-217.

ROCHA, Daniel. **Direito de Autor**. São Paulo: Ed. Irmãos Vitale, 2001.

ROSE, Mark. *Nine-Tenths of the Law: the English Copyright Debates and the Rhetoric of the Public Domain. Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 66, 2005, p. 75-87.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito Comparado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

SAHM, Regina. **Direito à Imagem no Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: ed. Atlas, 2002.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Direito da Concorrência e Obrigação de Contratar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SAMUELSON, Pamela. *Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities. Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 66, 2005, p. 147-171.

SANDOVAL, Daniela Matos. *Moral Right in Works of Authorship in the American Legal System. Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, n. 50, p. 38-44, jan-fev, 2001.

SHERWOOD, Robert M. **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico**. São Paulo: ed. da Universidade de São Paulo (EDUSP), 1992.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

_____. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001. SILVEIRA, Clóvis. *Bancos de Dados Originais e Não-Originais. Revista da ABPI*, n. 69.

SOUZA, Allan Rocha de. **A Função Social dos Direitos Autorais**. Campos dos Goytacazes: ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

_____. **Os direitos culturais e as obras audiovisuais cinematográficas: entre a proteção e o acesso.** Tese apresentada ao programa de pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

_____. *A Construção Social dos Direitos Autorais.* *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, n. 93, p. 11-22, mar-abr, 2008.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **O Abuso do Direito Autoral.** Tese apresentada ao programa de pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009.

TAPSCOTT, Don e WILLIAMS, Anthony D. *Wikinomics – How Mass Collaboration Changes Everything.* New York: Portfolio, 2007.

TAUBMAN, Antony. *The Public Domain and International IP Law Treaties. Intellectual Property – The Many Faces of the Public Domain.* Cheltenham: 2007, p. 53-85.

TEPEDINO, Gustavo. *A Função Social da Propriedade e o Meio Ambiente.* **Temas de Direito Civil – Tomo III.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 175-200.

_____. *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro.* **Temas de Direito Civil**, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1-21.

_____. *Contornos Constitucionais da Propriedade Privada.* **Temas de Direito Civil**, 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 379-391.

_____. *Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002.* In: **Temas de Direito Civil II.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3-20.

_____. *Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução.* In: **Temas de Direito Civil II.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 135-146.

THOMPSON, Bill. *The Public Domain and the Creative Author. Intellectual Property – The Many Faces of the Public Domain.* Cheltenham: 2007, p. 132-144.

TOLSADA, Mariano Yzquierdo. *La Duración del Derecho de Autor. La Duración de la Propiedad Intelectual y las Obras en Dominio Público.* Coord.: Carlos Rogel Vide. Madrid: Réus, 2005, p. 33-74.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A Propriedade e a Posse – Um Confronto em torno da Função Social.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

VAZ E DIAS, José Carlos. *Licença Compulsória de Patentes e o Direito Antitruste*. **Revista da ABPI**, n. 54, 2001.

VIDE, Carlos Rogel. *Modo de Apêndice: Argumentos a Favor de la Perpetuidad de la Propiedad Intelectual*. **La Duración de la Propiedad Intelectual y las Obras en Dominio Público**. Coord.: Carlos Rogel Vide. Madri: Réus, 2005, p. 325-334.

WALD, Arnaldo. *Le droit comparé au Brésil*. **Revue Internationale de Droit Comparé**, n.4. Paris.