INTRODUÇÃO

Cultura é um fenômeno que incide sobre todas as atividades humanas, enquanto o Direito é uma ciência social que se propõe, além de promover transformações, a normatizar as relações sociais, evitando o surgimento e escalonamento de conflitos em potencial, precipuamente para proteção da pessoa humana. O elemento cultural perpassa as todas as relações sociais, inclusive as jurídicas e, sendo assim, o Direito deve ser compreendido como reflexo da cultura de grupos espacial e temporalmente localizados.

As artes também refletem os sentimentos e visões de mundo de seus criadores e intérpretes. Seu entendimento busca principalmente localizá-las no contexto das demais expressões humanas, incorporá-las na textura de um universo simbólico particular, atribuindo-lhes um significado cultural. Os possíveis sentidos das artes são socialmente construídos e tanto sua produção como apreciação são dependentes do conjunto de experiências culturais vivenciadas tanto pelos artistas como pelo público. As artes são, enfim, expressões artístico-culturais.

A partir da década de 1980, o próprio fenômeno cultural, como intermediador das relações humanas, passa a ser também compreendido como objeto do Direito. Isto é resultado da emergente necessidade dos povos de proteger suas particularidades contra a percebida ameaça de uniformização cultural. Seus contornos e efeitos sobre o ordenamento jurídico começam a ser compreendidos e os direitos autorais, particularmente, sofrem a influência da normatividade criada para os direitos culturais.

O presente trabalho encara os problemas relativos ao conteúdo dos direitos culturais e põe em destaque o direito de acesso, suas relações com os direitos autorais e seus efeitos sobre os limites da proteção. Ao fim, demonstra-se a possibilidade jurídica da exibição pública da obra audiovisual cinematográfica, sem autorização ou pagamento aos titulares dos direitos autorais patrimoniais, em razão do direito fundamental de acesso à cultura.

Fez-se necessário, para tanto, verificar o conteúdo e identificar os efeitos dos direitos culturais, tanto no que se refere às políticas públicas de cultura quanto às relações inter-privadas. Igualmente foram examinadas as dinâmicas do mercado audiovisual cinematográfico e a incidência dos direitos autorais sobre as obras cinematográficas, em especial com relação aos limites ao exercício patrimonial destes direitos.

O enfrentamento dos referidos problemas tornou-se mais urgente em razão das transformações vividas pela sociedade contemporânea, com especial relevância para as mudanças em sua base tecnológica que deram novo alcance ao processo de universalização das atividades e relações humanas. Essas alterações se devem a uma revolução no campo da informação, que teve como resultado a constituição de um novo modelo social, denominado de “Sociedade da Informação” ou “Sociedade da da Comunicação” ou “Sociedade do Conhecimento”.

A sociedade pós-industrial funda-se no conhecimento e é sustentada por uma economia fortemente ancorada nos bens intelectuais. Neste cenário, multiplica-se o comércio de bens com características culturais e se identifica uma mudança no processo de globalização, que, após a mundialização dos espaços políticos, com a proliferação dos organismos internacionais, e econômicos, com a livre circulação do capital, alcança uma nova etapa, com a globalização cultural, cujos impactos apenas recentemente começam a ser percebidos e considerados, econômica, política e juridicamente.

A produção da obra audiovisual envolve a participação de um grande número de pessoas, incorpora diversas criações individuais em um todo distinto destas participações, demanda uma complexa organização e um sólido arcabouço jurídico, além de requerer investimentos financeiros vultosos. Sua exploração econômica se realiza através de diferentes agentes, em várias mídias, em territórios e idiomas distintos. Por tudo isso, entre os diversos bens que apresentam conteúdo econômico e cultural, a obra audiovisual traz desafios próprios que repercutem em várias áreas do direito, tornando-a objeto especialmente relevante não só para fins de investigação científica, como por seu inegável interesse social, fatos que justificam sua escolha.

O desenvolvimento deste trabalho, realizado mediante pesquisa bibliográfica, integrou dados e reflexões sociais com o exame jurisprudencial e crítica doutrinária. Através do método hipotético-dedutivo, analisa-se a hipótese básica de utilização livre de obras protegidas por direitos autorais em determinadas circunstâncias, e, pelo método indutivo, confronta esta hipótese com outros casos de acesso em face dos direitos autorais patrimoniais.

O método dialético é usado para verificação dos fundamentos e efeitos do direito de acesso, que permite revelar aspectos que confirmam (ou não) sua existência e eficácia. Foi ainda empregado o método de procedimento funcionalista para analisar os papéis que representam o direito fundamental à cultura e os direitos autorais na sociedade contemporânea e no ordenamento jurídico brasileiro.

No primeiro capítulo são discutidos os conceitos de cultura e suas aplicações na compreensão da sociedade contemporânea. A partir do trabalho de Norbert Elias são apresentadas as transformações conceituais do termo cultura na modernidade e identificados os contornos do fenômeno cultural. A perspectiva semiótica do fenômeno cultural desenvolvida por Clifford Geertz é estabelecida como elemento norteador deste estudo.

Os desafios da sociedade de informação são também analisados, tendo como ponto de partida os ensinamentos de Manuel Castells, que permitem identificar as principais características da revolução tecnológica em curso e sopesados seus efeitos nas estruturas da sociedade contemporânea. As discussões sobre origens e efeitos sociais do processo de mundialização das relações políticas, econômicas e culturais, ainda em desenvolvimento, é trabalhada à luz dos estudos de Joseph Stigler.

Ao fim do primeiro capítulo são identificadas e explicitadas as fontes jurídicas dos direitos culturais no plano nacional e internacional, com uma breve descrição dos documentos e preceitos normativos que o compõem, que possibilitam tanto a visualização do conjunto de normas que disciplinam a cultura, como a delimitação de seus contornos no Brasil, aspectos indispensáveis à realização da ponderação para resolver a questão proposta.

O segundo capítulo trata da questão do conteúdo e efetividade dos direitos fundamentais culturais. A identificação dos contornos desses direitos mostra-se tarefa árdua, mas essencial para elucidação das questões envolvidas na hipótese principal da tese. A abordagem jurisprudencial do tema, ainda quando incidental, com a análise doutrinária pré-existente, somadas aos enunciados normativos pertinentes, viabilizou a construção de um perfil dos mencionados direitos e a percepção de sua concretização.

Embora a jurisprudência encontrada seja esparsa e, em muitos casos, excessivamente sintética no que tange aos direitos culturais, o recurso ao entendimento dos tribunais nacionais e internacionais foi fundamental, uma vez que a inteligibilidade dos enunciados normativos só se verifica quando estes são confrontados com elementos factuais.

Deve-se destacar que a definição dos direitos culturais é dificultada pela escassez de pesquisas sobre a matéria, nos planos nacional e internacional. Não obstante, os trabalhos de

José Afonso da Silva, Vasco Pereira da Silva e Frederico Francioni, em especial, sua obra coletiva, co-editada com Martin Scheinin, intitulada "*Cultural Human RIghts"*, revelaram-se suficientes para amparar o início do debate da questão.

Os diversos direitos culturais são explicitados, desenvolvidos e delimitados para fins de aplicação jurídica. Em razão do problema aqui enfrentado, o direito de acesso, que é por ser instrumental para o exercício dos demais direitos culturais, foi enfatizado.

O reconhecimento e classificação dos direitos culturais como direitos fundamentais, o problema de sua efetividade e suas relações internas são também tratados neste capítulo. A análise da viabilidade da exibição pública da obra cinematográfica, gratuita e sem autorização, foi desenvolvida a partir dessa categorização, que exigiu, por outro lado, a ponderação dos interesses envolvidos.

No terceiro e último capítulo foram enfrentadas as questões relativas aos limites ao exercício dos direitos patrimoniais de autor, à problemática que apresenta a obra audiovisual, às diretrizes das políticas públicas de cultura referentes aos direitos autorais e às obras audiovisuais. Ao fim, após analisar os papéis e atuação dos cineclubes, propõe a ponderação entendida como mais adequada à solução do problema proposto.

A análise dos direitos autorais concentra-se na interpretação dos limites estabelecidos na legislação especial. Após exposição dos debates e controvérsias travados sobre o assunto, destacam-se as justificativas dos próprios limites, entendendo-os, junto com Christophe Geiger, como ancorados nos direitos fundamentais.

As políticas públicas de cultura com especial enfoque no Fórum Nacional de Direitos Autorais. Foram realçados o histórico do Fórum e suas principais propostas, sem se esquecer de analisar o processo através do qual foi elaborada e aprovada a legislação atual de direitos autorais.

A descrição do mercado cinematográfico do Brasil abrange as questões referentes à produção, distribuição e exibição de filmes. Temas de direitos autorais que incidem especificamente sobre a obra audiovisual, relacionados aos objetivos deste trabalho são discutidos quando da abordagem de cada uma das etapas do processo que se inicia com a produção da obra e termina com sua exibição ao espectador. Para tal, conta-se com o apoio teórico de Pascal Kamina.

A aclaração do mercado do audiovisual cinematográfico nacional, a identificação das políticas públicas para os direitos autorais e a discussão sobre os limites ao exercício patrimonial dos direitos autorais são aportes imediatos e necessários para as conclusões

propostas. Além disto, são averiguadas as políticas públicas específicas para a difusão audiovisual e o papel da sociedade na concretização dos direitos culturais em relação ao audiovisual. Para tal, utiliza-se a atuação dos cineclubes como elemento fático a partir do qual as reflexões são elaboradas.

A ponderação entre o direito de acesso à cultura e os direitos patrimoniais de autor é necessária para solucionar seu aparente conflito. O direito fundamental de acesso à cultura somente pode sofrer restrições que não se contraponham às suas finalidades, nem configurem um retrocesso em sua aplicação. Por outro lado, as limitações impostas aos direitos autorais devem ser condizentes com a “regra dos três passos”. Qualquer solução deve considerar estes marcos internacionais.

Efetuar essa ponderação em busca do equilíbrio entre os direitos constitucionais de natureza fundamental e propor uma interpretação jurídica do dilema sobre a extensão destes direitos são os objetivos principais da tese. As conclusões, que decorrem da ponderação entre esses direitos, sugerem a existência de circunstâncias que permitem o equilíbrio entre essas situações jurídicas, preservando, ao máximo, seus respectivos conteúdos e, neste sentido, confirmam a hipótese.

Os resultados alcançados com este estudo permitem que seja aprofundada a discussão sobre os fundamentos e extensão dos limites ao exercício dos direitos patrimoniais de autor, os problemas jurídicos relacionadas ao conjunto de atividades inerentes ao mercado cinematográfico nacional, o conteúdo dos direitos culturais, os parâmetros para a elaboração e execução das políticas públicas de cultura no Brasil e sobre a delimitação dos espaços públicos e identificação das condições de livre participação cultural e pleno exercício dos direitos culturais fundamentais.

1 CULTURA E DIREITO

As relações entre cultura e direito são demasiadamente amplas para que seja possível extenuá-las neste trabalho. Merecem, dentre estas relações, ser destacadas as influências culturais na formação, aplicação, interpretação e efetividade das normas jurídicas. A consciência dos efeitos do elemento cultural sobre o Direito impõe a sua renovação e superação dos pressupostos que insistem na possibilidade de legitimidade desvinculada do contexto sócio-cultural local.

A historicamente recente apropriação legal do elemento cultural como objeto do próprio direito é outra faceta destas relações, cuja concretização jurídica acaba por assegurar aos indivíduos e grupos a possibilidade de exigir judicialmente a participação, respeito e liberdade culturais. Este capítulo inicia-se com a apresentação dos conceitos e análise de diversos aspectos do fenômeno cultural e conclui com a apresentação dos diversos instrumentos nacionais e internacionais que regulam a cultura enquanto objeto do direito.

1.1 Perspectivas sobre a cultura

Em seus usos comuns, a palavra "cultura" transmite uma miríade de significados. [1] Pode ser entendida como ato, modo ou resultado do cultivar, referir-se apenas à agricultura, estender-se à biotecnologia ou, metaforicamente, abranger também o cultivo de hábitos e

[1] Ver FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI – O Dicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Positivo, 2009. Ver também HOUAISS, Antônio. *Novo Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Versão Eletrônica. São Paulo: Objetiva, 2009.

práticas sociais humanas, caso em que alcança a idéia de desenvolvimento intelectual de um indivíduo ou coletividade e o refinamento de seus modos e gostos. [2]

O vocábulo "civilização" é muitas vezes utilizado como sinônimo de cultura. Em outras situações complementam-se. Diz-se civilizado aquele que se aprimorou culturalmente - intelectualmente, artisticamente, em seus hábitos. Fala-se de uma sociedade civilizada, quando esta, coletivamente, atinge certo nível de desenvolvimento social, econômico, político e cultural.

Nas ciências sociais, cultura é um conceito instrumental, pois seu objeto de pesquisa são os fenômenos sócio-culturais humanos. Na antropologia, é o elemento principal sobre o qual erigem as teorias sobre as relações sociais da perspectiva cultural.

O prosseguimento destes estudos demanda uma inicial exposição e determinação dos conceitos de cultura a serem utilizados. A seguir são apresentados e discutidos os significados comuns e técnicos do termo cultura, a dinâmica histórica de sua conceituação e as relações entre arte, cultura e sociedade.

1.1.1 Cultura: rastreando os sentidos

O dicionário da academia francesa (*Dictionnaire de L'académie Française)*, em sua primeira edição, em 1778, entendia cultura como "os tratamentos que se dão a terra para torná-la mais fértil, & às árvores & às plantas para que se desenvolvam melhor & produzam mais", aditando-se, ao fim, em letras minúsculas, "diz-se também em sentido figurado, da preocupação com as artes & com o espírito" [3]. Seus significados indicam cuidado, cultivo e referem-se às ações que conduzem ao pleno desenvolvimento das potencialidades de algo, seja a terra ou o espírito, as plantas ou as artes, e seus sentidos denotam ainda o cuidado com os deuses, que são cultuados, em geral através de rituais. [4]

É de se considerar que o cultivo das artes e das demandas do espírito gerava, na perspectiva desta época, o desenvolvimento, individual e social, tornando cultos tanto o indivíduo como a sociedade, e, deste modo, civilizados. Há, portanto, uma clara associação entre os termos cultura e civilização.

---

[2] Estes indivíduos são chamados de cultos, justamente por *possuírem cultura*.
[3] BOUDON, Raymond (Org.). *Tratado de Sociologia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995, p. 490.
[4] CHAUÍ, Marilena. *Cidadania cultural*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006, p. 105.

Podemos traçar a sinonímia entre os termos ‘cultura’ e ‘civilização’ aos seus usos iniciais, no século XVIII, na França, em especial. Suas diferenças igualmente podem ser traçadas historicamente, mas, neste caso, deve ser buscado na Alemanha da mesma época. [5]

A grande variedade de fatos que podem ser praticados de maneira *civilizada* ou *incivilizada* referem-se a questões políticas, econômicas, sociais, morais, religiosas, e denotam a dificuldade em determinar o alcance da palavra civilização. Em geral, descreve o resultado de um processo, em que novas etapas sociais são cumpridas em direção ao aprimoramento social. Este sentido ilustrava a visão que as sociedades ocidentais tinham – e têm – de si, uma vez que são tomadas como parâmetros de comparação com outras sociedades, sempre em seus próprios termos. [6]

Na Alemanha, diferentemente do que ocorreu na França, a palavra civilização (*zivilisation*) veio a significar o superficial, externo, representado pelos maneirismos da Corte, que replicava o comportamento dos círculos aristocráticos franceses. Tinha uma conotação de coisa de menor valor, sem relevância para a existência humana.

A civilização é, no contexto alemão, oposta ao termo cultura (de *kultur*), que se referia a fatores internos, aludia a fatos especificamente intelectuais, artísticos e religiosos, descrevendo o valor destes produtos (obras artísticas, sistemas religiosos), através dos quais se expressa a individualidade de um grupo, um povo. [7] Neste sentido, uma pessoa culta não era a mesma coisa que uma pessoa civilizada, uma vez que a civilidade de um grupo ou indivíduo se pautava pelos comportamentos e aparência, enquanto a cultura pelo valor qualitativo dos produtos elaborados. [8]

Este novo sentido para cultura foi originada no seio da *intelligentsia*[9] burguesa germânica para distinguir-se da nobreza local. Esta disputa refletia o conflito de seu tempo entre a burguesia em ascensão e as cortes em decadência. Na Alemanha, onde as cortes falavam francês e reproduziam os comportamentos aristocráticos franceses como símbolos de civilização, a elaboração deste sentido da palavra cultura remetia a uma sensação de

---

[5] Embora seus significados comuns ainda sobreponham-se de forma razoavelmente ampla, em seus usos técnicos e científicos diferem substancialmente.
[6] ELIAS, Norberto. *O processo civilizador*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1994, p. 23-25.
[7] *Id. Ibid.*, p. 23-25.
[8] A legitimação desta parte da burguesia alemã consistia principalmente em suas realizações, e sua crítica dirigida ao comportamento da corte alemã, a quem faltava identidade. Este novo grupo apresentava-se como genuínos representantes do povo alemão. Ainda assim, suas aspirações não eram políticas, por poder, mas de reconhecimento. Cf. *Id. Ibid*., p. 28.
[9] Segundo Adriana FACINA, *intelligentsia* é um “substantivo surgido na Rússia, em meados do século XIX, que, uma vez difundido pelo Ocidente, passou a designar a ‘categoria de pessoas cultas’, estando ligado á criação, ao fim do mesmo século, do termo ‘intelectual’”. (*Literatura e Sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor; 2004, p. 34). Uma análise sociológica sobre este grupo social pode ser encontrada em MANNHEIM, Karl. *Sociologia da cultura*. São Paulo: Editora Perspectiva, 2008, p. 69 e ss. Ver também BOBBIO, Norberto. *Os intelectuais e o poder*. São Paulo: UNESP, 1997.

identidade coletiva, social, e mesmo de valoração dos grupos médios burgueses, que produziam em alemão.[10]

A partir do século XVIII, a antítese semântica entre cultura e civilização adquire novos significados, e o termo cultura passa a designar, ao mesmo tempo, a interioridade, subjetividade humana, e a ser também usado como um índice de civilidade, uma medida de civilização.

Em associação com o termo civilização, cultura significa o resultado do processo da formação, educação e aprimoramento da pessoa, bem como expressão dos costumes e instituições como efeitos da formação de um povo. [11]

É nesta mesma época que começa a separação entre cultura e natureza. Inicialmente identificada como uma segunda natureza, que é causal, mecânica, repetitiva e determinística, constituindo-se como o reino da necessidade, a cultura passa a ser entendida como seu oposto, associada ao próprio conceito de humanidade e entendida como o espaço da liberdade, da escolha, da transformação racional. [12]

Interessante observar que, durante o século XIX, os termos mais usados na Inglaterra e Alemanha eram respectivamente "*culture*" e "*kultur*", enquanto a França mantinha o uso da palavra "*civilisation*". [13]

Enquanto isso, civilização continuou – e continua - a ser utilizado como representação do progresso técnico, econômico, político, social e cultural. Seu conceito pressupõe que os povos podem alcançar, se desejarem, determinados níveis de desenvolvimento, definidos a partir e nos termos das sociedades ocidentais líderes então – França e Inglaterra. Este vocábulo possuía um conteúdo universalizante – pois é acessível a todos – e de participação – pois presume a possibilidade dos indivíduos e sociedades escreverem a sua própria história. Porém, faltava-lhe o aspecto da relatividade, uma vez que previa que os caminhos e os objetivos eram aqueles estabelecidos pelas nações, auto-intituladas, civilizadas. [14]

Em oposição à universalidade civilizatória, cultura passa cada vez mais a ser associada às especificidades de um grupo, seja em razão da classe, língua, território ou outro fator distintivo. Nestes termos, o conceito de civilização é mais abrangente, enquanto o de cultura

---

[10] ELIAS, Norberto. *O processo civilizador*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1994, p. 23 e ss.
[11] CHAUÍ, Marilena. Cidadania cultural. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006. p. 106.
[12] *Id. Ibid*., p. 107.
[13] BURKE, Peter. *What is cultural history?*. Cambridge, USA: Polity, 2008, p. 6.
[14] ELIAS, Norberto. *Op. cit.*, p. 61-62.

mais restrito. [15] Este último sentido eventualmente servirá à formação da noção de nacionalidade. [16]

Os muitos sentidos da palavra cultura remetem às artes, às obras artísticas, ao artístico, como representação privilegiada da cultura material de um grupo ou povo. A arte, enquanto representações valoradas da interioridade humana, e, por associação, aqueles que trabalham com arte são pensados como indicativos de cultura.

Civilização igualmente implica o artístico, uma vez que o apreço às artes é um dos indicativos de civilidade de uma pessoa ou sociedade. O progresso cultural é um dos seus índices de mensuração. As categorias de civilizado e incivilizado, culto e inculto, como fatores de distinção e hierarquia social que são, servem tanto para afirmar semelhanças quanto marcar diferenças, possibilitando a identificação e reconhecimento dos membros e dos grupos entre si.

Excluídas as referências ao cultivo agrícola, pecuário, biológico ou aos deuses, e qualquer adjetivação, a palavra cultura e seus derivados [17], os usos comuns contemporâneos do vocábulo cultura podem significar os hábitos, modos e maneiras de pensar e agir de um determinado grupo [18]; os resultados de um processo de aprimoramento pessoal [19] ou coletivo [20]; os processos culturais em si [21]; as produções artísticas [22]; os sentidos sociais e históricos do artístico [23]; e, a identidade de determinados grupos ou coletividades. [24]

Os seus sentidos comuns, ainda que insuficientes para as demandas e limites deste trabalho, permitem revelar as fortes associações entre os sentidos históricos e contemporâneos da palavra cultura, seus derivados e as relações de produção, circulação e usos de arte, de grande relevância para os objetivos deste trabalho. Igualmente importantes são as remissões à identidade e história de coletividades específicas que o termo impõe, uma vez que indivíduos e grupos são compreendidos como possuidores de certos marcadores de distintividade ou afinidade em razão das suas práticas culturais. Assim, é sempre importante sinalizar que

---

[15] Não é demais lembrar que esta distinção histórica ganhou vida nova em 1919, em parte porque a guerra foi travada contra a Alemanha em nome da civilização. Vide ELIAS, Norberto. *O processo civilizador*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1994, p. 27.
[16] Para uma análise sobre o nacionalismo ver HOBSBAWN, Eric. *Nação e nacionalismo desde 1870*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.
[17] "cultural", "culto", por exemplo.
[18] "um hábito cultural".
[19] "pessoa de cultura" ou "pessoa culta".
[20] "sociedade culta".
[21] "atividades culturais".
[22] "produção cultural".
[23] "o significado cultural das obras de aleijadinho" ou "das obras de Tom Jobim" ou "da tropicália".
[24] "cultura hippie" ou "cultura heavy metal"

"cultura" é um termo aglutinador que, ao juntar tantas atividades e atributos em um só conjunto, de fato pode confundir ou ocultar distinções que deveriam ser feitas. [25]

1.1.2 As ciências da cultura e sua delimitação conceitual

Em suma, a construção dos conceitos científicos, antropológicos, de cultura, ao também sofrerem as influências das circunstâncias históricas, passou por diversos desafios, teóricos e práticos, até o presente. Diversas áreas acadêmicas trabalham com os conceitos de cultura e as discordâncias sobre os principais elementos e conteúdo deste fenômeno ultrapassam as demarcações dos campos específicos. Mas, para permitir o diálogo produtivo, faz-se necessário uma concordância conceitual mínima quanto aos seus principais aspectos.

Dentre as várias disciplinas [26] que estudam o tema, que é central aos estudos das ciências sociais e humanas, sobressaem a sociologia e a antropologia, nas últimas décadas com destaque especial para esta última como *locus* principal da elaboração científica do fenômeno. Foi o estudo das semelhanças e diferenças entre grupos, através da metodologia de observação participante, que fundou a antropologia, disciplina acadêmica que se dedica especialmente ao estudo das culturas, e que, por isso, desenvolve e utiliza o conceito científico de cultura de forma contínua e constante.

A reflexão sobre a condição humana, característica do Iluminismo e do Liberalismo, traz aos cientistas sociais o desafio de explicar a diversidade humana a partir do postulado da unidade e universalidade humana, o que obrigou a construção de um conceito instrumental para explorar as diferentes possibilidades. O enfoque na unidade ou na diversidade resultou em uma dicotomia persistente entre as visões, denominadas respectivamente de universalista ou particularista. [27]

Uma tentativa inicial de solução da dicotomia entre o universalismo e o particularismo da condição humana buscou respostas nas relações entre os aspectos físicos e sociais do ser humano, na relação entre as ordens biológica e sócio-cultural, que, porém, é fator de

---

[25] Thompson, E. P. *Costumes em comum*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 26.
[26] Psicologia, educação, assistência social, economia, administração, filosofia, história, direito, comunicação ou artes, todas as disciplinas das ciências sociais e humanas trabalham direta ou indiretamente com o assunto, utilizando e carecendo para isso de uma conceituação e explicação fundacional para o desenvolvimento dos estudos específicos, elaboração e comunicação de suas conclusões.
[27] CUCHE, Denys. *A noção de cultura nas ciências sociais*. Bauru: EDUSC, 1999, p. 33-35.

permanente confronto entre os defensores da supremacia de uma ordem de influências no comportamento sobre a outra, numa disputa sobre a primazia de cada qual.

Estudos clássicos de biologia evolucionária[28], sociobiologia[29] e psicologia evolucionária[30] tendem a priorizar a ordem biológica – hoje centrada na genética –, perguntando quais fatores propiciaram a cultura e o seu surgimento e respondendo a partir dos pressupostos biológicos humanos. Ao contrário, cientistas sociais tendem a considerar a ordem biológica apenas indiretamente pautando a cultura, no máximo apresentando as condições físicas sobre a qual as relações sócio-culturais são elaboradas. Alguns estudos, porém, mostram que estas ordens mantêm uma relativa independência entre si, algumas vezes se complementando, outras se contrapondo, em outras ainda estando dissociadas. [31] Outros apresentam que apenas o estudo de suas interações permite uma análise da complexidade dos comportamentos. [32]

Contribuiu para construir esta oposição o fato de, em um primeiro momento, a concepção de cultura estar associada à de civilização, que, por sua vez, encontrava-se vinculada à existência de etapas lineares que deveriam ser seguidas pelos diversos povos, atribuindo-lhe um caráter evolutivo, específico do século XIX e paradigmático para as ciências biológicas.

Na elaboração das teorias evolucionistas de cultura, o método comparativo era então utilizado para identificar as equivalências e diferenças entre grupos diversos, ranqueando-as a partir de certos critérios pré-arbitrados. A diversidade era atribuída às diferenças raciais e níveis de civilização. A busca foi por leis universais de funcionamento das sociedades e regras gerais sobre a evolução das culturas. [33] O caráter das teorias evolucionistas é então universalista.

Em oposição às teorias evolucionistas desenvolveu-se, com forte ímpeto nos Estados Unidos, um conjunto de teorias chamadas de culturalistas, que buscavam as especificidades no conjunto de hábitos, comportamentos, linguagens e práticas culturais, valorizando as particularidades de cada grupo, vista como conseqüência das próprias circunstâncias.

---

[28] Ver, por exemplo, DAWKINS, Richard. *The selfish gene.* New York, USA: Oxford University Press, 2006; e GOULD, Stephen Jay. *The structure of evolutionary theory*. Boston, USA: Harvard University Press, 2002.
[29] Cf. WILSON, Edward O. *Sociobiology*: the new synthesis. Boston, USA: Harvard University Press, 2000.
[30] Ver, por exemplo, BARKOW, Jerome H.; COSMIDES, Leda; TOOBY, John (Eds.). *The adapted mind:* evolutionary psychology and the generation of culture. New York, USA: Cambridge University Press, 1992.
[31] DURHAM, William H. *Coevolution* – genes, culture and human diversity. EUA: Stanford University Press, 1991.
[32] Ver, por exemplo, KELLER, Heidi; POORTINGA, Ype; SCHOLMERICH, Axel. *Between culture and biology:* perspectives on ontogenetic development. New York, USA: Cambridge University Press, 2003.
[33] CUCHE, Denys. *A noção de cultura nas ciências sociais*. Bauru: EDUSC, 1999, p. 42.

Essencial e relevante às discussões sobre este tema é a tensão sobre as relações entre sociedade e cultura. O problema central é saber se a ordem cultural reflete a estrutura social mais ampla, estando nesta contida e sendo dela dependente, ou se, ao contrário, é autônoma e funciona como arcabouço para as demais composições (política, econômica, etc.). A ênfase no espírito formador de um modo de vida ou na organização social global na qual uma cultura específica floresce apontam os dois pólos teóricos principais que governam muitas das análises dos cientistas sociais sobre cultura. [34]

A concepção materialista ou mecanicista, que, em sua proposição inicial, vislumbra os comportamentos humanos como respostas automáticas, objetivas e previsíveis ao ambiente social onde se inserem, identifica uma ordem externa coercitiva a ditar o comportamento, e, neste sentido, a cultura é determinada por forças alheias ao próprio fenômeno, não tendo autonomia – ou tendo de forma reduzida - frente a estas ordens externas. As origens deste pressuposto podem ser encontradas nos escritos de Marx que identifica os elementos culturais como parte de uma superestrutura condicionada pelos elementos político e econômico. [35] Este paradigma implica em um método amplo de análise que investiga a partir do "caráter conhecido ou verificável de uma ordem social geral até as formas específicas assumidas por suas manifestações sociais" [36].

Por outro lado, as teorias idealistas ou subjetivas entrevêem os comportamentos humanos como motivados por uma ordem imaterial percebida, que atribui significados às ações. Este sentido é construído coletivamente, sendo diferente dos simples desejos individuais, pois é resultado de uma pluralidade de interações interpretativas. Aqui, a ordem cultural constitui o arcabouço que é ao mesmo tempo causa e conseqüência destas múltiplas interações. Nesta linha de raciocínio, que pode ser traçada a Hegel, as experiências e seus significados são centrais na análise. [37] O método empregado pelas teorias que partem deste paradigma objetiva a "ilustração e elucidação do 'espírito formador', [...], os interesses e valores essenciais de um povo" [38].

As primeiras décadas do pós-guerra, principalmente os anos entre o fim da década de 1950 e o início da década de 1970, foram marcantes tanto no que tange às re-elaborações conceituais como na compreensão do fenômeno cultural, embora persistam até hoje em

[34] WILLIAMS, Raymond. *Cultura*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008, p. 11-12.
[35] ALEXANDER, Jeffrey C. Analytical debates: understanding the relative autonomy of culture. In: ALEXANDER, Jeffrey C.; SEIDMAN, Steve. *Culture and society*: contemporary debates. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1990, p. 1-3.
[36] WILLIAMS, Raymond. *Op. Cit.*, p. 12.
[37] ALEXANDER, Jeffrey C. *Op. cit.*, p. 1-3.
[38] WILLIAMS, Raymond. *Op. cit.*, p. 12.

diversos matizes as oposições entre universalismo e particularismo e entre idealismo e materialismo. Uma reunião dos conceitos de cultura[39], elaborados em inglês até aquele momento, foi publicada e as definições apresentadas foram divididas em grandes grupos[40] que sinalizavam os enfoques preferenciais e postulados teóricos dos autores, o que demonstrava a escassez de consenso entre os pesquisadores. [41] O evolucionismo de Edward Tylor [42], o idealismo de Dilthey [43], o culturalismo de Franz Boas [44] e Ruth Benedict [45], o funcionalismo de Bronislaw Malinowski [46] e Talcott Parsons [47], entre outros, integram o conjunto principal de teorias e pensadores cujas contribuições são marcadas pelo confronto de paradigmas e métodos sobre o estudo da(s) cultura(s) nas ciências sociais nesta fase.

Propalados pelo acúmulo de experiências, pesquisas, informações, e conhecimento sobre as implicações, efeitos e funcionamento do fenômeno cultural, novos textos de Noam Chomsky [48], Wright Mills [49] e Ward Goodenough [50], na década de 1950, marcam o início de uma nova etapa da formulação conceitual. [51] Entre os novos paradigmas em conformação há a perspectiva sedimentada de que as ordens sociais e culturais são autônomas devendo ser estudadas per se. [52] Neste cenário, destacam-se no estudo do fenômeno cultural Claude Lévi-Strauss e Clifford Geertz.

A análise estrutural da cultura tem como principal expoente Claude Lévi-Strauss. Suas proposições são especialmente marcadas pela idéia de que as culturas particulares não podem ser compreendidas sem referência a uma cultura geral e universal, cujas especificidades não são mais que combinações particulares de elementos gerais. E, também, como corolário, pela identificação de vetores universais e hierarquicamente superiores de determinados

---

[39] São 160 definições formuladas por antropólogos, sociólogos, psicólogos e outros estudiosos de áreas afins.
[40] São seis as categorias apontadas nos enunciados, de acordo com as características implícitas ou expressas nas definições: (a) enumerativas ou descritivas; (b) históricas; (c) normativas; (d) psicológicas; (e) estruturais; (f) biológicas ou genéticas.
[41] KROEBER, A. L.; KLUCKHOHN, C. *Culture:* a critical review of concepts and definitions. In Papers of the Peabody Museum of American Archeology and Ethnology. Massachusetts: Harvard University Press, 1951.
[42] Tylor, Edward. *Anthropology:* an introduction on the study of man and civilization. Londres: Edward Tyler, 1881.
[43] DILTHEY, Wilhelm. *Introduction to human sciences:* an attempt to lay a foundation for the study of man and history. Alemanha: [s.n.], 1883.
[44] BOAS, Franz. *The mind of primitive man.* New York: [s.n.], 1911.
[45] BENEDICT, Ruth. *Patterns of culture*. New York: [s.n.], 1934.
[46] MALINOWSKI, Bronislaw. *The argonauts of the western pacific*. New York: [s.n.], 1922.
[47] PARSONS, Talcott. *The structure of social action*. New York: [s.n.], 1937.
[48] CHOMSKY, Noam. *Language and mind*. Boston: MIT Press, 1968.
[49] MILLS, Wright. *The power elite*. New York: Oxford University Press, 1956.
[50] GOODENOUGH, Ward. *Property, Kin and Community on Truk*. USA: Yale University Press, 1951.
[51] SHWEDER, Richard A. Preview: a colloquy of culture theorists. In: SHWEDER, Richard A.; LEVINE, Robert. *Culture theory*: essays on mind, self and emotion. New York: Cambridge University Press, 1984, p. 7. Neste colóquio, aponta Roy G. D´ANDRADE que: "all signal an end to the era of 'let's look at people's behavior and see what they do. Before 1957, the definition of culture was a primarily a bahavioral one – culture was patterns of bahavior, actions and customs."
[52] ALEXANDER, Jeffrey C. Analytical debates: understanding the relative autonomy of culture. In: ALEXANDER, Jeffrey C.; SEIDMAN, Steve. *Culture and society*: contemporary debates. Cambrdge, UK: Cambridge University Press, 1990, p. 25.

simbolismos - a proibição do incesto e as distinções entre o profano e o sagrado são clássicos exemplos. [53]

Com viés particularista, o antropólogo Cifford Geertz avança o entendimento imprimindo uma característica conceitual, em que o elemento cultural é a estrutura dos sentidos, idéias e significados que uma determinada visão de mundo contém. [54] O objetivo do estudioso do tema é revelar esta estrutura conceitual e, para tal, deve, através do processo hermenêutico – equivalente à história, literatura, filosofia –, buscar interpretativamente construir os modos de pensamento e expressão dos membros daquele grupo ou comunidade.[55]

Destas contribuições, uma nova síntese pode ser vislumbrada. Não que cada um destes paradigmas (materialista e idealista, universalista e particularista) tenha se esvaziado [56], mas um consenso mínimo, integrando posições de umas e de outras, foi alcançado. Nesta perspectiva, a ordem cultural encontra-se em uma relação dinâmica com as demais ordens sociais, na medida em que são ao mesmo tempo constitutivas e constituídas por estas, não mais como uma ou outra. Cultura é assim encarada como um sistema de significações mediante o qual uma dada ordem social é comunicada, reproduzida, vivenciada, e transformada.

Percebe-se uma convergência entre os sentidos gerais antropológicos e sociológicos de cultura como modo de vida global pautado por um sistema de significações essencial e envolvido em todas as formas de atividade social. Em seu sentido mais especializado – ainda que mais comum – o entendimento de cultura como conjunto de atividades artísticas e intelectuais, que são partes de um sistema mais amplo de significações, estende-se para abranger todas as práticas significativas – como a linguagem, a moda, a publicidade, etc. -, para além das expressões e formas de produção intelectual tradicionais. [57]

É fato que o que se chama de cultura é fundamental para a compreensão da humanidade e os mundos construídos e habitados pelos seres humanos. É relativamente fácil

---

[53] Para uma visão qualificada sobre a análise estruturalista, ver os livros de Claude lévi-Strauss: *Antropologia Estrutural*, São Paulo: Cosac Naif, 2008, e *Tristes trópicos*, Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1996.

[54] Neste debate, Geertz aponta que, para conhecer a estrutura cultural de qualquer crença ou prática, deve-se: "first of all, conceptualize it historically and with other beliefs of this type. Then you can discuss the incidence of it, how people got it, how they got rid of it, and what determined all these things. But, what the cultural element is. It is the structure of meanings, ideas or significances that that particular ideology contained." SHWEDER, Richard A. Preview: a colloquy of culture theorists. In: SHWEDER, Richard A.; LEVINE, Robert. *Culture theory*: essays on mind, self and emotion. New York: Cambridge University Press, 1984, p. 8.

[55] GEERTZ, Clifford. "From the native's point of view" - on the nature of anthropological understanding. In: *Bulletin of American Academy of Arts and Sciences*, Massachusetts, vol. 28, n. 1, 1974.

[56] É de grande relevância a descrição e a crítica aos paradigmas materialistas, ao buscar compreendê-la no que lhe é mais caro – a prevalência do econômico e político sobre as demais searas da vida - como fenômeno cultural de conteúdo simbólico oferecida em SAHLINS, Marshall. *Culture and pratical reason*. Chicago, USA: University of Chicago Press, 1976, em especial, o Capítulo 4.

[57] WILLIAMS, Raymond. *Cultura*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008, p. 13.

demonstrar que o que determinados grupos consideram como natural não é mais que reflexo de suas pressuposições. Estes pressupostos culturais são identificados como constituindo o universo simbólico através do qual as práticas sociais fazem sentido e são informadas.

Contudo, é certo que as pessoas agem de acordo com a sua percepção do mundo, impregnando-o com suas próprias elaborações. A realidade das pessoas é composta de construções culturais, que são sustentadas, ou não, tanto pelo mútuo consentimento como pelas imposições materiais. As representações coletivas de um grupo (linguagem, categorias, instituições, rituais, etc.) refletem estas construções e fazem parte da realidade das pessoas do grupo. [58] A elaboração de significados depende tanto de uma configuração simbólica como de um observador, pois sentidos precisam ser conferidos, e, por isso, "para descobrirmos significados nos mundos dos outros, precisamos ligar um fragmento de cultura e um determinado ator à constelação particular de experiências, conhecimentos e orientações desse ator" [59].

A cultura é distributiva, pois alguns dados de cultura são compartilhados por alguns e não por outros, não sendo, portanto, possível falar de integralidade cultural. [60] Os membros de um grupo estão sempre e essencialmente diferentemente posicionados, em razão de "um padrão singular formado pela reunião, nessa pessoa, de partes de diversas correntes culturais, bem como de suas experiências particulares", e os diálogos intra-grupo refletem e discorrem essencialmente sobre este posicionamento, e, por conseqüência os membros têm experiências diferentes, visões contrapostas e atribuem sentidos diversos às mesmas práticas e fatos sociais. [61]

Em que pese o novo consenso, baseado no entendimento de cultura como uma rede de significações que informam e pautam as práticas sociais dos agentes, algumas questões permanecem, tais como: qual o grau de padronização, integralidade e coerência na esfera cultural ou quais as fontes destes padrões. [62]

Clifford Geertz[63], na esteira de Max Weber, ao descrever o homem como um animal suspenso em teias de significância construídas por eles mesmos, e assumir que cultura é o conjunto destas teias, indica que sua análise não deve ser de uma ciência experimental em

---

[58] BARTH, Frednik. *O guru, o iniciador e outras variações antropológicas*. Rio de Janeiro: Contracapa livraria, 2000, p. 111.
[59] *Id. Ibid*., p. 132.
[60] *Id. Ibid*., p. 132-136.
[61] *Id. Ibid*., p. 136-138.
[62] *Id. Ibid*., p. 112.
[63] As discussões sobre cultura são parte integral dos estudos das ciências sociais e, consequentemente, são muitas as visões particulares que, por mais valiosas que sejam, escapam aos objetivos deste trabalho, para cujos fins faz-se necessário apontar os principais paradigmas que pautam as discussões e indicar os pressupostos conceituais sobre o qual serão trabalhadas as questões posteriores. E dentre as diversas elaborações sobre cultura, a expressão marcante de seu conteúdo, conforme entendido contemporaneamente, vem, para os fins aqui dispostos, de Clifford Geertz.

busca de leis gerais, mas uma interpretativa na procura de sentidos para a vida. [64] De outra forma, o autor aponta a cultura como

> denotando um padrão de significados embutidos em símbolos, transmitidos historicamente, formando um sistema de concepções herdadas, expressas em formas simbólicas, através dos quais as pessoas comunicam, perpetuam e desenvolvem seu conhecimento sobre e atitudes a respeito da vida. [65]

Entre as características marcantes do fenômeno, indica que cultura é pública, porque significados o são; é ideacional, mas não se localiza nas mentes individualmente, por ser relacional; é imaterial, embora não seja oculta, estando refletida em todas as práticas sociais. [66] No trabalho de campo, o etnógrafo encontra uma multiplicidade de estruturas conceituais, muitas sobrepostas e interligadas umas às outras, que deve apreender para expor. [67] Visto deste modo, cultura não é um poder, ao qual ações, comportamentos, processos ou instituições se submetem, mas um contexto no qual estas podem ser descritas. [68]

Porém, a utilização desse conceito nas sociedades complexas demanda um novo conjunto de investigações e conclusões, ainda que não escapem do paradigma consensual apontado. [69] As sociedades complexas são caracterizadas pelos múltiplos domínios, que, embora relacionados, são, ao mesmo tempo, específicos e autônomos. Há, nestes espaços, diferentes códigos – símbolos e significados – operando simultaneamente sobre as pessoas, em razão desta multiplicidade de domínios. [70] Como as pessoas vivem imersas em redes de significados que individualmente não edificam, mas que indicam a existência e pressão "de uma sociedade e cultura que nos precedem e englobam", este conjunto simbólico – crenças, valores, atitudes, práticas, etc. – é "determinante na elaboração da identidade social dos membros da sociedade" [71].

A importância do elemento cultural na formação das experiências, valores e identidade dos indivíduos é patente. Constituída e vivenciada a partir das relações sociais dos indivíduos,

---

[64] Nas palavras do autor: "believing, with Max Weber, that man is an animal suspended in webs of significance he himself has spun, I take culture to be those webs, and the analysis of it to be therefore not an experimental science in search of law but an interpretative one in search of meaning." GEERTZ, Clifford. *The interpretation of cultures*. USA: Basic Books, 1973, p. 5.
[65] Nas palavras do autor: "the cultural concept to which I adhere has neither multiple referends nor, so far as I can see, any unsusual ambiguity: it denotes a historically transmitted patterns of meanings embodied in symbols, a system of inhereted conceptions expressed in symbolic forms by means of which men communicate, perpetuate, and develop their knowledge about and attitudes towards life." *Id. Ibid*., p. 89. (tradução nossa).
[66] *Id. Ibid*., p. 10.
[67] *Id. Ibid*., p. 10.
[68] *Id. Ibid*., p. 14.
[69] BARTH, Frednik. *O guru, o iniciador e outras variações antropológicas*. Rio de Janeiro: Contracapa livraria, 2000, p. 128.
[70] VELHO, Gilberto. *Subjetividade e sociedade – uma experiência de relação*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986, p. 39.
[71] *Id. Ibid*., p. 49-50.

o aparato simbólico em que se constitui a cultura é fator essencial à formação das visões de mundo de pessoas e grupos. São vários os comportamentos, idéias e artefatos que convêm significados, permitem a atribuição de sentido e formam o contexto onde se desenvolvem as pessoas.

É desse entendimento da cultura como aparato simbólico que permite atribuir sentido às ações, comportamentos, relações, práticas, artefatos e à própria vida, pautando a existência e as experiências individuais, conformando as identidades individuais e coletivas, que partem as análises deste trabalho.

As expressões artísticas são artefatos privilegiados enquanto objetos culturais, dotados de forte conteúdo simbólico. Analisar as relações entre as obras artísticas, cultura e sociedade é a próxima etapa nesta investigação.

1.1.3 Arte e cultura

A estreita associação entre as artes e cultura vem do surgimento desta última palavra no sentido alemão dado à *kultur*, pois a legitimação dos grupos burgueses médios alemães, círculo social onde se cunhou este significado, consistia essencialmente em suas realizações intelectuais, artísticas ou científicas. [72] No contexto francês, em que cultura e civilização estavam semanticamente associadas, as artes eram tomadas como medidas de civilização de um povo, e prevalecia a visão evolucionista. Atualmente, o entendimento das artes como fenômeno cultural e social atrela especial importância aos seus movimentos, seja na estrutura de sua produção, distribuição ou consumo, seja em seus significados e relações com a organização social onde floresce. [73]

Os sentimentos e sentidos de vida que os povos e pessoas têm são refletidos em diversas áreas da existência e os diálogos sobre a arte objetivam primordialmente localizá-la no contexto das demais expressões humanas. [74] As discussões e definições de arte jamais são

[72] ELIAS, Norberto. *O processo civilizador*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1994, p. 28.
[73] Para maior aprofundamento ver WILLIAMS, Raymond. *Cultura*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008. Ver, em especial, HEINICH, Nathalie. *A sociologia da arte*. Bauru: EDUSC, 2008.
[74] GEERTZ, Clifford. Art as a cultural system. In: GEERTZ, Clifford. *Local Knowledge.* New York: Basic Books, 1983, p. 96. Em suas próprias palavras: "…the feeling a people has for life appears, of course, in many other places than in their art. It appears in their religion, their morality, their science, their commerce, their technology, their politics, their amusements, their law, even in the way they organize their everyday political experience. The talk about art that is not merely technical or a spiritualization of the technical – that is, most of it – is largely directed to placing it within the context of these other expressions of human purpose and the pattern of experience they collectively sustain."

totalmente sobre sua esteticidade, mas principalmente sobre sua contextualização, sua incorporação na textura de um modo de vida particular, e tem por objetivo a atribuição aos artefatos artísticos de um significado cultural. [75]

O estudo das formas artísticas é a exploração de seus sentidos, cuja formação é essencialmente coletiva e profundamente sustentada na própria existência social. Esta percepção afasta o observador da análise puramente estética da arte e o aproxima da compreensão de que os trabalhos artísticos são "mecanismos elaborados para definição das relações sociais, sustentação das normas sociais e fortalecimento dos valores sociais" [76]. A relação entre as artes e a vida coletiva não é instrumental, mas semiótica, pois materializam uma visão particular no mundo dos objetos. São documentos primários da vida social, concepções para as quais as pessoas buscam atribuir sentido dentro do conjunto de outros documentos igualmente primários [77], na medida em que tanto refletem quanto impactam o conjunto de significados da ordem social onde se inserem.

As obras artísticas são significativas porque conectadas com os sentidos que elas mesmas ajudam a criar. [78] Assim, independentemente das capacidades inatas, biológicas, de estímulo sensível, as respostas que suscitam estão atreladas aos sentidos mais amplos da vida social, que resultam das interações entre os membros do grupo. [79] Refletem ainda as visões de mundo dos criadores, como aponta Henri Matisse quando afirma que "eu sou incapaz de distinguir entre os sentimentos que tenho pela vida e a minha forma de expressá-lo" [80], ou seja, "os meios de uma arte e o sentimento pela vida que os anima são inseparáveis" [81].

A capacidade de perceber os significados de uma obra de arte é, como a competência para produzi-la, produto resultante da experiência coletiva. É da "participação no sistema geral de formas simbólicas – que chamamos de cultura – que a participação no sistema particular que chamamos de arte é possível" [82]. O próprio senso estético é um produto cultural. O artista trabalha com as possibiliddades de sua audiência perceber o seu trabalho e estas habilidades são desenvolvidas através da experiência de viver entre as coisas para ver, ouvir, ler, pensar, lidar, reagir. Os equipamentos sócio-culturais para produzir e absorver os

---

[75] GEERTZ, Clifford. Art as a cultural system. In: GEERTZ, Clifford. *Local Knowledge.* New York: Basic Books, 1983, p. 97.
[76] *Id. Ibid*., p. 99.
[77] *Id. Ibid*., p. 99-100.
[78] O autor afirma que: "(artistic objects) are meaningful because they connect to a sensibility they join in creating." *Id. Ibid*., p. 101.
[79] *Id. Ibid*., p. 102.
[80] Nas palavras do autor: "The purpose of a painter must not be conceived as separated from his pictorial means, and these pictorial means must be more completed (I do not mean more complicated) the deeper his thought. I am unable to distinguish between the feeling I have for life and my way of expressing it." MATISSE, Henri. *Apud Id. Ibid*., p. 96.
[81] *Id. Ibid*., p. 98.
[82] *Id. Ibid*., p. 108-109.

sentidos das artes têm a mesma origem. [83] As artes são sensíveis aos tipos de interpretação que a mente as traz, e seus sentidos possíveis são socialmente construídos.

Então, pode-se preliminarmente concluir que as expressões artísticas refletem as atitudes e entendimento da vida por parte dos criadores e também que a percepção, apreensão e atribuição dos sentidos a estes artefatos pelo público estão calcadas em sua inserção no universo simbólico que moderam as interpretações, que por sua vez dependem de sua exposição não só aos artefatos, mas igualmente ao conjunto significativo que pauta a produção e compreensão destas obras. Na medida em que as visões de mundo e sentidos da vida são resultantes das construções simbólicas elaboradas a partir das interações sociais, a exposição às obras artísticas é condição para participação na construção deste universo, dos significados destas obras e para a sua produção.

Não é difícil vislumbrar, a partir desses pressupostos, que as condições sociais, que possibilitam e limitam as experiências individuais, estão diretamente ligadas às expressões criativas. A arte é, portanto, socialmente condicionada. [84] O significado das experiências coletivas para o desenvolvimento dos artistas e de sua obra só pode ser percebido a partir tanto da descrição das estruturas da sociedade de sua época, principalmente com relação às diferenças de poder, como de seus destinos pessoais. [85] Só assim é possível entender as coerções que agem sobre o artista e suas reações a elas. [86]

Contemporaneamente, a necessidade de adaptação às demandas – de gosto inclusive – dos grupos estabelecidos é dada como óbvia pelos socialmente dependentes, que "logo aprendem a ajustar seu comportamento aos padrões da empresa" [87], embora as diferenças de poder, em razão da existência de um mercado razoavelmente livre de oferta e demanda, entre os grupos economicamente dominantes e os demais membros seja menor que entre cortes absolutistas e seus subalternos. [88]

Contudo, um pleno entendimento do desenvolvimento das artes em geral só é possível se não for restrita aos processos econômicos ou aos desenvolvimentos históricos de uma

---

[83] GEERTZ, Clifford. Art as a cultural system. In: GEERTZ, Clifford. *Local Knowledge.* New York: Basic Books, 1983, p. 118.
[84] Clássico exemplo deste tipo de análise pode ser encontrado em Elias, ao analisar Mozart e sua obra. ELIAS, Norbert. *Mozart: sociologia de um gênio*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.
[85] No tempo de Mozart, "no que se referia à música, ainda se tinha como certo que o artista devia seguir o gosto da audiência, socialmente superior. A estrutura de poder que dava a nobreza de corte precedência sobre todas as outras classes também determinava que tipo de música um artista burguês poderia tocar nos círculos cortesãos e até que ponto suas inovações poderiam ir. Mesmo como 'artista autônomo', Mozart estava preso a tal estrutura." *Id*. *Ibid*., p. 41.
[86] No caso específico de Mozart e seu tempo, "o gosto da nobreza da corte estabelecia o padrão para os artistas de todas as origens sociais, acompanhando a distribuição geral de poder." (p. 17) Igualmente os conflitos entre sociais entre a aristocracia decadente e a burguesia ascendente "ocorria também no interior de muitos indivíduos como um conflito que perpassava toda a existência social". (p. 16) *Id*. *Ibid*., p. 19.
[87] *Id*. *Ibid*., p. 20.
[88] *Id*. *Ibid*.

forma de arte, mas sim se for feita considerando igualmente os destinos dos que produziam e recepcionavam as artes dentro da estrutura social onde se encontram. [89]

A noção comum de que a criação das obras de arte "é independente da existência social de seu criador, de seu desenvolvimento e experiência como ser humano no meio de outros seres humanos" [90] não merece prosperar. Ainda que não seja possível especificar incisivamente todas as relações e conexões entre as obras de um artista e sua vida, é possível identificar sua existência, e mesmo investigá-la com alguma profundidade. [91] Nem a autonomia das obras artísticas nem a complexidade de problemas que as envolvem afastam a obrigatoriedade de analisar e considerar "a conexão entre a experiência e o destino do artista criador em sua sociedade, ou seja, entre esta sociedade e as obras produzidas pelo artista" [92].

Como elemento envolvido pelas teias de significado, socialmente constituídas e constituintes, desde a sua concepção até sua apreensão, passando pela produção, circulação e acesso, as obras de arte, e, principalmente, o gosto por elas, são artifícios de distinção social, sendo efetivos marcadores de classe, uma vez que "a obra de arte só adquire sentido e só tem interesse para quem é dotado do código segundo o qual ela é codificada" [93].

Contrapondo-se à visão naturalizada de que a apreciação estética é um dom intrínseco, a pesquisa científica indica que as práticas culturais, as preferências por tipos de arte e, dentro do mesmo tipo, as opções por determinados estilos "estão estritamente relacionadas ao nível de instrução e, secundariamente, à origem social" [94]. Há uma nítida correlação entre a "hierarquia socialmente reconhecida das artes" e a hierarquia social de seus consumidores. É justamente isso que predispõe os gostos a funcionarem como "marcadores privilegiados de 'classe'" [95]. As distinções operadas entre o belo e o feio, o distinto e o vulgar, o merecedor de apreço ou de desprezo qualificam aqueles que classificam as formas de arte, pois exprimem ou traduzem sua condição social, seja adquirida ou de origem. [96]

A escola e suas certificações, como condição objetiva para ingresso em determinada classe social, abrem o acesso aos direitos e deveres deste grupo. A exposição escolar e a titularidade obtida permitem a compreensão dos códigos necessários à apreensão da cultura legítima (em oposição à cultura ilegítima do autodidata), de alto valor social agregado, pois

---

[89] ELIAS, Norbert. *Mozart: sociologia de um gênio.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994, p. 28.
[90] *Id. Ibid*., p. 53.
[91] *Id. Ibid*., p. 53-54.
[92] *Id. Ibid*., p. 57.
[93] BOURDIEU, Pierre. *A distinção:* crítica social do julgamento. São Paulo: EDUSP, 2008, p. 10.
[94] *Id. Ibid*., p. 9.
[95] *Id. Ibid*., p. 9.
[96] Interessante notar que as análises estatísticas mostram oposições de estrutura semelhantes tanto no caso do consumo cultural como no do consumo alimentar. *Id. Ibid*., p. 13.

assegura formalmente uma competência específica, que se traduz na disposição, propensão, aptidão em reconhecer a legitimidade de certas obras e "percebê-las como dignas de serem admiradas em si mesmas que é, inseparavelmente, aptidão para reconhecer nelas algo já conhecido" [97].

Porém, o processo de inculturação através da escola não é suficiente para explicar as distinções observáveis em termos de apreço estético. Ao título de nobreza cultural deve-se acrescer a ascendência como fator de marcação pelo gosto. Nos casos de capital escolar equivalente, as diferenças de origem social são relevantes, principalmente, em dois aspectos: o recurso a conhecimentos não formalmente legitimados pela educação escolar e o maior distanciamento do indivíduo dos conhecimentos adquiridos institucionalmente. O primeiro aspecto permite uma ampla familiaridade com expressões culturais não desenvolvidas escolarmente. O segundo permite uma maior digressão dos conteúdos institucionalmente legitimados. Justamente por não ser ensinada, e, portanto, à disposição de vários, a apreciação cultural estética destes conteúdos proporciona um "altíssimo rendimento simbólico e (podem) proporcionar um grande benefício de distinção" [98].

Como as definições da competência cultural são resultantes das condições de sua aquisição, "funcionam como uma espécie de 'marca de origem' e contribuem (ainda) para definir o valor de seus produtos em diferentes mercados" [99]. O valor econômico atribuído a certas obras ou experiências artísticas – que aumenta na medida em que são apreciados pelas classes abastadas - colaboram para sua utilização enquanto elemento distintivo.

A condição cultural expressa no gosto pelas artes é a fonte destas divisões, pois, de fato, "a consagração cultural submete os objetos, pessoas e situações que ela toca a uma espécie de promoção ontológica que se assemelha a uma transubstanciação" [100]. E assim

> A negação da fruição inferior, grosseira, vulgar, venal, servil, em poucas palavras, natural, que constitui como tal o sagrado cultural, traz em seu bojo, a afirmação da superioridade daqueles que sabem se satisfazer com prazeres sublimados, requintados, desinteressados, gratuitos, distintos, interditados para sempre aos simples profanos. É assim que a arte e o consumo artístico estão predispostos a desempenhar, independentemente de nossa vontade e de nosso saber, uma função social de legitimação das diferenças sociais. [101]

[97] BOURDIEU, Pierre. *A distinção:* crítica social do julgamento. São Paulo: EDUSP, 2008, p. 29.
[98] *Id. Ibid*., p. 62-64.
[99] *Id. Ibid*., p. 64.
[100] *Id. Ibid*., p. 14.
[101] *Id. Ibid*., p. 14.

As conclusões desta análise indicam ainda a necessidade de superação de uma fronteira que pretende ver o universo artístico como separado das relações mais mundanas,[102] como preferências em esportes e cardápio, e com isso,

> revoga a oposição entre o 'gosto dos sentidos' e o 'gosto pela reflexão'; entre o prazer 'fácil', prazer sensível reduzido a um prazer dos sentidos, e o prazer 'puro' que está predisposto a tornar-se um símbolo de excelência moral e a dimensão da capacidade de sublimação que define o homem verdadeiramente humano.[103]

Esses entendimentos permitem concluir que a prática e o gosto pela arte, seja como usuário ou criador, são atividades como qualquer outra, socialmente aprendidas e culturalmente localizadas, temporal e espacialmente, prestando também o campo artístico às funções de hierarquização e distinção social.

Cumpre ressaltar ainda que a transformação ocorrida 'da obra do artesão para a obra do artista', possibilitou uma maior independência destes últimos. Porém, estudos sobre o campo artístico na sociedade contemporânea mostram ser a autonomia criativa mais aparência que realidade.

1.2 A sociedade contemporânea

Os processos naturais não transcorrem linearmente. Ao contrário, são intercalados momentos de longa estabilidade pontuados por períodos de intensa transformação. [104] Os processos históricos parecem padecer da mesma característica e, ao se observar a sociedade contemporânea, é patente o acelerado e profundo processo de mudança social em andamento.[105]

As interdependências no plano global e o multiculturalismo são vistos como características marcantes dos tempos atuais. [106] Igualmente característico desta época é a

---

[102] Ou mesmo dentro do próprio universo artístico, quando tenta estabelecer, entre outras, distinções entre arte erudita e arte popular, a partir da audiência a que presumidamente se destina. Para aprofundamento ver CHAUÍ, Marilena. *Cidadania cultural*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006, p. 12.

[103] BOURDIEU, Pierre. *A distinção: crítica social do julgamento*. São Paulo: EDUSP, 2008, p. 14.

[104] O paleontólogo Stephen J. Gould denomina este processo de *punctuated equilibrium*, asseverando que os elementos geológicos e paleontológicos jamais indicaram uma história gradual, suave, lenta da vida na terra. GOULD, Sthephen J. *The panda's thumb*. Nova York, USA: W. W. Norton & Company, 1992, p. 266.

[105] Há diversos nomes atribuídos a esta etapa histórica da humanidade, dentre os quais destacam-se pós-modernidade, alta modernidade, sociedade pós-industrial, era da informação, sociedade do conhecimento.

[106] Castells aponta que a convicção de que entramos em um mundo com estas características originou a abordagem levada a cabo em CASTELLS, Manuel. *A era da informação:* economia, sociedade e cultura. Vol. 1: Sociedade em rede. São Paulo:

fragilidade das tradições como fator de coesão e a reformulação das estruturas e relações sociais, transformando constante e velozmente as experiências individuais e, por isso mesmo, causando forte sensação de insegurança e ansiedade. [107]

A intensidade e alcance das mudanças impõem ao estudo jurídico uma especial atenção às transitoriedades sócio-culturais e particular esforço na renovação dos institutos, de maneira a adequá-los às novas formas de relação entre indivíduos e coletividades, aos movimentos dinâmicos de re-elaboração do Ser e à contínua reformulação das estruturas econômicas. Neste cenário, a reconfiguração da *ratio*, a superação da estaticidade e a incorporação de novos elementos de análise tornam-se mister à legitimidade e funcionalidade do Direito.

A revolução tecnológica é um dos elementos mais representativos destes tempos. As inovações ocorridas com as tecnologias da informação destacam-se pelo seu impacto social, econômico e político. Como elementos da cultura material de dada sociedade, re-elaboram os processos de comunicação, reorganizam a produção econômica, intermedeiam novas formas de relacionamento. A penetrabilidade destas tecnologias na sociedade justifica sua utilização como ponto de partida da reflexão sobre as mudanças em andamento na sociedade atual. [108]

1.2.1 Tecnologia e transformação social

A relação entre sociedade e tecnologia é dinâmica e não determinística. As transformações tecnológicas dependem de muitos fatores em complexo padrão interativo. [109] É provável que, embora não determine, a sociedade pode, através dos poderes constituídos,

---

Paz e Terra, 1999, p. 43, onde propõe que este mundo multicultural e interdependente "só poderá ser entendido e transformado a partir de uma perspectiva múltipla que reúna identidade cultural, sistemas de redes globais e políticas multidimensionais."

[107] BAUMAN caracteriza este momento histórico como reflexos de uma modernidade líquida. Para melhor entendimento ver BAUMAN, Zygmunt. *Liquid modernity*. Cambridge, UK: Polity Press, 2000.

[108] Este é o mesmo elemento utilizado para o início da reflexão sobre as transformações em andamento em CASTELLS, Manuel. *A era da informação:* economia, sociedade e cultura. Vol. 1: Sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 24. "Devido a sua penetrabilidade em todas as esferas da atividade humana, a revolução da tecnologia da informação será meu ponto inicial para analisar a complexidade da nova economia, sociedade e cultura em formação."

[109] Sustentado principalmente por MOKYR, Joel. *The lever of riches*: technological creativity and economic progress. Nova York: Oxford University Press, 1990, e QIAN, Wen-yuan. *The great inertia*: scientifica stagnation in traditional China. Londres: Croom Helm, 1985, como exemplo o autor aponta a China, país extremamente avançado tecnologicamente até 1400, quando, sob as dinastias Ming e Qing, perderam interesse na inovação tecnológica, resultando numa estagnação que durou séculos e possibilitou a mudança no poder global em favor da Europa. Um outro exemplo, mais recente, explorado pelo autor é a falha da antiga URSS em dominar e acompanhar a atual revolução tecnológica – talvez pelas características desta mesma revolução, conforme apontado na nota 33 infra. O Japão é igualmente indicado, mas como contra-exemplo. Ver CASTELLS, Manuel. CASTELLS, Manuel. *A era da informação:* economia, sociedade e cultura. Vol. 1: Sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 27 e ss.

sufocar ou alavancar o desenvolvimento tecnológico. [110] Dois apontamentos podem ser elaborados sobre as estas relações: o primeiro se refere ao papel dos governos; e o segundo às características das tecnologias e seus entrelaçamentos sociais.

Com relação às funções do Estado, é importante ressaltar seu papel decisivo, tanto na promoção quanto na restrição à inovação e difusão tecnológica. Entre os fatores que podem levar a uma estagnação tecnológica induzida[111] destaca-se o receio dos governantes dos possíveis impactos da transformação tecnológica sobre a estabilidade social e política.[112] Ao mesmo tempo, podem os poderes constituídos promover o desenvolvimento da tecnologia através da organização das forças produtivas, incentivo e direcionamento da inovação e difusão tecnológica. [113]

Os próprios elementos sociais constitutivos da tecnologia e seus usos parecem ser condicionados pelo processo histórico de seu desenvolvimento. Os fatores que influenciam o surgimento e adensamento das transformações tecnológicas são de diversas ordens - institucionais, econômicos, culturais – e dependem de sua interação sinergética. As relações fortuitas entre um grande número de variáveis independentes firmam a indeterminabilidade de seu desenvolvimento histórico, mesmo que alguns aspectos isolados possam ser conscientemente direcionados. [114]

Assim, as inovações isoladas, o apoio e incentivo econômico do Estado através do aparelho militar, as transformações culturais das décadas de 1950 e 1960, a crise econômica e a conseqüente necessidade de reorganização do sistema capitalista na década de 1970, em conjunto, propiciaram as bases para a primeira etapa desta revolução nos EUA, especificamente na Califórnia. O desenvolvimento tecnológico alcançado nos anos 70 foi, por sua vez, fundamental no processo de reestruturação socioeconômica concretizada durante os

---

[110] Pode-se utilizar, como faz CASTELLS, o exemplo da atual revolução tecnológica, em que, a partir da Califórnia dos anos 70, um segmento da sociedade da sociedade norte-americana, em interação com elementos da economia global e geopolítica mundial, a partir de uma cultura da liberdade, inovação e empreendedorismo, concretizou 'um novo estilo de produção, comunicação, gerenciamento e vida', que foi mundialmente difundido e apropriado e adequado às mais diversas culturas e usos, que por sua vez acelerou a velocidade, aumentou o escopo e diversificou as fontes da transformação tecnológica. CASTELLS, Manuel. *A era da informação:* economia, sociedade e cultura. Vol. 1: Sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 1999, 25.

[111] Carece de estudos qualificados a análise dos efeitos das barreiras informática praticadas no Brasil na segunda metade da década de 1980.

[112] MOKYR, Joel. *Op. cit., apud* CASTELLS, Manuel. *Op. Cit.*, p. 28.

[113] O autor assevera que: "O que deve ser guardado para o entendimento da relação entre a tecnologia e a sociedade é que o papel do Estado, seja interrompendo, seja promovendo, seja liderando a inovação tecnológica, é um fator decisivo no processo geral, à medida que expressa e organiza as forças sociais dominantes em um espaço e uma época determinados. Em grande parte, a tecnologia expressa a habilidade de uma sociedade de impulsionar seu domínio tecnológico por intermédio das instituições sociais, inclusive o Estado. O processo histórico em que este desenvolvimento de forças produtivas ocorre assinala as características da tecnologia e seus entrelaçamentos com as relações sociais." CASTELLS, Manuel. *Op. Cit.*, p. 31.

[114] *Id. Ibid.*, p. 68-69.

anos 80, que, ao final, condicionou os usos e trajetórias das tecnologias de informação nos anos 90. [115]

Este processo atual de mutação diz respeito primordialmente às tecnologias de informação, processamento e comunicação. [116] Como aparenta ser em todas as demais mutações tecnológicas com caráter de revolução, sua característica essencial é a sua penetração em todos os domínios da vida humana como tecido sobre o qual estas atividades são exercidas, concebidas e entendidas. [117]

Uma das oposições inicialmente previstas [118], mas que esta mutação parece superar, é a da informação versus produção econômica, pois assistimos hoje a uma interação umbilical entre elas, com aquela sendo parte desta, e esta dependendo daquela. [119] Os estágios seqüenciais destas tecnologias foram de "automação das tarefas, experiências de usos e reconfiguração das aplicações" [120], e o alcance da terceira etapa implica numa apropriação da tecnologia pelo cidadão, com sua conseqüente redefinição, deixando de ser percebidas como "meras ferramentas a serem aplicadas, mas processos a serem desenvolvidos" [121].

A difusão desses instrumentos de informação e comunicação e as reformulações sócio-econômico e culturais que implicam e "induzem um padrão de descontinuidade nas bases materiais da economia, sociedade e cultura" [122], e isso caracteriza o processo como revolucionário. [123] São indicados alguns paradigmas [124] sobre estas mudanças, tais como a penetrabilidade social das transformações tecnológicas [125], que indica que as inovações tecnológicas, embora condicionadas pelas estruturas sócio-históricas presentes em um dado

---

[115] CASTELLS, Manuel. *A era da informação:* economia, sociedade e cultura. Sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 68-69.
[116] *Id. Ibid*., p. 50.
[117] Ver, por exemplo, KRANZBERG, Melvin; PURSELL, Caroll (Orgs.). *Technology in western civilization.* 2. v., Nova York: Oxford University Press, 1967.
[118] Ver BELL, Daniel. *The coming of the post-industrial society*. New York: Basic Books, 1973.
[119] O autor afirma ainda que os países mais competitivos nesta nova era são queles que "melhor souberam, simultaneamente 'organizar eficazmente a produção' e 'tratar a informação', tanto na indústria quanto nos serviços." E assevera que, neste contexto, os melhores capacitados são a Alemanha e o Japão. LOJKINE, Jean. *Op. cit*., p. 15-16.
[120] CASTELLS, Manuel. *Op. Cit.*, p. 51.
[121] O autor complementa afirmando que "pela primeira vez na história, a mente humana é uma força direta de produção, não apenas um elemento decisivo no sistema produtivo." *Id. Ibid*., p. 51.
[122] *Id. Ibid*., p. 50.
[123] Discute-se ainda o alcance e significado histórico das transformações contemporâneas. CASTELLS aponta este momento como "no mínimo, um evento da mesma importância histórica da revolução industrial do século XVIII". *Id. Ibid*., p. 50. Enquanto isso, LOJKINE vai além e indica que "este fim de século acena com uma mutação revolucionária para toda a humanidade, mutação só comparável à invenção da ferramenta e da escrita, no albor das sociedades de classe, e que ultrapassa largamente a revolução industrial do século XVIII". LOJKINE, Jean. *Op. cit.*, p. 11.
[124] O termo é utilizado no sentido elaborado por KUHN, Thomas, em *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed., São Paulo: Editora Perspectiva, 1998, reelaborado por DOSI, Giovanni, em *Technical change and economic theory*. Londres: Pinter, 1988.
[125] Outros paradigmas são a informação como matéria-prima; o favorecimento da lógica das redes; a flexibilidade de arranjos; contínua convergência e integração das tecnologias. CASTELLS, Manuel. *Op. cit.*, p. 77-79.

espaço no tempo, uma vez apropriadas por determinada sociedade, interagem umbilicalmente com esta, causando, em seu turno, alterações nas formas de sociabilidade.

A revolução tecnológica em andamento é caracterizada por ser um sistema aberto de redes, com múltiplas portas de entrada, materialmente específico, flexível e adaptável em seu desenvolvimento e utilização, abrangente e integrativo nos seus efeitos. [126] E parece comprovar ainda a validade do apontamento sobre as relações entre tecnologia e sociedade, elaborado sob a forma de *leis* por Melvin Kranzberg, cujo primeiro enunciado diz que: "a tecnologia não é nem boa, nem ruim e também não é neutra" [127].

1.2.2 Globalização e comodificação

Como resultado da reestruturação socioeconômica ocorrida nos anos 80, facilitada pelas tecnologias disponíveis e identificada com a progressiva desregulamentação e liberalização do comércio a nível supranacional, ergueu-se uma nova economia, de alcance global e organizada a partir da informação.

Esta nova economia pode ser caracterizada como informacional porque a capacidade de produção e competição dos atores depende essencialmente de sua habilidade em manusear as informações baseadas em conhecimentos. É global porque sua produção, circulação e demanda são organizados em escala universal, diretamente ou mediante redes de conexão entre diversos agentes. É informacional e global ao mesmo tempo porque tanto a produção quanto a concorrência são feitos através de redes de interação, funcionando como unidades em tempo real, em escala planetária. [128]

Os produtos e serviços cujo valor principal reside nas informações e expressões representam, atualmente, parte substancial do comércio doméstico e internacional. Em curso, este processo de mudança social, econômica e também política coloca a informação baseada

---

[126] Nas palavras de CASTELLS: "O paradigma da tecnologia da informação não evolui para o seu fechamento como um sistema, mas rumo a abertura como uma rede de acessos múltiplos. É forte e impositivo em sua materialidade, mas adaptável e aberto em seu desenvolvimento histórico. Abrangência, complexidade e disposição em forma de rede são seus principais atributos." CASTELLS, Manuel. *A era da informação:* economia, sociedade e cultura. Sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 81.

[127] As demais leis de Kranzberg são, repectivamente: 2. A invenção é a mãe da necessidade; 3. A tecnologia vem em pacotes, grandes e pequenos; 4. Embora a tecnologia possa ser o principal elementos em diversas questões públicas, fatores não técnicos têm precedência nas decisões de políticas públicas de tecnologia; 5. Toda história é relevante, mas a história da tecnologia é a mais relevante; 6. Tecnologia é uma atividade humana, bem como a história da tecnologia. KRANZBERG, Melvin. Technology and history: 'Kranzberg laws'. In: *Technology and Culture*, vol. 27, n. 3, Baltimore: John Hopkins University Press, jul., 1986, pp. 544-560.

[128] CASTELLS, Manuel. *Op. Cit.*, p. 87 e 111.

em conhecimento em um papel central e apresenta duas tendências conflitantes, representando a liberdade e controle. De um lado, a promessa de um espaço descentralizado e público de interação, não submetido às hegemonias estatais e comerciais, com potencial para libertar o discurso público e as expressões das amarras estruturais anteriores à difusão da tecnologia digital. Por outro lado, uma tendência em direção a uma maior comercialização, comodificação e apropriação dos sistemas de informação e expressão, conduz à subordinação da discricionariedade artística e editorial às estratégias corporativas e demandas dos investidores. [129]

A organização das atividades de troca, apoiada pela infra-estrutura legal de propriedade privada e liberdade contratual, constitui a essência do processo tradicional de comodificação. Já os espaços não comodificados envolvem, quando o foco é a pessoa física, questões referentes à dignidade humana e autonomia existencial e, quando o foco é a comunidade ou a identidade coletiva, concentram-se nas interconexões livres, trocas não monetarizadas e interação comunicativa. [130] Enquanto a comodificação [131] da informação, das expressões e do conhecimento avança, observa-se uma mudança na retórica, na medida em que passam a ser descritos e pensados a partir do funcionamento do mercado, com referências às funções de oferta e demanda, maximização dos lucros ou análises de custo-benefício econômico. [132]

Este processo de progressiva comodificação pode ser identificado, por exemplo, na crescente restritividade na interpretação da cláusula geral de *fair-use* norte-americana e o avanço de sua leitura em termos econômicos, ou ainda na utilização de argumentos proprietários e econômicos na própria defesa contra os avanços deste processo. [133]

---

[129] Os autores, ao identificarem os movimentos de apropriação e controle, exemplificam da seguinte maneira: "Government funding of broadcasting, the press, the arts, and scientific research has steadily dwindled in relation to the rapidly growing, avaricious sector of market-driven speech and science. Copyright and other intellectual property has dramatically expanded in scope and duration, given content providers unprecedented proprietary control over expression and information and threatening the continued viability of the public domain. Indeed, personal decisions regarding the sorts of information and expression one recieves and creates have themselves been transformed into marketable data, creating na enourmeous industry in personal profiling and data collection, aggregation and management". NETANEL, Neil Weinstock; ELKIN-KOREN, Niva. *The commodification of information*. Londres: Kluwer Law International, 2002, p. viii.

[130] RADIN, Margaret Jane. Incomplete commodification in the computerized world. In: NETANEL, Neil Weinstock; ELKIN-KOREN, Niva. *Op. cit.*, p. 4.

[131] Os sentidos da expressão comodificação da informação são ambíguos e variados. Mais comumente, comodificação é identificada pela dimensão comercial; caracterizada pela massificação – com produção em série e distribuição em cadeia – e pela homogeneidade – que permite a negociação por amostragem; vista como representativa dos interesses dos grandes conglomerados de mídia e refletida na expansão da proteção à propriedade intelectual. Pode, assim, ser entendido como excesso de controle ou excesso de competição, como libertária ou como proprietária, resultando em um barateamento ou encarecimento dos bens, embora, em comum quase sempre seus sentidos tenham conotações negativas. Ver NOAM, Eli. Two cheers for the commodification of information. In: NETANEL, Neil Weinstock; ELKIN-KOREN, Niva. *Op. cit*., p. 46-54.

[132] RADIN, Margaret Jane. *Incomplete commodification in the computerized world.* In: NETANEL, Neil Weinstock; ELKIN-KOREN, Niva. *Op. cit*., p. 4-5.

[133] A autora defende ainda que parte da utilização dos argumentos econômicos e proprietários na compreensão da extensão dos diretos autorais deriva da própria atratividade e mesmo fetichização da propriedade e direitos privados como soluções aos

Contudo, a retórica da progressiva e contínua comodificação da informação e expressões não adequadamente reflete a permanência de esquemas conceituais conflituosos, que perpassam por todo o sistema de proteção e utilização econômica destes bens, e que pode ser entendido pela noção de comodificação incompleta, representando os compromissos políticos e culturais sobre o controle e liberdade da informação, conhecimento e comunicação.[134]

Porém, é possível defender – ainda que em termos econômicos – que não é necessário excluir uma lógica em proveito da outra, mas repensar os termos e fundamentos da discussão, através do qual se reconhece o papel da informação enquanto dados organizados, ao mesmo tempo em que são justificados não no incentivo à criação, mas na necessidade de organizar o fluxo econômico. Isto altera o debate de bem público *versus* propriedade privada para um focado na centralização em oposição à distribuição das transações, reformulando as apreciações feitas em termos proprietários e transformando-as em análises das transações. [135] Neste modelo, não haveria um direcionamento e controle contínuo por parte dos que produzem as informações e expressões, mas a identificação e cobrança pelos usos a partir das transações realizadas, permitindo a sua distribuição e utilização a partir de políticas públicas socialmente definidas. [136]

Paralelamente e interligado com o processo de comodificação, vivemos igualmente um processo de globalização das relações políticas, econômicas, culturais e sociais. Este movimento pode ser entendido como um processo de aproximação e integração entre países, organizações e pessoas, que ultrapassa as fronteiras dos Estados nacionais. Decorre tanto da intensa e progressiva diminuição dos custos de transporte e comunicação quanto da redução das barreiras artificiais à circulação de bens, serviços, capital, conhecimento e pessoas. É acompanhado da criação de novas ou renovadas instituições, governamentais ou representativas da sociedade civil, capazes de agir internacionalmente. [137]

---

problemas, bem como da noção de que é necessário um direito igualmente forte para combater os excessos de um outro direito fortemente enraizado no sistema. RADIN, Margaret Jane. Incomplete commodification in the computerized world. In: NETANEL, Neil Weinstock; ELKIN-KOREn, Niva. *The commodification of information*. Londres: Kluwer Law International, 2002, p. 8-9, 20-21.

[134] *Id*. *Ibid*., p. 21.

[135] NOAM, Eli. *Two cheers for the commodification of information*. In: NETANEL, Neil Weinstock; ELKIN-KOREn, Niva. *Op*. *cit*., p. 43, 44, 58, 59.

[136] *Id*. *Ibid*., p. 55-59.

[137] Em suas próprias palavras: "What is this phenomenon of globalization that has been subject, at the same time, to such vilification and such praise? Fundamentally, it is the closer integration of the countries and peoples of the world which has been brought about by the enourmous reduction of costs of transpostation and communication, and the breaking down of artificial barriers to the flows of goods, services, capital, knowledge and (to a lesser) people across borders. Globalization has been accompanied by the creation of new institutions that have joined with existing ones to work accross borders". STIGLITZ, Joseph. *Globalization and its discontnts*. Nova York: Penguin books, 2002, p. 9.

As três principais instituições que comandam o processo de globalização são: o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial e a Organização Mundial do Comércio. Também contribuem e participam, ainda que acessoriamente, algumas agências especializadas das Nações Unidas, como o Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas e a UNCTAD (*UN Conference on Trade and Development*). [138]

Fortemente direcionada por corporações internacionais, que movimentam bens, serviços e tecnologia através das fronteiras nacionais, a redução das análises aos aspectos econômicos estreitos, junto com as instituições que o promovem, configuram as principais fontes de controvérsias. [139]

Sob a promessa de que a liberalização, que seria feita através da redução das barreiras ao comércio e da desregulamentação financeira, traria redução da pobreza e asseguraria estabilidade econômica[140], o processo de globalização da década de 1980 foi intensificado. Os benefícios viriam principalmente em razão da redução da sensação de isolamento dos países, do enriquecimento advindo do aumento de exportações e do financiamento externo.[141]

Os resultados desse processo de liberalização econômica, fortemente associado à globalização, foram bastante diferentes do prometido, ainda que tenham trazido alguns benefícios econômicos localizados. Não se concretizou a redução da pobreza que, ao contrário do prometido, aumentou. Os ganhos produzidos foram desproporcionalmente divididos, ampliando a vantagem econômica dos países desenvolvidos sobre os demais. [142]

As apressadas privatizações relegaram para posteriormente questões essenciais ao bom funcionamento econômico do mercado, a exemplo da competição e regulamentação e, como resultado, houve a exploração abusiva da posição de monopólio acarretando em prejuízos ao consumidor. [143] A alta dos juros reduziu a possibilidade de empreendedorismo, que, associado

---

[138] STIGLITZ, Joseph. *Globalization and its discontnts*. Nova York: Penguin books, 2002, p. 10.
[139] *Id*. *Ibid*., p. 10.
[140] *Id. Ibid*., p. 5-7.
[141] *Id*. *Ibid*., p. 4-5.
[142]Segundo o estudo: "The world has deep poverty amid plenty. Of the world's 6 billion people, 2.8 billion—almost half—live on less than $2 a day, and 1.2 billion—a fifth—live on less than $1 a day, with 44 percent living in South Asia (figure 1). In rich countries fewer than 1 child in 100 does not reach its fifth birthday, while in the poorest countries as many as a fifth of children do not. And while in rich countries fewer than 5 percent of all children under five are malnourished, in poor countries as many as 50 percent are. This destitution persists even though human conditions have improved more in the past century than in the rest of history—global wealth, global connections, and technological capabilities have never been greater. But the distribution of these global gains is extraordinarily unequal. The average income in the richest 20 countries is 37 times the average in the poorest 20—a gap that has doubled in the past 40 years. And the experience in different parts of the world has been very diverse. In East Asia the number of people living on less than $1 a day fell from around 420 million to around 280 million between 1987 and 1998—even after the setbacks of the financial crisis. Yet in Latin America, South Asia, and Sub-Saharan Africa the numbers of poor people have been rising. And in the countries of Europe and Central Asia in transition to market economies, the number of people living on less than $1 a day rose more than twentyfold". BANCO MUNDIAL. *Attacking poverty:* opportunity, empowerment and security, 2000, p. 13. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTPOVERTY/Resources/WDR/overview.pdf.>. Acesso em 10 out. 2009.
[143] STIGLITZ, Joseph. *Op. Cit.*, p. 36.

à redução dos impostos, engessou os governos, impedindo-os de agir na promoção da economia, causando, em muitos casos, recessão ao invés de crescimento.[144]

Os resultados das negociações de livre comércio que, entre outras coisas, resultaram na Organização Mundial do Comércio (OMC), trouxe a abertura dos países em desenvolvimento aos serviços e à propriedade intelectual, sem a necessária e prometida contrapartida de abertura dos países industrializados à produção agrícola e à construção, resultando num enorme ganho para os países desenvolvidos e grande perda para os países em desenvolvimento e pobres.[145]

Parte do problema consiste na forma como estas políticas foram conduzidas. Uma vez vistas como fins em si mesmo, deixaram de buscar o crescimento sustentável e equitativo, tendo, por isso, sido impostas e executadas de forma excessivamente rápida e extensa, a custas de outras políticas necessárias. [146]

O descontentamento[147] revolve ao redor de alguns tópicos específicos. Em primeiro lugar as regras do jogo são injustas e especificamente desenhadas para privilegiar os países industrializados. O processo em curso valoriza avanços puramente materiais, desconsiderando aspectos essenciais como o meio ambiente, a saúde e a própria vida. Enfraquece-se a soberania e diminuem-se as possibilidades dos Estados nacionais agirem em benefício do melhor para seus cidadãos, o que acaba por resultar na fragilização da própria democracia. Por fim, o sistema econômico sugerido e imposto aos países em desenvolvimento é, no mínimo, inapropriado, quando não claramente danoso.[148]

As objeções ao processo foram simbolicamente explicitadas quando do primeiro grande protesto nos países desenvolvidos, ocorrido em Seattle, em 1999, durante uma reunião que deveria iniciar uma nova onda de negociações multilaterais, que conduziriam a intensificação da liberalização do comércio. Os movimentos de reação resultaram em algumas ações tendenciosas a um maior equilíbrio, porém ainda frágeis. [149]

Em decorrência da desregulamentação da economia e a redução do papel do Estado, desde 2008 o mundo já globalizado enfrenta uma profunda crise em razão dos abusos e

---

[144] STIGLITZ, Joseph. *Globalization and its discontnts*. Nova York: Penguin books, 2002, p. 54.
[145] *Id. Ibid*., p. 61.
[146] *Id. Ibid*., p. 53-54.
[147] É interessante notar que se alcança hoje um novo consenso, de que a globalização de fato não produziu os resultados previstos, prometidos e esperados. A diferença é que nas reuniões em Davos, Suíça, os países desenvolvidos responsabilizam os países em desenvolvimento pelo fracasso, argumentando que estes deveriam liberalizar ainda mais suas economias e globalizar-se mais rapidamente. Enquanto que seus antípodas apontam a comunidade internacional como responsável. Ver STIGLITZ, Joseph. *Making globalization work*. Nova York: Penguin books, 2007, p. 7-8.
[148] *Id. Ibid*., p. 9.
[149] Como exemplo, pode-se destacar a Declaração da 4ª Reunião Ministerial da Organização Mundial do Comércio, em 14 de novembro de 2001, no Catar.

equívocos cometidos por organizações financeiras privadas, possíveis pela falta de regramento e supervisão estatal, que leva a uma reestruturação do papel do próprio Fundo Monetário Internacional [150], com maior participação decisória dos países em desenvolvimento [151] e a uma profunda reflexão sobre o futuro do sistema capitalista global. [152]

A própria internacionalização política antecipou a econômica e financeira. [153] Contudo, suas estruturas imaturas e excessivamente permeáveis à desproporcional influência de alguns poucos países industrializados não foram capazes de assegurar um debate transparente e minimamente democrático. [154] Com isso, as instituições econômicas internacionais puderam forjar um consenso vinculado aos interesses privados e corporativos fortemente representados nos países desenvolvidos, que assumiram para si a defesa destes interesses nos fóruns internacionais. [155] Reformar este sistema para torná-lo funcional aos múltiplos interesses e necessidades é o desafio atual.

1.2.3 Cultura e identidade na sociedade contemporânea

A partir da revolução tecnológica, da disseminação cada vez maior do acesso à rede mundial de computadores - que se torna cada vez mais difundido, barato e rápido -, da alteração dos meios de apreensão e transmissão das informações e das novas formas possíveis de interação e comunicação, a exposição cultural torna-se mais cada vez mais presente. Ao mesmo tempo, os sistemas de comunicação internacionalizam-se e tornam-se concentrados sob o domínio de poucos grupos, trazendo consigo o perigo de dominação cultural e a resistência a esta dominação, além de questões relacionadas à própria existência e experiência individual.

---

[150] Conforme acordado na reunião dos países constitutivos do Fundo, encerrada em 26 de abril de 2009, em Washington D.C., EUA.
[151] Ver entrevista de Paulo Nogueira Batista Jr., diretor-executivo do Brasil e mais oito países do Brasil e América Latina no FMI, concedida a Folha de São Paulo e publicada no dia 27 de abril de 2009, p. B4. Nesta entrevista aponta que os países emergentes, integrantes do grupo conhecido como G20, devem aproveitar as oportunidades para consolidar suas propostas de equilíbrio decisório para as ações do FMI.
[152] Como pode ser visto em matéria veiculada na Harper's Magazine, *How to save capitalism? Fundamental fixes for a collapsing system*, nov., 2008, p. 34 e ss.
[153] WOLTON, Dominique. *Il faut sauver la communication*. Paris: Flammarion, 2005, p. 220.
[154] STIGLITZ, Joseph. *Making globalization work*. Nova York: Penguin books, 2007, p. 276-285.
[155] SELL, Susan K. *Private power, public law* - the globalization of intellectual property rights. New York: Cambridge University Press, 2003.

A perspectiva do mundo globalizado como sendo uma vila global [156], interconectada e de movimentação instantânea da informação, não resulta em uma aproximação de pontos de vista, ao contrário, torna menos suportáveis as diferenças culturais, aprofundando os contrastes e não necessariamente aproximando as culturas. [157]

As análises da sociedade de informação revelam contradições emblemáticas, dentre as quais se destacam a primazia da economia sobre os demais campos, que pode ser observada pelo debate inconcluso sobre o valor e o preço, a liberdade e o controle dos seus usos e disseminação da informação; a segmentação social, ao reforçar o individualismo e divisão territorial; a fragilidade da informação, fenômeno resultante de sua profusão, remetendo ao enfraquecimento da relação entre emitente, mensagem e receptor e ao progressivo enfraquecimento dos seus elementos essenciais, como a confiança e a legitimidade. [158] As próprias contradições da sociedade de informação contribuem para o florescimento das diferenças, e o vazio comunicativo que se instala promove a distensão ao invés da interação.

Neste cenário, a globalização, cujas forças políticas e econômicas se encontram em movimento, parece alcançar uma nova etapa, a cultural [159], cerne dos debates contemporâneos sobre os limites deste processo. E neste momento revigora-se a importância de compreender os fenômenos culturais e seus efeitos sobre as pessoas, grupos e sociedades.

A terceira mundialização, cultural, coloca no centro das questões as relações entre cultura e comunicação, e é resultado da percepção, de um lado, das ligações entre cultura e comunicação e, de outro lado, da necessidade de um plano de organização da coabitação cultural. [160] Após a valorização da simples transmissão de informações e mensagens, a preocupação atual é com a questão da comunicação, e, portanto, da reciprocidade, o que torna mais complexos os problemas. [161]

No centro da questão está a necessidade de construir vias de diálogo intra e extra grupos, cuja proeminência é reflexo da unilateralidade dos processos de globalização e do domínio dos espaços pelas vozes e visões de mundo ocidentais, onde destacam-se as perspectivas norte-americanas.

Embora seja inegável a relação entre sociedades e modelos de comunicação, os entendimentos de como se desenrolam são diversos. Há os que vêem relações muito próximas

---

[156] Para melhor compreensão do conceito, é indispensável a leitura de MCLUHAN, Marsall; POWERS, Bruce. *Global village:* transformations in world life and media in the XXI Century. New York: Oxford University Press, 1989.
[157] WOLTON, Dominique. *Il faut sauver la communication*. Paris: Flammarion, 2005, p. 122-123.
[158] *Id*. *Ibid*., p. 86-92.
[159] *Id*. *Ibid*., p. 220.
[160] *Id*. *Ibid*., p. 122-123.
[161] Dito de outra forma: “la mondialisation de la communication ne simplifie rien, et complique tout”. *Id. Ibid.,* p. 122-123.

entre os modelos e conteúdos comunicativos das mídias e os processos sociais de massificação social e homogeneização cultural. [162] Outros vislumbram que a mídia – tomada pelo conjunto dos meios de comunicação - expressa em estrutura e conteúdo a sociedade em que é gerada e utilizada. [163] Há ainda os que defendem uma relação de complementaridade, onde prevalece a noção de influência sobre a noção de impacto, ressaltando que aos usuários corresponde uma rede própria de relações que medeiam e condicionam a recepção, absorção e aplicação das mensagens e seu conteúdo. [164]

O ponto de vista adotado aqui vislumbra que as complexidades específicas da sociedade contemporânea refletem nos sistemas de comunicação existentes e na forma como são utilizados, alterando-os. Este emergente modelo de comunicação exprime uma proximidade com a reflexividade [165], elemento fundamental para a decisão individual e construção da experiência subjetiva contemporânea, em que, dispostos ao mesmo tempo a um sem número de receptores, os conteúdos são contextualizados, compreendidos, absorvidos ou rejeitados a partir das relações em rede estabelecidas pelos destinatários.

Vive-se atualmente em um processo contínuo de convergência de mídias, representado pelos fluxos de conteúdo através de diversas plataformas, pela cooperação e coordenação entre as indústrias de conteúdo e pelo comportamento migratório das audiências em busca das experiências que deseja. [166] As mudanças na mídia – entendida como estruturas de comunicação socialmente concretizadas - correspondem ao surgimento de um novo modelo de comunicação, que convive e interage com outros pré-existentes. [167]

Sugere-se, hoje, a existência de um modelo em construção, denominado de comunicação sintética [168], que associa a rapidez da lógica binária à busca de relações interpessoais, e funda-se no paradigma da comunicação em rede. Funciona de acordo com "uma lógica hipertextual, no sentido em que promove a articulação entre o conceito clássico de texto, o conceito de fluxo e a comunicação interpessoal" [169].

---

[162] Os filósofos da Escola de Frankfurt, por exemplo, representam esta linha de reflexão. Verificar, em especial, ADORNO, Theodor. *Indústria cultural e sociedade*, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.
[163] Marshall McLuhan, por exemplo, representaria esta corrente.
[164] Representativo deste ponto de vista, Cf. LEVY, Pierre. *Ciberculture*. Minnesota: University of Minnesota Press, 2001.
[165] GIDDENS, Anthony. *The consequences of modernity*. Califórnia: Stanford University Press, 1990, p. 36 e ss.
[166] JENKINS, Henry. *Convergence culture:* where old and new media collide. New York: New York University Press, 2006, p. 2-3.
[167] Historicamente, podem ser apontados três modelos pré-existentes, que são, primeiramente, o modelo interpessoal bidirecional, em que duas pessoas dialogam entre si ou várias pessoas dentro de um grupo; em segundo lugar, o modelo onde um indivíduo dirige a mensagem a um grupo determinado de pessoas; em terceiro, a comunicação de massa, onde uma única mensagem é dirigida a um grupo indeterminado de pessoas.
[168] CARDOSO, Gustavo. *A mídia na sociedade em rede*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 130.
[169] *Id*. *Ibid*., p. 131.

O papel atual exercido pela comunicação no processo de mundialização não é somente o de transmissão de passagens, mas de desempenhar a função de tradução entre universos simbólicos diferentes. A globalização, na verdade, não elimina fronteiras, ela cria esta necessidade, não de barreiras físicas, mas simbólicas ou culturais. Estas alterações afetam a própria função das estruturas de comunicação que passam de transmissores a mediadores. [170] A inquietação com o controle privado dos canais de comunicação e do tráfego de bens culturais é questão fundamental para os Estados hodiernos. A regulação da radiodifusão na Europa é sintomática deste quadro.

Durante a década de 1980, a transmissão via satélite instigou a formulação de políticas continentais que almejavam regular a radiodifusão – e posteriormente a produção de conteúdo - entre os países da Europa [171], em busca de aumentar a integração entre os membros e criar um robusto mercado doméstico, comparável ao norte-americano. O objetivo de equiparar-se ao mercado doméstico americano foi frustrado devido às diferenças lingüísticas e culturais, que dificultavam uma programação única por parte das emissoras, que interessasse aos espectadores dos diferentes lugares. Da mesma forma, não conduziu a audiência européia a uma cultura comum, na medida em que não dividiam as mesmas preferências e gostos. [172]

Os argumentos apresentados demonstravam, porém, uma intensa divisão entre os que propunham uma plena liberalização e desregulamentação do setor e os que, ao contrário, defendiam uma regulação e atuação mais direta por parte dos poderes comunitários. Os últimos vislumbravam o setor como um veículo para construção de uma consciência coletiva européia, enquanto os primeiros entreviam um ganho para o consumidor e para o próprio mercado em razão da competição. Em qualquer dos casos, apoiavam uma política supranacional para o setor, inescapável em razão do avanço tecnológico. [173]

A internacionalização da comunicação reforça as preocupações com a cultura. O resultado pode conduzir a conformação de identidades culturais refugiadas, em uma rejeição do outro dominante, ou em identidades culturais relacionais, que indicam a capacidade de gerir simultaneamente as identidades particulares e suas interações com a comunidade internacional. [174] Na medida em que a construção da subjetividade deriva das experiências individuais dos sujeitos, a preocupação em assegurar, em uma sociedade complexa e multicultural, a possibilidade de experiências culturais diversificadas torna-se prioritária. A

[170] WOLTON, Dominique. *Il faut sauver la communication*. Paris: Flammarion, 2005, p. 134-135.
[171] Três iniciativas são especialmente relevantes: a Diretiva de 1989 "Televisão sem fronteiras"; as diretivas sobre os padrões de transmissão via satélite (1986 e 1992) e o programa MEDIA, de apoio à produção e difusão audiovisual.
[172] COLLINS, Richard. *Media and identity in contemporary Europe*. USA, Oregon: Intellect Books, 2002, p. 18-19.
[173] *Id. Ibid*., p. 14.
[174] WOLTON, Dominique. *Op. Cit.*, p. 218.

necessidade de diálogo intercultural implica na exposição, promoção e preservação da diversidade de visões de mundo. A gestão pacífica do *triângulo infernal (identidade – cultura - comunicação)* depende da coabitação cultural, de respeito à diversidade cultural e à organização de uma base democrática de convivência. [175]

Estas discussões revelam o entendimento de que a mídia – e o audiovisual em especial – tem um papel central na criação e manutenção da legitimidade política, e, portanto, da unidade de um grupo. Esta relação (entre cultura e política) é especialmente forte nos debates sobre nacionalismo, onde se vislumbra que o sentimento nacional promovia o amálgama social necessário à constituição das nações. Assim, as visões a partir deste paradigma antecipam a dissolução social que viria com o enfraquecimento dos vínculos simbólicos, culturais. [176]

O contra-argumento é que esta é uma visão especificamente moderna, e que a proliferação de culturas e identidades híbridas é inofensiva e característica da nova ordem sócio-cultural denominada pós-modernidade. [177] As discussões então conduzem ao debate sobre se o momento histórico atual representa uma ruptura com a modernidade – daí pós-modernismo – ou o completar do projeto original da modernidade – daí alta modernidade. [178]

Um padrão plural de relações entre os povos parece surgir, ainda que de forma vaga, irregular, retalhado e indeterminado. A compreender estes movimentos duas linhas teóricas confrontam-se. Uma que defende a impossibilidade de grandes narrativas que sintetizem e expliquem os acontecimentos, pois só há eventos, pessoas e particularidades desconectadas de um padrão apreensível, sendo típica do paradigma pós-moderno. Em compensação, há os que substituem as grandes, genéricas e abrangentes explicações por outras ainda mais amplas, integrativas e totalizantes, insistindo nos preceitos da modernidade. [179]

Há muitas maneiras de integração numa coletividade, que ocorrem paralelamente em níveis, escalas, domínios diferentes. A teia integrada de informação e causalidade não é acompanhada pela redução das demarcações culturais e progressiva uniformização – como dá a entender a metáfora de uma vila global – mas da reconstrução, multiplicação e

---

[175] WOLTON, Dominique. *Il faut sauver la communication*. Paris: Flammarion, 2005, p. 220.
[176] COLLINS, Richard. *Media and identity in contemporary Europe*. USA, Oregon: Intellect Books, 2002, p. 26-28.
[177] *Id. Ibid*., p. 28-29.
[178] Entre os principais autores e obras filiados à corrente que imagina estas mudanças como movimentos de complementação do projeto da modernidade se destacam HABERMAS, Jungen. Modernity versus postmodernity. In: *New German Critique, n. 22, 1981;* GIDDENS, Anthony. *The consequences of modernity*. Califórnia: Stanford University Press, 1990. Ao passo que entre os defensores da existência de uma ruptura com os valores da modernidade encontram-se LYOTARD, Jean-françois. *The Post-modern condition:* A Report on Knowledge. USA: University of Minnesota Press, 1984; JAMESON, Fedric, *Postmodernism, or the cultural logic of late capitalism*, Duke: Duke University Press, 1991.
[179] GEERTZ, Clifford. The world in pieces: culture and politics at the end of the century. In: GEERTZ, Clifford. *Available light*: anthropological reflections on philosophical topics. USA: Princeton University Press, 2000, p. 210-224.

intensificação destas fronteiras. Por isso, talvez o que se precisa, de fato, são visões que respondam à profunda diversidade e pluralidade sem perder o senso de conexão que "não é nem compreensivo nem uniforme, nem frugal nem estático, mas nem por isso menos real." [180]

1.3 Cultura no ordenamento jurídico

Um fenômeno tão fluído e dinâmico como o cultural não se presta facilmente à objetivação jurídica. Ainda assim, na medida em que aspectos do fenômeno cultural passam a ter relevância jurídica, sendo passíveis de serem judicializados, se torna essencial estabelecer seus contornos a partir desta perspectiva, selecionando-os e especializando-os, da mesma forma que os fatos sociais são também vistos como jurídicos, alterando-se apenas o seu enfoque.

O primeiro passo nesta direção deve ser compreender sua regulamentação no ordenamento jurídico nacional constitucional e internacional. Isto implica em analisar os instrumentos tanto nacionais como os internacionais em busca dos elementos normatizados do fenômeno cultural, na forma de direitos culturais. Antes, porém, como forma de esclarecimento do objeto deste estudo, é necessário diferenciar entre, de um lado, a cultura do direito, e de outro, o direito da cultura.

1.3.1 A cultura do Direito

A continuidade histórica dos conceitos legais é um "postulado básico do pensamento legal do Ocidente desde o Iluminismo, quando o racionalismo criou a utopia de um sistema legal baseado em axiomas racionais desenvolvidos com o apoio da matemática" [181]. Esta perspectiva tende a obscurecer o sistema de valores por trás das normas jurídicas, que deriva da percepção de que "esses paradigmas resultam de um raciocínio legal eterno, e não de

[180] GEERTZ, Clifford. The world in pieces: culture and politics at the end of the century. In: GEERTZ, Clifford. *Available light*: anthropological reflections on philosophical topics. USA: Princeton University Press, 2000, p. 246 e ss.
[181] HESPANHA, Antônio Manuel. A imaginação legal nos primórdios da Era Moderna. In: *Novos Estudos*, São Paulo, Cebrap, n. 59, mar., 2001, p. 149.

universos de crenças esculpidos pela cultura" [182]. A necessária recuperação, no plano da teoria legal, da percepção das diferenças históricas e culturais, traz a visão da localidade dos valores sociais implícitos nas normas jurídicas. [183]

Não pode o Direito prescindir nem de forma e estrutura, nem do conteúdo social, e a apreciação integral do fenômeno jurídico a partir de pressupostos históricos e culturais – mérito do culturalismo jurídico – leva a superação da unilateralidade das visões do sociologismo jurídico, centrado nas análises dos fatos, e do normativismo jurídico, centrado nas técnicas e nas normas, vista como sistema de proposições lógicas. [184]

Nesta linha de raciocínio é possível ver o Direito igualmente como força de estabilidade e de mudança, na medida em que "se destina à salvaguarda e à garantia de valores realizados, assim como à realização ordenada de novos valores" [185]. O fenômeno jurídico, assim analisado, apresenta-se "como um processo que se desenvolve na dimensão da historicidade e no qual se articulam as normas – momento culminante deste processo –, os fatos que estão na sua origem e os valores ou fins que constituem sua razão de ser" [186].

Ainda quando fundadas em tratados internacionais, a conformação das normas jurídicas são sempre decisões locais - sejam dos legisladores, aplicadores ou destinatários – e, por isso mesmo, "toda ordem jurídica é também expressão de uma forma de vida em particular, e não apenas o espelhamento do teor universal (destas normas)" [187].

A própria existência de um Estado cultural aberto "necessita de elementos culturais de base. Cultura é o '*húmus*' de toda sociedade aberta. Ela é que lhe confere fundamentos e motivos. Sem cultura o *homo politicus* ficaria sem chão" [188]. A insuficiência dos instrumentos econômicos para a sustentação do Estado Constitucional das sociedades abertas aponta para a importância do estudo, pela Teoria Constitucional enquanto ciência da cultura, dos fundamentos e bases culturais de cada Estado. [189]

As próprias noções de liberdade, democracia e Constituição são realidades culturais, historicamente localizadas e em constante transformação, e o entendimento do Direito Constitucional como ciência da cultura, como propõe Häberle, "implica a valorização não

---

[182] HESPANHA, Antônio Manuel. A imaginação legal nos primórdios da Era Moderna. In: *Novos Estudos*, São Paulo, Cebrap, n. 59, mar., 2001, p. 149.
[183] *Id*. *Ibid*., p. 150.
[184] REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*. 2. ed., Rio de Janeiro: Saraiva, 1977, p. 265-267.
[185] *Id*. *Ibid*., p. 265.
[186] MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro.* Rio de Janeiro: Saraiva, 2002, p. 174.
[187] HABERMAS, Jungen. *A inclusão do outro*. 2. ed., São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 253.
[188] HÄBERLE, Peter. *Constituição e cultura:* o direito do feriado como elemento de identidade cultural do Estado Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. xiii.
[189] *Id*. *Ibid*., p. xiii.

apenas do texto, mas também da realidade que lhe está subjacente, compreendendo simultaneamente a constituição formal e material" [190].

O estudo da cultura do Direito pode então ser entendido como uma análise dos valores sociais, necessariamente culturais e históricos, conforme refletido nas normas, em sua interpretação e aplicação em um dado ordenamento jurídico. [191] Em comparação com o exame do direito enquanto expressão cultural e social, a análise do que seja um direito da cultura altera o foco da investigação, passando do estudo dos fundamentos sócio-culturais do Direito para concentrar-se na cultura como objeto do Direito.

Ao afirmar-se que o direito da cultura é uma tradução da "existência de um serviço público da cultura, por uma política cultural e pelo desenvolvimento de um contencioso da cultura", entende-se também este direito como sendo "conseqüência não só das ações referentes à política cultural do Estado e do reconhecimento de um direito à cultura", mas do desenvolvimento de um verdadeiro conjunto normativo da cultura. [192] Em outra proposição, afirma-se ser o direito da cultura o conjunto de normas sobre cultura, as relações entre estas normas, as decisões jurídicas e as análises doutrinárias sobre estas normas. [193] Para as finalidades deste trabalho, pode-se, em caráter preliminar, entender o direito da cultura como conjunto normativo sobre a cultura, que inclui legislação, doutrina e jurisprudência pertinentes.

A seguir, são salientados os preceitos normativos constitucionais que constituem a base do direito da cultura, enquanto que os conceitos mais específicos de direitos culturais e direito à cultura são desenvolvidos no próximo capítulo.

---

[190] SILVA, Vasco Pereira da. *A cultura a que tenho direito:* direitos fundamentais e cultura. Coimbra: Almedina, 2007, p. 12-13.

[191] Neste sentido, Orlando GOMES, em *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro* (2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006) fala da cultura do Código Civil de 1916, e aponta (p. 19-20) que "Na organização jurídica (de seus institutos) o Código Civil sofre a influência marcante dos costumes próprios dessa sociedade subdesenvolvida. [...] Mas, por outro lado, distancia-se da realidade, avançando o sinal, para haurir, na doutrina e na legislação de povos mais adiantados, concepções e disposições próprias do grau de seu desenvolvimento. [...] As condições de vida do país, tão distantes daquelas em que tais construções se levantaram, reagiram sobre o próprio pensamento desta elite progressista, e exerceriam marcada influência sobre as instituições e o modo por meio do qual o Direito seria aplicado". Sobre o Código Civil de 1916, ver também PONTES DE MIRANDA, *Fontes e evolução do direito civil brasileiro* (Rio de Janeiro: Forense, 1982), quando afirma (p. 489) que o Código Civil "condensa um direito mais preocupado com o círculo social da família do que com os círculos sociais da nação". Sobre os fundamentos sociais do Código Civil de 2002, Miguel REALE, em *História do Novo Código Civil*, refere-se à alteração dos valores imbuídos na estrutura do novo instrumento no que diz respeito à diretriz para "alteração geral do código atual no que se refere a certos valores considerados essenciais, tais como os de eticidade, sociabilidade e operabilidade", sendo os dois primeiros especialmente afeitos aos valores culturais da sociedade contemporânea (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005). Por fim, para uma ampla análise da diversidade dos ordenamentos jurídicos contemporâneos Cf. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

[192] PONTIER, Jean-Marie; RICCI, Jean-Claude; BOURDON, Jacques. *Droit de La culture.* Paris: Dalloz, 1990, p. 90 e ss.

[193] RIOU, Alain. *Le droit de la culture et le droit à la culture.* 2 ed., Paris: ESF Éditeur, 1996, p. 37.

1.3.2 A Constituição e a regulação da cultura

A proteção dos espaços materiais e imateriais de interação e manifestação culturais é conseqüência inafastável da ampla proteção da pessoa humana em todas as suas dimensões, cuja origem se encontra no estabelecimento da dignidade humana como um dos fundamentos da República. [194] Em que pese a relevância e primazia da dignidade da pessoa humana no ordenamento, pouca atenção tem sido dada ao conteúdo, efeitos, direitos e deveres estabelecidos nos dispositivos constitucionais específicos. [195]

Na maior parte das vezes, as análises concentram-se na preservação do patrimônio histórico-cultural e, mais amplamente, estão relacionadas à proteção do ambiente construído. [196] Entendimentos recentes [197], porém, apontam uma preocupação com a proteção dos conhecimentos tradicionais, das expressões culturais tradicionais e do folclore. [198]

Dentre os dispositivos constitucionais, os que se referem diretamente à cultura são os artigos 23, 24 e 30, dispondo sobre competências; 5º, inc. IX e 220, ao tratar da liberdade de expressão e de sua comunicação; 5º, inc. XXVII e XXVIII, ao constituir direitos autorais patrimoniais, conceder titularidade originária ao autor, atribuir exclusividade temporária na exploração econômica e assegurar a fiscalização das obras artísticas; 206, inc. II, apontando para a sua relação com o ensino; 5º, inc. LXXIII, ao assegurar a legitimidade para propor ação

---

[194] Conforme positivado no art. 1º, III, CRFB/1988.

[195] Poucos pesquisadores enfrentaram juridicamente as questões dos direitos culturais no Brasil, donde se destaca SILVA, José Afonso. *Ordenação constitucional da cultura.* São Paulo: Malheiros, 2001. Vide também CHAUÍ, Marilena, *Cidadania cultural*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006; CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

[196] Vide, por exemplo, REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, e SOUZA FILHO, Carlos Frederico Mares. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. Curitiba: Juruá, 2005.

[197] Recentemente a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), em sua 38ª Assembleia Geral realizada entre os dias 22 de setembro e 01 de outubro de 2009, considerando a Agenda do Desenvolvimento, redefiniu competências e calendário do Comitê Intergovernamental em Propriedade Intelectual e Recursos Genéticos, Conhecimento Tradicional e Folclore, com o objetivo principal de elaboração de um tratado internacional sobre a matéria. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/ wipo_grtkf_ic_14/wipo_grtkf_ic_14_decision_item_28.pdf>. Acesso em 10 out. 2009.

[198] Anteriormente, na 14ª Reunião do Comitê, realizada entre 28 de junho e 03 de julho de 2009, foi preparado um documento a partir do qual deve ser elaborado, pelo Comitê, uma versão preliminar do tratado a ser submetido aos países membros e à Assembleia Geral. Dentre as preocupações dos países, merecem destaque as colocações da delegação brasileira que aponta para uma discrepância entre a obrigatoriedade de proteção das patentes, marcas e tecnologia, cuja produção concentra-se nos países desenvolvidos, enquanto os produtos culturais, majoritariamente pertencentes aos países em desenvolvimento, permanecem desprotegidos. Nas próprias palavras da delegação, conforme consta do documento: ”The Delegation also noted that both WIPO treaties and TRIPS readily required developing countries to protect trademarks, patents, and technology, which developed countries largely produced. Yet cultural products, of which developing countries monopolized production, remained unprotected. The Delegation said that an international legally-binding agreement would increase the legitimacy of the IP system and widen developing countries' participation by enabling them to protect and benefit from the sole intangible assets held by them.” Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore. Fourteenth session. Geneva, June 29 to July 3, 2009. Report, p. 10, item 26. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_14/wipo_grtkf_ic_14_12.pdf>. Acesso em: 10 out. 2009.

popular para anular ato lesivo ao patrimônio histórico; 215 e 216, circunscrevendo o objeto dos direitos culturais; 221 e, em certa medida, 222, refletindo sua importância na comunicação de massa; 227, como um direito fundamental da criança e do adolescente; 231, na proteção das expressões culturais dos grupos indígenas e do espaço onde se realizam. [199]

Um dos assuntos tratados na Constituição é a distribuição de competência entre os entes federativos no que concerne a regulação e efetivação dos direitos culturais. São tratados nos artigos 23 [200], 24 [201] e 30 [202]. Em razão de sua relevância, não há exclusividade nem na proteção do patrimônio cultural nem na garantia de acesso, firmando competência comum entre os entes nestes dois aspectos, que, portanto, podem e devem agir, em conjunto ou isoladamente, no sentido de proteger e garantir à população acesso ao patrimônio cultural. Já o poder de legislar sobre a proteção do patrimônio e sobre a responsabilidade por danos e sobre a cultura em geral é de competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal [203], cabendo ao Município legislar supletivamente sobre assuntos de interesse local.

Os grupos indígenas, pelo próprio histórico de ocupação e destruição a que foram submetidos em razão do processo de colonização, recebem tratamento especial, conforme estabelecido no artigo 231. [204] É reconhecida sua especificidade, do que deriva uma proteção específica ao conjunto onde suas práticas sócio-culturais se desenrolam. O que se busca proteger neste artigo é o complexo de atividades parte da realidade destes grupos, incluindo sua terra, cultura e vida, englobando, por fim, o seu todo existencial. [205]

---

[199] José Afonso da SILVA afirma o seguinte: "A Constituição Brasileira de 1988 refere-se à cultura nos arts. 5º, IX, XXVII, XXVIII e LXXIII, e 220, §§ 2º e 3º, como manifestação do direito individual e de liberdade e direitos autorais; nos arts. 23, 24 e 30, como regras de distribuição de competência e como objeto de proteção pela ação popular; nos arts. 215 e 216, como objeto do direito e patrimônio brasileiro; no art. 219, como incentivo ao mercado interno, de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural; no art. 221, como princípios a serem atendidos na produção e programação das emissoras de rádio e televisão; no art. 227, como um direito da criança e do adolescente; e no art. 231, quando reconhece aos índios asua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições e quando fala em terras tradicionalmente ocupadas por eles, necessárias à reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições." SILVA, José Afonso. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 42.

[200] Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

[201] Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IX - educação, cultura, ensino e desporto;

[202] Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

[203] Neste caso, cabe à União estabelecer regras gerais e aos Estados a sua especificação de acordo com a realidade regional.

[204] Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

[205] Como exemplo, Cf. trecho colacionado a seguir: "A Constituição Federal, em seu artigo 231, impõe à União o dever de preservar as populações indígenas, preservando, sem ordem de preferência, mas na realidade existencial do conjunto, sua

Há uma estreita ligação constitucional entre os direitos culturais e os direitos à educação, pois, através da educação, deve-se, por princípio, difundir as artes, o pensamento e o saber[206], conforme estabelecido no seu artigo 206, inc. II. [207] Esta associação remonta à proximidade conceitual entre civilização e cultura nos séculos XVIII e XIX, quando o próprio processo educacional era entendido como uma forma de apreender a cultura, de maneira a civilizar-se. Hoje, visto de forma mais ampla, o ensino artístico é uma forma de integração, desenvolvimento de aptidões, incentivo à criatividade, não sendo restritas a disciplinas específicas, fazendo parte inclusive de atividades de extensão e promoção da interação da unidade de ensino com a comunidade a que serve. [208]

O direito à cultura é reforçado, junto com outros direitos, quando assegurado às crianças e adolescentes, com prioridade em relação demais membros da sociedade. [209] Esta especial preocupação com os jovens, sejam crianças ou adolescentes, indica a decisão do constituinte em promover a plena formação dos futuros cidadãos e, com isso, reitera a essencialidade dos direitos culturais na formação da pessoa. Esta norma remete ainda à competência municipal de prover o ensino infantil e fundamental, que deve necessariamente incluir o acesso às atividades artísticas, como princípio educacional constitucional.

A liberdade de comunicação e de expressão são consequências do clássico direito à autonomia individual, princípio fundamental dos ordenamentos ocidentais desde o século XIX que assegura, mais amplamente, a amplitude de ação aos indivíduos e grupos. [210] São direitos complementares, pois enquanto a liberdade de expressão - art. 5º, inc. IX [211] - garante a exteriorização da personalidade nas mais variadas formas [212], a de comunicação – art. 220 [213] - assegura o direito de difundi-la, publicizá-la, comunicá-la. A restrição, ou censura, a

---

cultura, sua terra, sua vida". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 270.379-MS. Segunda Turma. Relator: Min. Maurício Corrêa, Brasília, 17 de abril de 2001. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 out. 2009.

[206] Comumente, nas escolas, toma a forma de educação artística e filosofia.

[207] Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber.

[208] Para uma interessante e abrangente análise da complexidade das relações entre cultura e educação ver VEIGA-NETO, Alfredo. Cultura, culturas e educação. In: *Revista Brasileira de Educação*, n. 23, abr.-jul., 2003, p. 5-15.

[209] 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.

[210] SILVA, José Afonso. *Ordenação constitucional da cultura.* São Paulo: Malheiros, 2001, p. 52 e ss.

[211] Art. 5º, IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[212] Na concepção do autor, a liberdade de expressão envolve um dever geral de abstenção quanto "a uma faculdade de pensar, emitir o pensamento, criar artisticamente, professar determinado culto ou doutrina política." CARVALHO, L. G. Grandinetti C. de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 28-29.

[213] Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. § 3º - Compete à lei federal: I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a

qualquer destes direitos é ilegítima, ressalvada a observância aos demais direitos fundamentais, notadamente a honra, a imagem e a intimidade.

Ao assegurar a liberdade de expressão, inclusive cultural, e sua comunicação [214], é consequentemente asseverado o direito de participação ativa na elaboração e re-elaboração da rede de significados onde se inserem a pessoa e a comunidade, afirmando, com isso, o direito ao exercício da cidadania cultural como uma das faces do objetivo geral da República de promoção da cidadania. [215]

Tratando da comunicação social, são estabelecidos no artigo 221 [216] da Constituição Federal os princípios que deverão ser atendidos pelas empresas de rádio e televisão. São obrigatórios e têm por objetivo a promoção das atividades educativas, artísticas, culturais e informativas e das representações culturais nacionais e regionais. Reforçando tais princípios, o artigo 222 [217] limita a participação estrangeira nestas empresas, tanto com relação à participação societária quanto na edição e programação, almejando, indiretamente, garantir a representação da cultura nacional nos veículos de comunicação de massa.

Contudo, em um cenário em que os sistemas de comunicação são, majoritariamente, verticalizados e de controle concentrado, é de extrema relevância, para a concretização da cidadania cultural, a garantia de espaços onde as expressões, individuais ou coletivas, e sua

---

natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. § 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. § 5º - Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio. § 6º - A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

[214] José Afonso da SILVA aponta que a liberdade de expressão é "um sistema complexo que consitui o centro de um leque de faculdades constitucionalmente garantidas" *(*p. 58). Sistema este que "por um lado, significa a possibilidade de expressar ideias e crenças sobre qualquer matéria e comunicá-las, em princípio por qualquer meio; por outro lado, inclui o direito de escutar, ouvir, ler e também contemplar as imagens que expressam os pontos de vista que outros emitem sobre fatos, ideias e crenças." COLAUTTI, Carlos E. *liberdad de expressión y censura cinematografica*. Buenos Aires: Fundación Instituto de Estudios Legislativos, 1983, p. 8. *Apud* SILVA, José Afonso. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 58.

[215] Art. 1º, inc. II, CRFB/1988.

[216] Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

[217] Note-se que este artigo foi alterado pela Emenda Constitucional 36, de 28 de maio de 2002. Em sua nova redação o Art. 222 enuncia que "A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País. § 1º Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação. § 2º A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social. § 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais. § 4º Lei disciplinará a participação de capital estrangeiro nas empresas de que trata o § 1º. § 5º As alterações de controle societário das empresas de que trata o § 1º serão comunicadas ao Congresso Nacional."

comunicação não sofram embaraços tais que equivalha à censura, o que seria uma restrição indevida da liberdade.

Disso decorre a necessidade de fomentar a produção e comunicação das formas culturais não dominantes ou de menor apelo comercial, garantindo sua representação. [218] Em que pese a resistência política à consecução de tal perspectiva [219], que implica a participação plural dos grupos constitutivos da nação nos sistemas de comunicação, é inegável sua obrigatoriedade constitucional.

Não se deve olvidar que o fenômeno cultural se desenvolve em um ambiente onde as interações sociais são praticadas e entendidas a partir de uma teia de significações, em que as ações são ao mesmo tempo significados e significantes. Fundada nas interações, a comunicação é a motriz da construção da rede de significações. Assim, tanto a liberdade de expressão cultural como a de comunicá-las publicamente estão intimamente relacionados, fazendo parte do processo mais amplo de participação, que inclui ainda a preservação, promoção e o acesso ao patrimônio cultural.

As criações artísticas, entendidas as artes como expressões materiais culturais, são protegidas pelos direitos autorais, que fazem parte do amplo campo do direito da cultura. Estas expressões artísticas podem ser entendidas como projeções da personalidade do autor, que lhes imprime individualidade. São assim vislumbradas relações indissolúveis entre o autor e sua obra e, por isso, reconhecidos direitos de natureza pessoal ao criador, que se projetam na obra e são chamados de direitos morais - inalienáveis e imprescritíveis. Por serem reflexo desta reconhecida interioridade, de conteúdo existencial, o fundamento constitucional dos direitos pessoais do autor situa-se, bem como os direitos culturais, na ampla proteção à dignidade da pessoa humana, de onde derivam os direitos de personalidade em nosso ordenamento. [220]

A par dos direitos pessoais, são também atribuídos originalmente aos autores direitos exclusivos de utilização econômica das obras criadas. Estes são chamados de direitos

---

[218] Conferir o Projeto de Lei n. 29 de 2007, na Câmara do Deputados. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 25 out. 2009.

[219] Que pode ser observada nas diversas audiências e manifestações públicas realizadas quando da apreciação do PL 29/2007 nas diversas comissões, e também pelo grande número de emendas antagônicas feitas ao projeto à própria dificuldade de alcançar um consenso. A questão da cota de produção nacional nas TVs pagas é uma das questões mais sensíveis, chegando mesmo as empresas argumentarem que isto violaria a suposta liberdade de escolha do cidadão, pois seriam impostas restrições à programação. Argumento enganoso, uma vez que as escolhas são feitas pelos programadores com base no apelo comercial do produto, sem consideração pelo valor educativo-cultural da obra, e muito menos pela diversidade cultural da grade de programação.

[220] Como aponta Maria Celina Bodin de MORAES, "os direitos das pessoas estão, todos eles, garantidos pelo princípio constitucional da dignidade humana, e vêm a ser concretamente protegidos pela cláusula geral de tutela da pessoa humana." (O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 55).

patrimoniais e estão estabelecidos no art. 5º, inc. XXVII [221] e XXVIII. [222] Suas disposições asseguram ao autor, pessoa física criadora, o direito exclusivo de utilização durante sua vida, e após sua morte por tempo limitado, sendo igualmente garantido o direito de fiscalização direta ou indireta, através de associações ou sindicatos. Ao mesmo tempo assegura-se a proteção das participações individuais em obras coletivas e da reprodução da voz e imagem humanas, que inclui a sua fixação para posterior reprodução.

É pacífico o entendimento de que tanto publicação quanto reprodução são formas de utilização, porém é possível vislumbrar um outro sentido – diverso mas concomitante - para o termo publicação conforme empregado. Defende-se que este termo refira-se também ao direito moral autoral de divulgar ou não à obra, podendo mantê-la inédita. [223] Ainda que compartilhando da visão de que publicação contrapõe-se ao ineditismo, não parecem ser quaisquer dos direitos morais - mesmo o direito à divulgação pública ou seu oposto, o direito ao inédito – alcançados diretamente pela norma em questão, que está circunscrita a regular – embora não de forma exclusiva [224] - os direitos patrimoniais do autor e seu exercício. Esta apenas indica a existência de um direito pessoal anterior (de manter a obra inédita) que condiciona o exercício dos direitos previstos, inclusive os de utilização econômica *lato sensu*. [225]

Por outro lado, qualquer utilização patrimonial da obra, que não seja sustentada em outro direito fundamental constitucional, depende do ato anterior do autor, ou seus herdeiros [226], autorizando sua circulação pública. Isso implica em afirmar que os direitos patrimoniais são condicionados, só sendo, em geral, passíveis de realização após efetivada a condição imposta – decisão do autor de divulgar publicamente sua obra. O condicionamento legal dos direitos patrimoniais assegura ainda ao autor o direito de retirada da obra já posta em circulação, ainda que mediante indenização prévia e em razão de ofensa à sua honra ou reputação. [227]

---

[221] Art. 5º, XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

[222] Art. 5º, XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

[223] SANTOS, Manoel Pereira. Princípios constitucionais e propriedade intelectual – o regime constitucional do direito autoral. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos. *Direito da propriedade intelectual* – estudos em homenagem a Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006, p. 17-18.

[224] Veja por exemplo o inciso XXIII do art. 5º, que trata da obrigatoriedade de atendimento da função social.

[225] O mesmo ocorre com a voz e imagem humanas, cuja proteção encontra-se prevista anteriormente no inciso X do art. 5º. O inciso XXVIII, alínea "*b*", do art. 5º, protege a utilização da imagem e voz humanas nas obras artísticas, através da reprodução, não instituindo um direito novo, apenas assegurando a necessidade de autorização para tal exercício.

[226] O direito de conservar a obra inédita - art. 24, III da Lei 9.610/98 - é transferido aos herdeiros, conforme o § 1º do art. 24.

[227] Lei 9.610/98, art. 24, VI e § 3º.

Os artigos 215 [228] e 216 [229] da Constituição Federal são decisivos na conformação do ordenamento constitucional da cultura, pois normatizam os objetos principais dos direitos culturais.

O artigo 215 impõe ao Estado o dever de garantir o exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes de cultura. Demanda ainda apoio e incentivo tanto para a valorização quanto para a difusão das manifestações culturais. A garantia de acesso deve ser compreendida como uma das formas de concretização destes direitos, junto com a valorização e difusão das manifestações e fontes culturais, que compõem o patrimônio cultural brasileiro. [230]

No mesmo artigo, em seu parágrafo primeiro, atribui o texto constitucional ao Estado a responsabilidade de proteger as manifestações culturais minoritárias dos grupos formadores e constitutivos do país, independente do elemento de identificação dos grupos. E relevante notar o uso da expressão "culturas populares", indicando a necessidade de proteção das representações das classes populares e destituídas de poder social e político para afirmar suas manifestações. [231] O uso deste termo ao lado de grupos constituídos por referências étnicas implica em afirmar que não só estas referências serão consideradas para a proteção especial às manifestações coletivas, outros elementos de diferenciação e coesão cultural deverão ser também considerados. [232]

---

[228] 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.

[229] 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. § 6 º 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.

[230] Toda manifestação cultural é fonte de cultura, pois, superados os problemas de reificação do conceito, vislumbra-se cultura como um fenômeno complexo, questionavelmente único da humanidade, cujas fontes são as próprias manifestações e expressões.

[231] Para maiores discussões sobre as distinções entre cultura popular e erudita ver CHAUÍ, Marilena. *Cidadania cultural.* São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006, p. 13-14.

[232] Tais como o geográfico, como no caso da proteção imaterial do Samba do Recôncavo Baiano.

Ao tratar de “processo civilizatório nacional”, refere o texto às interações culturais como constitutivas da nação e, neste sentido, busca alcançar não só as expressões nacionalmente difundidas e assimiladas, mas também as manifestações locais e delimitadas, que, mesmo assim, são parte do complexo cultural nacional e, como tal, devem ser valorizadas - para alicerçar-lhes o reconhecimento social -, promovidas - para que continuem a existir-, difundidas - para tornarem-se conhecidas-, e protegidas - para evitar-lhes a apropriação privada.

Embora direcionado expressamente ao Estado, estes enunciados não dispensam a sociedade do dever de abster-se de dificultar ou inibir injustificadamente sua concretização pelos cidadãos, além do atendimento aos deveres gerados por outros princípios constitucionais, como a solidariedade [233], podendo os membros da sociedade serem compelidos a preservar-lhes [234] ou facilitar o acesso [235] e usos, ainda que de forma limitada.

Ao cuidar da fixação de datas comemorativas, reconhece o Estado sua relevância para a afirmação histórica de certos grupos. A alta significação destes marcos temporais e a atuação do poder público no seu reconhecimento são requisitos para sua efetivação. O necessário relativismo em uma sociedade complexa e plural é lembrado ao indicar que o requisito da alta significação é satisfeito quando o for para qualquer dos diversos grupos formadores da nação. Mas, ainda que fale de “grupos étnicos”, o aspecto relevante não é a etnicidade destes, mas sua relativa particularidade em relação aos demais grupos. [236]

A Emenda Constitucional n. 48 [237] instituiu o dever da União de estabelecer o Plano Nacional de Cultura, plurianual, com a finalidade de promoção do desenvolvimento cultural nacional e integração de diversas ações de concretização dos direitos culturais. A norma constitucional que estabelece o plano impõe igualmente ao Estado algumas ações de efetivação dos direitos culturais que incluem a preservação [238] e o enriquecimento [239] do patrimônio cultural brasileiro, o acesso [240] aos bens culturais, à formação profissional para a gestão cultural [241], e a promoção e preservação da diversidade. [242]

---

[233] Art. 3º, inc. I, CRFB/1988.
[234] Como ocorre no caso do tombamento.
[235] Como ocorre no caso dos portadores de necessidades especiais e dos idosos.
[236] Grupos que se identificam em razão da orientação sexual, por exemplo.
[237] A Emenda Constitucional n. 48, de 10 de agosto de 2005, acrescentou o § 3º ao artigo 215, instituindo o Plano Nacional de Cultura, com o objetivo de integrar as ações nos três níveis governamentais no que tange à preservação e difusão do patrimônio cultural, formação de pessoal, acesso aos bens culturais e promoção da diversidade cultural. A Emenda igualmente reforçou o dever estatal de promoção e concretização dos direitos culturais e da cidadania cultural.
[238] Através da defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro.
[239] Com a produção e promoção dos bens culturais.
[240] Através da difusão e democratização do acesso aos bens culturais.
[241] Com a formação de pessoal qualificado para as atividades multifacetárias de gestão cultural.
[242] Por meio da valorização da diversidade étnica e regional.

Justificam o imperativo de um plano nacional, o reconhecimento das dimensões simbólica, cidadã e econômica do fenômeno cultural, de sua dinamicidade e conseqüências para as identidades individuais e coletivas e da necessidade de formulação de uma política própria, orientação e coordenação da atuação pública na promoção, difusão, acesso e preservação dos bens culturais. [243]

No todo, o conteúdo do patrimônio cultural brasileiro, conforme direcionamento do art. 216, inclui apenas as manifestações culturais objetivamente consideradas, mas não seus significados, cuja elaboração e re-elaboração devem ser necessariamente livres e dinâmicos. Busca-se proteger os bens dotados de significação cultural [244], e que, por isso, referem-se à ação, identidade e história [245] dos diversos grupos formadores da sociedade.

Dentre os exemplos estabelecidos na norma constitucional, podemos diferenciar entre os processos, os objetos e os espaços destinados à sua objetivação. As formas de expressão e os modos de criar, fazer ou viver [246] referem-se a processos, ao passo que as criações, obras e documentos [247] são objetos, enquanto os espaços, inclusive os naturais, são locais onde os processos e objetos são hospedados ou materializados. [248] O caráter abrangente do conteúdo do patrimônio cultural brasileiro, estabelecido na Constituição, obriga, assim, a conclusão de que tanto os processos quanto os objetos como os espaços culturalmente valorados e, portanto, impregnados de significados, compõem o conjunto objeto de proteção.

Entre os meios exemplificativamente indicados para se alcançar as finalidades de promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro estão o inventário, registro, tombamento e desapropriação. [249] Os danos e ameaças a este patrimônio serão punidos conforme o estabelecido na legislação infraconstitucional [250], enquanto a gestão da documentação cabe à administração pública, que deve permitir o acesso ao material amealhado. [251]

Além da proteção integral às formas culturais indígenas e ao espaço físico onde estas se desenrolam [252], o tombamento dos elementos memoriais [253] – documentos, sítios e terras

---

[243] Em julho de 2008, o Ministério da Cultura lançou a segunda versão das diretrizes gerais do Plano Nacional de Cultura, com detalhes sobre seus objetivos e justificativas, disponíveis em: <www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/10/pnc_2_compacto.pdf>. Acesso em: 28 out.2009.
[244] Independentemente de serem materiais ou imateriais, considerados isoladamente ou em conjunto.
[245] Os bens parte do patrimônio cultural nacional, quando fazem referências à ação ou à memória de determinados grupos são, de fato, constitutivos da história coletiva destes grupos.
[246] Art. 216, inc. I e II, CRFB/1988.
[247] Art. 216, inc. III e IV, CRFB/1988.
[248] Art. 216, inc. IV e V, CRFB/1988.
[249] Art. 216, § 1º, CRFB/1988.
[250] Art. 216, § 4º, CRFB/1988.
[251] Art. 216, § 2º, CRFB/1988.
[252] Conforme disposto no art. 231 comentado *supra*.
[253] Art. 216, § 5º, CRFB/1988.

[254] – dos antigos quilombos tem por efeito a proteção das próprias comunidades remanescentes em sua integridade físico-cultural, sendo equiparados, portanto, para fins de proteção, aos grupos indígenas.

Um dos principais mecanismos reconhecidos pela Constituição Federal [255] para estimular e diversificar a produção cultural material é através dos incentivos fiscais. Já a difusão dos bens e conhecimento sobre o patrimônio cultural brasileiro requer que os instrumentos fiscais sejam complementados pelo condicionamento de sua utilização à garantia de acesso público. [256] Atualmente, o principal instrumento nacional de incentivo à cultura é a Lei Rouanet [257], mas dispõe ainda a União da Lei do Audiovisual. [258]

O estabelecimento de vínculos orçamentários para o fomento à cultura no nível Estadual é facultado às administrações, no limite de 0,5% das receitas líquidas anuais, desde que estes recursos não sejam utilizados para pagamento de despesas correntes, de pessoal ou serviços de dívida.[259]

A Proposta de Emenda Constitucional n. 150, em trâmite no Congresso Nacional busca ampliar o alcance deste dispositivo acrescentando o artigo 216-A [260], e justifica-se [261], principalmente, pela essencialidade e necessidade de contínuo apoio estatal na promoção do acesso e da diversidade, e pelo papel da cultura na realização da cidadania. Outra proposta, a de número 310, anexada à PEC 150, após reafirmar a obrigatoriedade de materializar os

---

[254] CRFB/1988. Disposições transitórias. Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.
[255] Art. 216, § 3º, . Anais do Seminário 'A defesa do direito autoral: gestão coletiva e o papel do Estado'
[256] Este se mostrou um dos aspectos mais polêmicos nas discussões do projeto de alteração da Lei Rouanet, quando propôs no art. 49 a permitir o uso educacional das obras incentivadas, com autorização do Ministério da Cultura, após três anos de sua divulgação.
[257] Lei n. 8.313, de 23 de dezembro de 1991, atualmente regulamentada pelo Decreto 5.761, de 2006.
[258] Lei n. 8.685, de 20 de julho de 1993.
[259] Art. 216, § 6º, CRFB/1988.
[260] "Art. 216-A: A União aplicará anualmente nunca menos de dois por cento, os Estados e o Distrito Federal, um e meio por cento, e os Municípios, um por cento, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na preservação do patrimônio cultural brasileiro e na produção e difusão da cultura nacional. § 1º - Dos recursos a que se refere o Caput, a União destinará vinte e cinco por cento aos Estados e ao Distrito Federal, e vinte e cinco por cento aos Municípios. § 2º - Os critérios de rateio dos recursos destinados aos Estados, ao Distrito Federal, e aos Municípios serão definidos em lei complementar, observada a contrapartida de cada Ente.
[261] PEC 150. Justificativa: "A exemplo do que já ocorre nas áreas de educação e saúde, a valorização da cultura nacional depende de um decisivo e continuado apoio governamental. Esta é também a regra no resto do mundo, ou, pelo menos, nos países em que a cultura é considerada como um valor a ser preservado e promovido.
No nosso caso, em particular, o financiamento do Estado tem outra importante função, qual seja a se equalizar o acesso e democratizar os benefícios dos produtos culturais, disseminando-os entre os segmentos excluídos da sociedade.
Estas manifestações não podem ser inteiramente privatizadas, e as pessoas de baixa renda ou da periferia não podem ser simplesmente excluídas. Nem se pode admitir que a cultura seja apenas um acessório. *A cultura tem que ser entendida como espaço de realização da cidadania, da superação da exclusão social e como fato econômico, capaz de atrair divisas para o país e, internamente, gerar emprego e renda.*
Assim compreendida, a cultura se impõe, desde logo, no âmbito dos deveres estatais. É um espaço onde o Estado deve intervir. Mas não segundo a velha cartilha estatizante, mas como um formulador de políticas públicas e estimulador da produção cultural.
A opção para o atendimento a esta necessidade reside na vinculação de receitas - apenas tributárias, apenas de impostos - aplicando parte delas e transferindo outra para os demais Entes, possibilitando, inclusive, a adoção de programas nacionais, sob a forma de participação conjunta. (grifos no original)

comandos do artigo 215, especialmente a garantia do exercício dos direitos culturais, sugere uma proposta de vinculação unicamente das receitas da União [262], no percentual de 2%, e estabelece, nas disposições transitórias, um aumento progressivo da vinculação, iniciando em 1% no primeiro ano, seguido de 1,5% no segundo e 2% daí em diante. [263]

1.3.3 Os direitos culturais no plano internacional

As normas do direito da cultura encontram-se igualmente positivadas nos principais tratados internacionais de direitos fundamentais, que recebem apreço especial no ordenamento nacional [264], por força dos § 2º [265] e 3º [266] do art. 5º da Constituição Federal [267], cuja aplicação é imediata por força do § 1º. [268]

Dentre os tratados internacionais de direitos fundamentais ratificados pelo Brasil e de aplicação direta às questões aqui abordadas, destacam-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem [269], o Pacto dos Direitos Civis e Políticos [270] - e seu Protocolo Facultativo [271], o

[262] Art. 215, § 3º, CRFB/1988: Para os fins do disposto neste artigo, a União destinará, anualmente, o percentual mínimo de 2% (dois por cento), das receitas originárias de impostos, ao financiamento da política nacional de apoio à cultura, nela abrangidas a preservação do patrimônio cultural brasileiro, a divulgação de bens e valores culturais, além do desenvolvimento de projetos culturais.

[263] PEC 310. "No primeiro ano de vigência da norma do parágrafo terceiro, acrescentado ao artigo 215 da Constituição Federal, será de 1% (um por cento) das receitas originárias de impostos, o percentual mínimo a ser destinado , pela União, para o financiamento da política nacional de apoio à cultura, passando a 1,5% (um e meio por cento) e 2% (dois por cento), respectivamente, no segundo e terceiro anos imediatamente posteriores."

[264] É importante ressaltar a relevância do depoimento prestado pelo jurista Antônio Augusto Cançado Trindade na audiência pública na subcomissão dos direitos e garantias individuais, cuja acolhida das sugestões resultou na abertura constitucional privilegiada aos preceitos dos tratados internacionais de direitos fundamentais, estabelecida no § 2º do art. 5º da Constituição Federal. Ver detalhes em ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE – Atas das Comissões. Vol. 1, n. 66, 27-05-87, pp. 108-116.

[265] "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte"

[266] "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais."

[267] O § 3º e § 4º do artigo 5º foram acrescidos por força da Emenda Constitucional 45 de 2004.

[268] "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata"

[269] Durante os anos de 1947 e 1948 diversas decisões tomadas a partir da primeira sessão regular da Comissão de Direitos Humanos da ONU, em fevereiro de 1947, que resultaram na Declaração Universal de Direitos Humanos, adotada e proclamada na Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. O plano geral era de constituição de uma Carta Internacional de Direitos Humanos, do qual a Declaração seria a sua primeira parte, que posteriormente seriam completadas por uma ou duas convenções e medidas de implementação. As medidas de implementação não constavam na Declaração, que contudo versava significativamente tanto sobre os direitos civis e políticos – arts. 2º a 21 – quanto os direitos econômicos, sociais e culturais – arts. 22-28. Ver CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos no Brasil*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 24-25.

[270] O Pacto dos Direitos Civis e Políticos foi adotado pela Assembléia Geral, em 16 de dezembro de 1966, por 106 votos a zero.

[271] O Protocolo Facultativo não constava inicialmente nos planos da Carta Internacional de Direitos Humanos, mas foi elaborado a partir da necessidade de garantir efetividade às medidas adotadas, de implementação direta pois dependiam apenas de uma abstenção do Estado. Este Protocolo foi aprovado por 66 votos a favor, 2 contra e 38 abstenções, na Assembléia Geral de 16 de dezembro de 1966.

Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais [272], o Pacto de São José da Costa Rica [273] e o Protocolo Adicional. [274]

Especificamente sobre o direito da cultura, há diversos tratados internacionais lidando com o assunto sob diferentes enfoques. Dentre estes se destacam [275], para fins deste trabalho, a Convenção Relativa às Medidas a Serem Adotadas para Proibir e Impedir a Importação, Exportação e Transferência de Propriedades Ilícitas sobre Bens Culturais [276], a Convenção para Proteção do Patrimônio Mundial, Natural e Cultural [277], a Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial [278], a Declaração Universal sobre Diversidade Cultural [279] e a Convenção para Promoção e Proteção da Diversidade Cultural. [280]

A Declaração Universal dos Direitos Humanos [281], fonte primária [282] dos direitos fundamentais no plano internacional [283], aborda no mesmo artigo tanto o direito à proteção às criações artísticas quanto o direito de participação cultural e fruição das artes, impondo sua conjunção e prevendo, assim, a conjunção entre estes dois interesses. [284] Esta Declaração foi

---

[272] O Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pela Assembléia Geral em 16 de dezembro de 1966 por 105 votos a zero.

[273] Este instrumento foi adotado na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, realizada em 1969, justamente em San José, Costa Rica.

[274] O Brasil aderiu a este Tratado em 08 de agosto de 1996, tendo depositado a Adesão em 21 de agosto de 1996. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>. Acesso em 10 out. 2009.

[275] Estes tratados e convenções são apontados pela UNESCO como sendo os principais instrumentos internacionais sobre cultura. Disponível em: <www.brasilia.unesco.org/publicacoes/docinternacionais/doccultura >. Acesso em: 28 out. 2009.

[276] Concluída em Paris em14 de novembro de 1970. Aprovada pelo Decreto Legislativo n. 71, 1972.

[277] Concluída em Paris em 16 de novembro de 1972. O Brasil depositou sua Aceitação na UNESCO em 01 de setembro de 1977.

[278] Concluída em Paris em 17 de outubro de 2003. Ratificada pelo Brasil pelo Decreto n. 5.753, de 12 de abril de 2006.

[279] Aprovada na 31ª Conferência Geral da UNESCO, em Paris, em 02 de novembro de 2001, sendo assinada por 185 países, inclusive o Brasil.

[280] Concluída em Paris em 20 de outubro de 2005, foi ratificada pelo Brasil pelo Decreto Lei n. 6.177, agosto de 2007.

[281] Aprovada e Proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

[282] Com a posterior adoção dos Pactos de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, somados à Declaração Universal de 1948, completava-se o plano inicial de constituição da Carta Internacional de Direitos Humanos. Ver CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos no Brasil*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 28.

[283] Embora reconhecida sua influência nas constituições modernas e nos ordenamentos jurídicos nacionais, persiste o debate sobre sua eficácia nos países que a ratificaram. Debate-se principalmente se é uma norma direcionada exclusivamente aos Estados ou se é suficiente para constituir direitos exigíveis imediatamente pelos cidadãos. Obviamente devem ser consideradas as particularidades dos ordenamentos nacionais no que diz respeito à qualificação interna dos tratados internacionais de direitos humanos. Também devem ser considerados o fato de serem Declarações, Recomendações ou Convenções, Pactos e Tratados. As Declarações e Recomendações não são exigíveis do Estado, mas os Tratados, Pactos ou Convenções são. Esta distinção foi um dos aspectos relevantes ressaltados por Cançado Trindade na Audiência pública na Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais da Assembléia Constituinte quando questionado sobre a inclusão das Declarações internacionais do qual o país é parte como fonte de direitos e garantias individuais, razão pela qual sugeriu a inclusão do termo Tratado junto com a declaração. Em suas próprias palavras: "As declarações de que o Brasil é signatário têm efeito puramente recomendatório. Se amanhã surge um problema em nosso país se invoca uma Declaração das Nações Unidas, poder-se-á objetar: mas ela não tem efeito mandatório. Por isso, vou um pouco além da Comissão de Estudos Constitucionais e sugiro: além das declarações de que o país é signatário também os tratados de que o país é parte." Ao final, optou-se por fazer referências aos tratados como fonte de direitos fundamentais, além do regime e princípios adotados pela própria constituição. Cf. *Id*. *Ibid*., 169-170.

[284] 27.1.: Todo o homem tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de fruir de seus benefícios. 27.2.: Todo o homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

complementada por dois Pactos firmados em 1966, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O principal aspecto tratado no Pacto dos Direitos Civis e Políticos [285] foi o direito a não discriminação na atribuição e exercício dos direitos [286], para o qual devem ser assegurados instrumentos jurídicos de efetivação. [287] São especialmente afirmados os direitos à vida [288], à ampla liberdade [289], ao reconhecimento de sua personalidade [290] e a submissão ao princípio da legalidade. [291]

O Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais [292], em seu preâmbulo, após reconhecer que os direitos sociais derivam da dignidade humana, afirma que o ideal de um homem livre não pode ser realizado sem que seja possível concretizar os direitos econômicos, sociais e culturais, bem como os civis e políticos. Acrescenta ainda que todos, sem isenção, devem contribuir para a concretização destes direitos e da própria dignidade. Estes direitos sustentam-se no dever jurídico da solidariedade, que tem como fundamento ético a concepção de justiça distributiva. [293] Este instrumento igualmente aponta os limites da restrição ao exercício destes direitos sociais e a essencialidade dos direitos fundamentais à educação [294] e cultura [295] para completude da dignidade e do próprio exercício da liberdade.

Conforme estabelecidos no Pacto, os direitos culturais são interdependentes e fortemente relacionados aos outros direitos fundamentais sociais, bem como a certos direitos civis e políticos. Em termos gerais, se relacionam a uma variedade de aspectos do direito à educação, à participação na vida social, à comunicação e à informação. Porém, em seu aspecto mais particular, têm forte impacto na possibilidade de proteção da criação e

---

[285] Ratificado no Brasil pelo Decreto 592, de 06 de julho de 1992.
[286] Art 2º, 1.
[287] Art. 2º, 3.
[288] Ainda que não vedando a pena de morte, restringe-o ao afirmar, em seu art. 6º, 1, que "o direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida."
[289] Art. 9º, 1.
[290] Art. 16.
[291] Art. 14: 1.
[292] Ratificado pelo Dec. 591, em 06 de julho de 1992..
[293] COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed., Rio de Janeiro: Saraiva, 2004, p. 64.
[294] Art. 13: Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.
[295] Art. 15: 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de: a) Participar da vida cultural; b) desfrutar o progresso científico e suas aplicações; c) beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor. 2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito aquelas necessárias à conservação, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura. 3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa científica e à atividade criadora. 4. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura.

comunicação destas obras por parte dos artistas e, ao mesmo tempo, na garantia de acesso do público a tais obras como forma de participação na vida cultural, o que, por sua vez, afeta a construção das identidades culturais dos povos. [296]

Ao iniciarem, em 1951, as discussões acerca das convenções que complementam a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o primeiro aspecto discutido foi sobre se seria um documento tratando unificadamente dos direitos fundamentais ou dois documentos cuidando separadamente dos direitos civis e políticos, de um lado, e dos direitos econômicos, sociais e culturais, de outro. A idéia inicial era de incluir todos os direitos em um só Pacto, mas questões quanto a implementação destes levaram a formulação de dois instrumentos concomitantes. [297]

Os que argumentavam em favor de apenas um documento afirmavam que todos os direitos devem ser protegidos ao mesmo tempo, e que sem os direitos sociais os individuais seriam apenas nominativos e formais, e sem os direitos individuais não haveria como resguardar os sociais. [298] Aqueles que favoreciam a duplicidade de instrumentos apontavam para a aplicabilidade imediata dos direitos civis e políticos enquanto os sociais seriam de implantação progressiva. [299]

A separação foi então elaborada com base na qualidade da obrigação dos Estados frente aos tratados. Contudo, uma vez que muitos dos direitos apontados em quaisquer dos Pactos podem ser de aplicação imediata ou progressiva independentemente do tratado no qual estejam inseridos, tais distinções não são exatas, não podendo ser tidas como absolutas e insuperáveis, sendo mais compreensivamente vislumbradas como uma questão de gradação, e não de distinção. A efetivação de quaisquer dos direitos fundamentais, em uma perspectiva global, parece implicar em uma noção de progressão gradual não limitada à natureza individual ou social destes direitos. [300] A elaboração de instrumentos e instituições que viabilizem a transformação dos direitos humanos em direitos exigíveis depende não só de

---

[296] KARTASHKIN, Vladimir. Economic, social and cultural rights. In: VASAK, Karel. *The international dimensions of human rights*. Paris: Unesco, 1982, p. 127.
[297] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos no Brasil*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 26.
[298] Segundo indicado, "Without economic, social and cultural rights, civil and political rights might be purely nominal in character; without civil and political rights, economic, social and cultural rights could not be long ensured". VAN BOVEN, Theodoor C. Distinguishing criteria of human rights. In: VASAK, Karel. *Op. cit.*, p. 50.
[299] Nas palavras do autor: "However, those who favoured the drafting of two separate instruments argued that civil and political rights were enforceable, or justiciable, and immediately applicable, while economic, social and cultural rights were to be progressively implemented. They contended that, generally speaking, civil and political rights were rights of the individual 'against' the State, that is, against unlawful and unjust action of the State, while economic, social and cultural rights were rights which the State would have to take positive action to promote." *Id*. *Ibid*., p. 50.
[300] *Id*. *Ibid*., p. 53.

vontade política, mas igualmente de recursos econômicos e humanos. [301] E, nestas circunstâncias, compete ao Estado partícipe da comunidade internacional a progressiva construção dos mecanismos para a plena efetividade de quaisquer destes direitos.

O Pacto de São José da Costa Rica [302], que é a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos, confirma, logo em seu preâmbulo, que o ideal de liberdade só poderá ser alcançado quando as condições permitirem que cada pessoa possa usufruir de seus direitos individuais e sociais. Igualmente reafirmado é o direito de liberdade de expressão e da livre circulação de idéias e informações. [303] Concretiza a obrigatoriedade do cumprimento de seus termos e afirma ainda a necessária efetivação progressiva dos direitos sociais pelos Estados membros, a ser alcançada através de diversos instrumentos, inclusive a utilização da via legislativa. [304]

Em 1988, foi elaborado um Protocolo Adicional sobre os direitos econômicos, sociais e culturais. O preâmbulo reforça a necessidade de avançar na concretização destes direitos. Os direitos culturais são reafirmados no artigo 14 do Protocolo. [305] As disposições deste documento robustecem a garantia de participação na vida cultural e, por conseguinte, do acesso aos bens culturais.

Os tratados internacionais versando sobre direitos ou bens culturais têm a sua origem em 1954, quando da implantação da Convenção de Haia sobre a proteção dos bens culturais

---

[301] A preocupação dos países membros com as condições materiais para a realização do Pacto de Direitos Civis e Políticos mostra como os direitos individuais são igualmente dependentes de estruturas que os suportem, que por sua vez dependem de condições materiais para tal. Conforme indicado: "The views of many representatives were reflected as follows: 'The governments of several developing countries also feared that their real difficulties in securing forthwith some of the rights recognized in the Covenant might be misconstrued as bad will. However, as all such difficulties would gradually disappear, an increasing number of States Parties would no doubt accept the optional clause. and thereby give full effect to the system of implementation of the Covenant.'" *Id. Ibid*., p. 53.

[302] Ratificado pelo Decreto 678, de 06 de novembro de 1992.

[303] Art. 13, § 1º.

[304] Artigo 26. Desenvolvimento progressivo. Os Estados Membros comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

[305] Art. 14: 1. Derecho a los Beneficios de la Cultura. 1. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a: a. participar en la vida cultural y artística de la comunidad; b. gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico; c. beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. 2. Entre las medidas que los Estados partes en el presente Protocolo deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte. 3. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora. 4. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen los beneficios que se derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas, artísticas y culturales, y en este sentido se comprometen a propiciar una mayor cooperación internacional sobre la materia."

nas situações de conflito armado. [306] Indica o início do reconhecimento destes bens como portadores de características especiais que os distinguem dos demais.

Em 1970, buscando proteger os bens culturais da apropriação ilícita, por constituírem-se em elementos essenciais da cultura dos povos, ressaltando o dever do Estado em proteger o patrimônio cultural e afirmando ser a transferência ilícita a principal causa de empobrecimento cultural na origem [307], firmaram os Estados a Convenção Relativa às Medidas a Serem Adotadas para Proibir e Impedir a Importação, Exportação e Transferência de propriedades Ilícitas sobre Bens Culturais, com o objetivo de coibir estas práticas e efetuar a devida reparação. [308] É relevante constatar que esta Convenção aponta o que seria o patrimônio cultural de um Estado [309] e o que seriam bens culturais. [310]

Logo a seguir, em 1972, um tratado para Proteção do Patrimônio Mundial, Natural e Cultural foi concluído no âmbito da UNESCO com o objetivo de preservar os objetos e espaços de relevância universal, tanto cultural [311] quanto natural. [312] Através de sua identificação e valorização, instiga a cooperação internacional na preservação destes bens.

Já neste século nota-se uma preocupação com a preservação não só do patrimônio físico, mas também o intangível e a própria diversidade cultural. Duas Declarações – Declaração Universal sobre Diversidade Cultural [313] e a Declaração de Istambul [314] - dão sustentabilidade política aos dois recentes tratados capitaneados pela Unesco que dispõem sobre estes direitos, que são a Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial e a Convenção para Promoção e Proteção da Diversidade Cultural.

O principal efeito da Declaração Universal sobre Diversidade Cultural é a consolidação, no plano internacional, do entendimento dos direitos culturais como fundamentais [315], o que é alcançado pelo reconhecimento universal de sua relevância e

---

[306] Adotada a 14 de Maio de 1954 pela Conferência de Haia de 1954 sobre a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (que reuniu de 21 de Abril a 14 de Maio de 1954). Entrada em vigor na ordem internacional: 7 de Agosto de 1956. Ratificação depositada pelo Brasil em 12 de setembro de 1959.
[307] Art. 2º, 1.
[308] Art. 2º, 2.
[309] Art. 4º.
[310] Art. 1º.
[311] Art. 1º.
[312] Art. 2º.
[313] Aprovada na 31ª Assembléia Geral em novembro de 2001
[314] Aprovado ao fim da Terceira Mesa Redonda com Ministros da Cultura sobre 'Patrimônio Cultural Imaterial – um espelho da diversidade cultural', realizada em Istambul em 16 e 17 de setembro de 2002.
[315] Art. 5º. Os direitos culturais são parte integrante dos direitos humanos, que são universais, indissociáveis e interdependentes. O desenvolvimento de uma diversidade criativa exige a plena realização dos direitos culturais, tal como os define o Artigo 27 da Declaração Universal de Direitos Humanos e os artigos 13 e 15 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Toda pessoa deve, assim, poder expressar-se, criar e difundir suas obras na língua que deseje e, em particular, na sua língua materna; toda pessoa tem direito a uma educação e uma formação de qualidade que respeite plenamente sua identidade cultural; toda pessoa deve poder participar na vida cultural que escolha e exercer suas próprias práticas culturais, dentro dos limites que impõe o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.

encontra-se expresso nos seus termos. [316] Traz também importante afirmação quanto à essencialidade e especialidade dos bens artístico-culturais, o que afeta como deve ser compreendida a proteção proprietária privada a estes bens concedida. [317] Informa, ainda, como parte do plano de ação e em razão do caráter fundamental do direito à cultura, a necessidade de equilibrá-los com os direitos autorais, preservando o máximo de ambos, como já demandara a Declaração Universal dos Direitos Humanos. [318]

A Declaração de Istambul concentra-se na questão do patrimônio cultural imaterial e estabelece as bases para um tratado com este conteúdo. Em seus termos indica o patrimônio imaterial como uma das fontes de identidade cultural, busca estabelecer um conceito instrumental, que inclui as práticas, saberes e representações, insiste na necessidade de participação cultural ativa da comunidade e assinala sua vulnerabilidade e necessidade de proteção jurídica.

Desta Declaração resultou a Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, cujos objetivos centrais são a conscientização de sua importância. [319] A Convençãp identifica o que entende por patrimônio cultural imaterial [320], apresenta as formas de suas manifestações [321], estabelece deveres aos Estados de salvaguarda do patrimônio dentro de suas fronteiras com a instituição de uma política pública para tal. [322]

Mais recentemente, concluiu-se a Convenção para Promoção e Proteção da Diversidade Cultural [323], que estabelece nove objetivos a serem alcançados, dentre os quais o reconhecimento da natureza especial dos bens culturais e seu vínculo com o desenvolvimento

---

[316] Todo o preâmbulo da Declaração faz remissões aos diversos consensos firmados em torno do fenômeno cultural, como sua essencialidade para o desenvolvimento da dignidade, para a coesão social, para a construção das identidades e mesmo para o desenvolvimento de uma economia do saber.

[317] Art. 8º.

[318] Art. 16. Garantir a proteção dos direitos de autor e dos direitos conexos, de modo a fomentar o desenvolvimento da criatividade contemporânea e uma remuneração justa do trabalho criativo, defendendo, ao mesmo tempo, o direito público de acesso à cultura, conforme o Artigo 27 da Declaração Universal de Direitos Humanos.

[319] Art. 1º.

[320] Art. 1º, 1. Entende-se por "patrimônio cultural imaterial" as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas - junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados - que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana. Para os fins da presente Convenção, será levado em conta apenas o patrimônio cultural imaterial que seja compatível com os instrumentos internacionais de direitos humanos existentes e com os imperativos de respeito mútuo entre comunidades, grupos e indivíduos, e do desenvolvimento sustentável.

[321] Art. 1º, 2. O "patrimônio cultural imaterial", conforme definido no parágrafo 1 acima, se manifesta em particular nos seguintes campos: a) tradições e expressões orais, incluindo o idioma como veículo do patrimônio cultural imaterial; b) expressões artísticas; c) práticas sociais, rituais e atos festivos; d) conhecimentos e práticas relacionados à natureza e ao universo; e) técnicas artesanais tradicionais.

[322] Artigo 13.

[323] Promulgada pelo Decreto-lei 6.177, de 1º de agosto de 2007. A convenção entrou internacionalmente em vigor em 18 de março de 2007, tendo sido depositada a ratificação em 18 de janeiro de 2007. Conta hoje com a anuência de 103 países e com a União Europeia.

nacional. Afirma ainda oito princípios que devem reger sua aplicação. [324] Aponta os deveres dos Estados partes como sendo essencialmente o de proteger a diversidade cultural internamente, entendido proteção como sendo o conjunto de medidas de valorização, promoção e preservação destas expressões.

Este amplo conjunto de normas legais regulando o direito da cultura é reflexo das características do próprio elemento que se tenta objetivar. A dinâmica do fenômeno é de difícil contenção conceitual e isto é refletido na delimitação judicial de seus contornos. Porém, estas peculiaridades não se conformam em obstáculos intransponíveis à sua elucidação. Assim, o próximo capítulo trata da questão do conteúdo e efetividade dos direitos culturais propriamente ditos.

[324] 1. Princípio do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais; 2. Princípio da soberania; 3. Princípio da igual dignidade e do respeito por todas as culturas; 4. Princípio da solidariedade e cooperação internacionais; 5. Princípio da complementaridade dos aspectos econômicos e culturais do desenvolvimento; 6. Princípio do desenvolvimento sustentável; 7. Princípio do acesso eqüitativo; 8. Princípio da abertura e do equilíbrio.

2 OS DIREITOS CULTURAIS

Durante o século XIX, cultura estava intimamente ligada à idéia de civilização, cujo grau dependia do cumprimento de etapas evolutivas e que encontrava o seu auge nas sociedades européias de então, a partir das quais os demais grupos sociais eram comparados e avaliados. Nesse período, a expressão direito cultural encontrava-se atrelada a idéia de instrução e, portanto, incluído na concepção de educação. O amadurecimento da percepção e o reconhecimento da cultura direito autônomo é resultado do aperfeiçoamento conceitual que resultou em sua desvinculação do direito fundamental à educação. [325]

Hoje, na Constituição Brasileira de 1988, o direito à educação "passou a ser identificado como instrução e compreendido como um direito social, [..] e os direitos fundamentais culturais passaram a se referir a todas as manifestações culturais dos diversos grupos humanos" [326]. Tal desvinculação, porém, não pode ser entendida como ausência de inter-relações entre si, tanto é assim que a liberdade artística é um dos princípios que pautam a educação [327] e um dos deveres do Estado é assegurar o acesso "aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística [328], além de estarem as normas sobre educação e cultura – e desportos – inclusos no mesmo capítulo (III) do título (VIII) que trata da ordem social.

Mais do que isso, hoje as instituições escolares foram transformadas em "arenas privilegiadas, onde se dão violentos choques teóricos e práticos em torno de infinitas questões

[325] LOPES, Ana Maria D'Ávila; JUCÁ, Roberta L. C. Redefinindo e promovendo os direitos fundamentais culturais. In: Francisco Humberto Cunha Filho *et. al*. (orgs.). *Direito, Arte e Cultura*. Fortaleza: SEBRAE, 2008, p. 72.
[326] *Id. Ibid*., p. 73.
[327] Art. 206, inc. II, CRFB/1988.
[328] Art. 208, inc. V, CRFB/1988.

culturais", não podendo esquecer que "têm sido freqüentes e fortes tanto os embates sobre a diferença e entre os diferentes, quanto a opressão de alguns sobre os outros" [329].

A emergência do multiculturalismo enquanto questão político-social foi decisiva para reformulação e independência conceitual dos direitos culturais. As formas de coexistência, em um mesmo Estado, de grupos com diferentes valores, matrizes comportamentais e visões de mundo, tornaram-se tópico essencial para a integração das diferentes culturas em um mesmo território. [330] Os processos de mundialização das relações – políticas, econômicas, sociais e pessoais – e integração em grandes blocos supranacionais contribuíram ao trazer a problemática do diálogo intercultural e da comunicação para o centro do debate no século XXI. [331]

Esta combinação de transformações sociais e políticas resultaram na consciência sobre a importância e relevância dos direitos culturais, de um lado, como amálgama sócio-jurídico dos grupos formadores dos Estados contemporâneos e, de outro, como elemento essencial na construção das identidades e da formação da pessoa, além do papel crucial para o desenvolvimento econômico. [332]

Este conjunto de fatores forma uma demanda social e política para o tratamento dos direitos culturais, que combina as exigências feitas pelos cidadãos em matéria de cultura – financiamento, difusão, acesso – com as necessidades percebidas pelos governos de oferecer serviços neste domínio. É justamente a dinâmica desta confluência que está na origem deste novo direito. [333]

2.1 Justificativas dos direitos culturais

Os direitos culturais têm peculiar relevância na integração social da pessoa. Referem-se tanto a aspectos individuais como coletivos. Refletem, ao mesmo tempo, interesses privados e públicos.

---

[329] VEIGA-NETO, Alfredo. Cultura, culturas e educação. In: *Revista Brasileira de Educação*, n. 23, Rio de Janeiro, ANPEd, 2003, abr./jul., p. 5.

[330] Ver, em especial, os trabalhos sobre multiculturalismo, justiça e federação de Will KYMLICKA. Em particular *Multicultural citizenship:* a liberal theory of minority rights. USA: Oxford University Press, 1995. Mais recentemente ver o livro do mesmo autor *Multicultural odysseys:* navigating the new international politics of diversity. USA: Oxford University Press, 2007.

[331] WOLTON, Dominique. *Il faut sauver la communication*. Paris: Flammarion, 2005, p. 134-135.

[332] Esta perspectiva permeia os estudos e análises contidos em *Informe Mundial sobre Cultura 2000:* diversidade cultural, conflito e pluralismo, UNESCO, São Paulo: Moderna, 2004.

[333] PONTIER, Jean-Marie; RICCI, Jean-Claude; BOURDON, Jacques. *Droit de la cultura.* Paris: Dalloz, 1990, p. 60.

As justificativas dos direitos culturais remetem, assim, à formação da pessoa para uma existência digna, à construção das identidades, onde o particular e o social se encontram, à inclusão e exercício da cidadania cultural, à capacitação para o diálogo intercultural e ao desenvolvimento socialmente sustentável. Todas estas circunstâncias interagem na justificação dos direitos culturais assim como informam o seu conteúdo. Estas relações são amplamente reconhecidas nos tratados internacionais, encontrando ressonância na Constituição Federal e por todo o ordenamento jurídico nacional.

Os instrumentos normativos internacionais e suas interpretações autorizadas são unânimes em afirmar a essencialidade dos direitos culturais para a concretização da proteção integral à pessoa, objetivo máximo de praticamente toda ordem jurídica ocidental contemporânea e expresso no reconhecimento da dignidade humana como comando jurídico fundamental. [334]

O artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos do Homem expressa de forma cabal esta vinculação entre os direitos sociais – inclusive os culturais, a dignidade e o desenvolvimento da personalidade ao afirmar que

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

No plano infraconstitucional, a lei que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional - Lei 9.394, de 20 de Dezembro de 1996 – indica, logo em seu artigo primeiro, para o aspecto formativo das manifestações culturais, e enuncia que a educação "abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais."

O caráter constitutivo das experiências culturais remete ao princípio da dignidade da pessoa humana como âncora das normas jurídicas a serem constituídas e efetivadas. As relações entre a cláusula geral de proteção à dignidade humana e os direitos fundamentais têm grande amplitude, sem, contudo, servirem de justificativa para todo o catálogo, sob risco de generalização e abstração que levem à sua inaplicabilidade. [335] É possível, contudo, seguindo seus postulados filosóficos, decompor o conteúdo do princípio geral da dignidade humana em

[334] O detalhamento dos tratados internacionais da matéria e seu conteúdo encontram-se elaborado no capítulo 1º deste trabalho, no item 1.3.3.
[335] Ver, em especial, MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana:* uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 83-85.

quatro corolários ou sub-princípios, a saber: igualdade, integridade física, moral e social, liberdade e solidariedade. [336]

A experiência cultural é um dos pilares formadores da pessoa e *conditio sine qua non* para o desenvolvimento integral de sua personalidade. A partir destas experiências são elaboradas e reelaboradas as visões e construídos os universos simbólicos com os quais o mundo é apreendido. A participação na vida cultural da sociedade e o exercício dos demais direitos culturais são, portanto, condições para um ser humano saudável [337] e para uma existência digna, postulados da ordem constitucional brasileira.

É de se ressaltar que as próprias mudanças no conceito de desenvolvimento, de forma a incluir outros elementos que não o econômico é uma mutação cultural. O principal elemento motriz da reação à leitura exclusivamente econômica do desenvolvimento foi o percebido efeito negativo sobre as identidades, uma vez que o desejo de participar das transformações mundiais em andamento não implica no abandono de suas tradições e valores culturais. [338]

Inúmeros documentos internacionais versam sobre a matéria da perspectiva dos direitos culturais, sempre com o objetivo de proteção da liberdade e pluralidade. A declaração final da Conferência de Estocolmo em 1998 deixa claro que o respeito às identidades culturais e tolerância pelas diferenças são pré-condições para a paz duradoura. [339] A Declaração Universal sobre Diversidade Cultural também se refere às identidades, afirmando que a pluralidade é uma das formas pela qual a diversidade se manifesta. [340] A Convenção para a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais assinala que a natureza distinta dos bens culturais se refere ao fato de serem estes "portadores de identidades, valores e significados."

---

[336] MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana:* uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85 e ss.

[337] O bem estar físico, mental e social é condição para um ser humano saudável, sendo este um princípio básico para se alcançar a harmonia nas relações e segurança de todos. ORGANIZAÇÂO MUNDIAL DA SAÚDE. Constituição. Preâmbulo. Disponível em: <http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2009.

[338] Nas palavras do então Presidente, Javier Pérez de Cúellar: "This evolution in thinking was largely the result of global political emancipation, as nationhood had led to a keen awareness of each people's own way of life as a value, as a right, as a responsibility and as an opportunity. It had led each people to challenge the frame of reference in which the West's system of values alone generated rules assumed to be universal and to demand the right to forge different versions of modernization. It had led peoples to assert the value of their own cultural wealth, of their manifold assets that could not be reduced to measurement in dollars and cents, while simultaneously to seek the universal values of a global ethics." UNESCO. World Commission on Culture and Development. Our creative diversity. Paris, 1996, p. 7.

[339] São princípios reconhecidos: "8. Harmony between culture and development, respect for cultural identities, tolerance for cultural differences in a framework of plural democratic values, socio-economic equity and respect for territorial unity and national sovereignty are among the preconditions for a lasting and just peace." UNESCO. Intergovernmental Conference on Cultural Policies for Development. Estocolmo, 1998.

[340] Em seu art. 1º dispõe que: "A cultura adquire formas diversas através do tempo e do espaço. Essa diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade de identidades que caracterizam os grupos e as sociedades que compõem a humanidade. Fonte de intercâmbios, de inovação e de criatividade, a diversidade cultural é, para o gênero humano, tão necessária como a diversidade biológica para a natureza. Nesse sentido, constitui o patrimônio comum da humanidade e deve ser reconhecida e consolidada em beneficio das gerações presentes e futuras."

A Constituição Federal de 1988 igualmente relaciona os bens componentes ao patrimônio cultural nacional ao seu papel na formação das identidades, ao se referir às "datas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais" [341]. Peter Häberle aponta que os feriados devem ser compreendidos a partir de uma visão antropológica, reconhecendo que "a pessoa e o cidadão têm, sob certos valores, uma necessidade de festejar: para entrar em consonância com o seu meio ambiente, sentir-se parte da comunidade" [342].

Entre os tipos de feriados analisados, são destacados, para estes fins, aqueles orientados a celebrar certas condições objetivas (1º de Maio, Sete de Setembro, por exemplo) ou direcionados a condições subjetivas realizadas em determinadas personalidades (Tiradentes, Zumbi dos Palmares), pois ambos "têm caráter simbólico, dizem respeito ao Estado Constitucional. Eles criam embasamento cultural, conferem às sociedades abertas conteúdos fundamentadores, desejam o consenso em meio a todo o dissenso existente" [343].

A legislação infraconstitucional aponta para os efeitos culturais na formação plural das identidades quando indica a necessidade de complementação do currículo unificado nacional com conteúdos regionais, que é exigido em razão das particularidades locais da sociedade e cultura. [344]

O direito à identidade cultural é visto como importante elemento da dignidade humana. A demanda para seu reconhecimento específico surge no contexto de sérias violações aos direitos humanos, embora se defenda que sua existência autônoma já seja uma realidade no plano internacional, ainda que não expressamente como um direito per se. Os que se opõem à sua promoção expressa e individualizada baseiam-se na sua já existência e, portanto, desnecessidade, ou, ao contrário, argumentam que poderiam ser usados para justificar práticas condenáveis, embora as limitações disponíveis já resolvam este possível problema. [345]

O debate sobre identidades e o papel das experiências culturais em sua formação são também centrais às discussões sobre relações internacionais e mídia. A dominação cultural é, em consequência, uma preocupação crescente dos governos e povos na contemporaneidade.

---

[341] Art. 215, § 2º, CRFB/1988.
[342] HABERLE, Peter. *Constituição e cultura:* o direito ao feriado como elemento de identidade cultural do Estado Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 22-23.
[343] *Id. Ibid*., p. 10-11.
[344] Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996. *Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional*. Art. 26: "Os currículos do ensino fundamental e médio devem ter uma base nacional comum, a ser complementada, em cada sistema de ensino e estabelecimento escolar, por uma parte diversificada, exigida pelas características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e da clientela."
[345] DONDERS, Yonne. A right to cultural identity in UNESCO. In: Francesco Francioni; Martin Scheinin (Eds.). *Cultural Human Rights*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 322 e ss.

As transformações no próprio conceito de cidadania impulsionam a consciência dos efeitos sociais da proteção e concretização dos direitos culturais. No Brasil, a construção dos direitos de cidadania - em seus aspectos civis, políticos e sociais [346] - resulta de um longo percurso histórico até o recente surgimento de um sentimento de cidadania, considerado o fato social mais importante de nossa história contemporânea [347], embora ainda careça de generalização e concretude, que podem vir a ser alcançados com a progressiva institucionalização da democracia.

O conteúdo do direito de cidadania alcança bem mais que a ligação jurídico-formal entre a pessoa e o Estado de sua nacionalidade e envolve substancialmente mais que a perspectiva puramente política estrita, de poder votar e ser votado, sendo, ao invés, formado "pelo conjunto de direitos civis, direitos políticos e direitos sociais, que corresponderia, na terminologia de Marshall, à cidadania civil, à cidadania política e à cidadania social, respectivamente" [348].

A cidadania tem um efeito integrador, que "exige um elo de natureza diferente, um sentimento direto de participação numa comunidade, baseado numa lealdade a uma civilização que é o patrimônio comum." [349] A realização da igualdade ocorreria através da cidadania, que se organiza a partir do sentimento de pertencimento social.

As artes são partes importantes das condições sociais que influem nas instituições democráticas e na liberdade pessoal e que, por isso, não são simples adornos da cultura, mas bens de cujo gozo todos devem partilhar, se a democracia é real. [350] Além disso, deve-se lembrar do papel de distinção e hierarquia social que as artes exercem [351], que podem estar a serviço tanto da inclusão quanto da exclusão cultural.

A construção de situações que permitam a inclusão é condição de um modelo de combate à exclusão. Uma das formas de exclusão social no Brasil é a cultural, que se corporifica na inacessibilidade à produção e fruição de determinados bens simbólicos. As

---

[346] Marshall aponta que o conceito de cidadania é constituído por três aspectos, que chama de elementos. São eles os elementos civil, político e social. O elemento civil é "composto dos direitos necessários à liberdade individual", e incluem a liberdade de locomoção, expressão e crença, o direito à propriedade, os direitos de contratar e os direitos à justiça, entendido este como "direito de defender e afirmar todos os direitos em igualdade com os outros e pelo devido encaminhamento processual." O elemento político diz respeito ao "direito de participar no exercício do poder político." Já o elemento social encompassa "tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar e segurança ao direito de participar, por completo, da herança social." MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967, p. 63 e ss.

[347] Sobre a formação histórica e exercício dos direitos de cidadania no Brasil, inclusive quanto aos seus significados sociais, ver CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil:* o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

[348] FERNANDES, José Ricardo Oriá. A cultura no ordenamento constitucional brasileiro: impactos e perspectivas. In: ARAÚJO, José Cordeiro de; PEREIRA JÚNIOR, José de Sena; PEREIRA, Lúcio Soares; RODRIGUES, Ricardo José Pereira (Orgs.). *Ensaios sobre impactos da Constituição Federal de 1988 na sociedade brasileira*. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2008, p. 206.

[349] MARSHALL, T. H. *Op. Cit.*, p. 84.

[350] DEWEY, John. *Liberalismo, liberdade e cultura*. São Paulo: Editora Nacional, 1970, p. 103-104.

[351] BOURDIEU, Pierre. *A distinção:* crítica social do julgamento. Porto Alegre: Editora Zouk, 2008.

manifestações culturais, como práticas sociais, entrelaçam e expressam diversos referenciais que se relacionam diretamente nas formas de sociabilidade da vida cotidiana. [352] A participação cultural torna-se, na perspectiva da cidadania, instrumento privilegiado de inclusão.

O reconhecimento do papel da cultura na construção e promoção da cidadania pode ser também identificado nas leis posteriores à Constituição Federal de 1988 que "já incorporaram aos seus dispositivos a necessidade de garantia dos direitos culturais como dimensão importante do exercício da cidadania, seja para crianças, adolescentes [353], jovens [354], idosos [355] ou portadores de necessidades especiais" [356] [357]. Além de educandos [358] e índios.[359]

Vinculada à exclusão cultural, a questão das identidades afeta diretamente a paz e a segurança mundiais, tanto é assim que a maioria das 165 guerras ocorridas desde a Segunda Grande Guerra, e principalmente desde o fim da Guerra Fria, foi dentro das fronteiras dos países e motivada por fatores identitários (etnicidade, religião, etc.) [360], embora também alimentadas por razões econômicas. O reconhecimento do diálogo intercultural como instrumento de promoção da paz e da segurança é refletido na Convenção para a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais. [361] A relevância deste diálogo já estava estabelecida anteriormente na Declaração sobre Diversidade Cultural.

A possibilidade e continuidade do diálogo cultural, intensificado na medida em que são efetivados os direitos culturais, para o qual são essenciais, têm efeitos também dentro dos

---

[352] POCHMAN, Marcio *et all*. *Atlas da Exclusão Social:* agenda não liberal da inclusão social no Brasil. v. 5., São Paulo: Cortez, 2005, p. 87-88.
[353] A Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências é um de seus exemplos mais marcantes.
[354] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2163. Relator: Ministro Nelson Jobim, Brasília, de 29 de junho de 2000. Disponível em <WWW.stf.jus.br> Acesso em 10 de outubro de 2009. Na decisão da liminar na Medida Cautelar, que buscava impedir o desconte de 50% aos menores de 21 anos, que foi denegada, o Relator Nelson Jobim aponta que o conflito opunha "de um lado, o alegado prejuízo financeiro das empresas do ramo de diversão, de outro, a proteção de um bem jurídico subjetivo imensurável – a cultura."
[355] A Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências é outro exemplo.
[356] Ver também a Lei 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadores de deficiências ou com mobilidade reduzida e dá outras providências.
[357] FERNANDES, José Ricardo Oriá. *A cultura no ordenamento constitucional brasileiro:* impactos e perspectivas. In: Araújo, José Cordeiro de; Pereira Júnior, José de Sena; Pereira, Lúcio Soares; Rodrigues, Ricardo José Pereira (Orgs.). *Ensaios sobre impactos da Constituição Federal de 1988 na sociedade brasileira.* Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2008, p. 208.
[358] Neste passo, Cf. a Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.
[359] Embora anterior à Constituição da República de 1988, Cf. a Lei 6.001, de 17 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio.
[360] ARIZPE, Lourdes. The intellectual history of culture and development institutions. In: RAO, Vijayendra; WALTON, Michael (Eds.). *Culture and Public Action.* Stanford: Stanford University Press, 2004, p. 164.
[361] Este tratado categoricamente afirma como seus objetivos "encorajar o diálogo entre culturas a fim de assegurar intercâmbios culturais mais amplos e equilibrados no mundo em favor do respeito intercultural e de uma cultura da paz", além de "fomentar a interculturalidade de forma a desenvolver a interação cultural, no espírito de construir pontes entre os povos".

Estados, cada vez mais multiculturais, e dos blocos econômicos, devido à necessária integração sócio-cultural para a longevidade do agrupamento. Justamente com estes objetivos, a União Européia estabeleceu o ano de 2008 como o ano do diálogo intercultural. Aprovado pelo Parlamento Europeu em 18 de dezembro de 2006 [362], a dedicação do ano ao diálogo intercultural afirma sua importância para a vida em harmonia, e os promove através da exposição e convívio com os vários universos simbólicos e manifestações culturais. [363]

A possibilidade de comunicação é, por óbvio, condição para o diálogo. Esta questão é particularmente sensível para os portadores de necessidades especiais ou limitada mobilidade. A restrição do acesso ao conteúdo e meios de expressão é uma dificuldade impeditiva do diálogo inclusivo e intercultural. A superação das barreiras na comunicação para, entre outras coisas, garantir o acesso à cultura deste grupo é uma determinação legal inafastável e reflete o vínculo entre comunicação e cultura. [364]

Paulo Freire aponta que entre opressores e oprimidos não há diálogo, mas um anti-diálogo, em que os primeiros são sujeitos, atores, agentes, modeladores e optantes, ao passo que os segundos são seus objetos, modelados, seguidores. [365] As ações culturais podem estar tanto a serviço da dominação quanto da libertação, mas só o diálogo cultural é libertador, "pela superação das contradições culturais antagônicas" [366]. O conhecimento e reconhecimento do outro está na base do entendimento mútuo entre pessoas e grupos partícipes de diferentes tradições culturais.

A liberdade e o pluralismo cultural assegurados constitucionalmente no Brasil, se de fato realizados, são importantes instrumentos para realização deste diálogo cultural equalizador, que permitirão, ao cabo, a superação das desigualdades culturais e proporcionarão oportunidades de inclusão social, gerando, ao mesmo tempo, a promoção da pessoa e da dignidade humana, o avanço da cidadania, o fortalecimento das bases para o desenvolvimento e da integração social, "daí por que se revelam de grande importância as

---

[362] DECISÃO n. 1983/2006/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Dezembro de 2006 , relativa ao Ano Europeu do Diálogo Intercultural (2008). Disponível em: < http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006D1983:PT:NOT >. Acesso em: 03 jan. 2010.

[363] Informa a consideração n. 4 da decisão: "(4) No cerne do projecto europeu está a necessidade de facultar os meios para o diálogo intercultural e para o diálogo entre os cidadãos para reforçar o respeito pela diversidade cultural e gerir a realidade complexa das nossas sociedades e a coexistência de diferentes crenças e identidades culturais. Além disso, é importante valorizar a contribuição das diferentes culturas para o património e o modo de vida dos Estados-Membros e reconhecer que a cultura e o diálogo intercultural são essenciais para aprender a conviver harmoniosamente". DECISÃO n. 1983/2006/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Dezembro de 2006 , relativa ao Ano Europeu do Diálogo Intercultural (2008). Disponível em: < http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006D1983:PT:NOT >. Acesso em: 03 jan. 2010.

[364] Indispensável Cf. a Lei 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadores de deficiências ou com mobilidade reduzida e dá outras providências, principalmente os artigos 17 a 19.

[365] FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 45. ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2006, p. 178 e ss.

[366] *Id. Ibid.*, p. 212 e ss.

normas constitucionais que impõem ao Estado a execução de ações culturais afirmativas, que vão condicionar o diálogo cultural que se faz imprescindível à democracia cultural" [367].

As relações entre cultura e desenvolvimento sempre foram vistas como problemática nas instituições internacionais responsáveis pelo fomento à atividade econômica. Decorre desta constatação a antecipação, pelos organizadores, da surpresa do público ao deparar com um livro sobre cultura coordenado por dois economistas do Banco Mundial. Um livro com este enfoque se justifica pelo crescente reconhecimento da centralidade da cultura na reprodução da desigualdade e do sofrimento humano. [368]

A complexidade do próprio fenômeno cultural levou às visões contraditórias que consideravam a cultura ora como um elemento positivo, ora como um empecilho ao desenvolvimento econômico. [369] Por isso, na primeira metade da década de 1990 foi constituída nas Nações Unidas a Comissão Internacional sobre Cultura e Desenvolvimento, que elaborou um relatório sobre estas relações ("*Our Cultural Diversity*"), que marcou o início de um novo entendimento sobre estas relações.

Este novo entendimento implica na transcendência dos aspectos puramente econômicos atrelados ao desenvolvimento, sem o seu abandono, expandindo o conceito para incluir todo um conjunto de situações que ampliam as escolhas pessoais, como as liberdades sociais e econômicas, saúde, educação e outras capacidades. [370]

O problema, de fato, que instigou a reflexão sobre o modelo de desenvolvimento estritamente econômico adotado pelas instituições internacionais e a criação da comissão na Unesco, foi a percepção, pelos diversos grupos, da perda de identidade, sentimento comunitário e significado de vida e da demanda por mudanças nos rumos. [371]

O relatório da Comissão consolidou a mensagem de que o desenvolvimento não alcança apenas bens e serviços, mas também oportunidades de livres escolhas sobre as formas

---

[367] SILVA, José Afonso. *Ordenação constitucional da cultura.* São Paulo: Malheiros, 2001, p. 71.

[368] Em sua introdução é explicado que "some may find it incongruous that two economists who work for the World Bank are editing a book about culture. It reflects an increasing recognition of the centrality of cultural process to the reproduction of inequality and human ill-being among development policy makers and economists". RAO, Vijayendra; WALTON, Michael (Eds.). *Culture and Public Action.* Stanford: Stanford University Press, 2004, p. vii.

[369] ARIZPE, Lourdes. *The intellectual history of culture and development institutions.* In: RAO, Vijayendra; WALTON, Michael (eds.). *Culture and Public Action.* Stanford: Stanford University Press, 2004, p. 163.

[370] Como exposto pelo então presidente Javier Pérez CUÉLLAR: "Clearly, there was a need to transcend economics, without abandoning it. The notion of development itself had broadened, as people realized that economic criteria alone could not provide a programme for human dignity and well-being, The search for other criteria led UNDP to elaborate the notion of human development - "a process of enlarging people's choices" - that measures development in a broad array of capabilities, ranging from political, economic and social freedom to individual opportunities for being healthy, educated, productive, creative and enjoying self-respect and human rights". OUR CULTURAL DIVERSITY: Report of the World Commission on Culture and Development. Paris: Unesco, 1996, p. 7.

[371] Conforme expresso: "The concern is that development has meant the loss of identity, sense of community and personal meaning. Most people wish to participate in "modernity", but in terms of their own traditions. The very existence of this Commission reflects the force of this demand". OUR CULTURAL DIVERSITY: Report of the World Commission on Culture and Development. Paris: Unesco, 1996, p. 7

de viver. A cultura, em síntese, passa a ser vista como elemento constitutivo das finalidades e não como sendo a própria finalidade em si, enquanto o desenvolvimento é entendido como a expansão da existência humana em todas as suas formas. [372]

Antes disso, a Declaração da Unesco sobre o direito de desenvolvimento, de 1986, já asseverava que o processo de desenvolvimento possui múltiplas dimensões, que incluem os aspectos econômicos, sociais, culturais e políticos, dentro dos quais os direitos humanos podem ser plenamente realizados. [373]

A instrumentalização dos diversos institutos para a promoção do amplo desenvolvimento é igualmente observada com a introdução da agenda do desenvolvimento junto a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), que tem por objetivo principal enriquecer o enfoque no desenvolvimento em suas atividades. Em 2007, buscando realizar o objetivo principal, foram aprovadas, na Assembléia Geral, 45 metas, algumas das quais de aplicação imediata por parte da agência. [374]

Merecem destaque as ações de números 16 [375] e 20 [376], que determinam a preservação do domínio público no processo normativo interno, o aprofundamento das análises dos benefícios em torná-lo rico e acessível e a assistência em identificar, em suas jurisdições, as obras que o compõem. Igualmente relevantes são as recomendações n. 17 [377], que obriga a inclusão e consideração das flexibilidades nos acordos internacionais de propriedade intelectual, em especial nas áreas de interesse dos países em desenvolvimento, e a n. 42 [378],

---

[372] "The all-pervasive message emerging from the report is that development embraces not only access to goods and services, but also the opportunity to choose a full, satisfying, valuable, and valued way of living together. Looking at development as a process that enhances the effective freedom of people everywhere to create cultural expressions and to exchange them broadens the widely accepted notion of human development. Culture's role is not to serve the ends but constitutes, in fact, the social basis of the ends themselves. In other words, culture is not a means to material progress; it is the end and aim of "development" seen as the flourishing of human existence in all its forms and as a whole". ARIZPE, Lourdes. *The intellectual history of culture and development institutions.* In: RAO, Vijayendra; WALTON, Michael (eds.). *Culture and Public Action*. Stanford: Stanford University Press, 2004, p. 180.

[373] Art. 1º: "The right to development is an inalienable human right by virtue of which every human person and all peoples are entitled to participate in, contribute to, and enjoy economic, social, cultural and political development, in which all human rights and fundamental freedoms can be fully realized." ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaration on the right to development*, 1986.

[374] ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. Agenda do Desenvolvimento. Disponível em: <http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/>. Acesso em 02 fev. 2010.

[375] Recomendação n. 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." ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. Agenda do Desenvolvimento.

[376] Recomendação n. 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." ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. Agenda do Desenvolvimento.

[377] Recomendação n. 17: "In its activities, including norm-setting, WIPO should take into account the flexibilities in international intellectual property agreements, especially those which are of interest to developing countries and LDCs." ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. Agenda do Desenvolvimento.

[378] Recomendação n. 42: "To enhance measures that ensure wide participation of civil society at large in WIPO activities in accordance with its criteria regarding NGO acceptance and accreditation, keeping the issue under review." ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. Agenda do Desenvolvimento.

que impõe a ampliação da participação da sociedade civil nas atividades da Organização Mundial de Propriedade Intelectual.

Resta claro que as razões dos direitos culturais extrapolam seu conteúdo estrito para alcançar objetivos que são as bases da sociabilidade humana e do próprio ordenamento jurídico. Neste sentido, os efeitos da realização dos direitos culturais estruturam-se a partir dos fundamentos republicanos de cidadania e dignidade humana, com implicações para a soberania, e direcionam-se à satisfação de seus objetivos de desenvolvimento inclusivo e construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

2.2 Direitos culturais como direitos fundamentais

Como postulado deste trabalho admite-se que o exercício dos direitos culturais é imprescindível para o desenvolvimento sadio e integral da personalidade humana, tanto por serem as experiências culturais constitutivas das identidades como instrumentos de socialização. Igualmente se acatam as proposições de que os direitos culturais configuram uma importante dimensão da cidadania e um relevante fator de inclusão social. De mesma forma, são considerados sua dimensão econômica e seu papel no desenvolvimento sustentável. Ao mesmo tempo, reconhece-se sua função de promoção de um diálogo intercultural emancipatório, plural e democrático. Situam-se os direitos culturais, portanto, entre as condições necessárias conducentes à efetivação da dignidade e promoção da cidadania.

Os direitos fundamentais expressam uma realidade ao mesmo tempo normativa e moral. Compõem-se, pois, de pressupostos éticos e componentes jurídicos. São, assim, instrumentos essenciais para o desenvolvimento, na sociedade, de todas as potencialidades da pessoa humana. [379] O exercício pleno dos direitos culturais é condição para o desenvolvimento, necessariamente social, destas potencialidades.

[379] PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*. Teoria Geral. Universidad Carlos, III de Madrid: 1999, p. 37. Nas palabras do autor: “Entendiendo con flexibilidad lo anterior, derechos fundamentales puede comprender tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.” Mais a frente, o autor complementa afirmando que “Su inseparable conexión se produce porque los derechos tienen una raíz moral que se indaga a través de la fundamentación, pero no son tales sin pertenecer al Ordenamiento y poder así ser eficaces en la vida social, realizando la función que los justifica. Moralidad y juridicidad o moralidad legalizada forman el ámbito de estudio necesario para la comprensión de los derechos fundamentales” (p. 104).

A essencialidade destes direitos para a existência digna e o exercício da cidadania é o que lhes assegura um papel entre os direitos fundamentais, pois, no plano mais abstrato, refletem "a vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos" [380].

Esta característica de essencialidade para a efetivação da dignidade humana como atributo material dos direitos fundamentais é também defendida por Jane Pereira, quando aduz que

> Do ponto de vista formal, direitos fundamentais são aqueles que a ordem constitucional qualifica expressamente como tais. Já do ponto de vista material, são direitos fundamentais aqueles direitos que ostentam maior importância, ou seja, os direitos que devem ser reconhecidos por qualquer Constituição legítima. Em outros termos, a fundamentalidade em sentido material está ligada à essencialidade do direito para implementação da dignidade humana. Essa noção é relevante pois, no plano constitucional, presta-se como critério para identificar direitos fundamentais fora do catálogo. [381]

Os direitos culturais são, pois, "direitos constitucionais atuais e fundamentais", até "porque devem ser compreendidos dentro do complexo marco dos direitos humanos, também reconhecidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem" [382].

E, por todas estas razões, os direitos culturais devem ser considerados como fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, independentemente da forma de seu exercício.

A doutrina que enfrenta o tema [383] é unânime em afirmar que os direitos culturais são fundamentais. A Constituição Federal e os tratados internacionais idem. [384] Os organismos internacionais [385], o Estado Brasileiro [386] e inúmeros estados estrangeiros [387] também partilham desta posição. Comunga-se, aqui, desta mesma opinião, por batizada, reconhecida e acatada.

---

[380] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 562.
[381] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 77
[382] SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura.* São Paulo: Malheiros, 2001, p. 50.
[383] BONAVIDES, Paulo.*Op. cit.,*; SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001; FERNANDES, José Ricardo Oriá. A cultura no ordenamento constitucional brasileiro: impactos e perspectivas. In: ARAÚJO, José Cordeiro de; PEREIRA JÚNIOR, José de Sena; PEREIRA, Lúcio Soares; RODRIGUES, Ricardo José Pereira (Orgs.). *Ensaios sobre impactos da Constituição Federal de 1988 na sociedade brasileira,* Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2008; SILVA, Vasco Pereira. *A cultura a que tenho direito*. Coimbra: Almedina, 2007; PONTIER, Jean-Marie; RICCI, Jean-Claude; BOURDON, Jacques. *Droit de la cultura.* Paris: Dalloz, 1990.
[384] Ver item 1.3, do Capítulo 1º deste trabalho.
[385] Organização das Nações Unidas; Organização dos Estados Americanos.
[386] Como indicam as legislações infraconstitucionais e decisões judiciais.
[387] Conforme aponta SILVA, as Constituições de Portugal, Alemanha, França, Itália e Espanha, por exemplo, contêm disposições constitucionais e construções jurisprudenciais que apontam para a existência dos direitos culturais enquanto direitos fundamentais. SILVA, Vasco Pereira. *Op. cit.,* p. 50-54.

2.2.1 Dimensões dos direitos culturais

O reconhecimento dos direitos culturais como direitos fundamentais normatizados, portanto, existentes e válidos, é indiscutível. Porém, o mesmo não pode ser dito de sua efetivação, pois, dar-lhe concretude e exigibilidade, se aventa a necessidade de uma regulamentação posterior para o seu exercício [388], embora, no Brasil, se aplique diretamente os direitos fundamentais nas relações interprivadas.

Antes, mas com a finalidade de responder ao questionamento levantado sobre a sua efetividade, é importante enfrentar o problema do enquadramento dos direitos culturais dentre os direitos fundamentais.

O lema revolucionário francês do século XVIII "exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade igualdade, fraternidade" [389]. Estes postulados passaram a se manifestar concretamente nos diversos ordenamentos jurídicos em sucessivas ondas direcionadas pelos princípios de generalização e universalização. [390] Estas sucessões implicaram "em mudanças quantitativas e qualitativas na noção de direitos fundamentais, que conduziram tanto ao seu alargamento quanto a sua transformação" [391].

Estes movimentos históricos de normatização destes direitos foram denominados de gerações. Critica-se esta nomenclatura por transmitir a idéia de substituição, quando, de fato, trata-se de um processo cumulativo de ampliação qualitativa e quantitativa. [392] Este movimento de expansão e consolidação é melhor entendido enquanto dimensões, pois, elimina-se a equivocada impressão de substituição presente no termo geração.

A classificação destas dimensões é controversa, pois, alguns doutrinadores defendem três e outros quatro momentos distintos. Alinha-se, esta tese, entre os que apontam quatro

---

[388] Os autores apontam que, na França, confirmou-se a necessidade de uma legislação posterior que regulamente o exercício destes direitos. Afirmam os autores ainda pela impossibilidade de, na França, um cidadão invocar diretamente as normas constitucionais, pois mesmo na ausência de uma norma posterior que concretize os direitos constitucionalmente previstos, não pode o juiz substituir o legislador. PONTIER, Jean-Marie; RICCI, Jean-Claude; BOURDON, Jacques. *Op. cit.*, p. 90.
[389] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 562.
[390] *Id. Ibid*., p. 563.
[391] SILVA, Vasco Pereira. *Op. cit.*, p. 32.
[392] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 572; SILVA, Vasco Pereira. *A cultura a que tenho direito*. Coimbra: Almedina, 2007; CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Os direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.* Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 65.

dimensões dos direitos fundamentais, em consideração histórica das demandas por sua introdução, normatização e concretização. [393]

Deste modo, se qualificam como direitos de primeira dimensão os direitos de liberdade, que incluem os direitos civis e políticos. Correspondem "àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente". Consolidados, não há hoje "Constituição digna deste nome que não os reconheça em toda a sua extensão". Estes direitos ostentam uma subjetividade que lhes é o traço característico, pois "têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa". Enfim, "são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado" [394].

Os direitos de segunda dimensão dominaram o século XX como os de primeira dominaram o século XIX. Vinculados ao princípio da igualdade, foram introduzidos na Constituição dos diversos Estados no processo de transformação do modelo liberal para o social. São eles "os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades" [395]. Com a introdução destes direitos, aumentou a percepção de que os direitos fundamentais representam certa ordem de valores e

> se na fase da primeira geração os direitos fundamentais consistiam essencialmente no estabelecimento das garantias fundamentais da liberdade, a partir da segunda geração tais direitos passaram a compreender, além daquelas garantias, também os critérios objetivos de valores, bem como os princípios básicos que animam a lei maior, projetando-lhe a unidade e fazendo a congruência fundamental de suas regras. [396]

Os direitos de terceira dimensão, que iniciam sua trajetória de reconhecimento, positivação e efetividade no fim do século XX, não se referem nem a indivíduos nem a coletividades, mas são direitos difusos fundados na solidariedade, dirigindo-se a todo o gênero humano, "num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta". Até o momento já foram identificados pela teoria cinco destes direitos: o direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito ao patrimônio comum da humanidade, direito de comunicação. [397]

---

[393] Neste sentido merecem destaque as posições de BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2003; BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992; CANOTILHO também aponta quatro gerações, mas divide os direitos civis e políticos em etapas diversas e agrupa os difusos e dos povos em uma quarta geração, mantendo os sociais e coletivos em uma terceira, em *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 386.
[394] BONAVIDES, Paulo.*Op. cit.,* p. 563-564.
[395] *Id. Ibid*., p. 564-565.
[396] *Id. Ibid*., p. 568.
[397] *Id. Ibid*., p. 569.

As contínuas formulações de novos direitos “são e serão sempre um processo sem fim, de tal modo que quando um sistema de direitos se faz conhecido e reconhecido, abrem-se novas regiões da liberdade que devem ser exploradas” [398].

Deste modo, são apontados os direitos de quarta dimensão, introduzidos pela globalização política na esfera da normatividade jurídica dos direitos fundamentais, a caminho de uma verdadeira universalidade. Estes direitos incorporam o direito à democracia, ao pluralismo e à informação, sendo a “chave para a concretização da sociedade aberta do futuro”. Esta democracia há de ser uma democracia direta, possível graças aos avanços tecnológicos, e também “uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder” [399].

É ilustrativo o fato de que “a cultura passou a integrar os textos constitucionais a partir do momento em que as Constituições abriram um título especial para a ordem econômica, social, educação e cultura”. Depois de continuarem “a referir-se à matéria ainda de modo vago e sintético, [...], as Constituições contemporâneas alargaram os horizontes de proteção da cultura, surgindo daí a idéia de direitos culturais como dimensão dos direitos fundamentais do homem”. [400] Entendida nestes termos, uma primeira resposta indica sua inclusão dentre os direitos sociais, que são direitos fundamentais de segunda dimensão. [401]

Contudo, as distinções entre os direitos fundamentais individuais e sociais são melhores elaboradas a partir de gradações e não em razão de sua substância, pois todos os direitos fundamentais se integram.

A partir das premissas do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Econômicos e do Pacto de São José da Costa Rica constata-se que a própria liberdade individual só é possível mediante o respeito integral à totalidade dos direitos fundamentais. Esta assertiva indica a unicidade, integralidade e indivisibilidade do conjunto de direitos fundamentais, que estão umbilicalmente e intimamente relacionados e condicionados uns aos outros, não sendo possível negar eficácia a qualquer destes direitos.

A reconstrução jurídica dos direitos fundamentais, processada a cada nova esfera reconhecida, direciona-se à consideração de que “a proteção que eles garantem é realizada simultaneamente, através das respectivas dimensões de ‘abstenção’, de ‘prestação’ e de

---

[398] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 570.
[399] *Id. Ibid*., p. 571.
[400] SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 40-41.
[401] Ou terceira, dependendo se admite-se ou não a divisão dos direitos civis e políticos em duas dimensões diversas.

'participação', assim como valem tanto perante destinatários públicos como privados". [402] Esta universalidade e integração entre os direitos fundamentais "não exclui os direitos de liberdade, mas primeiro os fortalece com as expectativas e os pressupostos de melhor concretizá-los mediante a efetiva adoção dos direitos de igualdade e fraternidade" [403].

Esta identidade entre os direitos fundamentais de diferentes dimensões ocorre em dois níveis distintos, o axiológico e o estrutural. No aspecto axiológico, "constituem a resposta jurídico-constitucional adequada ao problema da proteção da dignidade da pessoa humana, a qual vai evoluindo (no tempo e no espaço) em função de novas agressões e desafios colocados pela vida social". A identidade estrutural se funda no fato de todos se caracterizarem por terem simultaneamente uma vertente negativa e uma positiva, bem como uma dimensão subjetiva – direitos fundamentais como direitos dos cidadãos - e uma objetiva – direitos fundamentais como princípios jurídicos ou como estruturas objetivas da sociedade. [404]

A projeção dos direitos fundamentais na estrutura jurídica e social conforma sua dimensão objetiva, e como averba Perez Luño, nesse plano o conteúdo dos direitos deve "funcionalizar-se para a consecução dos fins e valores constitucionalmente proclamados". [405]

Os direitos fundamentais funcionam, enfim, tanto como salvaguardas jurídicas que asseguram aos cidadãos seu exercício, como estabelecem condicionamentos aos poderes públicos na elaboração das políticas e estruturas normativas. Nas palavras de Jane Pereira

> Desde o ponto de vista funcional, é largamente aceita a idéia de que os direitos fundamentais assumem hoje um duplo caráter, ou dupla função, na ordem constitucional. Por um lado, atuam no plano subjetivo, operando como garantidores da liberdade individual, sendo que a esse papel clássico somam-se, hoje, os aspectos sociais e coletivos da subjetividade. De outro lado, os direitos ostentam uma função (ou dimensão) objetiva, que se caracteriza pelo fato de sua normatividade transcender à aplicação subjetiva-individual, pois que estes também orientam a atuação do Estado. [406]

A análise dos direitos fundamentais enquanto gerações não transmite a visão de integralidade e interconexão que permeia estes direitos, devendo ser preferido o termo dimensões para descrever seu contínuo adensamento. Como será demonstrado, os direitos culturais apontam e confirmam a transcendência dos direitos fundamentais, na medida em que se expressam tanto enquanto liberdade, igualdade e solidariedade, alcançando, ao mesmo tempo, as diversas dimensões. Em que pese esta percepção, o seu núcleo essencial

---

[402] SILVA, Vasco Pereira. *A cultura a que tenho direito*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 33.
[403] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 573.
[404] SILVA, Vasco Pereira. *Op. cit.*, p. 33.
[405] PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1998, p. 27
[406] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 77.

fundamenta-se principalmente na igualdade, fazendo destes direitos-irmãos dos direitos à educação e saúde.

2.2.2 Fundamentos legislativos

Antes mesmo de enfrentar a questão do conteúdo dos direitos culturais no Brasil, é importante observar que o conjunto destes direitos encontra-se enunciado em diversas normas constitucionais, que, pela sua natureza, enquadram-se nas várias dimensões dos direitos fundamentais, tanto aqui [407] quanto alhures. [408] Esta circunstância é conseqüência da irradiação de seus efeitos pelo ordenamento, que afeta o conteúdo, entendimento, aplicação e efetividade de vários direitos.

Sobre os direitos culturais na Constituição Brasileira, José Afonso da Silva afirma que

> A Constituição Brasileira de 1988 refere-se à cultura nos arts. 5º, IX, XXVII, XXVIII e LXXIII, e 220, §§ 2º e 3º, como manifestação do direito individual e de liberdade e direitos autorais; nos arts. 23, 24 e 30, como regras de distribuição de competência e como objeto de proteção pela ação popular; nos arts. 215 e 216, como objeto do direito e patrimônio brasileiro; no art. 219, como incentivo ao mercado interno, de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural; no art. 221, como princípios a serem atendidos na produção e programação das emissoras de rádio e televisão; no art. 227, como um direito da criança e do adolescente; e no art. 231, quando reconhece aos índios a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições e quando fala em terras tradicionalmente ocupadas por eles, necessárias à reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. [409]

Ao final, porém, o autor afirma que os direitos culturais decorrem principalmente das normas instituídas nos artigos 5º, inc. IX, 215 e 216, [410] - embora, como informado, indique um grande número de outras normas cujas substâncias são também informadoras de seu conteúdo.

Francisco Humberto Cunha Filho igualmente concentra-se nos artigos 215 e 216. [411] José Ricardo Oriá Fernandes aponta para os mesmos artigos indicando serem dedicados "à

---

[407] SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura.* São Paulo: Malheiros, 2001, p. 51-52. CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Os direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.* Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 41-43.
[408] SILVA, Vasco Pereira. *A cultura a que tenho direito*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 68-69.
[409] SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 42.
[410] *Id. Ibid.*, p. 52.
[411] CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Os direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.* Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 28 e ss.

questão cultural, afora artigos outros, parágrafos e incisos que tratam, direta ou indiretamente, da cultura" [412].

Identifica-se, de fato, um grande número de disposições constitucionais normatizando os direitos culturais. Há, por exemplo, normas regulando a atuação do Estado, como são os artigos 23, 24 e 30, que dispõem sobre competência em matéria cultural. Estas ações culturais por parte do Estado estão sujeitas à fiscalização social, não só por constituírem-se alternadamente em direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos, mas também por ser constitucionalmente assegurada legitimidade nas ações populares para a anulação de ato lesivo ao patrimônio histórico (art. 5º, inc. LXXIII).

Os direitos culturais apresentam-se também, no artigo 5º da CRFB/1988, como liberdade de expressão cultural e artística (inc. IX), assegurando a atribuição, nos casos pertinentes, de direitos patrimoniais de utilização e fiscalização desta utilização (incs. XXVII e XXVIII). Sua relação com a comunicação (art. 220, 221, 222) e com o ensino não é olvidada pelo constituinte (art. 206, inc. II). Sua conformação como direito fundamental é também asseverada quando aponta para a formação infanto-juvenil (art. 227). E seu papel holístico é consagrado na proteção aos grupos indígenas (art. 231).

Não obstante, as normativas sobre estes direitos são completadas pelo disposto nos acordos internacionais, e a atual posição jurisprudencial do STF sobre o papel dos tratados internacionais de direitos fundamentais no ordenamento jurídico nacional consolida seu caráter normativo e fundamental. [413]

Dentre os tratados internacionais de direitos fundamentais ratificados pelo Brasil e de aplicação direta às questões aqui abordadas, foram destacados no capítulo primeiro deste trabalho, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos - e seu Protocolo Facultativo, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto de São José da Costa Rica e o Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador).

Já com relação aos tratados internacionais que abordam especificamente os direitos culturais temos principalmente a Convenção Relativa às Medidas a Serem Adotadas para Proibir e Impedir a Importação, Exportação e Transferência de Propriedades Ilícitas sobre Bens Culturais, a Convenção para Proteção do Patrimônio Mundial, Natural e Cultural, a

[412] FERNANDES, José Ricardo Oriá. A cultura no ordenamento constitucional brasileiro: impactos e perspectivas. In: ARAÚJO, José Cordeiro de; PEREIRA JÚNIOR, José de Sena; PEREIRA, Lúcio Soares; RODRIGUES, Ricardo José Pereira (Orgs.). *Ensaios sobre impactos da Constituição Federal de 1988 na sociedade brasileira.* Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2008, p. 203.

[413] BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466343-SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 22 out. 2009.

Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial e a Convenção para Promoção e Proteção da Diversidade Cultural. Estes tratados são acompanhados de inúmeras declarações oficiais dos próprios organismos ou de grupos de países, que reiteram a concretude dos direitos culturais.

Complementam estes documentos diversos tratados e declarações referentes à eliminação da discriminação, sejam raciais, étnicas ou religiosas; conducentes à inclusão de mulheres, crianças, migrantes e outras minorias; relativos ao direito ao desenvolvimento; concernentes ao diálogo e cooperação internacionais; e, atinentes à proteção da propriedade intelectual. Todos estes assuntos são afeitos aos direitos culturais, seja por limitarem seu exercício, se utilizarem destes para sua efetivação ou como seu fundamento.

Além das normas constitucionais e internacionais às quais o Brasil aderiu, há um conjunto de normas infraconstitucionais que disciplinam e especificam as aplicações dos direitos culturais. Estas podem ter o caráter de políticas públicas de cultura, fazer parte do conjunto normativo das atividades culturais ou disporem especificamente sobre a concretização destes direitos em determinadas circunstâncias.

Com o objetivo de amalgamar estas consignações em uma política pública coerente de concretização dos direitos culturais, é obrigatório o estabelecimento, pelo Estado, de um Plano Nacional Plurianual de Cultura (PNC). Para tanto, o texto constitucional estabelece, *a priori*, tanto a finalidade maior como as diretrizes que compulsoriamente devem ser seguidas na elaboração, execução e aplicação das normas de cultura. Afirma-se, na Constituição, que a finalidade precípua desses direitos é promover o desenvolvimento cultural do país. [414] O entendimento do que seja este desenvolvimento só pode ser alcançado quando informado pelos fundamentos [415] e objetivos [416] da República. Então, nesta perspectiva, o desenvolvimento cultural implica na promoção da cidadania e na concretização da inclusão.

São cinco dispositivos que, de fato, desfolham três diretrizes, relacionadas entre si, a serem cumpridas na elaboração, execução, aplicação e interpretação do PNC. O robustecimento progressivo do patrimônio cultural brasileiro, com promoção da pluralidade e diversidade, inclusive étnica e regional, é o primeiro mandamento. A produção, valorização, difusão e democratização do acesso e fruição dos bens culturais perfazem o segundo comando constitucional neste âmbito. Complementa estes desígnios a necessidade da formação e

[414] É importante observar que a atual prioridade para o desenvolvimento cultural da sociedade brasileira provavelmente se dá por causa dos negativos efeitos do adiamento de sua realização, cuja percepção é recente e foi tardia. Para aprofundamento ver SOUKI, Lea Guimarães. A atualidade de T. H. Marshall no estudo da cidadania no Brasil. In: *Revista Civitas*, vol. 6, n. 1, Porto Alegre: EdPUCRS, jan./jun., 2006, p. 39-58.
[415] Art. 1º, CRFB/1988.
[416] Art. 3º, CRFB/1988.

qualificação pessoal para a gestão coletiva. [417] Estabelece-se, assim, o programa e finalidades obrigatórios a serem cumpridos pelo Estado na formulação das políticas de concretização dos direitos culturais.

Além do PNC, e vislumbrando a cultura como política estratégica, o Ministério decidiu como prioritários os projetos de lei cujos objetivos são: (a) reformular a principal lei federal de incentivos fiscais, a Lei Rouanet; (b) inserir expressamente a cultura como direito social no artigo 6º da Constituição Federal de 1988; (c) instituir um incentivo à democratização do consumo cultural, através do Vale Cultura; (d) criar um Sistema Nacional de Cultura; (e) estabelecer percentuais mínimos de investimento cultural por parte dos governos federal, estadual e municipal; e (f) alterar a lei de direitos autorais, com o objetivo de equilibrar os interesses dos criadores, investidores e cidadãos.

É importante relembrar a inexistência, até o momento, no ordenamento jurídico brasileiro, de normas infraconstitucionais que regulamentem especificamente os direitos culturais. A transmutação dos projetos em lei ordinária consolidará no plano infraconstitucional os direitos culturais e formará um conjunto de normas que se denomina, para os fins deste trabalho, de direito da cultura, que, no Brasil, ainda se encontra em gestação.

Há, porém, outras normas infraconstitucionais que estabelecem princípios, conformam direitos e constituem deveres que iluminam e objetivam os direitos culturais em conjunturas específicas. São principalmente normas especiais que tratam da promoção e inclusão cultural de crianças, jovens, idosos, portadores de necessidades especiais, educandos e grupos indígenas.

A Lei de diretrizes e bases da educação [418] enuncia os direitos culturais em diversos dispositivos. No total, o termo ‘cultura’ é repetido 26 vezes na legislação. O ensino nacional, como um todo, é pautado pelo princípio da “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber” [419].

Asseguram-se, na legislação, inclusive a progressão a níveis mais “elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um” [420]. Ao tratar do ensino de História, assegura a diversidade e o respeito à pluralidade cultural na formação nacional

[417] Art. 215, CRFB/1988.
[418] Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996.
[419] Art. 3º, inc. II, da Lei n. 9.394/1996.
[420] Art. 4º, inc. V, da Lei n. 9.394/1996.

[421], com especial referência aos grupos indígenas e negros [422], sendo realçada a educação artística [423] e tendo em consideração a diversidade religiosa. [424]

O ensino tecnológico não é escusado de obrigações de concretização dos direitos culturais. [425] Na educação superior, o papel destes direitos é ainda mais proeminente, na medida em que, são estabelecidas, entre as finalidades, diversas ações para a sua concretização, que se complementam com as diretrizes gerais para todo o ensino, estabelecidas nos primeiros artigos da legislação. Destaca-se o estímulo à criação cultural [426], o incentivo à criação e difusão cultural [427], a promoção e divulgação de conhecimentos culturais [428] e o aperfeiçoamento cultural [429], sem ser esquecida sua função de estender as elaborações culturais à comunidade que recebe a instituição, através da extensão. [430]

Os povos indígenas, em sua multiplicidade de etnias, são especialmente destacados, conforme dispõe a legislação, tanto com relação à sua integração como frente à salvaguarda de suas identidades. Conformam a integração, por exemplo, a oferta de educação bilíngüe e intercultural [431] e a garantia de acesso aos conhecimentos da sociedade nacional e das demais sociedades indígenas ou não. [432] A manutenção das identidades dos grupos indígenas é

---

[421] O art. 26, § 4º, da Lei n. 9.394/1996, dispõe que: "O ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro, especialmente das matrizes indígena, africana e européia."

[422] O art. 26-A, da Lei n. 9.394/1996, estabelece que: "Nos estabelecimentos de ensino fundamental e de ensino médio, públicos e privados, torna-se obrigatório o estudo da história e cultura afro-brasileira e indígena. § 1º: O conteúdo programático a que se refere este artigo incluirá diversos aspectos da história e da cultura que caracterizam a formação da população brasileira, a partir desses dois grupos étnicos, tais como o estudo da história da África e dos africanos, a luta dos negros e dos povos indígenas no Brasil, a cultura negra e indígena brasileira e o negro e o índio na formação da sociedade nacional, resgatando as suas contribuições nas áreas social, econômica e política, pertinentes à história do Brasil."

[423] Dispõe ainda o art. 26-A, em seu § 2º, que: "Os conteúdos referentes à história e cultura afro-brasileira e dos povos indígenas brasileiros serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, em especial nas áreas de educação artística e de literatura e história brasileiras".

[424] Enquanto que o art. 33 estabelece que: "O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo".

[425] Assegura o art. 36, da Lei n. 9.394/1996, que: "O currículo do ensino médio observará o disposto na Seção I deste Capítulo e as seguintes diretrizes: I - destacará a educação tecnológica básica, a compreensão do significado da ciência, das letras e das artes; o processo histórico de transformação da sociedade e da cultura; a língua portuguesa como instrumento de comunicação, acesso ao conhecimento e exercício da cidadania".

[426] O art. 43, inc. I, traz a necessidade de "estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo".

[427] Já o inc. III, do art. 43, impõe a prioridade em "incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive".

[428] O art. 43, inc. IV, acrescenta a promoção da: "divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade e comunicar o saber através do ensino, de publicações ou de outras formas de comunicação".

[429] Já o art. 43, inc. V, impõe o: "suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional e possibilitar a correspondente concretização, integrando os conhecimentos que vão sendo adquiridos numa estrutura intelectual sistematizadora do conhecimento de cada geração".

[430] E, por fim, o art. 43, inc. VII, determina a promoção da: "extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição".

[431] A Lei n. 9.394/1996 estabelece em seu art. 78 que: "O Sistema de Ensino da União, com a colaboração das agências federais de fomento à cultura e de assistência aos índios, desenvolverá programas integrados de ensino e pesquisa, para oferta de educação escolar bilingüe e intercultural aos povos indígenas, com os seguintes objetivos".

[432] Enquanto que o art. 78, inc. II, da Lei n. 9.394/1996, objetiva: "garantir aos índios, suas comunidades e povos, o acesso às informações, conhecimentos técnicos e científicos da sociedade nacional e demais sociedades indígenas e não-índias."

expressamente firmada em relação à sua memória e língua, sem que sejam afastados quaisquer outros aspectos [433], e é reafirmada no plano de educação que deve ser-lhes especialmente oferecido [434], com sua autorização [435], por profissionais especializados, com material didático específico e conteúdo particularizado, em sua língua e de acordo com suas práticas. [436]

O valor da integração voluntária e progressiva dos indígenas é refletido no estatuto específico de proteção [437], sendo assegurado pleno respeito às suas particularidades culturais.[438] O Estatuto estabelece distinções entre os indígenas integrados, que dispõem do gozo de todos os direitos civis e políticos, aqueles em processo de integração, com contato intermitente entre culturas e progressiva aceitação de práticas culturais diversas das tradicionais, e os isolados, que mantêm seus próprios hábitos. [439]

A proteção do patrimônio cultural indígena é essencial à reprodução de suas formas de vida e à continuidade cultural destes grupos [440], e, em reconhecimento de sua relevância para a formação dos valores pessoais e comunitários, é revestida de punição criminal. [441] A legislação infraconstitucional, no bojo da proteção específica às pessoas em circunstâncias especiais, especialmente lhes assegura o direito à cultura.

---

[433] O art. 78, inc. I, tem por fim: "proporcionar aos índios, suas comunidades e povos, a recuperação de suas memórias históricas; a reafirmação de suas identidades étnicas; a valorização de suas línguas e ciências".
[434] Determina o art. 79 que: "A União apoiará técnica e financeiramente os sistemas de ensino no provimento da educação intercultural às comunidades indígenas, desenvolvendo programas integrados de ensino e pesquisa".
[435] Ainda, acrescenta o art. 79, § 1º, que: "Os programas serão planejados com audiência das comunidades indígenas".
[436] Enuncia também o art. 79, em seu § 2º, que: "Os programas a que se refere este artigo, incluídos nos Planos Nacionais de Educação, terão os seguintes objetivos: I - fortalecer as práticas sócio-culturais e a língua materna de cada comunidade indígena; II - manter programas de formação de pessoal especializado, destinado à educação escolar nas comunidades indígenas; III - desenvolver currículos e programas específicos, neles incluindo os conteúdos culturais correspondentes às respectivas comunidades; IV - elaborar e publicar sistematicamente material didático específico e diferenciado".
[437] O art. 1º da Lei n. 6.001/1973 dispõe que: "Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional."
[438] O art. 1º, inc. VI, traz a necessidade de: "respeitar, no processo de integração do índio à comunhão nacional, a coesão das comunidades indígenas, os seus valores culturais, tradições, usos e costumes".
[439] Em seu art. 4º estabelece que: "Os índios são considerados: I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento; III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura".
[440] Dispõe o art. 47 que: "É assegurado o respeito ao patrimônio cultural das comunidades indígenas, seus valores artísticos e meios de expressão".
[441] Com relação às infrações penais e suas punições, a Lei n. 6.001/1973 estabelece que: "Art. 58. Constituem crimes contra os índios e a cultura indígena: I - escarnecer de cerimônia, rito, uso, costume ou tradição culturais indígenas, vilipendiá-los ou perturbar, de qualquer modo, a sua prática. Pena - detenção de um a três meses; II - utilizar o índio ou comunidade indígena como objeto de propaganda turística ou de exibição para fins lucrativos. Pena - detenção de dois a seis meses; III - propiciar, por qualquer meio, a aquisição, o uso e a disseminação de bebidas alcoólicas, nos grupos tribais ou entre índios não integrados. Pena - detenção de seis meses a dois anos. Parágrafo único. As penas estatuídas neste artigo são agravadas de um terço, quando o crime for praticado por funcionário ou empregado do órgão de assistência ao índio. Art. 59. No caso de crime contra a pessoa, o patrimônio ou os costumes, em que o ofendido seja índio não integrado ou comunidade indígena, a pena será agravada de um terço".

O Estatuto da Criança e do Adolescente aponta para a obrigatoriedade de "efetivação dos direitos referentes à [...] cultura" e para a importância da convivência comunitária para o desenvolvimento da pessoa. [442] Mais à frente, confirma o direito à cultura e sua peculiaridade frente ao fato que são pessoas em formação [443], estendendo a obrigação de atendimento a este direito mesmo às entidades de internação. [444] Os direitos culturais também são lembrados com relação às identidades comunitárias das crianças e adolescentes, que devem ser preservadas no processo de educação[445]. No caso de famílias substitutas para crianças indígenas ou quilombolas é reforçado o obrigatório respeito aos elementos identitários. [446]

A efetivação do direito à cultura é também especialmente mandamental com relação ao idoso[447]. O atendimento às suas necessidades culturais deve ser adequado às suas circunstâncias [448], que deverá ser feito mesmo pelos institutos de internação. [449] A obrigação desta satisfação, asseguradas pelos direitos culturais, alcança o Estado, a família e a sociedade em geral, conforme indicado pela obrigatoriedade de 50% de desconto nas atividades artísticas e culturais. [450] Muito importante é o reconhecido papel cultural atribuído aos idosos, de transmissão de conhecimentos e vivências, com relação direta com a memória e identidade cultural. [451]

A proteção aos portadores de necessidades especiais traz conformações específicas dos direitos culturais. As particularidades dizem respeito ao acesso destas pessoas á comunicação.

---

[442] Nos termos do art. 4º da Lei n. 8.069/1990: "É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária."

[443] O art. 71 assegura que: "A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento".

[444] Dispõe o art. 94 que: "As entidades que desenvolvem programas de internação têm as seguintes obrigações, entre outras: XI - propiciar atividades culturais, esportivas e de lazer."

[445] O art. 58 é claro ao expor que: "No processo educacional respeitar-se-ão os valores culturais, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se a estes a liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura."

[446] Nestes casos determina o art. 28, § 6º, que: "Em se tratando de criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, é ainda obrigatório: I - que sejam consideradas e respeitadas sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, bem como suas instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos por esta Lei e pela Constituição Federal; II - que a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia; III - a intervenção e oitiva de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, no caso de crianças e adolescentes indígenas, e de antropólogos, perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar que irá acompanhar o caso."

[447] Dispõe a Lei 10.741/2003, em seu art. 3º: "É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária."

[448] O art. 20 assegura que: "O idoso tem direito a educação, cultura, esporte, lazer, diversões, espetáculos, produtos e serviços que respeitem sua peculiar condição de idade."

[449] Dispõe, ainda, o art. 50 que: "Constituem obrigações das entidades de atendimento: IX – promover atividades educacionais, esportivas, culturais e de lazer."

[450]Já o art. 23 traz que: **"**A participação dos idosos em atividades culturais e de lazer será proporcionada mediante descontos de pelo menos 50% (cinqüenta por cento) nos ingressos para eventos artísticos, culturais, esportivos e de lazer, bem como o acesso preferencial aos respectivos locais".

[451] Estabelece, assim, em seu art. 21, § 2º, que: "Os idosos participarão das comemorações de caráter cívico ou cultural, para transmissão de conhecimentos e vivências às demais gerações, no sentido da preservação da memória e da identidade culturais".

A eliminação dos obstáculos – dever dos órgãos estatais – tem por objetivo garantir-lhes o exercício de diversos direitos fundamentais, inclusive a cultura [452]. Dentre estas barreiras, há, expressamente, as de cunho tecnológico e lingüístico [453], sem que se possa pretender sejam únicas, pois a construção de espaços jurídicos de garantia de acessibilidade é, por óbvio, uma necessidade para a inclusão que se propõe.

Resta indubitável a existência normativa dos direitos culturais, bem como sua essencialidade para o desenvolvimento da pessoa, a preservação das identidades e pluralidade cultural do país, a promoção da cidadania, a comunicação e o crescimento sustentável do país.

A qualificação dos direitos culturais como fundamentais é também indiscutível, assim como o espraiar de seus efeitos sobre diversos institutos jurídicos, iluminando seu conteúdo, bem como se apresentam como axioma de diversos outros direitos como os a liberdade de expressão, os direitos autorais e o direito à comunicação. A análise de seus contornos é a próxima etapa desta investigação.

2.3 Os direitos culturais no Brasil

O fenômeno cultural é intrinsecamente dinâmico, difuso e elusivo, na medida em que apresenta dificuldades de delimitação, encontrando-se espraiado por todas as atividades humanas. A judicialização da cultura demanda a elaboração de instrumentos conceituais sólidos, sob pena de esvaziamento, inaplicabilidade e inefetividade destes direitos.

Diante disso, sua demarcação jurídica deve ser apoiada nos desenvolvimentos teóricos alcançados por outras disciplinas, em especial a antropologia, *locus* científico privilegiado desta discussão, tendo, contudo, em mente o caráter normativo do Direito.

A etimologia de definição, por revelar um sentido de encerramento, opõe-se à possibilidade de contínuo amadurecimento do entendimento do que vêm a ser os direitos culturais. Por este motivo, será tentada aqui apenas uma exposição de seu conteúdo.

---

[452] A Lei 10.098/2000 determina em seu art. 17 que: "O Poder Público promoverá a eliminação de barreiras na comunicação e estabelecerá mecanismos e alternativas técnicas que tornem acessíveis os sistemas de comunicação e sinalização às pessoas portadoras de deficiência sensorial e com dificuldade de comunicação, para garantir-lhes o direito de acesso à informação, à comunicação, ao trabalho, à educação, ao transporte, à cultura, ao esporte e ao lazer".

[453] Para estes casos, a Lei dispõe: "Art. 18. O Poder Público implementará a formação de profissionais intérpretes de escrita em braile, linguagem de sinais e de guias-intérpretes, para facilitar qualquer tipo de comunicação direta à pessoa portadora de deficiência sensorial e com dificuldade de comunicação. Art. 19. Os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens adotarão plano de medidas técnicas com o objetivo de permitir o uso da linguagem de sinais ou outra subtitulação, para garantir o direito de acesso à informação às pessoas portadoras de deficiência auditiva, na forma e no prazo previstos em regulamento".

A elaboração sobre seu conteúdo jurídico, por razões metodológicas, será feita a partir do estabelecido na Constituição Federal de 1988, em especial, mas não exclusivamente, nos artigos 215 e 216, e será informada pelos tratados internacionais de direitos humanos incorporados no ordenamento nacional, sem se afastar dos fundamentos e objetivos republicanos, considerando ainda os casos decididos pelos tribunais. Nestes termos, inicia-se a seguir a análise do conteúdo dos direitos culturais.

2.3.1 O conceito de culturas e os direitos culturais

Partindo da posição de que o fenômeno cultural deve ser entendido como um conjunto de redes ou teias de significações, dentro das quais se atribuem sentidos a diversas atividades, locais e artefatos, deve-se buscar na Constituição e nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil as indicações sobre os contornos jurídicos deste fenômeno, viabilizando sua aplicação e concretização.

É possível defender a restrição do conceito de cultura, seja para viabilizar o seu desenvolvimento jurídico, seja por se entender que apenas a concepção restrita é a acatada na Constituição nacional.

Francisco Humberto Cunha Filho defende esta necessidade, em razão da realidade normativa brasileira, de conceber o termo cultura de forma limitada, reduzindo o seu escopo, a fim de possibilitar o estudo jurídico dos direitos culturais, e define cultura como "a produção humana vinculada ao ideal de aprimoramento, visando a dignidade da espécie como um todo, e de cada um dos indivíduos" [454].

Esta acepção, contudo, é ainda mais aberta que o conceito antropológico de cultura, pois não reduz o termo que busca conceituar aos seus elementos essenciais, e indiretamente remete à já superada relação entre cultura e civilização e atribui finalidades específicas que escapam à dinâmica do próprio fenômeno que busca instrumentalizar. Por estes motivos não merece abrigo tal definição.

Já José Afonso da Silva, após apontar a existência de dois sistemas de significações – "uma que são as próprias normas jurídico-constitucionais, por si sós repositório de valores,

[454] CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Os direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.* Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 27-28.

[...] e outra que se constitui da própria matéria normatizada" [455] - afirma que "a Constituição não ampara a cultura na extensão de sua concepção antropológica, mas no sentido de um sistema de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira" [456]. Fundamenta sua posição no fato de que, antropologicamente, todo e qualquer objeto seria representativo da cultura específica em foco, "mas qualquer deles só terá significação constitucional se elevar-se àquele sentido referência", ou seja, se estiver eivado de significado que se refira à identidade, ação ou memória. [457]

Afirma ainda, com base na concepção semiótica, ser possível "analisar as normas jurídicas sobre a cultura e as relações entre elas e os valores" e que, portanto, a interpretação da cultura protegida pela Constituição tem de levar em conta as orientações valorativas desta, o que conduz à conclusão de que os bens culturais constitucionalmente valorados são aqueles que "se revelam como símbolos do bem-viver e do conviver humano numa sociedade livre, justa e solidária" [458].

A redução conceitual que propõe o autor não se afasta da concepção antropológica semiótica da cultura, e, portanto, a ela não se contrapõe. O que é proposto é a restrição dos objetos e símbolos imateriais que são considerados patrimônio cultural brasileiro àqueles que possuam 'alta significação' para os grupos formadores do país. Propõe-se, para fins de enquadramento como patrimônio brasileiro, uma valoração qualitativa do peso simbólico destes bens. Mais ainda, sugere-se que o reconhecimento constitucional dos bens culturais siga a orientação valorativa da própria Constituição, que propõe construir uma sociedade livre, justa e solidária, e também harmoniosa.

Ao menos dois problemas advêm desta proposição. Um alude à necessidade de distinguir entre bens de maior ou menor significação para os diversos grupos formadores a que se refere à Constituição. E, o segundo conduz ao imperativo de verificar se os sentidos atribuídos a estes bens pelos membros do grupo social a que se referem sejam construtivos de uma ordem "livre, justa e solidária." Ambos os casos reclamam distinção e decisão por parte de terceiros, ainda que do Estado sobre o grau de significação e a adequação destes significados às orientações valorativas da Constituição.

A subjetividade requerida para solução dos dilemas apresentados é suficiente para afastar a possibilidade da proposição que os suscita, pois contraria justamente os princípios da liberdade e pluralismo culturais fortemente ancorados na Lei Maior. Neste caso, vislumbra-se

---

[455] SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura.* São Paulo: Malheiros, 2001, p. 35.
[456] *Id. Ibid*., p. 35.
[457] *Id. Ibid*., p. 35.
[458] *Id. Ibid*., p. 35.

como solução a indicação, pelos próprios grupos específicos, dos bens materiais ou imateriais de alta significação e subseqüente demanda pelo seu reconhecimento enquanto tal pelos demais grupos formadores da brasilidade ou pelo próprio Estado, para se alcançar seu enquadramento como pertencente ao patrimônio cultural brasileiro.

É possível também delinear diferentes acepções de cultura e instrumentalizá-las a serviço do Direito. Propõe-se uma acepção restrita que "entende a cultura como uma realidade intelectual e artística – correspondente ao universo das 'belas artes' ou 'belas letras' – do passado, do presente e do futuro" [459]. Identifica-se esta concepção como a mais operativa do ponto de vista jurídico por "corresponder ao objeto do direito fundamental à cultura [...] e constitui a acepção normalmente pressuposta pelo legislador ao regular o domínio específico do Direito da Cultura" [460].

A posição intermediária, mais abstrata que a primeira, inclui também o "relacionamento [dos direitos culturais] com outros 'direitos espirituais', nomeadamente os respeitantes à ciência, ensino e à formação" [461], e tem aplicação nas situações em que o legislador "pretende relacionar realidades (estritamente) culturais com as que se verificam ao nível de outras manifestações espirituais" [462], não que se queira incorporar direitos de natureza distinta sob a batuta de um amplo direito de natureza cultural, mas em razão da imposição constitucional "de articulação e de coordenação das políticas públicas em matéria de 'direitos espirituais'" [463].

A acepção mais abstrata e ampla conjuga elementos de antropologia, história, filosofia e outras disciplinas, e tem grande apreço no "entendimento da Constituição como realidade cultural" [464].

Em síntese, Vasco Pereira da Silva propõe que a concepção mais restrita de cultura operacionaliza o direito à cultura, enquanto que a intermediária sustenta o Direito da Cultura – entendida como conjunto de normas regulando a cultura -, e a mais ampla refere-se ao estudo da Cultura do Direito.

Entende-se aqui que a concepção antropológica semiótica do fenômeno cultural é suficientemente flexível para servir de base à identificação dos bens culturalmente relevantes, pendendo apenas a definição de sua incidência, que é elaborada constitucionalmente. A partir desta visão será apresentado o conteúdo dos direitos culturais.

---

[459] SILVA, Vasco Pereira. *A cultura a que tenho direito*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 9-11.
[460] *Id. Ibid*., p. 9-11.
[461] *Id. Ibid*., p. 9-11.
[462] *Id. Ibid*., p. 9-11.
[463] *Id. Ibid*., p. 9-11.
[464] *Id. Ibid*., p. 9-11.

Há uma duplicidade de sentidos do que sejam os direitos culturais. Em um entendimento, "os direitos culturais devem ser compreendidos restritivamente, emparelhados com outros tipos de direitos, a fim de garantir-lhes um reconhecimento explícito, com o objetivo de torná-los efetivos, por serem palpáveis e facilmente identificáveis" [465]. Em outra perspectiva, cultura "é a base de todos os direitos fundamentais, determinando suas existências e, no momento seguinte, sendo determinada por eles" [466]. Para este trabalho, é relevante a compreensão restrita - para não haver confusão com a cultura do direito - e a equiparação destes direitos aos demais direitos sociais reconhecidos como tais.

Internacionalmente, os direitos fundamentais culturais podem ser identificados em cinco categorias: direito à educação, direito de participar da vida cultural, direito de obter os benefícios do progresso científico, direito à proteção dos interesses pessoais e patrimoniais sobre as criações e liberdade de pesquisa e criação. A todos estes direitos têm sido destinados bastante atenção, com exceção do direito de participar da vida cultural, negligenciado. [467]

No plano mais geral, os direitos culturais significam o direito de participação cultural, de vivenciar as experiências culturais desejadas. A participação cultural é um caminho seguro para a construção da cidadania e da dignidade, ao instrumentalizar a emancipação individual e coletiva. Porém, esta conceituação, por si só, não é suficiente para assegurar solidez para tão relevante direito, sendo problemática pela consequente fragilidade político-argumentativa para impulsionar as ações necessárias para efetivá-los.

Contudo, esta circunstância não pode servir de argumento para sua inaplicabilidade, pois também são vagas as obrigações impostas aos Estados contratantes com relação aos direitos à saúde e educação, sem que isso represente sua inviabilidade ou inefetividade.[468]

É necessário incitar a aplicação dos direitos culturais em nosso ordenamento, pela sua grande importância, que escapa de seus domínios restritos e irradia seus efeitos sobre diversos institutos jurídicos, refletindo em parte as características multifacetadas do próprio objeto, que são as experiências e bens culturais.

Os direitos culturais, enfim, podem ser vistos como aqueles em que "o indivíduo tem em relação à cultura da sociedade da qual faz parte, que vão desde o direito à produção

---

[465] Esta reflexão foi desenvolvida pelo autor a partir das lições de Peter Haberle. CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Os direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.* Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 30-31. Esta reflexão foi desenvolvida pelo autor a partir das lições de Peter Haberle.

[466] *Id. Ibid*., p. 30-31.

[467] STAMATOPOULOU, Elsa. *Cultural rights in international law*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 2-3.

[468] FRANCIONI, Francesco. Culture, heritage and human rights: an introduction. In: Francesco FRANCIONI; Martin SCHEININ (Eds.). *Cultural Human Rights.* BOSTON: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 3.

cultural, passando pelo direito de acesso à cultura até o direito à memória histórica" [469]. Nesta visão os direitos culturais são compostos do direito de produção cultural, direito de acesso à cultura, direito à memória histórica e ainda o direito à informação e o direito à participação nas decisões públicas sobre cultura. [470]

É possível, ainda, identificá-los a partir da Constituição e tentar listá-los, incorporando em seu conteúdo:

> (a) liberdade de expressão da atividade intelectual, artística e científica; (b) direito à criação cultural, compreendidas as criações artísticas, científicas e tecnológicas; (c) direito de acesso às fontes de cultura nacional; (d) direito de difusão das manifestações culturais; (e) direito de proteção às manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional; (f) direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e de proteção dos bens de cultura – que, assim, ficam sujeitos a um regime jurídico especial, como forma de propriedade de interesse público. [471]

Contudo, apenas a indicação de vários dos direitos em forma de lista não compreende toda a sua complexidade, nem dá conta de sua totalidade e menos ainda estabelece diretrizes para sua análise e entendimento.

Francisco Humberto Cunha Filho, em elaboração mais complexa, identifica dois elementos presentes nas definições dos direitos culturais, sendo o primeiro a identificação destes direitos com "as artes, a memória coletiva e a transmissão de conhecimento" [472], e o segundo a trans-temporalidade, que incorpora elementos do passado, presente e futuro. Acrescenta ainda uma "compreensão valorada da cultura, como a intervenção humana em favor da dignidade" [473] e propõe que "os direitos culturais são aqueles afetos às artes, à memória coletiva e ao repasse de saberes, que asseguram aos seus titulares o conhecimento e uso do passado, interferência ativa no presente e possibilidade de previsão e decisão de opções referentes ao futuro, visando sempre a dignidade da pessoa humana" [474].

Destaca o autor o elemento da trans-temporalidade como determinante na identificação dos direitos culturais e, nesta linha, afirma que "encontrando um direito com estas características, no qual os referidos elementos temporais convivam simultaneamente,

---

[469] FERNANDES, José Ricardo Oriá. A cultura no ordenamento constitucional brasileiro: impactos e perspectivas. In: ARAÚJO, José Cordeiro de; PEREIRA JÚNIOR, José de Sena; PEREIRA, Lúcio Soares; RODRIGUES, Ricardo José Pereira. *Ensaios sobre impactos da Constituição Federal de 1988 na sociedade brasileira.* Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2008, p. 207.
[470] *Id. Ibid*., p. 207-208.
[471] SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura.* São Paulo: Malheiros, 2001, p. 51-52.
[472] CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Os direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.* Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 33.
[473] *Id. Ibid*., p. 33.
[474] *Id. Ibid*., p. 34.

embora que um em menor escala que os outros, não devemos ter dúvidas de que estamos diante de um direito cultural" [475].

Sobre a crítica de que qualquer direito pode apresentar esta condição de temporalidade simultânea dependendo da arguição, responde o autor que "não se trata de argumentação, mas de realidade fática", e complementa afirmando a existência de direitos que independem de qualquer referência ao passado ou futuro, e exemplifica com a dignidade, a liberdade e os direitos sociais, considerados atemporais. [476]

Embora reconhecendo a temporalidade simultânea das referências simbólicas dos bens culturais e, portanto, dos direitos culturais, não se acata a tese de ser este um elemento distintivo exclusivo dos direitos culturais ou que todos direitos culturais tenham esta característica.

Tome-se um dos exemplos apresentados pelo autor. Versa sobre os direitos autorais e aponta que "as invenções e criações são produto do acúmulo material e intelectual da humanidade, apercebidos e levados a público de forma inusitada pelo criador, com o intuito de interferir na realidade presente e futura" [477].

Ora, não são as remissões ao passado e as pretensões quanto ao futuro que enquadram os direitos autorais como direitos culturais, mas o papel do seu objeto na construção das redes de significados, nucleares que são do fenômeno cultural. É este elemento referencial que os distingue. Além do mais, o próprio Estado de Cultura é embebido desta trans-temporalidade, pois a realização da Constituição e dos direitos fundamentais depende do histórico, das circunstâncias presentes e dos objetivos futuros de cada Estado Constitucional.

A partir das constatações de que o direito fundamental à cultura – que o autor, diferentemente deste trabalho, utiliza para englobar o conjunto de direitos culturais - na Constituição Portuguesa é "dotado de múltiplas faces", é consagrado tanto dentre os direitos e garantias individuais como entre os da ordem social, e "desdobra-se em diversas normas, que vão da garantia imediata de proteção dos particulares ao estabelecimento de deveres, tarefas e princípios a cargo dos poderes públicos, passando ainda pelo estabelecimento de deveres dos particulares" [478], observa-se uma distinção entre o tratamento dispensado à liberdade e à democracia cultural, estando o primeiro entre os direitos e garantias individuais e o segundo na ordem social. Ainda assim, as diferenças normativas na regulação da cultura podem ser

[475] CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Os direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.* Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 34.
[476] *Id. Ibid*., p. 35.
[477] *Id. Ibid*., p. 34-35.
[478] SILVA, Vasco Pereira. *A cultura a que tenho direito*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 68-69.

"reconduzidas a três categorias de posições jurídicas subjetivas, a saber: consagração de direitos dos particulares, consagração de deveres dos particulares, consagração de deveres a cargo do poder público" [479].

Após "uma radiografia das normas culturais referentes ao direito à cultura", Vasco Pereira da Silva afirma que os direitos culturais consagram

> a) cinco tipos de direitos subjetivos fundamentais: o direito de criação cultural, o direito de fruição cultural, os direitos de participação ou de 'quota-parte' nas políticas públicas de cultura, o(s) direito(s) de autor e o direito de fruição do patrimônio cultural. Destes, os três primeiros podem ser considerados, do ponto de vista do respectivo conteúdo, como sendo de caráter geral – os direitos de criação cultural, fruição cultural, e de participação nas políticas públicas de cultura -; e os de caráter especial – o direito de autor (de natureza especial em relação ao direito de criação cultura) e o direito de fruição do patrimônio cultural (especial relativamente ao direito de fruição cultural);
> b) um dever fundamental dos particulares (em matéria de defesa e de valorização do patrimônio cultural);
> c) um grande número de deveres, tarefas e princípios jurídicos de atuação dos poderes públicos, que se encontram 'funcionalizados' à realização imediata das posições jurídicas fundamentais (assim se distinguindo das demais tarefas estaduais integrantes do 'Estado de Cultura'). [480]

Entre as averiguações identificadas e analisadas, esta é a mais completa e ampla descrição dos direitos culturais. Distingue seu conteúdo em três grupos. O primeiro referente aos "direitos subjetivos fundamentais", que identifica como sendo em um total de cinco, sendo três gerais e dois especiais. O segundo apontando o duplo "dever fundamental dos particulares", de defesa e valorização do patrimônio cultural. E um terceiro indicando os deveres prestacionais do Estado. [481]

No Brasil, as normas referentes à cultura, definidoras ou informadoras dos direitos culturais não podem ser reduzidas aos artigos 215 e 216 da Constituição Federal. [482] Contudo, o seu alargamento pode intensificar as dificuldades de delineamento dos contornos dos direitos culturais, já inerentes à própria tarefa. Diante deste dilema, a solução encontrada é buscar compreender a dinâmica e alcance destes direitos a partir dos preceitos identificados nos artigos específicos, sem limitar sua abrangência a estes artigos, sendo as análises que se seguem desenvolvidas nesta linha.

---

[479] SILVA, Vasco Pereira. *A cultura a que tenho direito*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 68-69.
[480] *Id. Ibid*., p. 70.
[481] *Id. Ibid*., p. 68-70.
[482] Já houve a oportunidade de discorrer sobre este assunto neste trabalho, no capítulo 1º, item 1.3.2.

2.3.2 O conteúdo dos direitos culturais

Tânia Maria dos Santos sugere que duas são as "linhas diretivas jurídico-constitucionais culturais", a saber, os princípios da liberdade cultural e da promoção e proteção da diversidade cultural. [483] Ao restringir as diretrizes para a elucidação do conteúdo dos direitos culturais a duas, limita-se, porém, seu alcance e simplifica-se sua dinâmica, impedindo sua elucidação de forma abrangente, não sendo, portanto, aqui acatado.

Em que pesem as diversas tentativas de definição, propõe-se neste trabalho que o conteúdo jurídico dos direitos culturais se articula a partir de quatro elementos estruturantes e organiza-se em três vetores interdependentes e com características próprias, a saber: direito da cultura; deveres prestacionais; direito à cultura. Mais que buscar uma definição, a proposta aqui é alcançar o entendimento de suas dinâmicas para reconhecer o seu conteúdo e efeitos.

O conteúdo dos direitos culturais no Brasil está, portanto, estruturado a partir de quatro normativas, que são: a livre e plena participação na vida cultural da comunidade; o acesso às fontes e fruição dos bens de cultura nacional; o incentivo às diversas manifestações culturais e a proteção das identidades; e o robustecimento do patrimônio cultural brasileiro.

É somente a partir da consideração dos seus efeitos sobre a existência pessoal, a formação das identidades, a construção da cidadania, interações sociais e diálogo livre, o alcance do desenvolvimento cultural, com uma interpretação jurídica sistemática e teleológica direcionada à plena satisfação das normas estabelecidas na Constituição, nos tratados internacionais e na regulamentação infraconstitucional, que o conteúdo dos direitos culturais pode ser revelado e os seus efeitos sobre os direitos sobre os direitos patrimoniais autorais podem ser indicados. É esta tarefa a que se procede.

Contudo, antes, é imprescindível alertar da carência de decisões jurídicas que expressamente enfrentem o problema do acesso à cultura e seus efeitos sobre os direitos patrimoniais de autor. Mesmo com relação aos direitos culturais como um todo há poucas referências nos julgados. Replica-se na jurisprudência pátria o que ocorre com a legislação infraconstitucional e, por isso, é importante a conclusão do conjunto de projetos de lei sobre cultura, de iniciativa do Ministério da Cultura e em tramitação no Congresso Nacional.

---

[483] SANTOS, Tânia Maria dos. *O direito à cultura na Constituição Federal de 1988.* Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 106-109.

2.3.2.1 A livre participação e o pleno exercício dos direitos culturais

O direito de todos ao pleno exercício dos direitos culturais implica, por ser informado pelas disposições dos tratados internacionais, no direito à livre participação na vida cultural, pois só diante desta possibilidade é possível exercê-los plenamente. A participação deve ser livre em razão do próprio pluralismo, assegurado constitucionalmente, e da diversidade, amparada internacionalmente.

Deste modo, o direito de livre participação, que, em última instância, deriva da autonomia privada [484], é a condição imprescindível para o pleno exercício dos direitos culturais, de onde decorre que o este é o núcleo essencial dos direitos culturais na Constituição. Para sua viabilização, o direito de livre participação cultural é necessariamente informado e subsidiado por outros direitos culturais, que complementam seus significados e alcance.

O principal efeito deste direito na vida cultural é impedir a exclusão da participação. O aspecto negativo da participação só pode ser exercido pela recusa voluntária em participar ativamente da vida cultural, e jamais pode ser imposta a participação, por quaisquer poderes, sejam públicos ou privados. Deve-se notar que esta recusa em si, por implicar em uma decisão individual relacionada à cultura, é uma participação na vida cultural. Pela sua essencialidade, a restrição à participação só excepcionalmente e justificadamente pode ser efetuada.

O reconhecimento do direito de participação livre na vida cultural da comunidade encontra respaldo nas decisões do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. Dois casos são especialmente esclarecedores. O primeiro refere-se ao caso Sandra Lovelace *versus* Canadá. O segundo é o caso Ángela Poma Poma *versus* Peru.

A partir da Comunicação 6/24 submetida em 1977 por Sandra Lovelace contra o Canadá [485], o caso foi apreciado e decidido em favor da autora em 30 de julho de 1981, com base no artigo 27 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que reafirma o direito de participação na vida cultural da comunidade.

---

[484] Sobre a alteração qualitativa da autonomia privada, Cf. TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do Direito*: fundamentos teóricos e aplicações práticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007 e BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson (coord.). *O direito e o tempo:* embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

[485] UNITED NATIONS. International Covenant on civil and political rights. Human Rights Committee. Thirteenth session. Communication 24/197, 30 July 1981, Sandra Lovelace *versus* Canada. Disponível em: <http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/fulltextccpr.nsf/ac824e16154a0621c1256d3d003321f6/ceb07dd572746183c1256d3d003b9685?OpenDocument>. Acesso em: 12 fev. 2010.

Neste caso, a autora do pedido argumentava o desrespeito pelo Canadá do seu direito de participação cultural, na medida em que a legislação nacional daquele país estabelecia que as mulheres indígenas nativas do país que casassem com não índios perderiam o *status* de indígenas e, como consequência, não mais poderiam residir nas reservas.

Após alguns anos de casamento com um não índio, sua ruptura levara a autora a voltar a residir, junto com seus filhos, na sua comunidade na reserva indígena, continuando a ser plenamente reconhecida pela comunidade como membro – e até protegida contra as autoridades que de lá queriam retirá-la. O impedimento legal de conviver com sua comunidade cultural instigou a Comunicação.

O Comitê reconheceu a possibilidade de o Estado restringir legalmente os direitos de residência em uma reserva, mas que tais restrições devem ser razoáveis, objetivamente justificáveis e consistentes com as provisões do Pacto. Contudo, no caso, o Comitê concluiu que negar o direito da autora do pedido de residir na reserva não é razoável ou necessário para preservar a identidade da tribo e que impedir o seu reconhecimento como membro da etnia – e dos conseqüentes direitos de convivência comunitária – é uma negativa injustificada dos seus direitos de participação na vida cultural.

Um segundo caso, cuja comunicação foi acatada e o pedido provido, foi movido por Ángela Poma Poma contra o Perú, a partir da Comunicação n. 1457, submetida em 2006, sendo julgado em favor da autora em 24 de abril de 2009, igualmente com base no direito de participação na vida cultural. [486] Neste caso, o governo do Peru desviou e utilizou de fontes de água essenciais para a continuidade das atividades tradicionais do povo Aymara, ao qual pertence a autora.

O Comitê reconheceu em sua decisão que os direitos de participação cultural se expressam também através da proteção do território e recursos naturais necessários à continuidade da vida cultural de determinada comunidade, especialmente se estas comunidades forem de minorias. Estes direitos de participação incluem também o direito de participação do processo decisório que afete suas vidas. O Comitê afirma, ainda, que estes direitos são direcionados a "assegurar a sobrevivência e contínuo desenvolvimento de sua identidade cultural, enriquecendo a fábrica social como um todo" [487].

[486] UNITED NATIONS. International Covenant on civil and political rights. Human Rights Committee. Ninety-fifth session. Communication n.1457/2006, 16 March to 9 April 2009, Ángela Poma Poma *versus* Peru. Disponível em:<http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/fulltextccpr.nsf/160f6e7f0fb318e8c1256d410033e0a1/2ad75162802c5035c12575d80031b442?OpenDocument>. Acesso em: 12 fev. 2010.

[487] UNITED NATIONS. International Covenant on civil and political rights. Human Rights Committee. Ninety-fifth session. Communication n.1457/2006, 16 March to 9 April 2009, Ángela Poma Poma *versus* Peru. Disponível

Ainda que reconhecendo o direito legítimo do Estado de promover o desenvolvimento econômico, o Comitê impõe que este não pode minar o direito de participação cultural. [488] E, na análise do caso, afirma que os efeitos do desenvolvimento promovido pelo Peru afetam negativa e substancialmente os direitos culturais da autora e de sua comunidade [489], e que tal interferência só é admissível se os membros tiverem oportunidade de participação do processo decisório e também se puderem continuar a se beneficiar de suas formas econômicas tradicionais. [490] Por fim, concluiu pela violação do artigo 27 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos. [491]

Relacionada, por força constitucional, à livre participação na vida cultural está a democratização do processo decisório na construção das políticas públicas de cultura, que também encontra reflexo na ordem internacional, como demonstrado no caso Ángela Poma Poma *v*. Peru. Esta democratização tem por fito preservar o pluralismo e garantir a continuidade da diversidade cultural, afastando qualquer direcionamento sobre a dinâmica cultural nacional e impondo aos entes estatais, ou equivalentes, uma obrigação de meio.

Assim, impõem os direitos culturais aos órgãos públicos o dever de elaboração e execução de políticas públicas de cultura, associado ao direito, de todos, à participação neste processo. A participação democrática é um comando para construção de instrumentos de realização do direito de participação e de exercício dos direitos culturais, onde são também determinados os fins específicos a serem perseguidos.

Assegurar materialmente a todos o direito de livre participação e o pleno exercício garante as condições para a emancipação e formação cultural, com efeitos cumulativos positivos sobre a formação pessoal e social, condições para o exercício da cidadania,

---

em:<http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/fulltextccpr.nsf/160f6e7f0fb318e8c1256d410033e0a1/2ad75162802c5035c12575d80031b442?OpenDocument>. Acesso em: 12 fev. 2010.

[488] UNITED NATIONS. International Covenant on civil and political rights. Human Rights Committee. Ninety-fifth session. Communication n.1457/2006, 16 March to 9 April 2009, Ángela Poma Poma *versus* Peru. Item 7.4. Disponível em:<http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/fulltextccpr.nsf/160f6e7f0fb318e8c1256d410033e0a1/2ad75162802c5035c12575d80031b442?OpenDocument>. Acesso em: 12 fev. 2010.

[489] UNITED NATIONS. International Covenant on civil and political rights. Human Rights Committee. Ninety-fifth session. Communication n.1457/2006, 16 March to 9 April 2009, Ángela Poma Poma *versus* Peru. Item 7.5. Disponível em:<http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/fulltextccpr.nsf/160f6e7f0fb318e8c1256d410033e0a1/2ad75162802c5035c12575d80031b442?OpenDocument>. Acesso em: 12 fev. 2010.

[490] UNITED NATIONS. International Covenant on civil and political rights. Human Rights Committee. Ninety-fifth session. Communication n.1457/2006, 16 March to 9 April 2009, Ángela Poma Poma *versus* Peru. Item 7.6. Disponível em:<http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/fulltextccpr.nsf/160f6e7f0fb318e8c1256d410033e0a1/2ad75162802c5035c12575d80031b442?OpenDocument>. Acesso em: 12 fev. 2010.

[491] UNITED NATIONS. International Covenant on civil and political rights. Human Rights Committee. Ninety-fifth session. Communication n.1457/2006, 16 March to 9 April 2009, Ángela Poma Poma *versus* Peru. Item 7.7. Disponível em:<http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/fulltextccpr.nsf/160f6e7f0fb318e8c1256d410033e0a1/2ad75162802c5035c12575d80031b442?OpenDocument>. Acesso em: 12 fev. 2010.

democracia e inclusão culturais, conforme estabelecido nos fundamentos e objetivos da República.

2.3.2.2 O acesso à cultura

A livre participação e o pleno exercício dos direitos culturais só se realizam com o acesso às fontes e ao patrimônio cultural e a possibilidade concreta de fruição dos bens culturais, que perfazem o segundo mandamento constitucional do núcleo estrito destes direitos.

A concretização deste comando permite afirmar que as possibilidades e formas de acesso condicionam os próprios direitos culturais, afetando sua realização e amplitude. O acesso é a condição indispensável para a concretização de quaisquer dos direitos culturais, mormente o de participação.

Não é possível pensar em acesso sem o correspondente direito de fruição destes bens e vivência das experiências. O conteúdo do direito de acesso é também informado pelo disposto nos tratados internacionais, que prevêem a fruição dos bens culturais como um dos direitos culturais. Ainda que assim não fosse, acesso sem a possibilidade de fruição é preceito vazio, inócuo, inoperante, contrário à lógica da substancialidade das normativas constitucionais. Acesso e fruição cultural são conceitos vinculados e implicam-se mutuamente, pois refletem as mesmas finalidades, que é permitir a participação e exercício destes direitos.

Sem acesso, não é possível a inclusão, emancipação, cidadania, democracia ou desenvolvimento culturais, nem a formação, criação, manifestação, produção ou expressão culturais, que somente são viáveis com acesso e fruição dos bens culturais. Assim, da perspectiva dos direitos culturais, a exceção jurídica é a restrição ao acesso, porque afeta negativamente a participação e o próprio exercício dos direitos culturais.

Os efeitos do desequilíbrio de acesso – seja frente ao exercício dos direitos culturais ou em relação à informação, por exemplo – são negativos para a própria liberdade, dignidade e cidadania. Neste sentido, se posiciona a Ministra Cármen Lúcia quando afirma que “quanto

menos a informação, menor a possibilidade de liberdade que o ser humano tem, e, portanto, menor dignidade em relação ao outro, criando cidadanias diferentes" [492].

As restrições à fruição dos bens culturais são causas da desigualdade e exclusão culturais, afetando a dignidade humana, o exercício da cidadania e o fortalecimento da democracia e, por estas consequências, o cerceamento do acesso ofende os objetivos e fundamentos republicanos expostos em nossa carta magna. Qualquer restrição ao acesso tem de ser ao mesmo tempo legitimada, em razão da ponderação com outros direitos fundamentais, e, ao mesmo tempo, não causar nenhum dos desequilíbrios sociais apontados.

O direito de acesso à cultura tem efeitos diretos sobre as atividades econômicas relacionadas à cultura. Dois efeitos que podem ser citados são a imunidade tributária concedida a determinados insumos utilizados na confecção de material de conteúdo cultural e o desconto na entrada no ingresso em casas de diversão, ambos discutidos no Supremo Tribunal Federal.

Na análise do Recurso Extraordinário n. 221.239-6, e Com base no artigo 150, inc. VI, *d*, da Constituição Federal [493], o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão da extensão da imunidade aos álbuns de figurinhas. No caso, o álbum de figurinha tinha como tema a novela da Rede Globo intitulada "Que Rei Sou Eu". O Tribunal do Estado de São Paulo entendeu que se tratava apenas de uma "peça de propaganda, não servindo de mecanismo de divulgação cultural ou educativa", o que afasta a imunidade pleiteada. A autora, Editora Globo, por sua vez, alegou que "livros ilustrados com cromos de complementação com figurinha são elementos da didática moderna necessários à educação infantil", devendo ser contemplado pela imunidade, "cujo objetivo é incentivar à cultura e garantir a liberdade de pensamento, o direito de crítica e a propaganda partidária" [494].

Em seu voto, a Relatora Ministra Ellen Gracie aponta que "a imunidade tributária sobre livros, periódicos e o papel destinado à sua impressão tem por escopo evitar embaraços ao exercício da liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação". Assevera, ainda, que a imunidade "visa também facilitar o acesso da população à cultura, informação e à educação, com redução do preço final". Destaca, porém, que o constituinte "não fez ressalvas quanto ao valor artístico ou didático, à relevância das informações

---

[492] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Aditamento do voto da Min. Carmen Lúcia na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130-DF. Tribunal Pleno. Relatora: Min. Carlos Britto, Brasília, 30 de abril de 2009, p. 97. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 25 out. 2009.

[493] *In verbis*: "Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: VI - instituir impostos sobre: d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão".

[494] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 221.239-SP. Segunda Turma. Relatora: Min. Ellen Gracie, Brasília, 25 de maio de 2004. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 25 out. 2009.

divulgadas ou à qualidade cultural de uma publicação", e que o "álbum de figurinhas nada mais é do que uma maneira de estimular o público infantil a se familiarizar com os meios de publicação impressos". Afasta, ao final, a possibilidade de juízo subjetivo "acerca da qualidade cultural ou do valor pedagógico de uma publicação. [495]

A imunidade tributária instituída constitucionalmente para promoção tanto da liberdade de expressão como do direito de acesso à cultura é extensiva também às apostilas, enquanto "veículos de transmissão de cultura simplificado" [496].

Segundo estabelecido no Recurso Extraordinário n. 203.859-8, a interpretação do art. 150, inciso VI, *d*, que garante a imunidade tributária, deve ser finalística e, portanto, abrange os demais insumos, além do papel, ligados à atividade e ao processo de produção do material isento de tributação, tais como os filmes e papéis fotográficos, embora não tenha sido aceita a imunidade relativa à "solução alcalina", cuja função é de facilitadora da produção *in casu*, por ser a substância, segundo a posição da Corte, estranha à norma de isenção.

Em suas palavras, o relator afirma que

> É preciso interpretar a imunidade inscrita no art. 150, VI, d, tendo em vista os valores que a norma visa a proteger: valores da cultura, da liberdade de expressão, de crítica, de informação. Ora, é incontestável que o livro, o jornal e o periódico estão a serviço de tais valores, certo que a proteção a esses valores é a tônica do constitucionalismo brasileiro.
> O entendimento em sentido contrário assenta-se, na verdade, numa interpretação puramente literal do texto constitucional. A interpretação puramente literal, entretanto, não presta obséquio nem ao Direito nem à Justiça. Ela não chega a ser, aliás, interpretação. É técnica de trabalho, tão-só. [497]

O mesmo fundamento, estruturado a partir dos direitos culturais e educacionais, é utilizado para afastar a incidência do Imposto sobre Operações Bancárias (IOF) sobre o patrimônio das instituições de ensino. [498]

Por outro lado, os encartes de propaganda distribuídos em jornais e revistas não estão sujeitos à imunidade tributária prevista para fins culturais e educacionais, é do que alerta o Recurso Extraordinário n. 213.094-0 ao estabelecer que

---

[495] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 221.239-SP. Segunda Turma. Relatora: Min. Ellen Gracie, Brasília, 25 de maio de 2004. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 25 out. 2009.
[496] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 183.403-SP. Segunda Turma. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, 07 de novembro de 2000. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 25 out. 2009.
[497] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 203.859-SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Velloso, Brasília, 11 de dezembro de 1996. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 25 out. 2009.
[498] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 249.980-RJ. Primeira Turma. Relator: Min. Ilmar Galvão, Brasília, 23 de abril de 2002. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 29 out. 2009.

> Veículo publicitário que, em face de sua natureza propagandística, de exclusiva índole comercial, não pode ser considerado como destinado à cultura e à educação, razão pela qual não está abrangido pela imunidade de impostos prevista no dispositivo constitucional sob referência, a qual, ademais, não se estenderia, de qualquer forma, às empresas por eles responsáveis, no que concerne à renda bruta auferida pelo serviço prestado e ao lucro líquido obtido. [499]

Igualmente sustentadas nos direitos culturais são as isenções de pagamento integral nos ingressos em casas de diversão, esporte, cultura e lazer. Este tema foi discutido com destaque nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.950-3 [500] e n. 3.512-6 [501] julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, e da ADI n. 2.163-0 [502], em julgamento.

Na ADI n. 1950-3, a Confederação Nacional do Comércio postula a declaração de inconstitucionalidade da lei estadual do Estado de São Paulo que assegura o direito de meia-entrada, no ingresso em casas de diversão, esporte cultura e lazer, aos estudantes regularmente matriculados nos estabelecimentos de ensino de primeiro, segundo ou terceiro graus, com base na livre iniciativa e excepcional intervenção do Estado na ordem econômica.

A decisão que acolheu o pleito afiança a competência e capacidade de intervenção no domínio econômico não só por parte da União, mas também dos Estados membros e dos Municípios. Afirma que o estabelecimento do princípio da livre iniciativa como primordial no sistema econômico "não permite a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais". Informa ainda que "a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela Sociedade". E conclui que

> Se de um lado a Constituição assegura a todos a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição). Na composição entre estes princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário.
> Os direitos de acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes. [503]

O julgamento da ADI n. 3.512-6 traz elementos distintos à consideração da Corte. No caso, a lei estadual capixaba n. 7.735/2004 estabelece que os doadores regulares de sangue

---

[499] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 213.094-ES. Primeira Turma. Relator: Min. Ilmar Galvão, Brasília, 22 de junho de 1999. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 30 out. 2009.
[500] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 1.950-SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau, Brasília, 03 de novembro de 2005. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.
[501] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 3.512-ES. Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau, Brasília, 15 de fevereiro de 2006. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.
[502] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 2.163-RJ. Tribunal Pleno. Relator: Min. Nelson Jobim, Brasília, 29 de junho de 2000. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.
[503] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 1.950-SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau, Brasília, 03 de novembro de 2005. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.

tenham direito a um desconto de 50% (cinqüenta por cento) no ingresso em todos os locais públicos de cultura, esporte e lazer, exemplificando em seu artigo 5º estes locais como incluindo teatros, museus, cinemas e outras atividades equivalentes.

Apontando para a necessária composição entre a livre iniciativa econômica – que é titulada não apenas pela empresa – e os programas e diretrizes constitucionalmente estabelecidos e obrigatórios ao Estado, esta decisão acerta ainda que "o art. 199, § 4º, da Constituição estabelece que a lei infraconstitucional disporá sobre as condições e requisitos que facilitem a coleta de sangue". Ressalta, ao fim, que "na composição entre o princípio da livre iniciativa e o direito à vida há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário"[504].

Um terceiro caso ilustrativo da questão refere-se à ADI n. 2.163-0, onde a Confederação Nacional do Comércio (CNC) questiona a lei estadual fluminense n. 3.364/2000 que assegura pagamento de 50% (cinqüenta por cento) para o ingresso em "casas de diversões, praças desportivas e similares", pelo qual se entendem "os estabelecimentos que realizem espetáculos musicais, artísticos, circenses, teatrais, cinematográficos, atividades sociais, recreativas e quaisquer outros que proporcionem lazer e entretenimento" [505].

Quando do julgamento da indeferida medida cautelar, afirmou o relator, o Ministro Nelson Jobim, que o conflito opõe, "de um lado, o alegado prejuízo financeiro das empresas do ramo de diversão; de outro, a proteção a um bem jurídico subjetivo imensurável – a cultura". Durante a votação, o Ministro Marco Aurélio observa que "a meia-entrada relativamente aos estudantes já é praticamente uma tradição em nosso direito", ao mesmo tempo, defendendo a extensão aos não-estudantes propiciada pela legislação fluminense, o relator Ministro Nelson Jobim afirma que "a cultura não se reserva aos estudantes, mas também aos não-estudantes. Estaríamos criando uma discriminação, um privilégio" [506]. O julgamento da ação principal encontra-se empatado, aguardando o voto do Ministro Celso de Mello. No dia 1º de fevereiro de 2010, o Supremo Tribunal Federal decidiu que

> Após o voto do Senhor Ministro Eros Grau (Relator), agora reajustado, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes (Presidente), Dias Toffoli e Cezar Peluso, para julgar procedente a ação direta, e os

[504] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 3.512-ES. Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau, Brasília, 15 de fevereiro de 2006. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.
[505] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 2.163-RJ. Tribunal Pleno. Relator: Min. Nelson Jobim, Brasília, 29 de junho de 2000. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.
[506] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 2.163-RJ. Tribunal Pleno. Relator: Min. Nelson Jobim, Brasília, 29 de junho de 2000. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.

> votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, que a julgavam improcedente, o julgamento foi suspenso para colher o voto de desempate do Senhor Ministro Celso de Mello, ausente licenciado. [507]

Segundo notícia oficial desse Tribunal, os argumentos favoráveis à inconstitucionalidade da legislação fazem referência aos sérios ônus causados à atividade econômica privada, até pela impossibilidade de previsão orçamentária advinda da concessão destes descontos, e também à ofensa à isonomia em razão da discriminação pela idade, que não justificaria o benefício em favor dos menores de 21 anos, sendo esta inclusive a razão para a mudança de posição do Ministro Eros Grau, que inicialmente havia votado pela constitucionalidade da lei estadual. Por outro lado, os argumentos dos Ministros que defendem a constitucionalidade da lei apóiam-se nas razões de ser uma legislação eminentemente inclusiva, alcançando mesmo aqueles que não desfrutam do privilégio de estar vinculado a uma instituição de educação, e que este elemento inclusivo alcança também as atividades culturais e não apenas as educativas. [508]

Conforme apresentado, os direitos culturais fundamentam tanto a imunidade tributária como a intervenção no domínio econômico, restando claro a possibilidade de afetar o exercício das atividades econômicas, tanto para privilegiá-las como restringi-las.

As fontes de cultura nacional, as quais a todos é assegurado o direito de acesso, englobam todo o patrimônio cultural brasileiro e estrangeiro com relevância local, bem como as fontes materiais e imateriais de onde se originam estas maneiras, modos, manifestações, expressões, criações e bens culturais. A preservação destas fontes e do próprio patrimônio é dever inafastável do Estado e da sociedade, pois sem as fontes não há o que acessar, sem acessar não há participação, sem participação não há exercício, e sem o seu exercício não há direitos culturais.

Preservar as fontes de cultura e o patrimônio cultural brasileiros é também promover, valorizar, incentivar e proteger este conjunto. No entendimento de que promover é difundir amplamente, valorizar é qualificar positivamente, incentivar é motivar sua produção e difusão e proteger é impedir a destruição ou aprisionamento, resta claro que estas atividades cabem a todos, mas principalmente ao Estado e às instituições privadas no cumprimento de função pública cultural.

---

[507] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Plenária na Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 2.163-RJ. Tribunal Pleno. Relator: Min. Nelson Jobim, Brasília, 01 de fevereiro de 2010. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 01 fev. 2010.

[508] VOTO do ministro Celso de Mello vai desempatar julgamento sobre meia-entrada para menores de 21 anos. *Seção Notícias.* Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 01 fev. 2010.

Garantir a preservação das fontes de cultura nacional, enriquecer o patrimônio cultural brasileiro, proteger os espaços públicos de liberdade cultural, assegurando que continuem livres, e construir a inclusão através do acesso é a mais urgente tarefa do Estado nesta seara.

A proteção dos espaços de manifestação cultural alcança tanto a propriedade material quanto à imaterial. Exemplos marcantes do afastamento da proteção proprietária em razão dos direitos culturais são encontrados nas demarcações das terras indígenas e quilombolas e também com relação aos bens imateriais.

A demarcação das terras indígenas obedece à necessidade de reserva de espaço físico tanto para sua integridade física como cultural. Assim, informa o Supremo Tribunal Federal

> Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as 'imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao sem bem-estar' e ainda aquelas que se revelarem 'necessárias à reprodução física e cultural' de cada qual das comunidades étnico-indígenas, 'segundo seus usos, costumes e tradições' (usos, costumes e tradição deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). [509]

Por este relevante motivo, estes direitos não são outorgados, mas simplesmente reconhecidos, "com que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva". A sua natureza 'originária' expressa serem estes direitos mais antigos – e mais relevantes - que quaisquer outros, "de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios" [510].

Não só aos grupos indígenas é constitucionalmente assegurado o direito à terra, em razão dos direitos culturais. A Constituição Federal reconhece os mesmos direitos aos descendentes de escravos, nominados de quilombolas. [511] Aplica-se aqui o mesmo procedimento de reconhecimento e não de outorga destes direitos.

Esta questão está sendo discutida com especial interesse no caso da comunidade quilombola ocupante de parte da Ilha de Marambaia, no Estado do Rio de Janeiro, uma vez que abrange também questões de segurança nacional e terras públicas. O conflito exposto nas ações judiciais relativas ao reconhecimento do direito envolve a Marinha do Brasil, que é a

---

[509] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388-RR. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Brito, Brasília, 19 de março de 2009. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.
[510] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388-RR. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Brito, Brasília, 19 de março de 2009. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.
[511] Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CRFB/1988.

titular legal da área. Em ação civil pública iniciada pelo Ministério Público Federal em face da União, a decisão na primeira instância da Justiça Federal da comarca de Angra dos Reis condenou a União a aceitar a permanência da comunidade e a prática das atividades tradicionais até o fim do procedimento administrativo de reconhecimento. [512]

Lançado em Bruxelas, em 14 de janeiro de 2010, pelo Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas, o relatório "*State of the World's Indigenous Peoples*" [513], enfrenta as questões referidas na Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, de 2007. [514]

O dilema dos povos indígenas é duplo, pois, de um lado, continuam a sofrer discriminação e são categorizados como sendo pessoas inferiores aos não-indígenas, por outro, são reconhecidos por sua relação como meio ambiente, seu conhecimento tradicional e sua espiritualidade, levando a comodificação de sua cultura com sérias consequências negativas. [515]

Um dos grandes desafios atuais é a apropriação do conhecimento tradicional indígena, através dos institutos da propriedade intelectual, agravado pela ausência de reconhecimento das comunidades indígenas, cujo conhecimento propiciou a identificação dos elementos objetos da apropriação privada não autorizada. Estima-se que, no ano 2000, pelo menos 7.000

---

[512] A sentença foi prolatada nos seguintes termos: "Diante do exposto, rejeito as preliminares deduzidas e, no mérito, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, nos termos do art. 269, I, do CPC, para: a) condenar o réu INCRA a obrigação de fazer consistente na conclusão do processo administrativo de identificação da comunidade da ilha de Marambaia como remanescente de quilombo, e promover, se for o caso, a delimitação, demarcação, titulação e registro imobiliário das terras ocupadas no prazo de um ano a contar de sua intimação desta sentença, sob pena de multa de R$ 100.000,00 (cem mil reais) por mês que ultrapassar injustificadamente o referido prazo e; b) condenar a UNIÃO FEDERAL a, até o fim do procedimento administrativo acima citado, tolerar a permanência dos integrantes identificados (fls.951/961) da comunidade negra de Marambaia dentro das áreas que ocupam na área objeto de litígio, abstendo-se de adotar qualquer medida que vise à retirada dos mesmos, ou à destruição ou danificação de suas casas e construções,bem como permitir o retorno dos integrantes da referida comunidade que foram desalojados por força de medidas judiciais ou extrajudiciais por ela intentadas, e ainda, tolerar que os moradores da comunidade em questão mantenham seu tradicional estilo de vida, não cerceando seu direito de cultivar roças nas áreas que ocupam podendo reformar ou ampliar suas casas e ainda construir no interior de suas terras casas para seus descendentes." BRASIL. Justiça Federal – Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Ação Civil Pública n. 2002.51.11.000118-2. 01ª Vara Federal de Angra dos Reis. Juíza Maria de Lourdes Coutinho Tavares, Angra dos Reis, RJ, 25 de setembro de 2008. Disponível em: <www.jfrj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.

[513] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. State of the World's Indigenous Peoples. Report. Disponível em: <http://www.ip-watch.org/weblog/2010/01/14/un-report-indigenous-rights-ignored-in-global-ip-policy/>. Acesso em: 14 fev. 2010.

[514] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. State of the World's Indigenous Peoples. Report. Disponível em: <http://www.ip-watch.org/weblog/2010/01/14/un-report-indigenous-rights-ignored-in-global-ip-policy/>. Acesso em: 14 fev. 2010.

[515] Segundo o relatório: "Indigenous cultures face the dual and somewhat contradictory threats of discrimination and commodification. On the one hand, indigenous peoples continue to face racism and discrimination that sees them as inferior to non-indigenous communities and their culture as a hindrance to their development. On the other hand, indigenous peoples are increasingly recognized for their unique relationship with their environment, their traditional knowledge and their spirituality, leading to a commodification of their culture which is frequently out of their control, providing them no benefits, and often a great deal of harm" (p.8). ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. State of the World's Indigenous Peoples. Report. Disponível em: <http://www.ip-watch.org/weblog/2010/01/14/un-report-indigenous-rights-ignored-in-global-ip-policy/>. Acesso em: 14 fev. 2010.

patentes foram concedidas pelo uso não autorizado do conhecimento tradicional indígena ou da apropriação indevida das plantas medicinais. [516]

Um exemplo importante desta apropriação é o caso do cacto *Hoodia*, na África do Sul, tradicionalmente usado pelo povo *San* para afastar a sede e o apetite. O princípio ativo – só descoberto em razão da observação das práticas culturais desta população – foi patenteado em 1995, propiciando renda significativa e crescente para os titulares. Em 2002, após ameaça de ação judicial por biopirataria, e apenas então, os titulares concordaram em repartir as receitas futuras com a comunidade. [517]

Ainda no que se refere aos bens de natureza imaterial, o Tribunal de Justiça do Ceará apreciou um Agravo de Instrumento em que se questionava o registro de duas marcas no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), em razão dos direitos culturais. A controvérsia centra-se na possibilidade de registro das marcas "Festival da Banana de Uruburetama" e "Festa da Banana de Uruburetama" no INPI, uma vez que identificam festas regionais tradicionais.

A decisão aponta não ser "razoável limitar-se, para a solução do enredo, à simples literalidade da legislação ordinária, pois o suposto direito individual à propriedade das marcas embate-se com o direito à proteção do patrimônio cultural imaterial do povo de Uruburetama", pois

> Ainda que se encontre respaldo na lei de propriedade das marcas a favor do registro, não se pode ignorar a importância do festejo para aquela coletividade, pois que é, de fato, uma individualização de valores regionais, identificação de um grupo social e molda-se, dessa forma, à dicção do art. 216 da Lei das Leis. [518]

Continua a decisão unânime afirmando que "o grande obstáculo à inscrição das sobreditas marcas é o resguardo ao patrimônio cultural imaterial do povo de Uruburetama", completando que as marcas cujos registros são postulados confundem-se com a própria festa cultural tradicional da região e que o enaltecimento dos alegados direitos individuais "colocará em risco a expressividade popular de Uruburetama, que merece proteção". Ao fim,

---

[516] NAOMI, Kipuri. *Culture*. In: Organização das Nações Unidas. State of the World's Indigenous Peoples. Report. Disponível em: <http://www.ip-watch.org/weblog/2010/01/14/un-report-indigenous-rights-ignored-in-global-ip-policy/>. Acesso em: 14 fev. 2010, p. 69.

[517] *Id. Ibid*., p. 75.

[518] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo n. 40239-05.2003.8.06.0000/0. Terceira Câmara Cível. Relatora: Desa. Maria Celeste Thomaz de Aragão, Fortaleza, 06 de fevereiro de 2006. Disponível em: <www.tjce.jus.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.

conclui que "*in casu*, sopesando-se os direitos fundamentais em confronto, há de se prestigiar a expressão cultural da região e manter o proferimento judicial objurgado" [519].

O problema da apropriação não se resume aos bens patenteáveis ou marcários, pois inclui também a exploração de sua arte, estórias, performances, seja através da proteção marcaria ou autoral. Inclui enfim todas as formas de apropriação individual de bens imateriais. [520] Esta apropriação nega a complexidade cultural destas comunidades na qual os direitos à terra, lendas, arte e outras expressões não são distintas de sua própria identidade, ao mesmo tempo em que corrompe suas visões de mundo e sua conexão com suas comunidades.[521]

O modelo ocidental de proteção do conhecimento e expressões culturais através da propriedade intelectual, na qual são enfatizadas a exclusividade e a propriedade privada individual, acaba por reduzir o próprio conhecimento e expressões culturais a simples bens econômicos sujeitos às regras de mercado, em ofensivo contraste às visões dos grupos indígenas de criação e proteção coletiva. [522] Assim, os direitos de propriedade intelectual deixam boa parte do conhecimento tradicional destes grupos vulnerável à apropriação, privatização, monopolização e pirataria por terceiros. [523]

A concretização dos direitos culturais demanda a existência de espaços culturais públicos e instrumentalizados para a participação plena e livre na vida cultural. Esta instrumentalização inclui a implantação de condições materiais e imateriais, dentre as quais a existência de espaços físicos e equipamentos técnicos que viabilizem as expressões e manifestações, o conhecimento dos modos de criar, fazer e comunicar e as condições jurídicas e econômicas que permitam esta participação e exercício qualificados.

Os espaços culturais livres, onde as manifestações culturais são incondicionadas, são o manancial das culturas, e sua minimização sufoca o dinamismo cultural e retira o alimento que as sustenta, que são as próprias interações culturais livres, incondicionadas e espontâneas. Resguardá-los, protegê-los e ampliá-los deve ser prioritário na progressiva implantação dos direitos culturais no Brasil.

---

[519] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo n. 40239-05.2003.8.06.0000/0. Terceira Câmara Cível. Relatora: Desa. Maria Celeste Thomaz de Aragão, Fortaleza, 06 de fevereiro de 2006. Disponível em: <www.tjce.jus.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.
[520] NAOMI, Kipuri. *Culture*. In: Organização das Nações Unidas. State of the World's Indigenous Peoples. Report. Disponível em: <http://www.ip-watch.org/weblog/2010/01/14/un-report-indigenous-rights-ignored-in-global-ip-policy/>. Acesso em: 14 fev. 2010, p. 71-72.
[521] *Id. Ibid*., p. 71-72.
[522] *Id. Ibid*., p. 75.
[523] *Id. Ibid.*, p. 71-72.

2.3.2.3 Pluralidade

A construção dos espaços de livre trânsito cultural que possibilitam a plena concretização dos direitos culturais deve atentar à pluralidade e diversidade, característica elementar da cultural nacional constitucionalmente protegida. Esta pluralidade está estampada nos §§ 1º e 2º do artigo 215 e *caput* do artigo 216, quando se refere às manifestações dos grupos formadores da brasilidade. Este aspecto é reforçado pela diretriz do PNC que prevê a valorização da diversidade étnica e regional. Seu sentido jurídico é informado também pela Convenção para Proteção e Promoção da Diversidade Cultural. Não menos importantes para elucidar seu conteúdo são os tratados de não discriminação e em favor da inclusão, capitaneados pela ONU.

Há, portanto, o claro reconhecimento constitucional do pluralismo cultural e da consequente diversidade como formadores da nação e proclamadores das particularidades pátrias, expressos na obrigação de proteger e promover as manifestações populares, indígenas, afro-brasileiras e de qualquer dos muitos grupos formadores da identidade nacional.

O pluralismo é reconhecido e valorado mesmo com relação a grandes agrupamentos étnicos, como os grupos indígenas, cuja identidade cultural é enormemente diversificada. O Supremo Tribunal Federal afirmou esta posição quando do julgamento da Petição n. 3.388, sobre a demarcação da Raposa Serra do Sol, no Estado de Roraima, ao esposar o entendimento de que "o substantivo 'índios' é usado pela Constituição Federal de 1988 em um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias". E, prossegue afirmando o "propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intra-étnica" [524].

A revelação do sentido atribuído pela Constituição quando fala de processo civilizatório nacional é direcionada pelas disposições que asseguram o pluralismo e pelos tratados que afirmam o valor da diversidade cultural. Com isto, protege todos os grupos étnicos, religiosos, regionais ou ligados por quaisquer traços que marquem sua identidade distinta, integrantes que são do processo cultural plural e diverso de formação do Brasil.

Esta é a visão expressa recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, ao tratar do relacionamento cultural entre índios e não índios,

[524] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388-RR. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Brito, Brasília, 19 de março de 2009. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.

> Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. [525]

O próprio modelo de reconhecimento e ocupação das terras indígenas "tanto preserva a identidade de cada etnia como sua abertura para o relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e outros grupamentos não indígenas" [526]. Isto equivale ao reconhecimento jurídico tanto do direito à identidade como do direito ao pluralismo quanto dos princípios de interação respeitosa, democrática, igualitária e inclusiva entre os muitos grupos reunidos por elementos de identificação cultural.

A extensão da proteção estendida aos indígenas, em razão de suas características culturais próprias reconhecidas constitucionalmente, afeta, por exemplo, a própria competência para julgamento das ações judiciais envolvendo este grupo, pois "a competência da justiça federal em relação aos direitos indígenas não se restringe às hipóteses de disputa de terras, eis que os direitos contemplados no art. 231, da Constituição Federal, são muito mais extensos" [527]. Inclui mesmo atos que afrontem à cultura das comunidades indígenas, ainda que na instância criminal, como "o fato dos acusados terem se utilizado da condição étnica das vítimas para a prática das condutas delituosas, o que representa afronta direta à cultura da comunidade indígena" [528]. O deslocamento para a competência da Justiça Federal, todavia, "somente ocorre quando o processo versa sobre questões ligadas à cultura indígena e aos direitos sobre suas terras" [529], sendo que este último está intimamente vinculado ao primeiro, não alcançando esta competência especial "os delitos isolados praticados sem qualquer envolvimento com a comunidade indígena" [530].

Este reconhecimento do direito à pluralidade e à identidade está igualmente estampado na discussão sobre a comunidade quilombola da Restinga de Marambaia, no Estado do Rio de Janeiro. A questão principal a ser decidida é se os membros de tal comunidade são ou não remanescentes de quilombos, o que implica no reconhecimento de sua identidade como tal.

---

[525]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388-RR. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Brito, Brasília, 19 de março de 2009. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.
[526] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388-RR. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Brito, Brasília, 19 de março de 2009, p. 47. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.
[527] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 91.313-RS. Segunda Turma. Relatora: Min. Ellen Gracie, Brasília, 02 de setembro de 2008. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 15 nov. 2009.
[528] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 91.313-RS. Segunda Turma. Relatora: Min. Ellen Gracie, Brasília, 02 de setembro de 2008. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 15 nov. 2009.
[529] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 81.827-MT. Segunda Turma. Relator: Min. Maurício Corrêa, Brasília, 25 de maio de 2002. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 15 nov. 2009.
[530] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 75.404-DF. Segunda Turma. Relator: Min. Maurício Corrêa, Brasília, 27 de junho de 1997. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 15 nov. 2009.

Para efeitos legais, os quilombos são "as chamadas 'terras de preto' ou 'comunidades negras rurais'". Estas comunidades, em consonância com os estudos históricos e antropológicos existentes, são constituídas no tempo "através das fugas com ocupação de terras livres e isoladas, mas, igualmente, através de heranças, doações, compras, recebimentos de terras como pagamento de serviços prestados, entre outras formas, anteriores ou posteriores à abolição" [531].

Os elementos comuns e a continuidade histórica da gênese comunitária são elementos balizadores da formação identitárias de seus membros e, por isso, lhes são garantido o reconhecimento da propriedade das terras sobre as quais detêm a posse. O laudo histórico sobre a ocupação deste espaço de convivência é categoricamente conclusivo neste aspecto quando assevera que

> De todo modo, a ilha de Marambaia expressou outrora o poder do grande cafeicultor do Império, Joaquim José de Souza Breves, o Rei do Café. Ela – a ilha – expressa hoje a legitimidade da ocupação de ex-cativos e o reconhecimento, ainda que tardio, do Estado em relação ao direito das minorias, um exemplo emblemático do que se convencionou chamar de terra de preto. [532]

Este pleito tem sido objeto de grande polêmica, na medida em que envolve questões de segurança nacional e o controle das terras reclamadas pela Marinha do Brasil, opondo inclusive órgãos governamentais federais. A sentença de primeira instância, que se encontra hoje em sede de recurso necessário, foi bastante elucidativa na interpretação constitucional do conflito, apontando para a dignidade humana como princípio norteador da ponderação. [533]

A questão do reconhecimento das terras quilombolas é enfrentada, *in abstrato*, também na Ação Direta de Inconstitucionalidade impetrada contra o decreto regulamentador n. 4.887/2003. [534] Argumenta o impetrante – o antigo Partido da Frente Liberal – que o decreto almeja reconhecer os intitulados por meio de auto-atribuição "antes de levar em conta

---

[531] BRASIL. Justiça Federal – Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Ação Civil Pública n. 2002.51.11.000118-2. 01ª Vara Federal de Angra dos Reis. Juíza Maria de Lourdes Coutinho Tavares, Angra dos Reis, RJ, 25 de setembro de 2008. Disponível em: <www.jfrj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.

[532] MOTTA, Márcia M. M. Ilha de Marambaia: história e memória de um lugar. In: MOTTA, Márcia; GUIMARÃES, Elione. *História Agrária & Companhia*. São Paulo: Anablume, 2008, p. 17.

[533] Conforme elaborado pelo Juízo: "Assim, o art. 68 do ADCT e seus termos não deve ser interpretado de forma restritiva. Pelo contrário, sendo a interpretação constitucional um processo que tem como objetivo revelar o alcance das normas que integram a constituição, aplicando-se o método valorativo, bem como o princípio da hermenêutica constitucional da unicidade da constituição, verifica-se que o comando constitucional acima citado deve ser cotejado sistematicamente com os princípios fundamentais do nosso Texto Constitucional, notadamente o princípio que garante a dignidade da pessoa humana". BRASIL. Justiça Federal – Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Ação Civil Pública n. 2002.51.11.000118-2. 01ª Vara Federal de Angra dos Reis. Juíza Maria de Lourdes Coutinho Tavares, Angra dos Reis, RJ, 25 de setembro de 2008. Disponível em: <www.jfrj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.

[534] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 3.239-DF. Relator: Min. Cesar Peluso, Brasília. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.

os estudos históricos e antropológicos", que a pretensão de regular normas constitucionais por Decreto é ilegítima, e que não há de se falar em desapropriação – nem da consequente compensação – uma vez que estes direitos são reconhecidos e não atribuídos pelo Poder Público. [535] A União contesta a questão da ilegitimidade do Decreto para regular a norma constitucional em questão alegando que, por ser auto-aplicável, o decreto apenas institui procedimentos normativos a cargo do Poder Executivo. Atenta para o fato de que a auto-atribuição apenas conhece que a identidade deverá ser considerada critério fundamental no reconhecimento. Por fim, argumenta que a desapropriação das terras ocupadas por particulares almeja simplesmente compatibilizar os direitos de propriedade privada porventura existentes com o reconhecimento da propriedade dos quilombolas, assegurando àqueles indenização. [536]

A análise dos conflitos que envolvem o reconhecimento da propriedade de terra aos quilombolas deixa claro que é central ao problema a questão do direito à identidade, devendo-se, para a solução dos casos, recorrerem aos direitos culturais.

A questão do direito à identidade é tão relevante em nosso ordenamento que afeta inclusive decisões do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas (CONAD). Em 04 de fevereiro de 1986, as espécies vegetais que compõem a *Ayahuasca*, popularmente conhecido como 'chá do santo daime', foram suspensas da lista de substâncias proibidas pelo então Conselho Federal de Entorpecentes. Após estudos em 1987 e 1992 esta suspensão tornou-se definitiva. Em 2004, já pelo CONAD, após parecer técnico reiterando as posições anteriores, um novo grupo multidisciplinar para "identificar normas e procedimentos compatíveis com o uso religioso da *Ayahuasca* e implementar o estudo e a pesquisa sobre o uso terapêutico da *Ayahuasca* em caráter experimental", cujo relatório final foi aprovado na 2ª Reunião Ordinária do órgão, realizada em 6 de dezembro de 2006. [537]

Em janeiro de 2010, o CONAD publica a Resolução n. 1, que regulamenta o seu uso e incorpora integralmente o parecer do grupo multidisciplinar já aprovado desde 2006. Esta Resolução trata da observância pelos órgãos da Administração Federal "sobre normas e

---

[535] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 3.239-DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Cesar Peluso, Brasília. Petição Inicial. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2227157>. Acesso em: 16 fev. 2010.

[536]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informações prestadas pela Presidência da República na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.239-DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Cesar Peluso, Brasília. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2227157>. Acesso em: 16 fev. 2010.

[537] BRASIL. Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas – CONAD. Resolução nº. 01, de 26 janeiro de 2010, que dispõe sobre a observância, pelos órgãos da Administração Pública, das decisões do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas - CONAD sobre normas e procedimentos compatíveis com o uso religioso da Ayahuasca e dos princípios deontológicos que o informam.

procedimentos compatíveis com o uso religioso da Ayahuasca e dos princípios deontológicos que o informam" [538].

Entre as conclusões emitidas pelo Grupo Multidisciplinar de Trabalho – AYAHUASCA, destacam-se, para as finalidades deste trabalho, duas em especial. A primeira – letra b – refere-se ao mau uso da substância e sugere a proibição de sua comercialização e uso terapêutico. [539] A segunda conclusão relevante aponta claramente para os direitos culturais como fundamento da autorização do uso da substância para fins religiosos, pelo fato de ser um elemento constituinte da identidade dos grupos que a utilizam, assim dispondo

> Considerando, por fim, que o uso ritualístico religioso da Ayahuasca, há muito reconhecido como prática legitima, constitui-se manifestação cultural indissociável da identidade das populações tradicionais da Amazônia e de parte da população urbana do País, cabendo ao Estado não só garantir o pleno exercício desse direito à manifestação cultural, mas também protegê-la por quaisquer meios de acautelamento e prevenção, nos termos do art. 2o, "caput", Lei 11.343/06 e art. 215, caput e § 1º c/c art. 216, caput e §§ 1º e 4º da Constituição Federal.

Em disputa julgada procedente junto à Organização Mundial do Comércio (OMC), iniciada pelos Estados Unidos da América em face da China, por restrições à exibição e distribuição de filmes americanos em seu território, alega-se que o governo Chinês descumpre as obrigações comerciais assumidas frente à OMC. Em sua defesa levantaram a questão do pluralismo e, implicitamente, do direito à identidade. Ao final, foi concluído [540] que as restrições ao comércio e à atuação de empresas estrangeiras na distribuição dos produtos

---

[538] BRASIL. Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas – CONAD. Resolução nº. 01, de 26 janeiro de 2010, que dispõe sobre a observância, pelos órgãos da Administração Pública, das decisões do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas - CONAD sobre normas e procedimentos compatíveis com o uso religioso da Ayahuasca e dos princípios deontológicos que o informam.

[539] Concluem, neste ponto, da seguinte forma: "b. Considerando que o GMT, após diversas discussões e análises, onde prevaleceu o confronto e o pluralismo de idéias, considerou como uso inadequado da Ayahuasca a prática do comércio, a exploração turística da bebida, o uso associado a substâncias psicoativas ilícitas, o uso fora de rituais religiosos, a atividade terapêutica privativa de profissão regulamentada por lei sem respaldo de pesquisas cientificas, o curandeirismo, a propaganda, e outras práticas que possam colocar em risco a saúde física e mental dos indivíduos." RELATÓRIO do Grupo Multidisciplinar de Trabalho – AYAHUASCA. Disponível em: <www.obid.senad.gov.br/portais/CONAD/index.php>. Acesso em: 14 jan. 2010.

[540] "The US claims under the GATS concerned various Chinese measures relating to the distribution of reading materials, AVHE distribution services, and sound recording distribution services. The panel found that Chinese measures prohibiting foreign-invested enterprises from engaging in: (i) the wholesale of imported reading materials, (ii) the master distribution (exclusive sale) of books, periodicals and newspapers and (iii) the master wholesale and wholesale of electronic publications are inconsistent with China's national treatment commitments under Article XVII of the GATS. The panel further found that Chinese measures imposing requirements relating to registered capital and operating terms for the distribution of reading materials are, likewise, inconsistent with China's national treatment commitments. In addition, the panel concluded that China's prohibition on foreign-invested enterprises with regard to the supply of sound recording distribution services are inconsistent with China's national treatment commitments. Furthermore, the panel found that Chinese measures limiting commercial presence for the distribution of videocassettes, DVDs, etc. to joint ventures with Chinese majority ownership, and measures limiting the operating term for joint ventures, but not for wholly Chinese-owned enterprises, are inconsistent with China's market access commitments under Article XVI of the GATS or its national treatment commitments under Article XVII." ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications And Audiovisual Entertainment Products. Summary of the Case. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds363_e.htm>. Acesso em: 14 jan. 2010.

culturais ofendem os compromissos comerciais assumidos pelo país. A China também alegou a proteção da moralidade pública como elemento justificador das restrições, não tendo este argumento sido acatado. [541]

O interessante, para as finalidades desta análise, foi a alegação, com pedido de consideração, sustentada na Declaração Universal sobre Diversidade Cultural e na Convenção para Proteção e Promoção da Diversidade Cultural, de que os bens culturais – como os filmes - têm características especiais e um papel crucial na influência e definição das características de uma dada sociedade. [542] Ainda que não tenha sido parte integrante da disputa, a União Européia, como terceiro interessado aceito no caso, diz estar convencida de que a China pode desenvolver e implementar sua política cultural dentro dos limites estabelecidos pelas obrigações comerciais junto à Organização Mundial do Comércio. [543]

Ao final, fica a conclusão de que a Convenção pela Preservação e Promoção da Diversidade Cultural pode ter efeitos concretos sobre o comércio dos bens culturais, devendo ser compatibilizada com as regras internacionais do comércio, para a aplicação de ambos os conjuntos normativos.

O objetivo do processo civilizatório plural de que trata a Constituição não é, portanto, um processo de imposição de determinada visão de mundo, mas um processo de interações e influências múltiplas e contínuas. Afirma a decisão do STF a "concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica" [544] e, com isso, relaciona a inclusão ao direito à identidade, que, em razão do próprio pluralismo, não se limita aos vínculos étnicos, se estendendo a outras formas de relações comunitárias identitárias.

É, portanto, um dever do Estado apoiar e incentivar tanto a valoração quanto a difusão das variadas manifestações culturais constituintes do país e, assim, a materialização do apoio e incentivo culturais deve ser informada pela preservação e promoção da diversidade cultural.

---

[541] ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications And Audiovisual Entertainment Products. Panel Report. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/363r_e.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2010.

[542] "China points out that cultural goods and services have a very specific nature "[a]s vectors of identity, values and meaning", in that they do not merely satisfy a commercial need, but also play a crucial role in influencing and defining the features of society. Noting that this specificity of cultural goods has been affirmed by the UNESCO *Universal Declaration on Cultural Diversity* and by the UNESCO *Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, China requests the Appellate Body to be "mindful" in the present appeal of the specific nature of cultural goods". ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications And Audiovisual Entertainment Products, p. 13. Panel Report. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/363r_e.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2010.

[543] INTELLECTUAL Property Watch. *WTO Adopts Appellate Body Report On US-China Film Distribution Dispute*. Disponível em: <http://www.ip-watch.org/weblog/2010/01/19/wto-adopts-appellate-body-report-on-us-china-film-distribution-dispute/>. Acesso em: 14 fev. 2010.

[544] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388-RR. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Brito, Brasília, 19 de março de 2009. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.

A preservação – que também se dá com a promoção - do pluralismo cultural nacional é um determinante cultural constitucional.

Afirma-se, protege-se e promove-se o pluralismo cultural. Assim determina a Constituição Federal. Pluralismo e diversidade culturais resultam na promoção inclusiva dos variados grupos culturais componentes da nação e estão relacionados à formação das identidades.

O reconhecimento do pluralismo cultural como característica nacional a ser apoiada, incentivada, valorizada e difundida, junto ao robustecimento e democratização do acesso ao patrimônio cultural brasileiro, são alicerces do direito à identidade dos diversos segmentos da nação e, consequentemente, da própria identidade nacional, representada nas diversas maneiras possíveis de ser brasileiro.

Tanto a proteção das datas de ‘alta significação’, como as especiais referências à ação, memória e identidade dos grupos formadores da nação demonstram ser a proteção dos elementos constitutivos e formadores das identidades um princípio finalístico, portanto constitutivo, dos direitos culturais. Os direitos à identidade e ao pluralismo cultural não foram, assim, esquecidos nem pelo constituinte nem pelo poder judiciário.

A restrição do acesso aos bens culturais também é ilegítima na medida em que o patrimônio cultural brasileiro é fonte referencial de identidade, portanto bem público essencial, que deve ser protegido da apropriação privada, mormente aquela restritiva de acesso, que só excepcionalmente é justificada. Neste sentido, o direito à identidade também substancia e justifica o direito de acesso, que, por sua vez, igualmente assegura a participação e o exercício dos direitos culturais para a satisfação das relações existenciais que suportam as identidades.

2.3.2.4 O patrimônio cultural brasileiro

Com relação ao patrimônio cultural brasileiro constitucionalmente identificado, destacam-se a sua abrangência e os comandos para seu enriquecimento e, novamente, para a democratização do acesso. Porém, um patrimônio cultural pálido esvazia os direitos culturais, pois lhes retira a substância que intermedeia as interações culturais. Sua fragilidade contamina todo o conjunto de direitos culturais.

O elemento de vinculação de bens em geral ao patrimônio cultural brasileiro é o valor simbólico que embutem, por referirem-se à identidade, ação ou memória dos diversos grupos formadores. Afora o conteúdo simbólico, o patrimônio cultural nacional é compreensivo, desconhecendo outros limites que não a referência simbólica ao elemento identitário, qualquer que seja este.

Assim, o patrimônio cultural nacional inclui bens materiais ou imateriais, individuais ou agrupados, sejam formas de expressão ou formas de criar, fazer e viver, sejam edificações e espaços de manifestação cultural ou criações artísticas, científicas e tecnológicas, sejam, ainda, obras, objetos e documentos ou conjuntos históricos, paisagísticos, artísticos, arqueológicos, paleontológicos, ecológicos, científicos ou que representem outros valores.

Ao Estado cabe incentivar a produção e conhecimento dos bens e valores culturais integrantes ou que venham integrar o patrimônio cultural brasileiro. Por outro lado, deve também vigiar e punir os danos e ameaças a este patrimônio. Deverá ainda, junto com a sociedade, promover e proteger, por quaisquer formas de acautelamento e preservação, inclusive desapropriação, tombamento, inventários e registros, além da preservação da documentação governamental.

As ações de preservação, financiamento da produção, ampliação da difusão e facilitação do acesso, em conjunto, conduzem ao seu enriquecimento, valorização e promoção. Um patrimônio cultural rico, valorizado, protegido e acessível fortalece as identidades, assegura a formação, permite a participação, incentiva a cidadania, alimenta a democracia, favorece a inclusão e garante o pleno exercício dos direitos culturais, objetivo máximo das normas constitucionais que o regulam.

A relevância da proteção do patrimônio cultural brasileiro é tão grande ao ponto de legitimar a proteção também na esfera criminal. Neste sentido aponta a decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 72.506 [545], cuja ementa dispõe que

> O ordenamento positivo brasileiro - dando conseqüência e efetividade à cláusula constitucional que impõe ao Poder Público a obrigação de proteger os bens e valores culturais - legitima a punição criminal daquele cuja conduta desrespeita e ofende a integridade do patrimônio artístico, arqueológico ou histórico nacional (CP, arts. 165 e 166). Esses preceitos do Código Penal brasileiro, que tipificam os crimes de dano cultural, objetivam tornar mais efetiva a proteção estatal destinada a resguardar a inviolabilidade do acervo histórico, arqueológico e artístico do País.

[545] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 72.506-MG. Primeira Turma. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, 23 de maio de 1995. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 30 out. 2009.

Em igual sentido aponta a decisão da Corte suprema no julgamento do Habeas Corpus n. 73.449 [546] quando afirma que

> A legislação brasileira qualifica com a nota da tipicidade penal a conduta daquele que transgride a inviolabilidade do patrimônio artístico, arqueológico ou histórico nacional (CP, arts. 165 e 166). Esses preceitos do Código Penal brasileiro objetivam tornar mais efetiva a proteção estatal destinada a resguardar a integridade do acervo cultural do País.

A própria legitimidade para a defesa dos direitos culturais referentes à proteção do patrimônio público é extensiva ao Ministério Público, tamanha a sua importância. Ainda que não seja autor, atua o Ministério Público, como representante da coletividade, nestes casos, na função de fiscal da lei. Esta é a direção indicada no Recurso Extraordinário, decidido pelo Supremo Tribunal Federal, cuja ementa informa que

> Legitimação extraordinária conferida ao órgão pelo dispositivo constitucional em referência, hipótese em que age como substituto processual de toda a coletividade e, conseqüentemente, na defesa de autêntico interesse difuso, habilitação que, de resto, não impede a iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio, caso em que o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, pena de nulidade da ação (art. 17, § 4º, da Lei nº 8.429/92). Recurso não conhecido. [547]

A importância constitucional da preservação do patrimônio cultural brasileiro é igualmente demonstrada quando a Constituição Federal estabelece competência comum das esferas governamentais para sua preservação. Encargo este que "não comporta demissão unilateral", mas cooperação, cujas normas devem ser estabelecidas pela União em legislação complementar, mas que, "de qualquer modo, não abrange o poder de demitirem-se a União ou os Estados dos encargos constitucionais de proteção dos bens de valor arqueológico (no caso sendo decidido) para descarregá-los ilimitadamente sobre aos Municípios", pois estes deveres "substanciam incumbência de natureza qualificadamente irrenunciável" [548].

A Constituição estabelece, exemplificativamente, diversos instrumentos para a realização deste dever, dentre os quais o inventário, tombamento e desapropriação. Isso não implica em dizer que os instrumentos jurídicos disponíveis possam ser aplicados aleatoriamente, sem atentar para as características de cada instituto, não sendo possível, por

---

[546] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 73.449-RS. Primeira Turma. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, 02 de abril de 1996. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 29 out. 2009.
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n. 73.449. Ementa.
[547] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 208.790-SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ilmar Galvão, Brasília, 27 de setembro de 2000. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 30 out. 2009.
[548] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.544-RS. Tribunal Pleno. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, 28 de junho de 2006. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 29 out. 2009.

exemplo, efetuar o tombamento de determinados bens imóveis para limitar sua destinação às atividades artístico-culturais, como almejou a Secretaria de Cultura de Belo Horizonte. Ficou decidido que, no caso, deveria "a preservação ser atendida por meio de desapropriação. Não pelo emprego da modalidade do chamado tombamento de uso" [549].

Conforme indicado, a preservação inclui a promoção, valorização, proteção e difusão, abrangendo todo o conjunto de ações que iniciam na identificação dos bens e valores culturais relevantes do ponto de vista do patrimônio cultural brasileiro e completam o ciclo quando tornados acessíveis para fruição pelos grupos e cidadãos, permitindo-lhes a participação e o exercício dos direitos culturais e assegurando a possibilidade de afirmação positiva de suas identidades.

O conjunto de bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro enquadra-se na categoria de bens de forte relevância pública, por representarem interesses públicos primários da sociedade brasileira. Por estas características não podem ser estes bens excluídos da apreciação do público e nem ser o seu acesso injustificadamente restringido ou negado. Desta característica decorre também a obrigatoriedade de contínuo enriquecimento deste patrimônio e da sucessiva ampliação do acesso livre. O direito a um patrimônio público robusto, preservado e acessível, ao qual correspondem deveres tanto do Estado como da sociedade, é, portanto, um direito cultural.

2.3.2.5 Outros direitos culturais

Os direitos culturais também fundamentam, influenciam, iluminam, legitimam, albergam e confirmam outros direitos em nosso ordenamento. Neste caso, sua influência não deixa de ser sentida, mas concorre com outros preceitos na formação dos contornos destes, variando sua influência conforme o caso.

São alimentados pelos direitos culturais, por exemplo, a liberdade de expressão, os direitos autorais, o direito à comunicação e a proibição da discriminação. São direitos culturais *lato sensu*, na medida em que a revelação de seus conteúdos é influenciada pelo conteúdo dos direitos culturais *stricto sensu*, e, por isso, são aqui tratados.

[549] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 219.292-MG. Primeira Turma. Relator: Min. Octavio Gallotti, Brasília, 27 de dezembro de 1999. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 29 out. 2009.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em toda sua estrutura, expressa este repúdio à discriminação e estabelece uma direta associação entre o direito de participação cultural e o direito de não sofrer discriminação. [550] Da mesma forma, o STF reconhece a língua como um dos elementos de constituição das identidades, atribuindo ao elemento linguístico, no caso indígena, valor preponderante. [551]

A liberdade de expressão e manifestação é também apoiada pelos direitos culturais. Amparam-se mutuamente, na medida em que a participação na vida cultural e o direito ao pluralismo carecem do direito de liberdade de expressão e manifestação. Esta liberdade, como qualquer direito, não é absoluta, uma vez que, em determinados casos, pode conflitar com outros direitos de equivalente envergadura. Exige-se, no caso, ponderação, especialmente se forem conflitos entre direitos fundamentais.

A livre manifestação do pensamento pode conflitar, por exemplo, com o direito de não sofrer discriminação ou preconceito. Estas "liberdades públicas não são incondicionais, por isso, devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal", não consagrando "o direito à incitação ao racismo", devendo prevalecer os "princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica" [552].

Esta garantia constitucional não é absoluta e, como também no exercício de qualquer outra garantia, deve respeitar os limites morais e jurídicos. Assim, "editar, divulgar e comercializar livros 'fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias' contra a comunidade judaica constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade" [553].

A liberdade de manifestação cultural também sofre restrições impostas por outros preceitos constitucionais, com os quais deve se compatibilizar. Este é o caso do evento denominado 'farra do boi', particular de Santa Catarina, que, em sede de Recurso Extraordinário, foi considerado inconstitucional, e cuja decisão afirma que

> a obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da

[550] "Art. 27 - No caso em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outras membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua."
[551]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388-RR. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Brito, Brasília, 19 de março de 2009, p. 34. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.
[552] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82.424-RS. Tribunal Pleno. Relator: Min. Moreira Alves, Brasília, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.
[553] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82.424-RS. Tribunal Pleno. Relator: Min. Moreira Alves, Brasília, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.

> observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade.[554]

Por outro lado, a liberdade de expressão é uma "direta emanação do princípio da dignidade da pessoa humana", pondo-se como "superiores bens da personalidade", estando "a salvo de qualquer restrição em seu exercício" e "não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes na própria Constituição" [555].

Especificamente com relação ao conflito entre "o bloco de direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa e o bloco dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada" a Corte suprema estabeleceu a procedência "do primeiro bloco, com incidência *a posteriori* do segundo bloco de direitos, para efeito de assegurar o direito de resposta e assentar responsabilidades penal, civil e administrativa, entre outras consequências do pleno gozo" da liberdade de imprensa. [556] A decisão não deixa dúvidas sobre a posição da Corte, e afirma ainda que,

> noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos *sobredireitos* da personalidade em que se traduz a 'livre' e 'plena' manifestação do pensamento, da criação, da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana.[557]

A questão da censura à liberdade de manifestação cultural, artística ou do pensamento encontra-se igualmente presente na Corte Interamericana de Direitos Humanos, como se verifica no julgamento do caso n. 73, *Última Tentação de Cristo versus Chile*. [558] A partir de uma petição recebida pelo Secretariado, a Comissão submeteu o caso à Corte. Os fundamentos do pedido são a alegação de violação por parte do Chile dos artigos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos que estabelecem a liberdade de expressão e de crença como direitos fundamentais de cumprimento obrigatório pelos Estados. O motivo do pedido foi a decisão da Suprema Corte Chilena censurando a exibição do filme "A última tentação de Cristo".

---

[554] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 153.531-SC.Segunda Turma. Relator: Min. Francisco Rezek, Brasília, 03 de junho de 1997. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.
[555] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130-DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Brito, Brasília, 30 de abril de 2009. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.
[556] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130-DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Brito, Brasília, 30 de abril de 2009. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.
[557] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130-DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Brito, Brasília, 30 de abril de 2009. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.
[558] Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2010.

O pedido da Comissão foi no sentido de que o Estado chileno autorize a exibição normal e a publicidade do filme em questão; que adapte suas normas constitucionais aos padrões de liberdade da Convenção Interamericana, de forma a eliminar censura prévia das produções cinematográficas; que assegure que os poderes e órgãos estatais exercitem os direitos constantes na Convenção Interamericana e se abstenham de impor censuras prévias às produções cinematográficas; que repare os danos impostos às vítimas; e, que paguem as custas processuais. [559]

Ao enfrentar o conteúdo do direito de liberdade de expressão, a Corte Interamericana aponta para seu duplo aspecto, individual e coletivo, uma vez que implica não somente na liberdade de se expressar, mas também na liberdade de buscar e receber quaisquer informações e manifestações de terceiros. Reitera ainda que a dimensão individual do direito de expressão implica no direito de comunicar esta expressão, por serem indivisíveis a expressão e disseminação das manifestações. Com relação à dimensão coletiva deste direito indica que a liberdade de expressão é uma forma de troca de idéias e informações entre pessoas, que alcança não só na liberdade de expressar suas próprias opiniões, mas também o direito de conhecer as posições alheias, sendo ambas de igual relevância. [560]

Em sua conclusão, a Corte Interamericana assinala a violação, pelo Chile, do direito de livre expressão, mas não do direito de liberdade de crença, condenando o Estado a alterar sua

---

[559] "1. To authorize the normal cinematographic exhibition and publicity of the film "The Last Temptation of Christ." 2. To adapt its constitutional and legal norms to the standards of freedom of expression embodied in the American Convention, [in order] to eliminate prior censorship of cinematographic productions and their publicity. 3. To ensure that, in the exercise of their different powers, public bodies [,] their authorities and officials [effectively] exercise the rights and freedoms of expression, conscience and religion recognized in the American Convention and [...] abstain from imposing prior censorship on cinematographic productions. 4. To make reparations to the victims in this case for the damage suffered. 5. To pay the costs and reimburse the expenses incurred by the victims when litigating this case in both [the] domestic sphere and before the Commission and the Court, as well as reasonable fees for their representatives." Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2010.

[560] "64. With regard to the content of the right to freedom of thought and expression, those who are protected by the Convention not only have the right and the freedom to express their own thoughts, but also the right and freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds. Consequently, freedom of expression has an individual and a social dimension: It requires, on the one hand, that no one be arbitrarily limited or impeded in expressing his own thoughts. In that sense, it is a right that belongs to each individual. Its second aspect, on the other hand, implies a collective right to receive any information whatsoever and to have access to the thoughts expressed by others. 65. With regard to the first dimension of the right embodied in the said article, the individual one, freedom of expression is not exhausted in the theoretical recognition of the right to speak or write, but also includes, inseparably, the right to use any appropriate method to disseminate thought and allow it to reach the greatest number of persons. In this respect, the expression and dissemination of thought and information are indivisible, so that a restriction of the possibilities of dissemination represents directly, and to the same extent, a limit to the right to free expression. 66. Regarding the second dimension of the right embodied in Article 13 of the Convention, the social element, it is necessary to indicate that freedom of expression is a way of exchanging ideas and information between persons; it includes the right to try and communicate one's point of view to others, but it also implies everyone's right to know opinions, reports and news. For the ordinary citizen, the knowledge of other people's opinions and information is as important as the right to impart their own. 67. The Court considers that both dimensions are of equal importance and should be guaranteed simultaneously in order to give total effect to the right to freedom of thought and expression in the terms of Article 13 of the Convention. 68. As the cornerstone of a democratic society, freedom of expression is an essential condition for society to be sufficiently informed". Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2010.

legislação interna, em até seis meses do julgamento, a fim de eliminar a censura prévia, devendo ainda pagar as despesas das vítimas na defesa de seus direitos junto à Corte. [561]

Relacionado à liberdade, há os direitos de comunicação, que igualmente sofrem a influência dos direitos culturais. A obrigatoriedade imposta constitucionalmente à programação só pode ser revelada em sua inteireza na medida em que se recorra aos direitos culturais. A priorização da programação com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas, a necessária regionalização da produção cultural com a possibilidade de imposição de percentuais para atendimento e o dever de promoção da cultura plural nacional [562] são fatores que revelam a interseção entre estes conjuntos normativos. A exposição e acesso à programação artística e cultural e o pluralismo inerente são os elementos de conexão entre estes ramos jurídicos.

O direito ao pluralismo, cujo conteúdo só pode ser revelado com recurso ao conjunto normativo-constitucional dos direitos culturais, é indicado, por exemplo, na proibição de monopólios ou oligopólios dos meios de comunicação. [563] É, neste sentido, a decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130 [564], que questionou a constitucionalidade da Lei de Imprensa decidindo pela sua não recepção pela ordem constitucional de 1988. Em seu voto, o Ministro Carlos Brito, aponta que o artigo em questão é "norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas, isto é, o pluralismo como virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários.". Assevera ainda a decisão que este pluralismo inclui o político, o cultural e o "social genérico" [565].

---

[561] "103. Therefore, THE COURT, unanimously: 1. Finds that the State violated the right to freedom of thought and expression embodied in Article 13 of the American Convention on Human Rights, to the detriment of Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle and Hernán Aguirre Fuentes. 2. Finds that the State did not violate the right to freedom of conscience and religion embodied in Article 12 of the American Convention on Human Rights, to the detriment of Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle and Hernán Aguirre Fuentes. 3. Finds that the State failed to comply with the general obligations of Article 1(1) and 2 of the American Convention on Human Rights in relation to the violation of the right to freedom of thought and expression indicated in decision 1 of this judgment. 4. Finds that the State must amend its domestic law, within a reasonable period, in order to eliminate prior censorship to allow exhibition of the film "The Last Temptation of Christ", and must provide a report on the measures taken in that respect to the Inter-American Court of Human Rights, with six months of the notification of this judgment 5. Finds that, in fairness, the State must pay the amount of US$ 4.290 (four thousand two hundred and ninety United States dollars), as reimbursement of the expenses arising from the steps taken by the victims and their representatives in the domestic proceedings and in the international proceeding before the inter-American protection system. This amount to be paid through the Inter-American Commission on Human Rights. 6. Finds that it will monitor that this judgment is complied with and only then will it close the case". Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2010.

[562] Art. 221, CRFB/1988.

[563] Art. 220, § 5º, CRFB/ 1988.

[564] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130-DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Brito, Brasília, 30 de abril de 2009. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.

[565] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130-DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Brito, Brasília, 30 de abril de 2009. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009, p. 29.

Os direitos autorais são justificados e funcionalizados em razão dos direitos culturais desde o seu surgimento histórico. [566] Sua justificativa atual é complementada pelo elemento pessoal que assegura a manutenção do vínculo entre autor e obra, com algumas outras consequências desta ordem. [567] O próprio vínculo pessoal de paternidade tem uma função cultural pública, pois permite a identificação do autor de determinada obra [568], enriquecendo o conjunto de referências culturais e auxiliando na compreensão do contexto sócio-histórico-cultural da manifestação, também relevante do ponto de vista da memória.

Os aspectos econômicos são igualmente elementos de justificação dos direitos autorais, na medida em que o utilitarismo [569] está mesmo na base da elaboração inicial destes direitos, e que é complementado pela visão lockeana de remuneração pelo trabalho despendido. Ao mesmo tempo, persiste ainda a perspectiva de direitos autorais como direitos naturais, que espelha a expressão "a mais sagrada, a mais pessoal de todas as propriedades é a obra fruto do pensar do escritor", dita por Le Chapelier ao relatar o projeto que veio a se tornar a lei francesa de 1791. [570]

Os direitos patrimoniais do autor e, em alguns casos, os direitos morais [571] restringem o acesso e a própria liberdade de criação e manifestação. Esta restrição, contudo, é justificada pelo suposto incentivo à produção cultural, com consequências positivas para a formação do patrimônio cultural brasileiro. A inserção dos direitos autorais entre os direitos fundamentais legitima esta exceção ao acesso plenamente livre e irrestrito às obras artístico-culturais.

Isso não implica em dizer que esta exclusividade de uso seja ilimitada ou absoluta. Jamais o foi, pois estes direitos já surgiram limitados, no tempo e no alcance. As limitações aos direitos autorais são legitimadas por outros direitos fundamentais, inclusive os direitos culturais, com especial atenção ao direito de acesso à cultura. O cerceamento jurídico ao

---

[566] No título do Estatuto da Rainha Ana, primeira legislação que concedia aos autores o direito original sobre suas obras lia-se "An Act for the Encouragement of Learning, by vesting the Copies of Printed Books in the Authors or purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned." A Constituição Americana, no artigo 1º, seção 8ª, cláusula 8ª, afirma que o Congresso tem poder de legislar "to promote the progresso f science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries."

[567] Processo histórico de reconhecimento dos direitos morais do autor ocorreu durante a segunda metade do século XIX, tendo sido tópico de grande debate na Convenção de Berna de 1908, e incluído na Convenção de Berna em 1928. Para um excelente e clássico estudo sobre o tema ver STRONHOLM, Sting. *Le Droit Moral de L'Auteur en Droit Allemand, Français et Scandinave*. V. 2., Stochholm: P.A. Norstedt & Soners Forlag, 1967. Para uma análise contemporânea ver ADENEY, Elizabeth. *The moral rights of authors and performers* – an international and comparative analysis. Nova York: Oxford University Press, 2006.

[568] Neste sentido ver FOULCAULT, Michael. O que é um autor?. In: Manoel Barros da Motta (Org.). *Ditos e Escritos III* – Estética: Literatura e Pintura, Música e Cinema, p. 264-298.

[569] Para uma análise das diversas teorias que buscam justificar a proteção autoral ver, por todos, FISCHER, William. *Theories of Intellectual Property*. Disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2010.

[570] DOCK, Claude-Marie. *Etude sur le Droit D'Auteur*. Paris: Dalloz, 1966.

[571] Especificamente prejudicial à liberdade de criação e manifestação são os direitos de integridade e modificação, quando a interpretação atribui extensão exagerada ao seu conteúdo.

direito de acesso e à liberdade de criação e manifestação não pode ultrapassar os limites da razoabilidade e deve, por excepcional, ser interpretado restritivamente.

Na perspectiva dos direitos culturais, a exclusividade de usos é uma exceção ao direito de acesso à cultura, justificada como um incentivo econômico à criação. [572] É em razão dos direitos culturais - uma vez que o incentivo à criação tem por fito o engrandecimento cultural da sociedade - que os autores são constitucionalmente elevados a uma categoria especial de trabalhadores, o que, *per se*, demonstra ser, de fato, uma exceção.

É também espúria a restrição injustificada ou excessiva ao acesso na medida em que ofende os princípios democráticos, pois permite o autoritarismo cultural dos titulares dos bens de acesso restrito. A restrição do acesso provoca a escassez artificial destes bens e possibilita inclusive a constitucionalmente condenável censura de mercado. [573]

O aparente conflito entre a liberdade de acesso e sua restrição deve ser resolvido em favor da liberdade, como indica o Supremo Tribunal Federal ao afirmar que "quando se tem um conflito possível entre a liberdade e a restrição, deve-se defender a liberdade". [574]

Deste modo, é importante observar que as influências dos direitos culturais sobre os direitos autorais são múltiplas, justificando, em confluência com outras disposições, tanto a proteção patrimonial, como a proteção pessoal quanto às limitações à exclusividade. Os direitos autorais estão, de fato, embebidos nos direitos culturais.

Em conclusão, defende-se aqui que os direitos culturais *stricto sensu*, no Brasil, encontram-se principalmente normatizados pelos artigos 215 e 216 da CRFB/1988 e são nuclearmente compostos pelos direitos ao seu pleno exercício; de livre participação na vida cultural; de acesso e fruição das fontes, bens e patrimônio culturais; à identidade, pluralidade e diversidade culturais.

---

[572] Uma análise econômica da propriedade intelectual mostra que, por serem os bens sujeitos à propriedade intelectual não-rivais, sua escassez só ocorrerá se for artificialmente estabelecida, que é o que fazem as leis de propriedade intelectual, inclusive de direitos autorais.

[573] Um exemplo de uso das normas de direitos autorais para a vedação da circulação de obras, sob a questionável justificativa de infração à exclusividade de uso, é a obra "Além de Cidadão Kane" (Beyond Citizen Kane). Concluído em 1992, produzido por John Ellis e dirigido por Simon Hartog, o documentário foi transmitido pela primeira vez em 1993, no Canal 4 britânico. O tema do filme é a concentração e a manipulação da mídia no Brasil, e tem como foco Roberto Marinho, a Rede Globo e suas relações com o Poder. A promiscuidade destas relações no Brasil mostrada no filme remonta ao período de ditadura militar, inclui uma série de entrevistas e utiliza diversos trechos da programação da Rede Globo como ilustração de suas críticas. O uso destas imagens é visto como um empecilho à transmissão televisiva do filme, embora tenha sido exibido publicamente no Brasil em diversas ocasiões, com autorização e segundo informações do Produtor. A ameaça de ação judicial é o elemento inibidor, em razão dos custos envolvidos, ainda que a legislação permita a utilização de trechos de obras para fins de polêmica e crítica, assim como a lei britânica, sob a qual foi feito o filme. Matérias jornalísticas publicadas pela Folha de São Paulo ilustram a polêmica, estando disponíveis em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u375398.shtml> e <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u612350.shtml>. Acessos em: 16 fev. 2010. O filme encontra-se disponível na íntegra no Google Vídeos no endereço <http://video.google.com/videoplay?docid=-5703400039582340 38#>. Acesso em 16 fev. 2010.

[574] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130-DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Brito, Brasília, 30 de abril de 2009, p. 91. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.

Estes direitos são complementados, ainda, pelo direito a um patrimônio cultural rico, valorizado e protegido; de participação no processo decisório da elaboração e execução das políticas públicas; e, de obter apoio e incentivo na produção, valoração e difusão de bens e valores culturais.

Seu teor também influencia no conteúdo dos direitos autorais, da liberdade de expressão e manifestação, do direito à comunicação e da inclusão e não discriminação das minorias. Às vezes contrapondo-se, outras complementando. Ora reforçando, ora limitando. Sempre legitimando o exercício e as limitações destes direitos. A este conjunto maior denomina-se, neste trabalho, de direitos culturais *lato sensu*.

2.4 A efetividade dos direitos culturais

Como fundamentais, os direitos culturais, entre outras coisas, exigem ações positivas. Os deveres prestacionais advêm das normas constitucionais e impõem obrigações ao Estado de legislar, construindo o arcabouço jurídico do direito da cultura e viabilizando o exercício positivo do direito à cultura. Assim, "o papel do poder público deve ser de favorecer a livre procura das manifestações culturais, criar condições de acesso popular à cultura, prover meios para que a difusão cultural se fundamente nos critérios de igualdade" [575]. Portanto, "a ação cultural do Estado há de ser ação afirmativa que busque realizar a igualização dos socialmente desiguais, para que todos, igualmente, aufiram os benefícios da cultura" [576].

Estes direitos impõem também um dever específico, principalmente ao Judiciário, de interpretar as normas jurídicas infraconstitucionais a partir do conteúdo dos direitos fundamentais culturais.

Ainda que direcionados especificamente ao Estado, este conjunto de deveres prestacionais impostos pelos direitos culturais não afastam as entidades privadas, no cumprimento de uma função cultural pública ou não, de colaborar ativamente em sua promoção.

Os deveres prestacionais representam, ao mesmo tempo, um direito do cidadão à cultura, a quem cabe decidir, se quer ou não, participar do processo de significação, de construção dos significados e sentidos sociais dos bens culturais. Em razão disto, a todos cabe

[575] SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura.* São Paulo: Malheiros, 2001, p. 48
[576] *Id. Ibid.*, p. 49.

o dever de abstenção, de não cercear o exercício dos direitos culturais. As obrigações de não fazer, constituídas pelos direitos de defesa em que os direitos culturais implicam, são direcionadas tanto ao Estado como aos entes privados.

Ao redor dos direitos culturais são erigidas situações jurídicas complexas, compostas de direitos e deveres. Com a assunção de determinadas posições subjetivas, formando uma relação em que os interesses deverão ser satisfeitos, pode-se determinar seu conteúdo, que se encontra subordinado às particularidades e circunstâncias do caso. Não há, portanto, um sujeito de direito pré-determinado, a partir do qual toda a relação é analisada, sempre em perspectiva unilateral. Deste modo, o exercício dos diretos culturais implica em direitos e deveres, tanto para o Estado como para particulares, que, no todo, podem ser descritos, de um lado, como deveres prestacionais e de abstenção e, de outro, em direitos de resistência e de exigência.

Sob a égide dos direitos culturais são estruturados direitos cujo principal sustentáculo encontra-se ora na liberdade, ora na igualdade ou na solidariedade, alcançando, portanto, as diversas dimensões dos direitos fundamentais. Porém o seu núcleo essencial é alicerçado no direito de igualdade, ombreando então com os direitos à educação e saúde.

As diversas dimensões dos direitos fundamentais, conforme apresentado pelas Nações Unidas, são interdependentes e indivisíveis. [577] Neste sentido são as palavras do Ministro Celso de Mello quando afirma que

> Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. [578]

[577] "Human rights are rights inherent to all human beings, whatever our nationality, place of residence, sex, national or ethnic origin, colour, religion, language, or any other status. We are all equally entitled to our human rights without discrimination. These rights are all interrelated, interdependent and indivisible". ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *O que são direitos humanos?*. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>. Acesso em: 15 fev. 2010.

[578] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 22.164-SP. Tribunal Pleno. Relator: Min.Celso de Mello, Brasília, 30 de outubro de 1995. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 20 nov. 2009.

Do mesmo modo, Gregório Peces Barba Martínez ressalta esta complementação entre os direitos fundamentais e confirma os baseamentos das diversas dimensões destes direitos quando aponta que

> Asì, como los derechos de las genereciones anteriores responden a los valores superiores de la liberdad, de la igualdad, o en caso de fórmulas de síntesis, a la liberdad igualitaria, en este caso el fundamento se encuentra en el valor solidaridad o fraternidad, o en el valor seguridad jurídica en ciertos casos, conjuntamente con el de solidaridad. [579]

As normas constitucionais são todas da mesma natureza, ainda que possuam finalidades diferentes. São inter-relacionadas e formam um sistema de condicionamento recíproco. [580] Ainda assim, há inúmeras classificações propostas para qualificar as normas constitucionais quanto à sua eficácia.

Rui Barbosa, apoiando-se em Thomas Cooley, distinguia-as entre auto-aplicáveis ou não. [581] Maria Helena Diniz escalona as normas constitucionais a partir dos critérios de intangibilidade e produção concreta de efeitos, apontando para as normas de eficácia absoluta, plena, relativa restringível e eficácia relativa dependente de complementação. [582] Jorge Miranda indica cinco classificações diferentes para as normas constitucionais, possibilitando diversos enquadramentos destas normas, mas que oferecem pouco auxílio na elucidação dos efeitos de normas específicas. [583]

Reiterando que todas as normas constitucionais são eficazes na produção de efeitos e "que se diferenciam tão-só quanto ao grau de seus efeitos jurídicos" [584], propõe José Afonso da Silva uma classificação tríplice, onde há normas de eficácia plena, contida e limitada ou reduzida, dividindo-se este último grupo em normas programáticas e de legislação. [585] Assim, seriam as primeiras e segundas de aplicação imediata, sendo que as últimas podem ser

---

[579] MARTÍNEZ, Gregorio Peces Barba. *Curso de derechos fundamentales*. Teoria Geral. [S.l]: Universidad Carlos III de Madrid, 1999, p. 68.
[580] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 47.
[581] COOLEY, Thomas M. *A Treatise on the Constitutional Limitations which rests upon the Legislative Power of the States of the American Union.* Boston: Little Brown, 1980, p. 99-100, *apud* FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 101-102.
[582] DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. 4. ed., atual., Rio de Janeiro: Saraiva, 1998, p. 109. Mais adiante, a autora aponta que "Há um escalonamento na intangibilidade e nos efeitos dos preceitos constitucionais, pois a Constituição contém normas com eficácia absoluta, plena e relativa. Todas têm juridicidade, mas seria uma utopia considerar que têm a mesma eficácia, pois o seu grau eficacial é variável. Logo, não há norma constitucional destituída de eficácia. Todas as disposições constitucionais têm a possibilidade de produzir, a sua maneira, concretamente, os efeitos jurídicos por elas visados" (p. 117).
[583] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 3. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 241-242. São diferenciadas entre: (a) normas materiais e de garantia; (b) normas de fundo ou orgânicas e processuais ou de forma; (c) normas preceptivas e programáticas; (d) normas exeqüíveis e não exeqüíveis em si mesmo; (e) normas constitucionais per se e normas sobre normas.
[584] SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 82.
[585] *Id. Ibid*., p. 82-83.

restringidas por ação legislativa ulterior e apenas as primeiras de aplicação integral. As de eficácia limitada ou reduzida seriam de aplicação indireta, incidindo apenas após ulterior complementação legislativa.

Luis Roberto Barroso, com o objetivo de "reduzir a discricionariedade dos poderes políticos na aplicação da Lei Fundamental e propiciar uma critério mais científico à interpretação constitucional pelo Judiciário" [586], propõe nova classificação, nos seguintes termos

> (a) normas constitucionais que têm por objeto organizar o exercício do poder político: NORMAS CONSTITUCIONAIS DE ORGANIZAÇÃO;
> (b) normas constitucionais que têm por objeto fixar os direitos fundamentais dos indivíduos: NORMAS CONSTITUCIONAIS DEFINIDORAS DE DIREITOS;
> (c) normas constitucionais que têm por objeto traçar os fins públicos a serem alcançados pelo Estado: NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS. [587]

Assim, as normas constitucionais de organização têm por objeto organizar o exercício do poder político, e por isso instituem os órgãos de soberania, definindo-lhes a competência e também os processos de habilitação e mecanismos para o exercício do poder político. [588] Já as normas constitucionais definidoras de direito, que estabelecem os direitos fundamentais e inafastáveis dos indivíduos - que podem ser agrupados em quatro categorias, sendo respectivamente os políticos, os individuais, sociais e difusos - podem ter como efeitos a geração de situações desfrutáveis, dependentes apenas de omissões, ou a exigibilidade de prestações positivas pelo Estado, ou ainda a necessidade, para a contemplação dos interesses previstos, de regras integradoras posteriores, o que resulta no imediato poder de seus titulares em exigir prestações negativas dos órgãos reguladores. [589] Por sua vez, as normas constitucionais programáticas têm por objeto estabelecer os fins públicos que deverão ser alcançados pelo Estado e, em seu conteúdo, podem definir direitos para o presente, como os direitos sociais, ou firmar proposições diretivas deste logo observáveis, ou ainda projetar comportamentos para serem efetivados. [590]

Esta última classificação apresenta-se de maior instrumentalidade jurídica, na medida em que incorpora em sua análise a complexidade inerente à questão da eficácia e efetividade das normas constitucionais, além de reconhecer-lhes, de fato, a todas, ao menos eficácia e

---

[586] BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 93.
[587] *Id. Ibid*., p. 93.
[588] *Id. Ibid*., p. 95.
[589] *Id. Ibid*., p. 99-112.
[590] *Id. Ibid*., p. 118-119.

efetividade mínimos, pois de nada adianta o discurso de que todas as normas constitucionais possuem juridicidade e eficácia se lhes é, logo a seguir, negada a possibilidade de produzir quaisquer efeitos independentemente de complementação legislativa.

Antes de prosseguir, porém, é relevante distinguir, ainda que brevemente, entre os conceitos de eficácia e efetividade das normas jurídicas. Partindo do pressuposto de que a existência destas normas está ligada ao processo de sua formulação e ingresso no mundo jurídico, e que sua validade está relacionada à competência do órgão formulador, a forma de sua elaboração e a licitude de seu conteúdo, é possível identificar que sua eficácia está vinculada ao potencial de produção de consequências jurídicas, enquanto efetividade – ou eficácia social da norma – é a própria "concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos" [591]. Nestes termos, eficácia pode ser entendida restritivamente como a produção de efeitos da norma no campo jurídico, sua capacidade de gerar as consequências jurídicas previstas, enquanto que efetividade é a eficácia social da norma, a realização objetiva de seus comandos no mundo social, o seu impacto na realidade dos fatos, seu potencial de adequação da realidade onde são – ou deveriam ser - aplicadas.

Retornando a questão da eficácia e efetividade das normas programáticas, é notável que diversos doutrinadores que enfrentam a questão são unânimes em assegurar-lhes determinados efeitos imediatos. Assim o fazem José Gomes Canotilho [592], José Afonso da Silva [593], Luís Roberto Barroso [594] e mesmo Maria Helena Diniz. [595]

---

[591] BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 84.

[592] O autor, neste caso, faz apenas descrições genéricas de seus efeitos, ainda que lhes assegurando alguns: "As normas constitucionais programáticas, dirigidas que são aos órgãos estatais, hão de informar, desde o seu surgimento, a atuação do Legislativo, ao editar leis, bem como da Administração e do Judiciário ao aplicá-las, de ofício ou contenciosamente. Desviando-se os atos de qualquer dos Poderes da diretriz lançada pelo comando normativo superior, viciam-se por inconstitucionalidade, pronunciável pela instância competente." CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 315.

[593] Conforme apresentado: "(a) estabelecem um dever para o legislador ordinário; (b) condicionam a legislação futura, com a conseqüência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; (c) informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram a sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; (d) constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; (e) condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; (f) criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem." SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais.* 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 164.

[594] Explica o autor que: "Objetivamente, desde o início de sua vigência, geram as normas programáticas os seguintes efeitos imediatos: (a) revogam os atos normativos anteriores que disponham em sentido colidente com o princípio que consubstanciam; (b) carreiam um juízo de inconstitucionalidade para os atos normativos editados posteriormente, se com elas incompatíveis. [...] Ao ângulo subjetivo, as regras em apreço conferem ao administrado, de imediato, direito a: (a) opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou a sujeição a atos que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceptivo constitucional; (b) obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção apontados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais por ela protegidos." BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 122.

[595] Como exposto: "(a) impedem que o legislador comum edite normas em sentido oposto ao direito assegurado pelo constituinte, antes mesmo da possível legislação integrativa que lhes dá plena aplicabilidade, condicionando assim a futura legislação, com a consequência de ser inconstitucional; (b) impõem um dever político ao órgão com competência normativa; (c) informam a concepção estatal ao indicar suas finalidades sociais e os valores objetivados pela sociedade; (d) condicionam a atividade discricionária da administração e do judiciário; (e) servem de diretrizes teleológicas para interpretação e aplicação

Entre os direitos imediatos atribuídos aos cidadãos há o poder por parte do titular da situação subjetiva ativa de exigir de todos a abstenção de atos que maculem o exercício de direitos constitucionalmente protegidos. [596] Sendo fundamental deixar claro que:

> se as normas constitucionais tratam de direitos sociais e econômicos, face à sua imperatividade superior, é irrecusável ao cidadão a possibilidade de postular, perante o Judiciário, o respeito aos direitos que daí decorrem, de modo a garantir o seu exercício, a utilidade concreta a ser satisfeita pela prestação de outrem e a vedação de comportamentos em desconformidade com os valores constitucionais.[597]

Em que pese o mandamento constitucional de eficácia e efetividade de todas as normas constitucionais, ainda que em gradações diferentes, há uma resistência histórica à sua concretização. Em parte por muitos pensarem nas normas reguladoras dos direitos sociais como totalmente dependentes de ações político-legislativas posteriores complementares – mesmo quando isto significa o total esvaziamento de seu conteúdo.

Principalmente em virtude de não conterem "aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdade", atravessaram período de "crise de observância e execução". Porém, desde que as Constituições recentes – inclusive a do Brasil - formularam "o preceito da aplicabilidade imediata [...] os direitos fundamentais da segunda geração tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira" [598].

No Brasil, a jurisprudência recente não tem mais admitido a perpetuação das omissões legislativas, dando amplo uso ao Mandado de Injunção e suprindo o vácuo legislativo enquanto as normas infraconstitucionais são aguardadas. Neste sentido é o entendimento do Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI n. 1.442, ao afirmar que

> A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também compromete a eficácia da declaração constitucional de direitos e também impede, por ausência de medidas

---

jurídica (subsunção, integração e correção); (f) estabelecem direitos subjetivos por impedirem comportamentos antagônicos a elas." DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. 4. ed., atual. Rio de Janeiro: Saraiva, 1998, 116.

[596] O autor aponta que 'delas não resulta para o indivíduo o direito subjetivo, em sua versão positiva, de exigir uma determinada prestação', ao mesmo tempo em que 'fazem nascer um direito subjetivo negativo de exigir do Poder Público que se abstenha de praticar atos que contravenham os seus ditames.' Pois como 'elas (as normas programáticas) não prescrevem, detalhadamente, uma conduta exigível, vale dizer: não existe, tecnicamente, um dever jurídico que corresponda a um direito subjetivo', embora 'indiretamente, como efeito, por assim dizer *atípico*, elas invalidam determinados comportamentos que lhes sejam antagônicos'. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 121.

[597] FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 249.

[598] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13 ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 564-565.

> concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.
> As situações configuradoras de omissão inconstitucional, ainda que se cuide de omissão parcial, refletem comportamento estatal que deve ser repelido, pois a inércia do Estado - além de gerar a erosão da própria consciência constitucional - qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança ilegítima da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário. (...) O DESPREZO ESTATAL POR UMA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA REVELA-SE INCOMPATÍVEL COM O SENTIMENTO CONSTITUCIONAL RESULTANTE DA VOLUNTÁRIA ADESÃO POPULAR À AUTORIDADE NORMATIVA DA LEI FUNDAMENTAL.
> A violação negativa do texto constitucional, resultante da situação de inatividade do Poder Público - que deixa de cumprir ou se abstém de prestar o que lhe ordena a Lei Fundamental - representa, notadamente em tema de direitos e liberdades de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), um inaceitável processo de desrespeito à Constituição, o que deforma a vontade soberana do poder constituinte e que traduz conduta estatal incompatível com o valor ético-jurídico do sentimento constitucional, cuja prevalência, no âmbito da coletividade, revela-se fator capaz de atribuir, ao Estatuto Político, o necessário e indispensável coeficiente de legitimidade social. [599]

Embora inicialmente arredio a tomar decisões suprindo omissões legislativas frente aos casos que se apresentam, recentemente o Supremo Tribunal Federal reformulou sua posição com objetivo de garantir ampla efetividade aos direitos fundamentais. É isso que demonstra o acórdão do Ministro Gilmar Mendes no Mandado de Injunção (MI) n. 670, ao pontuar que

> Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções "normativas" para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5o, XXXV).[600]

A Corte enfrentou também a questão da separação de poderes e usurpação da atividade legislativa pelo Poder Judiciário, argumentos utilizados pelos opositores da utilização do Mandado de Injunção para suprir omissões legislativas. Quando do julgamento do MI 7n. 12, o Supremo Tribunal Federal declarou que

> (...) 5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da

[599] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.442-DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, 03 de novembro de 2004. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 25 nov. 2009.
[600] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 670-ES. Relator: Min. Maurício Corrêa. Relator p/ Acórdão: Gilmar Mendes, Brasília, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009. O Ministro aponta ainda os seguintes precedentes: “MI no 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991; MI no 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.3.1992; MI n°. 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.6.1992; MI no 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.5.2002; MI no 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.12.2002; e MI no 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.6.2003”.

> apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia. (...) 13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2o da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4o, III] --- é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil. [601]

Esta posição alcança inclusive o dever, por parte dos poderes executivos e legislativos, de formulação e execução de políticas públicas, principal efeito mandamental das normas ditas programáticas. Assim afirma a decisão no Agravo de Instrumento no Recurso Extraordinário n. 410.715, quando o relator, Ministro Celso de Mello, diz que

> Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. [602]

Como demonstrado, há uma progressiva percepção da relevância dos direitos sociais e de sua normatividade e efetividade [603], ainda que diante da inexistência de norma infraconstitucional complementadora ou de políticas públicas existentes, mas que comprometam sua eficácia. [604] Estas decisões são diretamente aplicáveis aos direitos culturais, cuja plena efetivação não pode mais ser postergada.

---

[601] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 712-PA. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.

[602] BRASIL. Supremo Tribunal Federal.Ag. Reg. no Recurso Extraordinário n. 410.712-SP. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, 22 de novembro de 2005. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 nov. 2009.

[603] Assim aponta o Tribunal: "[…] Muito se polemizou, e ainda se debate, sem que se tenha ocorrida a pacificação de posições acerca do significado e alcance exato da indigitada norma constitucional. Porém, crescente e significativa é a moderna idéia de que os direitos fundamentais**,** inclusive aqueles prestacionais, têm eficácia tout court, cabendo, apenas, delimitar-se em que extensão. Superou-se, assim, entendimento que os enquadrava como regras de conteúdo programático a serem concretizadas mediante intervenção legislativa ordinária. Desapegou-se, assim, da negativa de obrigação estatal a ser cumprida com espeque nos direitos fundamentais**,** o que tinha como conseqüência a impossibilidade de categorizá-los como direitos subjetivos, até mesmo quando em pauta a omissão do Estado no fornecimento do mínimo existencial. (…)". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 811.608-RS. Relator: Min. Luis Fux, Brasília, 04 de junho de 2007. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 nov. 2009.

[604] Assim entende o colendo Tribunal: "Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.

É interessante lembrar que as resistências à ampla aplicação e plena efetividade dos direitos fundamentais não é historicamente restrita apenas aos direitos sociais, mas foi paulatinamente superada também em relação aos direitos e garantias individuais no que se refere às relações interprivadas, doutrinariamente entendida como eficácia horizontal dos direitos fundamentais. [605]

A solução deste conflito reside na constatação de que a proteção da liberdade não se dá apenas frente aos poderes públicos, "mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas" [606]. E a eficácia destes direitos nas relações privadas é "indispensável no contexto de uma sociedade desigual, na qual a opressão pode provir não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa" [607].

É necessário, antes, apontar os aspectos defensivos e prestacionais presentes na estrutura dos direitos fundamentais sociais. A dimensão defensiva conforma-se num dever de abstenção de condutas que conspurquem o conteúdo ou exercício destes direitos, enquanto que a prestacional corresponde aos "deveres comissivos atribuídos ao pólo passivo da relação jusfundamental" [608].

Os deveres de abstenção atingem a todos, Estado e Sociedade, e, por isso, têm incidência direta, como os direitos e garantias individuais. [609] Já sobre a dimensão prestacional amontoam-se outras dificuldades, que exigem do intérprete a análise de fatores como a "pertinência tópica entre a relação entre as partes e o direito postulado, [...], a necessidade ou não de mediação legislativa para a exigibilidade do direito em questão, [...] e a repercussão econômica do custo do direito sobre a atividade do particular" [610]. Deste modo, a

---

753.565-MS. Primeira Turma. Relator: Min. Luis Fux, Brasília, 28 de maio de 2007. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 nov. 2009.

[605] Por todos, ver HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado.* Trad. Ignácio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Cuadernos Civitas, 2001. Para um minucioso e didático desenvolvimento das questões ver SOUZA, Allan Rocha; CASTRO, Raul Murad Ribeiro; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. Os efeitos dos direitos constitucionais fundamentais nas relações de direito civil brasileiras. In: *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI* – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasilia/02_672.pdf >. Acesso em: 15 fev. 2010.

[606] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 365.

[607] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 223.

[608] *Id. Ibid.,* p. 334-335.

[609] *Id. Ibid.,* p. 335.

[610] Em suas próprias palavras: "Para reconhecer, no caso concreto, a existência de eficácia horizontal direta de um direito social prestacional, será necessário sopesar outros fatores, além daqueles utilizados na ponderação relativa à aplicação dos direitos individuais na esfera privada. Ter-se-á que analisar, em primeiro lugar, se existe pertinência lógica entre a relação travada entre as partes e o direito que se está postulando. Ademais, os direitos sociais que dependem de mediação legislativa para vincularem positivamente o Estado, também não geram obrigações comissivas para os particulares sem esta mediação. E é preciso, por outro lado, analisar a repercussão econômica do custo do direito sobre a atividade do particular, para verificar se ela pode lhe ser razoavelmente imputada, de acordo com os critérios de justiça extraídos da ordem constitucional". *Id. Ibid.,* p. 377

resolução deste problema não tem "como fugir de uma análise tópica, empreendida dentro do marco axiológico desenhado pelo constituinte" [611].

A questão da efetividade dos direitos sociais pode ser vislumbrada com ainda maior clareza ao se atentar para os direitos fundamentais à saúde e à educação, pois estes direitos alcançaram maior visibilidade jurisdicional em comparação com os direitos culturais, embora sejam de igual natureza, e, por esta razão, são aqui apresentados.

O direito fundamental à saúde assegurou nos tribunais, por exemplo, o afastamento de cláusula de inalienabilidade de bem recebido em doação [612], o desconto para idosos, onde se afirmou que "o direito à vida deve sempre preponderar sobre a livre iniciativa" [613], e o sequestro de verba pública para garantir a medicação, quando se garantiu a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana, ao concluir que

> O seqüestro de verba pública para compra de medicamentos essenciais à vida da Autora, ora agravada, não afronta o disposto nos artigos 730 do Código de Processo Civil e 100 da Constituição Federal. Muito pelo contrário, atende aos Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana e do Direito à Saúde e à Vida, sendo certo que no confronto com o Princípio da Impenhorabilidade dos Bens Públicos há que se aplicar os primeiros. [614]

A problemática do acesso aos medicamentos e seus efeitos sobre os direitos de propriedade industrial é desenvolvida em artigo de Pedro Nunes Barbosa, que sugere alterações na interpretação e aplicação da Lei de Propriedade Industrial. [615] O acesso aos medicamentos é também tema enfrentado pela jurisprudência. [616]

---

[611] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 350.

[612] "Pretensão de beneficio, atingido pelo vírus da AIDS e em estagio avançado da doença, de liberar-se o gravame, alienando-se o bem e aplicando o numerário daí defluente no tratamento de sua saúde. A proteção do beneficio, que era a vontade da testadora, deixaria de ocorrer se, impossibilitado de vender o imóvel gravado, ficasse ele reduzindo á miséria, sem recursos para minorar-lhe os sofrimentos nos últimos tempos de vida. Compatibilização, no caso, da regra do art. 1676 do CC, com a do art. 5º da Lei de Introdução do mesmo ordenamento e com a interpretação teleológica da cláusula. Deferimento do pedido, com depósito do produto da venda em caderneta de poupança à disposição do Juízo, liberando-se gradualmente o numerário para custeio do tratamento". BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 0009983-34.1994.8.19.0000 (1994.002.01948). Quinta Câmara Cível. Relator: Des. Humberto de Mendonça Manes, Rio de Janeiro, 14 de fevereiro de 1995. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 15 dez. 2009.

[613] Cf. o seguinte entendimento do Tribunal fluminense: "1. Súmula nº 58 deste Tribunal. Decisão agravada contrária à lei. 2. Ação direta de inconstitucionalidade perante o STF, que teve a liminar indeferida e ainda não teve o mérito julgado. Assim, a referida Lei Estadual é constitucional e deve ser aplicada.3. Direito à vida que deve sempre preponderar face ao da livre iniciativa". BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 2009.002.03090. Relator Des. Benedicto Abicair, Rio de Janeiro, 19 de fevereiro de 2009. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 15 dez. 2009.

[614] ". BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 0012748-84.2008.8.19.0000 (2008.002.15797). Décima Quinta Câmara Cível. Relator: Des. Celso Ferreira Filho, Rio de Janeiro, 09 de setembro de 2008. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 15 dez. 2009.

[615] BARBOSA, Pedro Nunes. *Teoria dos bens e a essencialidade dos medicamentos: a funcionalização da propriedade em prol dos valores existenciais.* No prelo.

[616] Um exemplo é a decisão assegurando à ANVISA (Agência Nacional de Saúde) a competência para também examinar, preventivamente, as patentes farmacêuticas submetidas ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial. BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Embargos de Declaração de Apelação em Mandado de Segurança n.

A jurisprudência pátria tem também sido progressivamente menos tolerante com o esvaziamento dos direitos fundamentais sociais, seja por ação do Estado seja por particulares. Há, por exemplo, o reconhecimento da indisponibilidade e relevância dos direitos sociais [617], da função pública exercida por entidades privadas na concretização destes direitos [618], do papel do Ministério Público [619], além da condenação às omissões estatais [620], e o reconhecimento de sua exigibilidade jurídica imediata [621].

A consubstanciação deste direito social nas estruturas objetivas da sociedade encontra cada vez mais respaldo judicial e, assim, o conjunto de direitos sociais, representados pela saúde, educação e cultura, está sendo progressivamente concretizado, à medida que aumenta a demanda social para sua efetivação. As omissões dos poderes legislativo e executivo não mais justificam seu esvaziamento ou o adiamento de sua realização, e as respostas aos pleitos encaminhados judicialmente têm sido positivas, por não tolerantes a estas omissões. Pode-se afirmar, por isso, que uma nova fase na história dos direitos fundamentais ditos sociais no Brasil está inaugurada, em razão da própria força normativa da Constituição.

2004.51.01.513854-1. Primeira Turma Especializada. Relator: Juíza Convocada Márcia Helena Nunes, Rio de Janeiro, 14 de outubro de 2008. Disponível em: www.trf2.jus.br. Acesso em: 10 dez. 2009.
E, também, o julgado que garante a possibilidade de manipulação em farmácias de princípio ativo protegido por patentes, em razão do direito constitucional à saúde. BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Agravo de Instrumento n. 2008.02.01.015342-7. Segunda Turma Especializada. Relator: Des. André Fontes, Rio de Janeiro, 31 de março de 2009. Disponível em: www.trf2.jus.br. Acesso em: 10 dez. 2009.

[617] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 753.565-MS. Primeira Turma. Relator: Min. Luis Fux, Brasília, 28 de maio de 2007. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 nov. 2009.

[618] Há, por exemplo, o reconhecimento da função pública exercida pelos estabelecimentos privados de ensino. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 725.955-SP. Segunda Turma. Relatora: Min. Eliana Calmon, Brasília, 18 de maio de 2007. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 nov. 2009.

[619] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 163.231-SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Maurício Corrêa, Brasília, 26 de fevereiro de 1997. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 25 out. 2009.

[620] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário n. 594.018-RJ. Segunda Turma. Relator: Min. Eros Grau, Brasília, 23 de junho de 2009. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 27 nov. 2009.

[621] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário n. 463.210-SP. Segunda Turma. Relator: Min. Carlos Velloso, Brasília, 06 de dezembro de 2005. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 25 nov. 2009.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário n. 410.715-SP. Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, 22 de novembro de 2005. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 27 nov. 2009.

3 OS DIREITOS CULTURAIS E A EXIBIÇÃO PÚBLICA DO AUDIOVISUAL

Este capítulo conclui o presente trabalho e tem por objetivo responder ao problema da possibilidade legal de exibição pública do filme cinematográfico, sem remuneração ou autorização prévia dos titulares de direitos patrimoniais de autor, em razão do direito fundamental de acesso à cultura. Deste modo, são discutidos o mercado cinematográfico nacional, os limites ao exercício patrimonial e as políticas públicas de direitos autorais, para, ao fim, a partir da ponderação entre os direitos fundamentais de autor e de acesso à cultura, em aparente conflito, apresentar as condições de legalidade da ação de que trata esta pesquisa e verificar sua aplicação à atividade cineclubista.

Para tanto, considera-se que assegurar a possibilidade de participação cultural, através da preservação, promoção da produção e da difusão dos bens culturais é um dever principalmente do Estado, mas que, como qualquer outro direito fundamental, não pode ser efetivado sem a colaboração ativa e solidária da Sociedade. E, ainda, que o exercício dos direitos culturais depende da efetivação do direito de acesso e implica na construção de condições sociais, materiais e imateriais, que permitam a todos determinar, por si, se querem ou não viver determinada experiência cultural, como lhes aprouver.

A escolha da obra audiovisual dentre outros bens protegidos por direitos autorais reflete a sua importância cultural e econômica. Uma análise jurídica é necessária diante da escassez, no país, de estudos sobre o tema e também pela proeminência dos aspectos contratuais que envolvem sua produção e distribuição e, não menos importante, pelas características da titularidade patrimonial da obra, presumidamente do empresário e investidor. Já a opção pelos cineclubes foi não só pelo seu objeto primário de exibir filmes publicamente, mas em razão da natureza cultural de suas atividades.

3.1 O Audiovisual e a obra cinematográfica

O vocábulo "audiovisual" se refere ao universo de obras que, fixadas ou transmitidas, projetam imagens que criam a impressão de movimento, com sincronização sonora ou não, com ou sem diálogo, independentemente do suporte tecnológico onde são fixadas ou dos meios através dos quais são transmitidas. A existência de um conjunto de imagens que, quando projetadas, criam impressão de movimento as distingue das demais obras protegidas pelos direitos autorais.

São então obras audiovisuais os filmes, documentários, seriados, novelas, telejornais, publicidade, desenho animados, propaganda política, eventos esportivos, entre outros. Nestas, as imagens podem ser transmitidas diretamente ou fixadas - gravadas em um suporte - para uso privado ou para transmissão e exibição pública posteriores. As matrizes onde são fixadas as imagens (película ou fita magnética); os meios de sua fixação (analógico ou digital); os suportes onde as imagens são reproduzidas (CD, DVD, etc.); as formas de transmissão (fibra ótica, cabo, satélite, ondas hertzianas, etc.); os locais de exibição (especificamente destinados a este fim ou não); a duração (curtíssima, curta, média ou longa); o gênero (a categoria onde se enquadra: romance, drama, comédia); o estilo (forma de expressão do criador); as formas de financiamento (público ou privado); os fins a que se destinam (comerciais, educacionais, culturais, etc.); todos são aspectos igualmente irrelevantes para a caracterização da obra como sendo audiovisual. [622]

Na legislação nacional, a tentativa de delimitar o alcance do termo para fins de proteção resultou em ambigüidade terminológica. Enquanto a Lei de direitos autorais identificou que a fixação de imagens é essencial para a possibilidade de proteção autoral [623], a Medida Provisória que regula o mercado do audiovisual, dispensou esta obrigatoriedade ao incluir também como obra audiovisual a transmissão das imagens sem fixação. [624]

---

[622] Para maiores detalhes, ver DUARTE, Elizabeth Bastos; CASTRO, Maria Lilia Dias de. *Comunicação audiovisual* – gêneros e formatos. Porto Alegre: Editora Sulina, 2007.

[623] A Lei 9.610/98, em seu art. 5º dispõe que: "Para efeitos desta lei considera-se: [...] VIII – obra: [...] i) audiovisual - a que resulta da fixação de imagens com ou sem som, que tenha a finalidade de criar, por meio de sua reprodução, a impressão de movimento, independentemente dos processos de sua captação, do suporte usado inicial ou posteriormente para fixá-lo, bem como dos meios utilizados para sua veiculação".

[624] O art. 1º da Medida Provisória n. 2.228-1, de 06 de setembro de 2001, prescreve que: "Para fins desta Medida Provisória entende-se como: I - obra audiovisual: produto da fixação ou transmissão de imagens, com ou sem som, que tenha a finalidade de criar a impressão de movimento, independentemente dos processos de captação, do suporte utilizado inicial ou posteriormente para fixá-las ou transmiti-las, ou dos meios utilizados para sua veiculação, reprodução, transmissão ou difusão".

Com relação aos filmes, sempre há a prévia fixação das imagens, mas, ainda assim, é possível conceber a existência de sua elaboração e transmissão de forma concomitante. Ao mesmo tempo, inúmeras outras obras audiovisuais protegidas pelos direitos autorais e conexos, podem e são transmitidas diretamente, sem necessidade de fixação prévia.

A obra audiovisual cinematográfica, por sua vez, é diferenciada em razão de sua finalidade, pois se destina "prioritariamente e inicialmente" ao mercado de salas de exibição.[625] Este é o elemento central que distingue as obras cinematográficas das demais obras audiovisuais.

As condições necessárias à proteção autoral das obras artísticas não estão devidamente identificadas ou esclarecidas, nem na doutrina nem na legislação. Uma breve incursão neste tema faz-se, portanto, necessária, uma vez que o conceito jurídico de autoria é elemento fundador de toda proteção autoral, independente de filiação aos sistemas de *copyright* ou *droit d´auteur*. [626]

Construído, em sua versão moderna, a partir da idéia romântica de genialidade e com base no individualismo predominante então [627], o conceito de autor têm passado por inúmeros testes e críticas nas diversas disciplinas que enfrentam o problema. Declarado um empecilho à livre significação do texto [628], reconhecido como jurídica e culturalmente funcional [629] ou desvinculado da compreensão da obra [630], o autor individual encontra-se hoje diluído pela ampliação das contribuições individuais na elaboração de certas obras contemporâneas de caráter colaborativo. [631]

Juridicamente, contudo, o conceito de autor está atrelado à própria idéia de obra criativa sensível. Na visão de Antônio Chaves, "autoria, na concepção que nos interessa, é a condição de gerar", sentido este que, uma vez aplicado às obras espirituais, "será o surto e o desenvolvimento de uma idéia [...], desde a sua primeira inspiração, sem que dê margem ainda ao amparo da lei, até sua ulterior definição, em geral gráfica, [...], quando então passará

---

[625] A Medida Provisória n. 2.228-1/2001, define no art. 1º, inc. II, o que se entende como obra cinematográfica para fins desta, como sendo a "obra audiovisual cuja matriz original de captação é uma película com emulsão fotossensível ou matriz de captação digital, cuja destinação e exibição seja prioritariamente e inicialmente o mercado de salas de exibição".
[626] GINSBURG, Jane. The concept of authorship in comparative copyright law.In: *Columbia Law School*, Public Law Research Paper, jan., 2003. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=368481>. Acesso em: 18 nov. 2009.
[627] HOBSBAWN, Eric. *The age of revolution:* 1789-1848. New York: Vintage Books, 1996, p. 260-262.
[628] BARTHES, Roland. *The death of the author*. In: Roland Barthes, Image-Music-Text, p. 142 e ss.
[629] FOULCAULT, Michael. O que é um autor?. In: Manoel Barros da Motta (Org.). *Ditos e Escritos III – Estética*: literatura e pintura, música e cinema. Trad. de Inês Autran Dourado Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 264-298.
[630] ECO, Umberto. *Obra aberta:* forma e indeterminações nas poéticas contemporâneas. São Paulo: Perspectiva, 2008.
[631] Exemplo sempre mencionado de criação colaborativa é a WIKIPEDIA, mas estas novas formas de autoria não se limitam a este formato.

a interessar ao direito de autor" [632]. Ou seja, só existe autor se existe uma obra cuja criação possa ser-lhe atribuída.

Por sua vez, a obra criativa, para fins de proteção jurídica, precisa ser exteriorizada, sendo fruto de uma "criação do espírito". Estão contidos nesta colocação dois aspectos da obra em questão: o elemento interno, que é a própria criação, chamado de "corpo místico", e outro externo, onde é inscrita a criação, chamado de "corpo mecânico". [633] A criação em si é uma abstração que pode, uma vez expressa, assumir diversas formas (um livro, um filme, uma peça teatral, etc.) e ser encapsulada em tipos variados de suporte físico ou digital (livro impresso, livro eletrônico, CD, DVD, etc.). O que de fato chama-se de original ou *master* não é mais do que a primeira materialização da criação, sua expressão primitiva. Uma vez que o que se protege é a expressão e não os suportes onde são inseridas, faz-se possível ser titular de direitos reais sobre os suportes onde está inserida a obra, sem, contudo, ser titular de quaisquer direitos patrimoniais sobre a mesma. [634]

A doutrina aponta algumas características necessárias à obra para alcançar proteção autoral. Antônio Chaves afirma serem três: emanação do espírito, forma sensível e originalidade. [635] José de Oliveira Ascensão, por sua vez, indica a necessidade de serem criações do espírito, exteriorizadas, de caráter estético e original. [636]

A "emanação do espírito" vem a significar que as obras protegidas são resultantes da criatividade humana, não sendo extensiva a outros seres (animais, por exemplo) ou ficções como a pessoa jurídica. A ausência deste conteúdo humano retira-lhe o caráter especial de criação de cunho interior e pessoal, embora hoje observa-se a expansão da proteção autoral a obras que pouco ou nada remetem a esta interioridade, como os bancos de dados. [637]

Já a exteriorização é condição mínima para se pretender a incidência da proteção, uma vez que idéias ou simples abstrações amorfas não encontram respaldo jurídico, tornando-se, por vezes, necessária a sua inserção em algum suporte, para que seja possível a concretização de sua proteção. Sua manifestação é essencial para dar forma e vida às idéias e

---

[632] CHAVES, Antônio. *O criador da obra intelectual*. São Paulo: LTR, 1995, p. 79.
[633] ARE, Mario. *L'Oggetto del Diritto di Autore*. Milano: Giuffre, 1963, p. 217.
[634] Sobre esta discussão ver interessante artigo de BURK, Dan. Expression, selection, abstraction: the golden braid of copyright. In: *Syracuse Law Review*, vol. 55, Minnesota, USA: [s.n.], 2005, p. 593. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=699541>. Acesso em 13 jan. 2010.
[635] CHAVES, Antônio. *Direito do autor:* princípios fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 166.
[636] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 57 e ss.
[637] Uma abrangente e interessante exposição das transformações ocorridas no núcleo dos direitos autorais pode ser encontrada em ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito intelectual em metamorfose. In: *Revista de Direito Autoral*, ano 2, n. 4, São Paulo: ABDA e Lumen Juris, fev., 2006, pp. 3-24.

concepções de onde as obras se originam. A legislação ordinária explicita estes dois requisitos. [638]

O caráter estético ou forma sensível refere-se à possibilidade de sua apreensão e projeção interior pelos sentidos, não cabendo ao julgador atentar para os méritos e motivações da criação, apenas atestar ou não seu enquadramento em uma das formas protegidas [639], que, entretanto, são ilimitadas, o que exige, por sua vez, a análise de suas características frente aos requisitos exigidos para proteção.

Dentre as características da obra, a originalidade é a que traz maiores controvérsias para o problema aqui enfrentado. O conteúdo da originalidade em direito de autor não deve ser revestido de qualquer subjetivismo, nem deve ser confundido com inovação [640], pois o necessário é que a expressão tenha um viés pessoal, particular, não importando ser novidade ou inédito. [641]Ao mesmo tempo não pode ser a obra uma mera replicação de outra preexistente, pois configuraria uma usurpação de autoria, um plágio.

Isso remete ao primeiro elemento essencial, que é a humanidade necessária da criação protegida, e é justamente essa particularidade, a individualidade da ligação entre o criador e a criatura, que imprime a esta o seu caráter original, inimitável, pessoal. É, afinal, em razão desta originalidade subjetiva que pode a obra autoral ser entendida como reflexo da personalidade do autor – ainda que não necessariamente um direito de personalidade em si -, por ser o que justifica a proteção ao vínculo autor-obra.

Por outro lado, a originalidade, quando voltada objetivamente à análise da obra, pode significar a não banalidade [642], o que de certo modo representa um juízo de valor, uma investigação sobre as características da obra, uma avaliação sobre a existência de um contributo criativo relevante aportado na obra. Também, nesta perspectiva, a originalidade pode ser entendida como a necessidade de a obra ser objetivamente diferente de outras preexistentes [643], mas neste caso deve ser lembrado que esta pode ser resultado de uma coincidência criativa, o que não impede sua proteção. [644]

---

[638] Expõe o art. 7º, da Lei 9.610/98, nos seguintes termos: "São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:".

[639] Ascensão aponta que cabe ao jurista tão somente apreciar a existência da criação artística, que "basta-se com a demonstração de que a obra em causa pertence a determinada arte". ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 95.

[640] Neste sentido, aponta DEBOIS, Henri. *Le droit d'auteur em France*. 2 ed., Paris: Dalloz, 1970, p. 5-6.

[641] CASELLI, Eduardo Piola. Del diritto di autore. In: *Il diritto civile Italiano secondo la dottrina e la giusprudenza*. Napoli: R. Marghieri di Gius, 1925, p. 260-262.

[642] Autores apontam que não merece proteção a obra banal, pois desprovidos do elemento criativo. Ver HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*. 3. ed., Rio Grande do Sul: Editora Unisinos, 2002. Ver também SILVA, José Afonso. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.

[643] É neste sentido que aponta Bruno Lewicki ao afirmar que: "Há sim, que haver um mínimo de criatividade, mas este deve ser averiguado em comparação às obras já existentes; comparação esta que não deve ser caracterizada por uma apreciação

Contudo, uma obra, para ser protegida por direitos autorais, carece principalmente da originalidade subjetiva, que lhe é imputada pela individualidade e pessoalidade do processo de criação. Ao ponto de duas obras objetivamente equivalentes poderem ser igualmente protegidas, desde que subjetivamente originais. De qualquer forma, a originalidade é essencial à obra para qualificá-la como protegida.

Com isso, pode-se afirmar que nem todas as obras audiovisuais são criações artísticas, não merecendo abrigo pelos direitos autorais. Para tanto, faz-se necessário que o conteúdo seja resultado de uma contribuição artística individual, assim, não seriam incluídas as simples transmissões de fatos ou fixações de eventos, sem qualquer intervenção humana criativa.

Resta à doutrina trabalhar o conceito jurídico de obra audiovisual e, por isso, é de grande relevância a contribuição de Carolina Tinoco Ramos, quando aponta para a necessidade de um contributo mínimo pessoal de criatividade para uma expressão alcançar proteção autoral, para a identificação do plágio, das distinções entre obras derivadas e originárias e também do ponto de equilíbrio entre os interesses. [645]

Produtos de multimídia ou videogames são criações que, pela sua composição, ensejam associações e proximidade com as obras audiovisuais. [646] Porém, sua vinculação ainda não foi substancialmente debatida, nem houve qualquer iniciativa oficial no Brasil de direcionamento da questão. [647] Sequer o registro destas obras foi regulamentado, sendo incerto o local competente para o depósito. [648] Ao mesmo tempo, a Secretaria de Audiovisual,

---

estética, mas pura e simplesmente pela busca de diferenças palpáveis entre o novo e o já existente". LEWICKI, Bruno. A historicidade do direito autoral. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). *Direito da propriedade intelectual*: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006, p. 292-293.

[644] O Recurso Especial 655.035 desenvolve uma interessante discussão sobre a possibilidade de coincidência criativa e o papel do registro específico. Aponta que "Não se nega a possibilidade de coincidência criativa. É possível que dois artistas, mesmo sem se conhecerem, criem obras quase idênticas. Essa hipótese, entretanto, é uma das que levam o autor a registrar seu trabalho". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 655.035-PR. Terceira Turma. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, Brasília, 07 de maio de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 mar. 2010.

[645] RAMOS, Carolina Tinoco. *Contributo Mínimo em Direito de Autor: o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e no direito brasileiro.* 2009. 210 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

[646] Em que pese o substancial aumento do número de obras produzidas, sua inserção social e as diversas funções que começa a exercer – educação, por exemplo – além do entretenimento puro. E notável a observação de que grande parte do volume de transações econômicas relacionadas ao audiovisual refere-se aos videogames e não aos produtos audiovisuais clássicos, como observado no estudo da Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), denominado *Creative economy report 2008:* The challenge of Assessing the Creative Economy: towards informed Policy-making. UNCTAD, DICT, 2008. Disponível em: <http://www.unctad.org/en/docs/ditc20082cer_en.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2010.

[647] O problema não é restrito ao Brasil, e a dificuldade situa-se em saber se há algum elemento de dramaticidade suficientemente relevante nestas obras que possa configurar a obra como uma expressão protegida por direitos autorais. Duas outras questões são normalmente levantadas: a primeira diz respeito à importância do elemento audiovisual, se acessório ou principal; a segunda é sobre a interatividade, se livre ou pré-estabelecida.

[648] Esta incerteza tem levado diversos produtores a efetuar o registro junto ao INPI, interpretando estas obras como programas de computador. Estes registros não têm sido recusados pelo órgão. Certamente que a base dos videogames é a programação digital, mas, por outro lado, todas as criações, ao migrarem pa;ra a plataforma digital, terão uma estrutura básica de programação, não podendo ser este o critério de classificação. Por não serem meros desenvolvimentos tecnológicos, não se enquadram dentro das condições de registro do INPI. O registro dos programas de computador é

ligada ao Ministério da Cultura, promoveu concursos de produção e realização de jogos integrais e demonstrativos com objetivo de fomentar a atividade. [649]

3.1.1 A produção das obras cinematográficas

É intrínseca à cinematografia uma complexa dinâmica de permanente alteração das relações entre relevantes partes de sua estrutura para poder adequar-se aos inerentes e substanciais imponderáveis da atividade. Assim, por exemplo, das contribuições individuais podem ser exigidas modificações e adaptações de forma a facilitar ou mesmo viabilizar a produção e exibição pública comercial do produto final, necessária para a cobertura dos custos de produção e das despesas promocionais de lançamento.

Em seu surgimento, o cinema "não possuía um código próprio e estava misturado a outras formas culturais" [650]. Sequer houve um único descobridor do cinema e os instrumentos técnicos necessários surgiram paralelamente em diversos lugares. [651] De fato, a proteção jurídica inicial do cinema era através da propriedade industrial, das patentes sobre o aparato técnico de captação, fixação e transmissão. [652] O primeiro período, de 1895 a 1915, foi de transformação constante, diferindo do período imediatamente posterior, até os anos 1950, que foi marcado pela estabilidade. [653]

Acresce-se, pois, a esta permanente dinâmica inerente à atividade, a polêmica em torno da qualificação do filme cinematográfico como criação artística, que tem origem na discussão da fotografia enquanto arte, uma vez que a cinematografia era entendida simplesmente como seqüências de fotografias individuais. [654]

---

regulado pela Lei n. 9.609/98, que em seu artigo 3º estabelece que: "Os programas de computador poderão, a critério do titular, ser registrados em órgão ou entidade a ser designado por ato do Poder Executivo, por iniciativa do Ministério responsável pela política de ciência e tecnologia", e pelo Decreto n. 2.556/98, que no art. 1º aponta que: "Os programas de computador poderão, a critério do titular dos respectivos direitos, ser registrados no Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI".

[649] BR GAMES: Objetivo, Público e Diretrizes. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/2007/09/25/jogos-br/>. Acesso em: 18 fev. 2010.

[650] COSTA, Flávio L. Primeiro cinema. In: MASCARELLO, Fernando (Org.). *História do cinema nacional*. Campinas: Papirus, 2006, p. 17.

[651] *Id. Ibid*., p. 18.

[652] Sobre o processo inicial de proteção ver, em especial, ALLEN, Jeanne Thomas. The decay of the Motion Picture Patents Company. In: BALIO, Tino (Ed.). *The American film industry*. Madison: University of Wisconsin Press, 1976, p. 119 e ss.

[653] O primeiro cinema "testemunhou uma série de reorganizações sucessivas em sua produção, distribuição e exibição", conforme observou COSTA, Flávio L. *Op. cit.*, p. 17.

[654] KAMINA, Pascal. *Film copyright in the European Union*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2002, p. 9 e ss.

Sua categorização enquanto obra artística autônoma, superando a visão de "fotografia animada" só ocorreu posteriormente com a invenção do *close-up* e "um novo método de interpolação descoberto pelos russos, chamado de *short-cutting*. [655] Estas expressividades específicas da cinematografia complementam e aprofundam suas especificidades, dentre as quais, pode-se afirmar, "a diferença mais fundamental entre o cinema e as outras artes é que, em sua representação do mundo, as fronteiras de espaço e tempo são fluidas", onde tanto o espaço perde sua característica estática como se introduz uma liberdade na sucessão temporária. [656]

Não menos problemática é o problema da autoria [657] e titularidade original do filme. Esta questão remete ao não resolvido debate entre a qualificação da atividade cinematográfica como industrial ou artística e, juridicamente, esta disputa reflete no entendimento deste tipo de obra como sendo coletiva, em colaboração ou de autoria individual. [658] Esta querela só pode ser compreendida após identificadas as contribuições artísticas individuais que, conjugadas, resultam em uma obra complexa diversa das criações particulares.

São artisticamente relevantes para o resultado final, que é o próprio filme, o argumento, o roteiro, as interpretações artísticas, as composições lítero-musicais, a fotografia, a direção e, em casos específicos, a animação. O conjunto específico de participações consideradas artístico e juridicamente relevantes é bastante variado nas legislações nacionais, o que implica nas conclusões de que este quadro é composto essencialmente através do arbitramento legislativo e que a sua interpretação jurídica está sujeita à ampliação ou mesmo restrição, dependendo do processo de cada produção individualmente considerada. [659]

Somam-se também outros aportes, não destacados entre as contribuições artísticas principais no filme, como a maquiagem, o cenário e o figurino [660], e, ainda, as contribuições

---

[655] HAUSER, Arnold. *História social da arte e da literatura*. Porto Alegre: Martins Fontes, 2003, p. 985.
[656] *Id. Ibid*., p. 970-972.
[657] A disputa se havia autoria nos filmes e, no caso de resposta positiva, quem de fato era autor do filme foi bastante intensa nos anos 1950, com as discussões postas pela geração da *Novelle Vague*, que expunha suas ideias principalmente através do *Cahiers de Cinema*, tendo Truffaut à frente. Nas palavras de Alfredo Manevy, "o argumento de Truffaut contra as adaptações consistia em afirmar que os diretores de cinema de qualidade se tornavam meros funcionários dos roteiristas, vítimas da ditadura da dramaturgia, verificando aí uma atitude protocolar e subserviente diante do potencial de estilo". MANEVY, Alfredo. *Novelle Vague*. In: MASCARELLO, Fernando (Org.). *História do cinema nacional*. Campinas: Papirus, 2006, p. 236.
[658] KAMINA, Pascal. *Film copyright in the European Union*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2002, p. 130-137.
[659] Nas palavras de Antônio Chaves: "saber quais são aqueles que, participando da elaboração de um filme, têm a qualidade de autor, foi sempre considerada questão delicada por depender, em grande parte, das circunstâncias de fato, sem que seja possível dizer '*a priori*' que tal ou qual colaborador, tendo participado a uma obra cinematográfica, terá esta qualidade durante toda a duração da mesma". CHAVES, Antônio. *Cinema, TV, Publicidade cinematográfica.* São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1987, p. 33.
[660] CHAVES, Antônio. *Direitos conexos*. São Paulo: LTr, 1999.

estritamente técnicas como a iluminação, captação dos sons e laboratoriais. [661] Não menos relevante é a organização administrativa, financeira e jurídica da atividade, que assegura a necessária estrutura funcional para a produção da obra cinematográfica.

O primeiro passo para a produção é a aquisição contratual da história sobre a qual o filme será desenvolvido. Apenas a partir da obtenção dos direitos de filmagem e exploração comercial da obra é que as próximas etapas são juridicamente possíveis. Esta história pode ser uma obra pré-existente, como um livro ou uma peça teatral, ou uma história original, criada especificamente com o objetivo de ser filmada. [662] No caso de uma obra já existente, esta precisa ser adaptada, para viabilizar as demais etapas do processo cinematográfico. Em qualquer dos casos, seja a obra elaborada especificamente para tornar-se um filme ou obra de outra natureza modificada com o mesmo objetivo, este é o argumento inicial do filme, que, tecnicamente, é um "texto com desenvolvimento dramatúrgico, com ou sem diálogos, com ou sem divisão de sequências" [663].

A partir do argumento cinematográfico faz-se o desenvolvimento da história com descrição dos personagens, desenvolvimento de diálogos e inclusão das sequências. Este é o trabalho dos roteiristas, desenvolverem o argumento cinematográfico ao ponto de filmagem, tornando-se, de fato, um roteiro para a filmagem. [664] A atividade de roteirização do argumento é regularmente, mas não obrigatoriamente, feita por pessoas diversas, que dão sucessivos 'tratamentos' aos roteiros, até a versão final, a partir da qual as filmagens serão feitas. [665] É possível a existência de um roteirista principal e outros colaboradores, trabalhando ou não sob sua orientação. Há também, em alguns casos, a figura específica do dialoguista, como pessoa responsável por desenvolver os diálogos dos personagens. [666]

---

[661] João Guilherme Barone Reis e Silva aponta que "pelas especificidades e características de uso, o aparato tecnológico do cinema, tradicionalmente, demanda investimentos altos" e justamente "o alto custo de implantação e manutenção [...] determinou em grande parte o fracasso dos empreendimentos industriais brasileiros". No entanto, "o crescimento da televisão gerou o desenvolvimento de um know-how técnico, o aparato tecnológico e um mercado de trabalho do qual se aproveitou o cinema. A partir desta dinâmica (de integração) o cinema brasileiro atravessa duas décadas sem necessariamente dispor de um complexo centralizado de recursos técnicos, mas se utilizando de uma estrutura dispersa que vinha acompanhando de maneira razoável os principais avanços tecnológicos disponíveis". SILVA, João Guilherme Barone Reis e. *Comunicação e Indústria audiovisual* – cenários tecnológicos e institucionais do cinema brasileiro na década de 90. Porto Alegre: Editora Sulina, 2009, p. 102-106.

[662] LITWAK, Mark. *Dealmaking in the film & television industry* – from negotiations to final contracts. 2. ed., Los Angeles: Silman-James Press, 2002, p. 59 e ss.

[663] GLOSSÁRIO de termos técnicos do cinema e do audiovisual, utilizados pela Ancine, versão 1.32. Publicado em 28 de março de 2008. Disponível em: <http://www.ancine.gov.br/media/Termos_Tecnicos_Cinema_Audiovisual_28032008.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2010.

[664] MARQUES, Aída. *Idéias em movimento:* produzindo e realizando filmes no Brasil. Rio de Janeiro: Rocco, 2007, p. 21-25.

[665] BAUMGARTEN, Paul A.; FERBER, Donald C.; FLEISCHER, Mark. *Producing, financind and distributing film.* 5. ed., New Jersey: Limelight Edition, 2005, p. 35-37.

[666] A Ancine identifica quatro definições de roteiros: Roteiro - Texto realizado a partir do argumento da obra audiovisual contendo a descrição dos personagens, o desenvolvimento dramatúrgico, os diálogos e sua divisão em seqüências; Roteiro Final - Roteiro aprovado para o início da filmagem ou gravação; Roteiro Literário - Roteiro que não contém indicações técnicas; Roteiro Técnico - Roteiro contendo indicações referentes à câmara, iluminação, som, etc. GLOSSÁRIO de termos

Em razão destas especificidades, os contratos com roteiristas devem conter, além dos prazos e valores, também disposições regulamentando os direitos de modificação do roteiro e o reconhecimento dos créditos a serem atribuídos. É igualmente importante a autorização para a filmagem do roteiro e posterior comercialização do filme. É relevante ressaltar que a legislação especial presume o direito de exploração comercial do filme uma vez autorizada sua produção.

Os contratos para inclusão de obra musical ou lítero-musical em obra audiovisual têm por objeto o direito de sincronização musical. [667] Estas obras podem ou não ser elaboradas especificamente para o filme. Se forem criadas especialmente para o filme devem conter ainda o prazo, a remuneração e, se for conveniente, os direitos de modificação.

Os contratos dos intérpretes devem atender as exigências da Lei 6.533, de 24 de maio de 1978, que regulamenta o exercício da profissão nos espetáculos de diversão. Entre as disposições está a obrigatoriedade de aprovação dos termos contratuais pelo Sindicado da respectiva classe. [668] A legislação estabelece também a obrigatoriedade de inúmeras cláusulas como locais de atuação, folga semanal e ajustes para viagem. [669] Mesmo que contenha cláusula de exclusividade, esta não pode ser compreendida como impedimento do exercício da profissão em atividade diversa da ajustada no contrato de trabalho, funcionalizando o contrato em razão da atividade a ser exercida. [670]

---

técnicos do cinema e do audiovisual, utilizados pela Ancine, versão 1.32. Publicado em 28 de março de 2008. Disponível em: <http://www.ancine.gov.br/media/Termos_Tecnicos_Cinema_Audiovisual_28032008.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2010.

[667] A importância da sonoridade no audiovisual é exposta em RODRÍGUEZ, Ángel. *A dimensão sonora da linguagem audiovisual*. São Paulo: Editora Senac, 2006, p. 338. Em conclusão, aponta-se que: "os mecanismos sensoriais do ser humano tendem à coerência perceptiva. Nosso sistema perceptivo nos informa e nos faz interpretar a realidade dando prioridade aos estímulos coerentes que provêm dos vários sentidos ao mesmo tempo. Não se pode afirmar que o sentido da visão é superior ao sentido da audição".

[668] De acordo com o art. 9º da Lei 6.533, de 24 de maio de 1978, o "exercício das profissões de que trata esta Lei exige contrato de trabalho padronizado, nos termos de instruções a serem expedidas pelo Ministério do trabalho. § 1º - O contrato de trabalho será visado pelo Sindicato representativo da categoria profissional e, subsidiariamente, pela Federação respectiva, como condição para registro no Ministério do Trabalho, até a véspera da sua vigência. § 2º - A entidade sindical deverá visar ou não o contrato, no prazo máximo de 2 (dois) dias úteis, findos os quais ele poderá ser registrado no Ministério do Trabalho, se faltar a manifestação sindical. § 3º - Da decisão da entidade sindical que negar o visto, caberá recurso para o Ministério do Trabalho".

[669] Dispõe a Lei 6.533/78, em seu art. 10 que: "O contrato de trabalho conterá, obrigatoriamente: I - qualificação das partes contratantes; II - prazo de vigência; III - natureza da função profissional, com definição das obrigações respectivas; IV - título do programa, espetáculo ou produção, ainda que provisório, com indicação do personagem nos casos de contrato por tempo determinado; V - locais onde atuará o contratado, inclusive os opcionais; VI - jornada de trabalho, com especificação do horário e intervalo de repouso; VII - remuneração e sua forma de pagamento; VIII - disposição sobre eventual inclusão do nome do contratado no crédito de apresentação, cartazes, impressos e programas; IX - dia de folga semanal; X - ajuste sobre viagens e deslocamentos; XI - período de realização de trabalhos complementares, inclusive dublagem, quando posteriores a execução do trabalho de interpretação objeto do contrato; XII - número da Carteira de Trabalho e Previdência Social. Parágrafo único - Nos contratos de trabalho por tempo indeterminado deverá constar, ainda, cláusula relativa ao pagamento de adicional, devido em caso de deslocamento para prestação de serviço fora da cidade ajustada no contrato de trabalho".

[670] Segundo prescrição do art. 11 da Lei 6.533/78: "A cláusula de exclusividade não impedirá o Artista ou Técnico em Espetáculos de Diversões de prestar serviços a outro empregador em atividade diversa da ajustada no contrato de trabalho, desde que em outro meio de comunicação, e sem que se caracterize prejuízo para o contratante com o qual foi assinada a cláusula de exclusividade".

A mais importante é o impedimento de cessão ou promessa de cessão dos direitos de autor ou conexos decorrentes de prestação de serviços, sendo a remuneração devida a cada exibição da obra. [671] Este dispositivo foi questionado junto ao Supremo Tribunal Federal. [672] O argumento de inconstitucionalidade do artigo que impede a cessão destes direitos foi fundamentado na liberdade contratual, afirmando o pedido que esta limitação equivale a uma intervenção indevida do Estado na liberdade contratual das partes. A decisão não acatou tal fundamentação, apontando que outros profissionais igualmente sofrem restrições contratuais, em seu próprio benefício, não havendo justificativa para sua inaplicabilidade aos artistas, além de asseverar a necessidade de tais constrangimentos para proteção do próprio artista. O direito à remuneração foi afirmado, ainda que indiretamente [673], em outra decisão [674], quando se assegurou a um apresentador o recebimento dos valores devidos.

O contrato de direção se veste de grande importância, visto que é o diretor a pessoa responsável pela integração artística das contribuições individuais e pela feitura do próprio filme. É também o diretor o único habilitado pela lei especial para o exercício dos direitos morais sobre a obra final. [675] Este contrato é revestido de uma peculiaridade que é o direito ao "corte final", que identifica aquele a quem cabe decidir sobre a versão final do filme após o processo de edição, e reflete o debate sobre a natureza da obra autoral – se coletiva, em colaboração ou de autoria individual -, sobre a relação entre os direitos morais e patrimoniais e a extensão da liberdade contratual. Ainda que extremamente interessante, o seu aprofundamento foge aos objetivos específicos deste trabalho. Ainda assim é importante ressaltar que a conclusão sobre a validade de uma cláusula de corte final que transfira ao produtor, atribua exclusivamente ao diretor ou regulamente o exercício coletivo desta decisão é dependente da decisão sobre a natureza desta obra.

A produção de uma obra audiovisual é atividade complexa, pois demanda integração de criações diversas em uma obra final diversa [676], exige organização jurídico-administrativa

---

[671] Determina o art. 13 da Lei 6.533/78 que: "Não será permitida a cessão ou promessa de cessão de direitos autorais e conexos decorrentes da prestação de serviços profissionais. Parágrafo único - Os direitos autorais e conexos dos profissionais serão devidos em decorrência de cada exibição da obra".

[672] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação n. 1.031-DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Xavier de Albuquerque, Brasília, 10 de dezembro de 1980. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 mar. 2010.

[673] Indiretamente por ter sido baseada na Lei 6.615/78, que contém igual disposição.

[674] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 152.231-SP. Quarta Turma. Relator: Min. Barros de Monteiro, Brasília, 07 de abril de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 mar. 2010.

[675] Diz o art. 25 da Lei 9.610/98 que: "Cabe exclusivamente ao diretor o exercício dos direitos morais sobre a obra audiovisual".

[676] Segundo Aída Marques "alguns diretores chamam a atenção para o fato de que o filme renasce a cada etapa da produção, condição necessária para que chegue ao seu destino final com vivacidade e pulsação. O que se filma, dizem, não é mais o que está escrito. E o que sai da sala de montagem não é mais o que foi filmado. A feitura do filme, obra viva e coletiva, é um processo de constante renovação". MARQUES, Aída. *Idéias em movimento:* produzindo e realizando filmes no Brasil. Rio de Janeiro: Rocco, 2007, p. 21.

das atividades e contribuições, e também, pelos altos custos de produção, o substancial financiamento da atividade.

Por isso, os contratos de investimento são indispensáveis à própria produção, têm conteúdo exclusivamente econômico e devem estabelecer, no mínimo, o montante de investimento, os prazos para desembolso e as formas de recuperação dos valores investidos, com ou sem garantias.

Além da Lei Rouanet, o audiovisual tem uma legislação especial de incentivo, conhecida como de Lei do Audiovisual. [677] Há quatro sistemas diferentes de incentivo contidos nesta legislação, estabelecidos nos artigos 1º [678], 1º-A [679], 3º [680] e 3º-A [681]. Além destes mecanismos, há ainda os Fundos de Investimento na Indústria Cinematográfica Nacional (FUNCINES), cujos recursos são administrados por instituições financeiras e o patrimônio é representado por quotas escriturais. [682] Os valores totais investidos através destes mecanismos foram, em 2006, R$ 170.260.900,00 (cento e setenta milhões, duzentos e sessenta mil e novecentos reais), e, em 2007, R$ 145.954.800 (cento e quarenta milhões, novecentos e cinqüenta e quatro mil e oitocentos reais). [683]

Não há, portanto, falta de recursos públicos para a produção de filmes nacionais. Ainda assim a ocupação no mercado continua incipiente. É preciso rever a política de incentivos, pois não se está atendendo às demandas culturais de circulação e acesso. Menos ainda está promovendo a democracia cultural. Talvez o foco deva ser revisto para incluir

---

[677] Cf. Lei 8.685, de 20 de julho de 1993, que "Cria mecanismos de fomento à atividade audiovisual e dá outras providências".

[678] O artigo 1º da Lei do Audiovisual autoriza o abatimento de 100% dos recursos investidos. Estes valores devem ser gastos na aquisição de Certificados de Investimentos, que representam cotas sobre a renda advinda da exploração comercial de obras cinematográficas de produção independente, projetos de distribuição, de exibição e de infra-estrutura técnica. As deduções estão limitadas a 3% do imposto devido por pessoas jurídicas e 6%, sendo que a pessoa jurídica pode ainda abater o total de investimentos como despesa operacional.

[679] O artigo 1º A, por sua vez, permite o patrocínio da produção de obras cinematográficas brasileiras independentes, autorizando uma dedução de 4% para pessoas jurídicas e 6% para pessoas físicas. Neste caso, as pessoas jurídicas não podem deduzir estes valores para determinar o lucro real ou a contribuição social. Além do mais, estes valores podem ser aplicados em projetos especiais credenciados pela Ancine, que se refiram à preservação, difusão, distribuição, exibição e infra-estrutura.

[680] O artigo 3º é dirigido à empresa estrangeira destinatária de recursos provenientes da exploração comercial no Brasil de obras de sua titularidade. Neste caso, 70% do imposto devido de 25% sobre a remessa pode ser investido na co-produção de longas-metragens independentes, de mini-séries e telefilmes ou no desenvolvimento de projetos de produção de longas-metragens. O responsável pelo pagamento tem preferência na utilização destes recursos e pode, por acordo expresso com o destinatário, direcioná-los.

[681] O artigo 3º A é direcionado às destinatárias das remessas feitas pelas empresas de radiodifusão e de comunicação de massa, seja em razão de obras audiovisuais ou eventos, mesmo esportivos. É autorizada uma dedução de 70% do imposto devido no desenvolvimento de projetos de longas-metragens e co-produção de obras cinematográficas de curtas, médias e longas metragens, documentários, mini-séries e telefilmes.

[682] Dispõe o art. 41 da Medida Provisória n. 2228-1/2001 que: "Os Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional - FUNCINES serão constituídos sob a forma de condomínio fechado, sem personalidade jurídica, e administrados por instituição financeira autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil ou por agências e bancos de desenvolvimento. § 1º O patrimônio dos FUNCINES será representado por quotas emitidas sob a forma escritural, alienadas ao público com a intermediação da instituição administradora do Fundo. § 2º A administradora será responsável por todas as obrigações do Fundo, inclusive as de caráter tributário"

[683] Informações disponíveis em: <www.ancine.gov.br>. Acesso em: 02 mar. 2010.

políticas efetivas de distribuição e exibição. Redefinir os objetivos dos incentivos e avaliar os resultados desta política são prioridades diante da percepção de que seus efeitos sociais são poucos diante do grande volume de recursos investidos.

Figurando em todos estes contratos está o produtor [684], que pode ser tanto pessoa física quanto jurídica. O produtor é o responsável jurídico pela obra e também o titular dos direitos patrimoniais sobre a obra. Presume-se esta titularidade a partir da autorização contratual para filmagem da obra. [685] Para fins deste trabalho, com o objetivo de evitar confusões terminológicas, denomina-se este produtor de empresarial.

O fundamento da titularidade patrimonial do produtor empresarial é contratual. Há, contudo, uma presunção de titularidade dos direitos patrimoniais, que permitem a sua exploração comercial, desde que autorizada a filmagem da obra ou inclusão da contribuição individual na obra audiovisual. O instrumento contratual é, portanto, o meio de aquisição desta titularidade. Decorre daí que a fragilidade jurídica dos contratos entre o produtor empresarial e os criadores individuais afeta a própria exploração econômica do filme, podendo mesmo dificultá-la ou impedi-la.

É importante lembrar que no exercício dos direitos patrimoniais do filme deve-se sempre respeitar os direitos pessoais dos criadores das obras individuais. [686] Nos contratos do produtor empresarial com os participantes da obra há cláusulas obrigatórias e condições específicas que devem ser atendidas. A remuneração, prazo, forma e lugar do pagamento devem estar contratualmente estabelecidos. No caso de co-produção, as responsabilidades específicas do produtor principal para com os criadores individuais idem. [687] A remuneração dos autores pode ser feita em termos fixos ou variáveis, ficando dependentes dos rendimentos. Neste último caso há um inafastável dever de prestação de contas, no mínimo semestralmente na ausência de pacto diverso. [688] Há previsão legal para os casos de interrupção da atuação dos participantes, que têm direito à remuneração proporcional, sendo também autorizada a

---

[684] O termo produtor é polissêmico, podendo referir-se ao produtor executivo, responsável por organizar a feitura do filme, ao produtor de set, responsável pela estruturação do set de filmagem, ou diversos outros agentes que atuam na estruturação das condições material que permitam a filmagem e conclusão da obra. O produtor executivo é o principal responsável por esta organização, sendo sempre uma pessoa física.

[685] Estabelece o art. 81 da Lei 9.610/98 que: "A autorização do autor e do intérprete de obra literária, artística ou científica para produção audiovisual implica, salvo disposição em contrário, consentimento para sua utilização econômica".

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

[687] O art. 82 da Lei 9.610/98 traz que: "O contrato de produção audiovisual deve estabelecer: I - a remuneração devida pelo produtor aos co-autores da obra e aos artistas intérpretes e executantes, bem como o tempo, lugar e forma de pagamento; II - o prazo de conclusão da obra; III - a responsabilidade do produtor para com os co-autores, artistas intérpretes ou executantes, no caso de co-produção".

[688] Expõe o art. 84 da Lei 9.610/98 que: "Caso a remuneração dos co-autores da obra audiovisual dependa dos rendimentos de sua utilização econômica, o produtor lhes prestará contas semestralmente, se outro prazo não houver sido pactuado".

utilização da sua contribuição parcial na obra e a possibilidade de sua complementação por terceiros. [689]

A exclusividade da autorização para filmagem deve ser expressa e está limitada a dez anos, com a consequente liberação das obras individuais após este prazo. [690] As contribuições individuais podem ser usadas em gênero diverso, caso não haja disposição contratual em contrário [691] Se a obra não for concluída dentro do prazo ou sua exploração não se iniciar dentro de dois anos de sua conclusão, as utilizações são plenamente livres, sejam no mesmo gênero ou em gênero diverso. [692]

A complexidade do processo de produção de um filme, com inúmeras contribuições criativas e técnicas, aportes jurídicos, econômicos e administrativos, traz também a dificuldade de definir se são estas obras coletivas [693], obras coletivas mistas [694], em colaboração [695], de autoria singular [696] e até em co-autoria. [697]

Defende-se aqui a posição de que não é possível, *a priori*, definir o enquadramento de um filme em uma das categorias acima, pois sua identificação – como na definição das contribuições artísticas relevantes à produção - depende do próprio processo de produção. Assim, há casos em que o produtor é efetivamente o iniciador e único condutor da empreitada, enquanto em outras não. Em algumas situações, o diretor decide sozinho sobre os aspectos artísticos do filme, já, em outras, conta com a íntima participação de alguns autores de obras individuais.

Os principais efeitos desta classificação estão na determinação da natureza da titularidade do detentor dos direitos patrimoniais, se originária ou derivada, e na repartição das receitas advindas do direito de exibição pública – ainda não instituído no Brasil. Para todos os fins, advoga-se que qualquer determinação legal deverá ser arbitrada e, neste sentido, o sistema jurídico nacional adotou o regime de colaboração para as obras audiovisuais.

---

[689] Determina o art. 83 da Lei 9.610/98 que: "O participante da produção da obra audiovisual que interromper, temporária ou definitivamente, sua atuação, não poderá opor-se a que esta seja utilizada na obra nem a que terceiro o substitua, resguardados os direitos que adquiriu quanto à parte já executada".

[690] Estabelece o art. 81, § 1º, da Lei 9.610/98, o segunte: "A exclusividade da autorização depende de cláusula expressa e cessa dez anos após a celebração do contrato".

[691] Dispõe o art. 85, da Lei 9.610/98, que: "Não havendo disposição em contrário, poderão os co-autores da obra audiovisual utilizar-se, em gênero diverso, da parte que constitua sua contribuição pessoal".

[692] Afirma o art. 85, § único, da Lei 9.610/98: "Se o produtor não concluir a obra audiovisual no prazo ajustado ou não iniciar sua exploração dentro de dois anos, a contar de sua conclusão, a utilização a que se refere este artigo será livre".

[693] MORATO, Antônio Carlos. *Direito de autor em obra coletiva.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 170-174.

[694] CRIVELLI, Ivana Có. *Direitos autorais na obra cinematográfica*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2008, p. 154-157.

[695] Para Antônio Chaves "trata-se, pois, de uma obra em colaboração, de caráter indivisível". CHAVES, Antônio. *Cinema, TV, Publicidade cinematográfica.* São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1987, p. 35.

[696] ASCENSÃO, José Oliveira. *Direitos de autor e direitos conexos*. Lisboa: Coimbra Editora, 1992, p. 516-518.

[697] Como dispõe nossa legislação por equivocada sugestão de Hildebrando Pontes.

Uma vez pronto o filme, permanece a dúvida sobre se, e em quais condições a obra será disponibilizada e exibida ao público, objetivo final comum tanto aos criadores individuais como aos produtores. As efetivas condições sob a qual o filme produzido será disponibilizado ao público e explorado comercialmente dependem tanto da distribuição como do mercado exibidor, temas que serão explorados a seguir.

O produtor, agente não criador relevante à feitura e conclusão da obra audiovisual cinematográfica, assume contratualmente o direito e o dever de concluir e explorar o filme. A aquisição do direito de transformar a obra original em audiovisual é nuclear aos contratos estabelecidos com os criadores individuais. Estes, por sua vez, o celebram com a expectativa de que a obra será concluída e difundida.

Estas são as finalidades essenciais do contrato de produção, e, por isso, conformam direitos e deveres para as partes. Tanto é assim que, por exemplo, caso a obra não seja concluída no prazo estabelecido ou sua exploração não seja iniciada em até dois anos os autores das contribuições individuais são livres para utilizá-la. A satisfação deste dever de exploração econômica pode ser transferida contratualmente a um distribuidor, ente especializado em levar os produtos aos clientes em potencial. Entende-se, contudo, que não basta a simples celebração do contrato para assegurar a satisfação do dever pelo produtor, mas é necessário também o seu acompanhamento e verificação deste atendimento pelo distribuidor.

3.1.2 O negócio do audiovisual

A utilização econômica da obra audiovisual cinematográfica ocorre através de diversos canais de comunicação, que são as “mídias”. A influência do modelo de negócios dos grandes estúdios hollywoodianos [698] conforma os demais mercados nacionais [699], cada vez mais interligados e provedores de parte substancial da receita total dos grandes estúdios.

[698] Os grandes estúdios, conhecidos como *majors*, são: Sony, Fox, Disney, Paramount, Universal, Warner.
[699] Não só o negócio é visto da perspectiva dominante, mas a própria produção é espelhada nos modelos americanos, pois são vistos e admirados pelos agentes como funcionais e testados, em desconsideração das particularidades, desafios e arranjos econômicos locais.

Tradicionalmente, este modelo de exploração inicia-se com o lançamento da obra nas salas de exibição cinematográfica ("*theatrical*"). Após uma 'janela' [700], que pode ou não ser predefinida contratualmente [701], a partir da exibição em salas de cinema, lança-se o filme em vídeo doméstico ("*home video*"), nas modalidades de venda para locação ("*home video rental*") e direta ao consumidor ("*home vídeo sell-through*") respectivamente. Segue-se [702] a utilização patrimonial da obra com a sua exibição televisiva, nas modalidades de *pay-per-view*, TV paga ou fechada ("*pay TV*") e TV gratuita ou aberta ("*free TV*").

As demais mídias eram todas chamadas de ancilares. Incluíam-se aí as vendas para hotéis, motéis, aviões, navios, ônibus, metrô, plataformas, embaixadas e consulados. Também estavam incluídas as vendas online e o *vídeo on demand*. Mais recentemente, devido à crescente importância econômica destes meios, os negócios digitais passam a receber maior atenção e relevância, e, junto com as plataformas desenvolvidas pelas empresas de telecomunicação para transmissão de material audiovisual, tendem a tornar-se variáveis relevantes na composição das receitas dos filmes.

Já no plano internacional, o comércio de filmes cinematográficos se insere em um conjunto maior de transações empresariais, podendo ser concomitantemente inserido tanto no conjunto das indústrias criativas quanto das indústrias culturais.

O termo "indústrias culturais", conforme elaborado pelos membros da Escola de Frankfurt, representava o conjunto de atividades verticalizadas de massificação cultural, e suas críticas eram direcionadas ao processo de massificação cultural onde a escolha e circulação dos bens culturais era determinada pela própria indústria. Alertavam para os efeitos da dominação cultural facilitada por este sistema.

Porém, para fins de análise econômica, as indústrias culturais caracterizam-se por reunirem as atividades econômicas nucleares que se desenvolvem a partir das criações artísticas, majoritariamente protegidas pelos direitos autorais. Para a UNESCO, uma definição funcional apresenta as indústrias culturais como sendo aquelas das quais resultam produtos tangíveis e intangíveis de conteúdo artístico e criativo, com potencial para geração de riqueza e renda através da exploração dos ativos culturais e produção de bens e serviços baseados no

[700] "Janela" é o termo do mercado que indica a existência de uma condição suspensiva ou termo para o exercício de determinados direitos de exploração, que ficam sujeitos à utilização dos direitos considerados prioritários e anteriores para fins de exploração comercial.

[701] Nos contratos de distribuição internacional o estabelecimento desta condição é comum e as janelas que devem ser respeitadas entre os lançamentos nas salas de exibição e em vídeo doméstico variam entre quatro e seis meses a partir do lançamento em salas de exibição.

[702] Também há janelas impostas pelos produtores ou distribuidores internacionais aos distribuidores nacionais em torno de dois ou três meses do lançamento em salas de exibição ou vídeo doméstico para o *pay-per-view*, 12 meses para a TV paga e 24 meses para TV aberta.

conhecimento, seja tradicional ou contemporâneo. Ressalta-se nesta descrição o fato de todas as indústrias culturais terem em comum o uso da criatividade, conhecimentos culturais e propriedade intelectual na produção de bens e serviços de significação social e cultural. [703]

Sendo resultados da criatividade, instrumentos de comunicação simbólica, sujeitos, ao menos potencialmente, a proteção por propriedade intelectual, a identificação de bens e produtos culturais deriva da consideração do tipo de valor que embutem ou geram, que não são mensuráveis economicamente, mas que complementam e transcendem a valoração econômica, tendo efeitos sobre a própria percepção de identidade cultural. A identificação destes valores culturais – portanto simbólicos - é o que distingue estes bens dos demais. [704]

As indústrias criativas, em seu turno, são definidas mais amplamente, embora sua conceituação esteja sujeita a variações. Batizada em 1994 com a divulgação do relatório *Creative Nation*, pelo governo Australiano, foi assumido com política pública pelo Reino Unido a partir de 1997. A designação indústrias criativas incorpora as culturais, acrescentando atividades não relacionadas às artes. São vários os modelos de entendimento desta categoria, que se distinguem principalmente em razão de que atividades são incluídas. [705]

Segundo conceituação adotada pela *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD), as indústrias criativas são aquelas que formam ciclos de criação, produção e distribuição de bens e serviços que usam a criatividade e capital intelectual como matéria-prima essencial; constituem um conjunto de atividades baseadas no conhecimento, focados não exclusivamente nas artes, potencialmente gerando receitas do comércio e de direitos de propriedade intelectual; compõem-se de produtos e serviços intelectuais e artísticos, tangíveis e intangíveis, com conteúdo criativo, valor econômico e objetivos mercadológicos; e localizam-se no cruzamento entre os setores artístico, de serviço e industrial; constituem, por fim, um dinâmico setor do comércio internacional. [706]

---

[703] Segundo estudo publicado pela UNESCO: "Cultural industries are defined as those industries which produce tangible or intangible artistic and creative outputs, and which have a potential for wealth creation and income generation through the exploitation of cultural assets and production of knowledge-based goods and services (both traditional and contemporary). What cultural industries have in common is that they all use creativity, cultural knowledge and intellectual property to produce products and services with social and cultural meaning". UNESCO Asia and Pacific Regional Bureau for Education. *Statistics On Cultural Industries*: Framework for the Elaboration of National Data Capacity Building Projects. Bangkok: UNESCO Bangkok, 2007, p. 11. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001549/154956e.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2010.

[704] UNCTAD. *Creative economy report 2008:* The challenge of Assessing the Creative Economy: towards informed Policy-making. UNCTAD, DICT, 2008, p. 34. Disponível em: <http://www.unctad.org/en/docs/ditc20082cer_en.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2010.

[705] UNCTAD. *Creative economy report 2008:* The challenge of Assessing the Creative Economy: towards informed Policy-making. UNCTAD, DICT, 2008, p. 35-36. Disponível em: <http://www.unctad.org/en/docs/ditc20082cer_en.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2010.

[706] Conforme o relatório: "UNCTAD definition of the creative industries. The creative industries: are the cycles of creation, production and distribution of goods and services that use creativity and intellectual capital as primary inputs; constitute a set of knowledge-based activities, focused on but not limited to arts, potentially generating revenues from trade and intellectual property rights; comprise tangible products and intangible intellectual or artistic services with creative content, economic

O audiovisual é considerado um dos mais complexos, politicamente sensíveis e subestimado grupo de atividades dentro das indústrias criativas, apesar de ser um dos propulsores do crescimento econômico. As deficiências nas informações dificultam uma real aferição de valores, mas permitem a percepção de algumas tendências. [707]

Estima-se, com relação a 2003, em US$ 75 bilhões o comércio internacional do audiovisual. Em 2002, os Estados Unidos foram responsáveis por US$ 7 bilhões em exportações de produtos audiovisuais, enquanto a Inglaterra, em segundo, exportou apenas US$ 1,5 bilhão, sendo que Canadá e França foram os únicos dois outros países exportadores a alcançar a marca de US$ 1 bilhão em exportações. A análise das trocas comerciais entre Estados Unidos e União Européia dá a clara dimensão do domínio americano nos serviços audiovisuais, uma vez que os países europeus em conjunto sustentam um déficit comercial equivalente a quinze vezes o valor total de suas exportações para os Estados Unidos. [708]

A dominação americana no setor é indiscutível, assim como o desequilíbrio entre os poucos países exportadores e os muitos importadores de produtos audiovisuais. Além dos Estados Unidos, os únicos outros países da *Organization for Economic Co-operation and Development* (OECD) com balanço positivo no comércio internacional são Reino Unido, Irlanda e México. [709] Este desnível é observado também quando se vislumbra que, entre os filmes exibidos internacionalmente, 85% são produções dos estúdios de Hollywood [710], enquanto, ao mesmo tempo, um terço dos países do mundo jamais produziu um filme de longa metragem. [711] Além dos norte-americanos, são destaques no mercado de audiovisual a Índia – cujo mercado é conhecido como *Bollywood* - com uma produção superior a 1.000 filmes comerciais por ano, ainda que direcionados para o mercado doméstico e de emigrantes

---

value and market objectives; are at the cross-road among the artisan, services and industrial sectors; and constitute a new dynamic sector in world trade". UNCTAD. *Creative economy report 2008:* The challenge of Assessing the Creative Economy: towards informed Policy-making. UNCTAD, DICT, 2008, p. 37. Disponível em: <http://www.unctad.org/en/docs/ditc20082cer_en.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2010.

[707] UNCTAD. *Creative economy report 2008:* The challenge of Assessing the Creative Economy: towards informed Policy-making. UNCTAD, DICT, 2008, p. 148. Disponível em: <http://www.unctad.org/en/docs/ditc20082cer_en.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2010.

[708] UNESCO. *International flows of selected cultural goods and services, 1994-2003*: Defining and capturing the flows of global cultural trade. Montreal: Institute for Statistics, 2005, p. 47. Disponível em: <http://www.uis.unesco.org/template/pdf/cscl/IntlFlows_EN.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2010.

[709] UNESCO. *Trends in audiovisual markets: regional perspectives from the South.* Communication and Information Sector, Sector for Culture, 2006, p. 16. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146192e.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2010.

[710] UNCTAD. *Creative economy report 2008:* The challenge of Assessing the Creative Economy: towards informed Policy-making. UNCTAD, DICT, 2008, p. 149. Disponível em: <http://www.unctad.org/en/docs/ditc20082cer_en.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2010.

[711] UNESCO. *International flows of selected cultural goods and services, 1994-2003*: Defining and capturing the flows of global cultural trade. Montreal: Institute for Statistics, 2005, p. 47. Disponível em: <http://www.uis.unesco.org/template/pdf/cscl/IntlFlows_EN.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2010.

indianos [712], bem como a Nigéria – conhecida como *Nollywood* - com uma forte produção de vídeo (média de mais de 1.000 vídeos produzidos e distribuídos anualmente) e uma distribuição informal bem estruturada. [713] O reflexo no comércio internacional é significativo, ainda que assimetricamente distribuído, pois 90% das exportações destes produtos vêm dos países desenvolvidos, e esta situação que foi ainda mais acentuada entre o fim da década de 1990 e 2005. [714]

Ao relacionar os direitos de propriedade intelectual com a questão do desenvolvimento dos países, o estudo das indústrias criativas da UNCTAD concluiu que o sistema atual não tem sido capaz de evitar as assimetrias econômicas e que, portanto, os esforços de efetivação deste regime devem considerar as necessidades dos criadores nos países em desenvolvimento, provendo, de fato, um estímulo na forma de bens culturais negociáveis, que é instrumental para o potencial de desenvolvimento do setor criativo. [715] Porém, a relevância econômica [716] e política dos produtos protegidos pela propriedade intelectual para os países desenvolvidos asseguram as resistências a uma adequação do sistema de propriedade intelectual. [717]

3.1.2.1 Distribuição cinematográfica e o mercado nacional

A cinematografia nacional sofre duas constantes influências na sua formação: a dominação do mercado doméstico pelo cinema estrangeiro, notadamente o americano, e a participação do Estado na sua sustentação. Debatem-se os caminhos a serem seguidos para o

---

[712] UNCTAD. *Creative economy report 2008:* The challenge of Assessing the Creative Economy: towards informed Policy-making. UNCTAD, DICT, 2008, p. 149. Disponível em: <http://www.unctad.org/en/docs/ditc20082cer_en.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2010.

[713] UNCTAD. *Creative economy report 2008:* The challenge of Assessing the Creative Economy: towards informed Policy-making. UNCTAD, DICT, 2008, p. 222. Disponível em: <http://www.unctad.org/en/docs/ditc20082cer_en.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2010.

[714] UNCTAD. *Creative economy report 2008:* The challenge of Assessing the Creative Economy: towards informed Policy-making. UNCTAD, DICT, 2008, p. 150. Disponível em: <http://www.unctad.org/en/docs/ditc20082cer_en.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2010.

[715] UNCTAD. *Creative economy report 2008:* The challenge of Assessing the Creative Economy: towards informed Policy-making. UNCTAD, DICT, 2008, p. 230. Disponível em: <http://www.unctad.org/en/docs/ditc20082cer_en.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2010.

[716] Em estudo sobre o impacto das indústrias baseadas na propriedade intelectual na economia americana, com dados entre 1998 e 2003, apontou que estas indústrias contribuíram em 40% do crescimento americano e 60% das exportações, respondem por 20% do PIB da indústria privada, além de identificar um forte crescimento relativo da indústria cultural básica (filmes, software, jogos). STEPHEN E. Siwek Economists Incorporated. *Engines of growth: economic contributions of the U.S. Intellectual Property Industries*, Commissioned by NBC Universal, 85 f., 2005. Disponível em: < http://www.nbcuni.com/About_NBC_Universal/Intellectual_Property/pdf/Engines_of_Growth.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2010.

[717] Em exemplo é a estagnação da Rodada de Doha, que é parte do contínuo processo de negociações multilaterais junto à OMC.

fortalecimento do cinema nacional e questiona-se a própria existência de uma cinematografia nacional. Da mesma maneira, discute-se bastante sobre a produção e a exibição nas diversas mídias, mas não o suficiente sobre a distribuição, que tem a responsabilidade de fazer um elo entre o produtor e o exibidor.

Mais amplamente poder-se-ia dizer que a distribuição estabelece a ligação maior entre os criadores artísticos do filme e o público com quem querem se comunicar. É, portanto, importante frisar que disponibilizar o produto, mediante uma remuneração, é justamente a causa, função e dever principal do distribuidor. Sobre o produto sob sua responsabilidade não tem o distribuidor qualquer direito autoral, mas apenas direitos de comercialização limitados ao estabelecido contratualmente, como em uma relação empresarial típica. [718]

Os contratos de distribuição cinematográfica têm por objeto exclusivamente a promoção e licenciamento dos direitos sobre o filme, que nada mais é do que o direito de distribuir o filme, não se relacionando, portanto, com o conteúdo de direitos autorais incidente sobre a obra.

Uma das consequências desta conclusão é a ilegitimidade do distribuidor para quaisquer ações referentes à infração aos direitos autorais sobre o filme, que não sejam a própria distribuição em si. [719] Carecem inclusive de falta de representação para atuação frente aos órgãos estatais, seja o executivo (inclusive os órgãos de regulação), legislativo e judiciário. É importante que estes poderes de representação sejam devidamente exigidos por tais órgãos, sob pena de proliferação indevida de demandas ilegítimas.

A Unesco aponta corretamente que a distribuição de filmes nos países em desenvolvimento é comumente feita pelas grades distribuidoras, geralmente americanas. Este é também o caso no Brasil. Acrescenta, ainda, o estudo que os aspectos competitivos desta situação exigem um escrutínio mais detalhado e próximo. [720] Deve o poder regulador do mercado no Brasil – a Ancine no caso – atentar para este alerta, que não é de menor importância para a difusão audiovisual no país.

Esclarecido este ponto é relevante agora analisar algumas características dos contratos de distribuição firmados entre produtores e distribuidores, uma vez que estes últimos são

---

[718] BRASIL. Justiça Federal – Seção Judiciária do Espírito Santo. Ação Ordinária n. 2005.50.02.007304-2. Sexta Vara Federal Cível. Juíza Renata Coelho Padilha Gera, Vitória, 17 de outubro de 2007. Disponível em: <www.jfes.gov.br>. Acesso em: 15 mar. 2010.

[719] BRASIL. Justiça Federal – Seção Judiciária do Espírito Santo. Ação Ordinária n. 2005.50.02.007304-2. Sexta Vara Federal Cível. Juíza Renata Coelho Padilha Gera, Vitória, 17 de outubro de 2007. Disponível em: <www.jfes.gov.br>. Acesso em: 15 mar. 2010.

[720] UNESCO. *Trends in audiovisual markets: regional perspectives from the South.* Communication and Information Sector, Sector for Culture, 2006, p. 17. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146192e.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2010.

responsáveis por conseguir espaços para exibição da obra. Estes contratos permitem ao produtor contar com atuação especializada na negociação com os diversos canais de exibição da obra em questão. Ao mesmo tempo obriga que o distribuidor atue na promoção da utilização econômica das obras das quais obteve os direitos de comercialização, mediante remuneração.

Os contratos de distribuição trazem algumas cláusulas que merecem destaque, por sua importância na estruturação do negócio que regulam. O conteúdo dos direitos cuja distribuição é autorizada e a definição da participação econômica de cada uma das partes são essenciais ao acordo. Muitas das demais condições contratuais derivam ou se referem a estes elementos principais. [721]

A definição dos direitos é o ponto chave do contrato que é celebrado entre o produtor titular dos direitos patrimoniais sobre o filme e o distribuidor. A cláusula que define o objeto da comercialização deve identificar tanto os direitos como as obras a que estes direitos se referem, que precisam ser elencados expressa e distintamente.

Em muitos contratos os prazos para o início da exploração são estabelecidos. Algumas vezes, tanto os prazos mínimos quanto máximos são determinados. Como forma de garantir que todas as oportunidades sejam exploradas ao máximo é comum o estabelecimento de "janelas" de exploração, que são condições suspensivas impostas ao exibidor como forma de impedir que sua exploração em determinada mídia prejudique a utilização em outra, seguindo uma ordem que se pressupõe ser a mais rentável. Desta forma, por exemplo, o mercado de vídeo só pode ser explorado após um determinado prazo do lançamento da obra em salas de exibição, e a televisão aberta só poderá exibir o filme após determinado tempo de exibição na televisão paga.

Um segundo elemento importante neste contrato é a participação de cada qual, tanto nas despesas de lançamento como nas receitas. A participação na receita varia com relação a cada meio, podendo incidir sobre o valor bruto de venda ou sobre as quantias efetivamente recebidas pelo distribuidor dos terceiros com quem negociar. Em qualquer dos casos é importante definir qual será o ponto de referência para se calcular a receita do produtor, que, em geral, é repassada pelo distribuidor.

Ponto de potencial contenda é a questão das "despesas recuperáveis", que ocorre caso o distribuidor assuma a responsabilidade de adiantar os normalmente altos custos de promoção e lançamento. A possibilidade econômica de investir recursos obtidos por conta

[721] MULLER, Peter. *Show business law* – motion pictures, television, video. Westport, Connecticut: Quorum Books, 1991, p. 106 e ss.

própria no lançamento dos filmes, junto com a sua penetração no mercado, são os grandes atrativos do distribuidor para o produtor, que normalmente já fez vultosos investimentos na produção da obra. A definição do que poderá ser reembolsado e em quais condições determinam os ganhos potenciais das partes. A prestação de contas e a possibilidade de auditoria são conseqüentes desta prática. Em alguns casos faz-se necessária autorização prévia e expressa de despesas por parte do produtor, a fim de que sejam recuperadas pelo distribuidor, porém sempre sob o risco de engessamento do processo.

Os contratos de distribuição utilizados nacionalmente são, em grande parte, reproduções mais ou menos fiéis aos contratos-padrão das distribuidoras internacionais, que também são as de maior atuação no mercado nacional, sendo este mais um instrumento de poder exercido pelos grandes estúdios sobre os mercados nacionais.

3.1.3 Exibição e difusão cinematográfica

O mercado de exibição comercial do audiovisual, atualmente, engloba principalmente as salas de exibição, o vídeo doméstico e para aluguel e a televisão. Mais recentemente, é necessário desenvolver modelos de distribuição para vendas *online*, IPTV e inúmeros equipamentos portáteis. Subsidiariamente as receitas são – ou podem ser – complementadas por licenciamento para exibição em avião, ônibus, trens, navios, além de hotéis e motéis.

Além do número pequeno de salas de exibição, há uma forte concentração em apenas algumas unidades da federação [722], e os maiores déficits estão nos municípios com menos de 50.000 habitantes, piorando quanto menor for o município. [723]

---

[722] Com relação às salas de exibição cinematográfica, das 2.278 que existiam ao final de 2008, 35% estavam localizadas em São Paulo, 13% no Rio de Janeiro, 9% em Minas Gerais e 7% no Rio Grande do Sul, 6% no Paraná, 4% em Santa Catarina e no Distrito Federal. No total, 78% das salas estão localizadas nestas unidades da federação. Informações disponíveis em: <http://www.ancine.gov.br/media/SAM/2008/SalasExibicao/208.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2010.

[723] Somente dois (0,08%) dos 2.065 municípios com menos de 10.000 habitantes possuem cinema, apenas 16 (1,07%) dos 1.397 municípios com população entre 10.000 e 20.000 habitantes tem acesso ao cinema e unicamente 89 (8,73%) dos 996 municípios com população entre 20.000 e 50.000 têm salas de exibição. Ou seja, de um total de 4.458 municípios brasileiros apenas 107 (2,4%) têm cinemas. Disponível em: <http://www.ancine.gov.br/media/SAM/2008/SalasExibicao/204.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2010.

A média histórica de ocupação de filmes nacionais nas salas de exibição é de 10%. [724] No mercado doméstico de vídeo a participação brasileira é ainda menor. [725] O problema é bem maior nos canais de TV Paga ou Fechada. [726] Na TV Aberta ou Livre a situação se altera pouco, mas mantém abaixo da média alcançada nas salas de exibição. [727] Observa-se pelo exposto a pouca penetrabilidade do cinema nacional em todas as mídias de exploração comercial da obra [728], que fica mais nítida em comparação com a década de 1970, tanto em número de salas [729], como em público. [730]

---

[724] Em 2009, foram 84 filmes brasileiros - 45 de ficção, 38 documentários e 1 animação - lançados comercialmente em um total de 235 (144 americanos), que atraíram 16.092.482 espectadores e renderam na bilheteria R$ 131.936.273,88, o que representa uma ocupação de 14,28% de participação. Em 2008 os números foram mais tímidos e ficaram na média histórica de ocupação, com 10,16% do mercado. Na verdade, 2009 foi um ano excepcional, o segundo melhor ano desde 1995, ficando atrás apenas do ano de 2003, com uma diferença de mais de seis milhões de espectadores e menos de quatro milhões de renda. Esta desproporção indica a subida do preço médio do ingresso entre 2003 e 2009, principalmente entre 2005 e 2006, e pode esconder a razão que impede um maior crescimento da bilheteira no Brasil. Informações disponíveis em: <http://www.ancine.gov.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=15605&sid=83>. Acesso em: 31 jan. 2010.

[725] No mercado de vídeo, em 2007, foram 1.765 obras lançadas, sendo 1028 (58,25%) americanas, 634 (35,92%) estrangeiras de outras nacionalidades e apenas 103 (5,83%) nacionais. Em 2008 foram lançadas 1.537, sendo 972 filmes americanos (63,24%), 487 obras estrangeiras não americanas (31,69%) e 78 (5,07%) produtos nacionais. Já em 2009, no primeiro semestre, foram 629 lançamentos, sendo 439 (69,79%) filmes norte-americanos, 141 (22,42%) estrangeiros não americanos e 49 (7,79%) nacionais. Dados extraídos do sítio da Ancine, disponível em: <http://www.ancine.gov.br/media/SAM/AnosAnteriores/ObrasLancadas/401.pdf>, também em <http://www.ancine.gov.br/media/SAM/2008/ObrasLancadas/401.pdf> e <http://www.ancine.gov.br/media/SAM/2009/ObrasLancadas/401.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2010.

[726] Segundo as informações, em 2007, não mais que 3,8% do total de filmes exibidos pelos 13 canais pagos monitorados foram filmes brasileiros. Foram 345 filmes nacionais dentre um total geral de 9.090. Em 2008, sem consideração do Canal Brasil, que só passa filmes nacionais e foi responsável por 93,3% dos filmes brasileiros exibidos nos canais, foram apenas 160 filmes nacionais exibidos, 2,8% do total de 6.761 filmes. Não deixa de ser surpreendente que, ainda assim, encontra grande resistência a proposta de cotas de tela de programação brasileira nas TVs. Informações extraídas do *site* da Ancine, disponível em: <http://www.ancine.gov.br/media/SAM/AnosAnteriores/Programacao/505.pdf>.e <http://www.ancine.gov.br/media/SAM/2008/Programacao/505.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2010.

[727] Em 2007 as TVs Abertas utilizaram 5,1% de sua programação na exibição cinematográfica. A média de filmes brasileiros exibidos foi de 12,6%, porém distribuídos desequilibradamente entre as emissoras. Durante o ano de 2008, 6% do tempo foi destinado às obras cinematográficas sendo 5,4% a exibição de filmes de longa metragem. Foi exibido um total de 1.662 filmes, sendo 208 (11,1%) brasileiros. No primeiro semestre de 2009 observa-se um novo aumento do percentual da programação dedicado a cinematografia, que passou agora a ser de 6,8%, e dos 1.148 títulos exibidos, 146 (12,6%) eram produtos brasileiros. Informações disponíveis em: <http://www.ancine.gov.br/media/SAM/AnosAnteriores/MonitoramentoProgramasTV/601.pdf>, <http://www.ancine.gov.br/media/SAM/AnosAnteriores/MonitoramentoObrasLongaMetragem/607.pdf>, <http://www.ancine.gov.br/media/SAM/2008/MonitoramentoProgramasTV/601.pdf>, <http://www.ancine.gov.br/media/SAM/2008/MonitoramentoObrasLongaMetragem/607.pdf>, <http://www.ancine.gov.br/media/SAM/2009/MonitoramentoObrasLongaMetragem/601.pdf.>, <http://www.ancine.gov.br/media/SAM/2009/MonitoramentoObrasLongaMetragem/607.pdf>.

[728] São aproximadamente 6% de participação média no vídeo doméstico, 3% na TV Paga, 12% na TV Aberta (contando com a TV Brasil e Cultura, campeãs da difusão nacional, embora sem as duas a melhor performance fica com a Globo que não ultrapassa a média 8% de filmes nacionais). Comparativamente, nas salas de exibição a projeção nacional é até razoável. Talvez já seja hora de enfrentar as demarcações de espaço nas outras mídias e antecipar-se às novas, para que a história não continue a se repetir. Disponível em: <http://www.ancine.gov.br/media/SAM/2008/SalasExibicao/219.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2010.

[729] É interessante notar que a participação do cinema na vida nacional parece ter sido bem maior durante a década de 1970. Entre 1972 e 1979 o número de salas de cinema oscilou entre 2.648 em 1972, alcançando o auge nacional com 3.276 em 1975 e chegando em 1979 com 2.937 salas. Medidos pelo número de salas de exibição no fim do ano, os oito anos entre 1972 e 1979 foram os oito anos de maior mercado de salas de exibição no país. Desde 2004 o número de salas mantém-se acima das 2.000, tendo em 2008 2.278 salas. Disponível em: <http://www.ancine.gov.br/media/SAM/2008/SalasExibicao/219.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2010.

[730] A presença do público é também maior no período dos anos 70. Dentre as 10 maiores bilheterias de filmes brasileiros até 2008, nada menos que oito foram lançados entre 1976 e 1982. Do período conhecido como retomada (a partir de 1995), apenas “Os 2 Filhos de Francisco”, da Conspiração Filmes, de 2005, integram os 10 mais vistos. Ao se somar “Se Eu Fosse Você 2”, ter-se-ia então dois filmes recentes entre estes. Informações disponíveis em: <http://www.ancine.gov.br/media/SAM/2008/filmes/por_publico_1.pdf>. Acesso em: 31/01/2010.

Muito importante de observar também é o intervalo entre o lançamento em salas de exibição e a mídia logo posterior, no caso o vídeo doméstico para aluguel a locadoras. Este prazo entre a exploração da obra em uma mídia e na seguinte é chamado de 'janela'. A redução deste prazo (caiu de 171 dias para 134 entre 2003 e 2008) sugere um esgotamento mais rápido da vida útil do filme nas salas de exibição e também um prazo menor de sua disponibilidade neste ambiente. [731]

Quaisquer que sejam as razões, estes dados advertem sobre a crescente rapidez da oportunidade de exibição cinematográfica, talvez refletindo o *status* contemporâneo dos filmes como bens de rápido consumo. Isto vem a refletir negativamente naquelas obras de degustação mais lenta, de viés mais artístico, que não tem a possibilidade de decantar nos circuitos comerciais. Estas informações indicam também a necessidade de um circuito exibidor com características diversificadas, comerciais ou não, pois a própria estrutura da exibição estabelece padrões de freqüência de público e de filmes exibidos.

O conjunto de números avisa da minguada participação nacional no mercado de filmes no Brasil e deve alimentar a busca de soluções. Ao mesmo tempo, não deve ser olvidado que os melhores resultados do cinema nacional voltaram a aparecer de forma mais constante a partir de 2003 com números de espectadores próximos ou acima de 10 milhões anuais, com o número de salas e público se aproximando vagarosamente do cenário da década de 1970.

Este processo certamente remete a um problema de regulação do mercado, que começou há relativamente pouco tempo, mas que não pode se escorar neste argumento para a fragilidade na efetiva promoção da difusão audiovisual nacional e consequente concretização dos direitos fundamentais culturais, em especial no que diz respeito à democracia cultural, mais especificamente democracia audiovisual.

Com relação aos exibidores comerciais, deve ser ressaltado que exercem atividades empresariais, portanto dependente de demanda, ou seja, de público. Obviamente os empresários do setor precisam, para a sobrevivência e saúde de seus negócios, exibir filmes que atraiam o público, não sendo razoável esperar ações em sentido contrário. Dentre os filmes disponíveis a serem exibidos – e sempre há mais filmes a serem exibidos que salas de exibição disponíveis [732] – deve o empresário, por razões do próprio negócio, optar pelos mais rentáveis.

---

[731] Disponível em: <http://www.ancine.gov.br/media/SAM/2008/JanelasExibicao/New/703.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2010.

[732] Ao fim de 2009, no Brasil, encontram-se 37 filmes de longa metragem prontos para distribuição e exibição, 46 em fase de montagem e finalização, 21 documentários. Além disso, há 17 em filmagem e 47 em pré-produção. Muitos não conseguirão ser exibidos nas salas de cinema e isto afetará sua atratividade e preço nas demais mídias. Informações obtidas a partir do levantamento da produção nacional de 2009/2010 realizada pela Revista e Cinema Online. Disponível em: <http://revistadecinema.uol.com.br/pagina_conteudo.asp?id_pagina=98>. Acesso em: 25 jan. 2010.

Ainda quando a produção é financiada por recursos fiscais, a imensa maioria dos filmes sequer alcança na bilheteria o valor do próprio custo de produção. Estima-se que apenas seis das 56 produções lançadas e incentivadas em 2008 tiveram, nas salas de cinema, retorno igual ou superior ao investimento em produção. [733]

A grandiloqüência de alguns lançamentos contrasta com a frugalidade de outros. O custo de lançamento têm se tornado cada vez mais alto. A diferença de renda e público entre os filmes de maior atração e os demais também tem aumentado. [734] É interessante notar que os custos de produção são tratados pelo mercado internacional como sendo "custos negativos", ao qual se acrescentam os custos de lançamento, em geral representando 35% do total em grandes produções e 25% em produções independentes ou menores. [735]

É considerada relevante a capacidade de atração de um filme em sua semana de estréia, pois pode determinar sua longevidade nas salas de exibição e, por consequente, seu público e sua renda, nesta e nas mídias subseqüentes. [736] O grande atrativo de um distribuidor para o produtor, além de sua habilidade em obter espaços de exibição, é a sua capacidade de adiantar as despesas de lançamento de um filme nas salas de exibição, que não são desprezíveis. Com o objetivo de capitalizar os distribuidores nacionais o BNDES criou uma linha especial de investimentos, cujos resultados precisam ainda ser avaliados.

Há um problema de mercado na atividade empresarial de exibição quando a escolha dos filmes pelos exibidores deixa de refletir a demanda, privilegiando arranjos e acordos especiais com determinados distribuidores, que são fornecedores, em prejuízo de outros. [737] O mesmo vale para as outras mídias de exibição audiovisual. O problema para a regulação satisfatória deste mercado encontra-se atualmente na ausência de obrigatoriedade de registro contratual, de forma a verificar a existência, ou não, de arranjos espúrios.

Entre distribuidores e exibidores, graça a informalidade contratual, seja pela práxis, a rápida dinâmica do negócio, as incertezas quanto ao sucesso de público do filme, ou, ainda, por razões não transparentes. Os contratos de exibição comercial de filmes são, portanto,

---

[733] Segundo matéria veiculada no Jornal O Globo:"dos 56 filmes nacionais produzidos com verba incentivada e lançados em 2008, apenas seis tiveram renda nos cinemas maior do que os recursos captados. O balanço de 2009 ainda não foi fechado pela Agência Nacional de Cinema (Ancine), mas, apesar de o público ter crescido cerca de 76% no último ano, o filme nacional, em ais de 90% dos casos, ainda não dá retorno". MIRANDA, André. O risco-cinema. O Globo, Rio de Janeiro, 17 jan. 2010. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/2010/01/18/o-risco-cinema/>. Acesso em 27 jan. 2010.

[734] MOTION Pictures Association of America. *Entertainment Industry Market Statistics*, 2007, p. 6. Disponível em: <www.mpaa.org>. Acesso em: 10 fev. 2010.

[735] MOTION Pictures Association of America. *Entertainment Industry Market Statistics*, 2007, p. 7. Disponível em: <www.mpaa.org>. Acesso em: 10 fev. 2010.

[736] As estatísticas de resultados cinematográficos sempre apresentam a renda e público do fim de semana de lançamento, além da geral acumulada. Esta onda inicial é considerada muito importante na carreira posterior do filme.

[737] Esta tendência ao monopólio e particularização dos acordos já ocorreu diversas vezes na história do próprio cinema americano e não há clareza sobre sua ocorrência no Brasil, apenas desconfiança.

sempre verbais, mas nem por isso menos vinculante. Por não serem contratos cujo objeto sejam direitos autorais, mas que regulamentam situações de exibição pública comercial de obras protegidas, não estão submetidos às formas previstas na legislação especial.

São definidos os percentuais do exibidor e do distribuidor, podendo, excepcionalmente, ser definido o número mínimo de semanas. O exibidor envia relatórios diários, chamados de "borderôs", aos distribuidores, que são responsáveis por repassar as receitas dos produtores, após ser abatida sua comissão. As participações variam entre 60% e 40% para exibidores e distribuidores.

O mercado de vídeo atua em vendas para aluguel e direta ao consumidor. Aqui, normalmente o distribuidor geral dos direitos sub-distribui para uma empresa especializada neste mercado, que, como praxe, cobre as despesas de produção do vídeo e, consequentemente, paga ao distribuidor percentuais menores que visto nas outras mídias. Os valores praticados são, no caso de venda para aluguel, em torno de 25% do valor bruto de venda para o distribuidor geral, e, nos casos de venda direta para o consumidor, por volta de 12,5% do valor bruto de venda para o distribuidor geral.

A freqüência do público nas salas de exibição influencia o valor das vendas deste filme para a TV, e, em alguns casos, o preço é diretamente vinculado. Estes contratos regularmente são escritos. Com exceção do sistema *pay-per-view* – que não mais é uma fonte de arrecadação relevante -, onde se tende a estabelecer no contrato, como pagamento ao distribuidor, um percentual sobre um valor mínimo para a venda, calculado ou sobre um número mínimo ou sobre uma base de assinantes.

Nos demais contratos de televisão, o prazo para exibição e o número de transmissões autorizadas são de sua essência. O valor é fixo. É muito importante a qualidade do *master* ou material original, que pode ser recusado pela TV, o que acaba por inutilizar o próprio contrato.

Nas outras mídias, os negócios ainda são incipientes e não parece ser possível, por ora, apontar para as características gerais destes contratos nem a sua execução.

A relevância dos números traz a necessidade de entender as motivações do público para ir ao cinema, e estudos recentes refletem esta preocupação.

Nos Estados Unidos, o percentual por grupo de idade do público é dividido equilibradamente entre todos abaixo de 60 anos, quando a participação relativa diminui. Por outro lado, em termos de números de ingressos vendidos, o maior percentual é do grupo entre 12 e 24 anos, com 38% das vendas de bilheteria, reduzindo progressivamente na medida em

que aumenta a idade. Isto indica uma maior freqüência ao cinema do grupo mais jovem. No total a média de freqüência aos cinemas do público americano é de seis vezes ao ano. Ainda assim, 29% nunca vão ao cinema. [738]

No Brasil, foram realizados recentemente dois estudos, coordenados pelo Instituto Datafolha a pedido do Sindicato das Empresas Distribuidoras Cinematográficas do Município do Rio de Janeiro, denominados "Hábitos de consumo no mercado de entretenimento" e "Projeto cinema: estudo qualitativo", ambos de 2008.

Com o objetivo principal de "conhecer os hábitos de consumo do mercado de entretenimento especialmente no segmento de salas de cinema para filmes nacionais e estrangeiros", o estudo busca ainda "identificar o perfil dos frequentadores, os potenciais e os não frequentadores de salas de cinema; identificar os fatores que estimulam a ida ao cinema; avaliar o impacto das mídias na decisão de ir ao cinema" [739].

Tendo a pesquisa sido feita nos 10 maiores mercados de cinema nacionais, com homens e mulheres acima de 12 anos de todas as classes sociais, suas principais conclusões são da existência de um grupo de aproximadamente 42% de frequentadores de cinema (ao menos uma vez ao ano), um outro grupo desinteressado de 47% e um terceiro de frequentadores potenciais de 11%. Os principais frequentadores são jovens, solteiros e estudantes, com nível médio ou superior pertencentes às classes A e B, que possuem outros hábitos de entretenimento e lazer (shows, teatro, etc.), comumente assistem filmes em outras mídias (DVD, TV), sendo o noticiário seu principal meio de informação sobre os filmes disponíveis em cartaz. [740]

É muito relevante observar que 26% costumavam ir ao cinema com seus pais, e a maioria leva hoje seus filhos às salas de cinema. [741] Isso demonstra que a freqüência ao cinema é um hábito construído, e que as carências nacionais em termos de cultura cinematográfica tendem a se reproduzir, na medida da inexistência do hábito nos diversos grupos, devendo o Estado decididamente intervir no sentido de promoção da inclusão audiovisual e rompimento do ciclo de exclusão.

É necessário considerar o percentual de 11% de pessoas desejosas de freqüentar as salas de exibição, constituído principalmente de mulheres, mais idosos, apenas com nível

---

[738] MOTION Pictures Association of America. *Movie attendance study*, 2007, p. 2-3. Disponível em: <www.mpaa.org>. Acesso em: 10 fev. 2010.
[739] INSTITUTO de Pesquisa Datafolha e Sindicato das Empresas Distribuidoras Cinematográficas do Município do Rio de Janeiro. *Hábitos de consumo no mercado de entretenimento*, 2008, p. 3.
[740] INSTITUTO de Pesquisa Datafolha e Sindicato das Empresas Distribuidoras Cinematográficas do Município do Rio de Janeiro. *Hábitos de consumo no mercado de entretenimento*, 2008, p. 276-277.
[741] INSTITUTO de Pesquisa Datafolha e Sindicato das Empresas Distribuidoras Cinematográficas do Município do Rio de Janeiro. *Hábitos de consumo no mercado de entretenimento*, 2008, p. 276-277.

fundamental e pertencentes à classe C. [742] Este talvez seja o grupo prioritário para atração, mas antes será necessário identificar as razões de sua ausência, mas que provavelmente remete às questões financeiras e de desconforto social.

A pesquisa qualitativa concentrou-se nos mercados do Rio de Janeiro e São Paulo, com frequentadores em potencial, de baixa freqüência ou não frequentadores, de todas as classes, entre 20 e 50 anos apenas. [743] Entre as conclusões é indicativo que o cinema é percebido com uma aura positiva, onde o conjunto de elementos compõe uma atmosfera "original e fantasiosa". [744]

Além de servir para lazer, divertimento e entretenimento, o cinema é também ambiente de interações sociais, fonte de informação e elemento de cultura. [745] Ainda assim, o cinema não é prioritário entre as atividades voluntárias. Fica patente a essencialidade da construção do hábito de freqüentar cinemas, que vão desde o processo de formação, nas interações com a família ou amigos onde se aprende a gostar e valorizar a atividade, até as condições pessoais dos frequentadores – estado civil, renda, local de moradia, etc. A pesquisa deixa claro ainda que a ausência da classe C nos cinemas se deve principalmente à falta de formação dos hábitos e que a diminuição do tempo entre a disponibilidade nas salas de exibição e as demais mídias é também elemento de redução da freqüência ao cinema. [746] O preço do ingresso é também percebido como caro. [747]

É uma questão histórica a baixa ocupação das salas de cinema nacionais por filmes brasileiros. [748] Este não é, porém, um problema exclusivamente nacional e nem mesmo está especialmente ligado às salas de exibição cinematográfica. É um problema mais amplo de ocupação do parque exibidor nacional em todas as suas vitrines. Conforme apresentado, o padrão de ocupação nacional das salas de cinema, mesmo pequeno, ainda é melhor que a ocupação nas demais mídias.

---

[742] INSTITUTO de Pesquisa Datafolha e Sindicato das Empresas Distribuidoras Cinematográficas do Município do Rio de Janeiro. *Hábitos de consumo no mercado de entretenimento*, 2008, p. 276-277.
[743] INSTITUTO de Pesquisa Datafolha e Sindicato das Empresas Distribuidoras Cinematográficas do Município do Rio de Janeiro. *Projeto cinema: estudo qualitativo*, abr./maio, 2008, p. 2-6.
[744] INSTITUTO de Pesquisa Datafolha e Sindicato das Empresas Distribuidoras Cinematográficas do Município do Rio de Janeiro. *Projeto cinema: estudo qualitativo*, abr./maio, 2008, p. 12 e ss.
[745] INSTITUTO de Pesquisa Datafolha e Sindicato das Empresas Distribuidoras Cinematográficas do Município do Rio de Janeiro. *Projeto cinema: estudo qualitativo*, abr./maio, 2008, p. 14.
[746] INSTITUTO de Pesquisa Datafolha e Sindicato das Empresas Distribuidoras Cinematográficas do Município do Rio de Janeiro. *Projeto cinema: estudo qualitativo*, abr./maio, 2008, p. 26 e ss..
[747] INSTITUTO de Pesquisa Datafolha e Sindicato das Empresas Distribuidoras Cinematográficas do Município do Rio de Janeiro. *Projeto cinema: estudo qualitativo*, abr./maio, 2008, p. 55.
[748] Informa João Guilherme Barone e Reis Silva que "Ao final da década de 90, portanto, verifica-se um quadro de confronto e tensão diante da ocupação hegemônica dos mercados pelo produto norte americano. As questões de mercado, agravadas pelo vetor tecnológico, passam a ser determinantes decisivas para a resistência das indústrias da Europa e América Latina, nas quais as estruturas tradicionais de regulação e subvenção do Estado, sofrem limitações que limitam as suas possibilidades de crescimento". SILVA, João Guilherme Barone Reis e. *Comunicação e Indústria audiovisual* – cenários tecnológicos e institucionais do cinema brasileiro na década de 90. Porto Alegre: Sulina, 2009, p. 70.

Embora haja preferência pelo cinema estrangeiro, não há rejeição ao cinema nacional, que é visto como ascendente, tanto na pesquisa quantitativa [749] como na qualitativa. [750] Também não surpreende a necessidade de exposição na mídia para alcançar um maior público, pois, como regra geral detectada pela pesquisa qualitativa, "dá vontade de ir ao cinema" nos filmes de forte presença na mídia e com atores conhecidos [751], pois consolida no indivíduo a sensação de participação na vida cultural, o que, por sinal, é o principal enunciado sobre da Convenção Universal de Direitos Humanos.

O domínio do circuito de exibição e nas demais mídias se dá principalmente através da ação dos distribuidores, peça chave na cadeia do audiovisual. A distribuição é dominada pelas *majors*, constituídas especificamente para promoção e inserção do cinema produzido pelos grandes estúdios hollywoodianos. O controle da intermediação é o principal fator de explicação do império americano no audiovisual em todo o mundo. [752]

Ao lado da necessidade de uma distribuição eficiente que consiga inserir os filmes brasileiros no circuito nacional há ainda o imperativo do estabelecimento de espaços obrigatórios mínimos para os filmes nacionais em toda a cadeia de exploração comercial do audiovisual cinematográfico. Algo que só é alcançável com uma eficaz regulação deste mercado.

Desde o seu estabelecimento, a Agência Nacional de Cinema (Ancine) tem produzido alguns avanços relevantes para o desenvolvimento da indústria cinematográfica nacional. Um dos progressos refere-se à construção de um banco de dados públicos sobre a indústria, anteriormente inexistente no Brasil. Além do mais, a Agência tem, recentemente, promovido mais agressivamente a produção e distribuição dos filmes brasileiros no mercado nacional.

Os efeitos concretos de suas ações ainda precisam ser vistos, mas os dados obtidos e organizados devem resultar em um melhor entendimento do próprio mercado audiovisual,

---

[749] INSTITUTO de Pesquisa Datafolha e Sindicato das Empresas Distribuidoras Cinematográficas do Município do Rio de Janeiro. *Hábitos de consumo no mercado de entretenimento*, 2008, p. 276-277.
[750] INSTITUTO de Pesquisa Datafolha e Sindicato das Empresas Distribuidoras Cinematográficas do Município do Rio de Janeiro. *Projeto cinema: estudo qualitativo*, abr./maio, 2008, p. 48.
[751] INSTITUTO de Pesquisa Datafolha e Sindicato das Empresas Distribuidoras Cinematográficas do Município do Rio de Janeiro. *Projeto cinema: estudo qualitativo*, abr./maio, 2008, p. 44 e ss.
[752] INSTITUTO de Pesquisa Datafolha e Sindicato das Empresas Distribuidoras Cinematográficas do Município do Rio de Janeiro. *Projeto cinema: estudo qualitativo*, abr./maio, 2008, p. 44 e ss.
[752] Neste sentido, relata Ian Jarvie: "Equally important (for American domination of the film industry) was the consolidation of power in the mechanism of distribution. Distribution had emerged as the locus of power in the US film industry, which attempted to reorganize the export market on the same principle. Films were no longer sold, nor were they entrusted to foreign agents. US distributors sought to set up exclusive arrangements for their films to be looked after by local subsidiaries of home firm. This ensured that American film got the same special promotion and attention as they received at home; marketing could exploit the glamorous images of stars, location and production values, and insinuate these as qualities the best films ought to have. Local films could seldom match these qualities". JARVIE, Ian. Free trade as cultural threat: American film and TV exports in the post war period. In: STEM, Ricci; NOWELL, Geoffrey. *Hollywood and Europe*: economy, culture and national identity. Londres: British Film Institute, 1998, p. 35-36.

incentivando ações mais informadas. As informações iniciais confirmam a percepção de um mercado bastante concentrado, constituindo um verdadeiro oligopólio, controlado por empresas de controle estrangeiro, onde a regra é a participação desproporcional do cinema estrangeiro, principalmente americano, no mercado nacional. Esta constatação, quando considerados os direitos culturais, deve necessariamente levar a uma maior e obrigatória participação dos produtos brasileiros em todos os espaços.

Ao mesmo tempo, a análise dos dados do mercado e a efetivação dos direitos culturais também devem encorajar a reavaliação dos usos permitidos. A agência "pretende equilibrar interesses individuais, competitivos, com o interesse geral, coletivo, cooperativo", e que o cinema, "por ser um bem público, necessita de um órgão que a regule" [753]. Diante disto, resta obrigatório à Ancine regular o artigo 27 da Medida Provisória n. 2228-1, que afirma, em síntese, que as obras cinematográficas produzidas com recursos públicos ou renúncia fiscal poderão ser exibidas para fins educativos nos estabelecimentos e canais educativos públicos, após um período de 10 anos de exploração comercial. [754]

3.2 Os limites dos direitos patrimoniais de autor

Convergem para o debate dos limites dos direitos autorais as discussões a respeito dos efeitos desta proteção sobre a educação, a liberdade de expressão artística, a inclusão dos portadores de necessidades especiais, a privacidade e também com relação ao exercício dos direitos culturais, dentre outros. Assim, esta questão encontra-se na ordem do dia em diversos contextos nacionais e internacionais.

[753] ANCINE. *Relatório de Atividades:* 5 anos, Assessoria de Comunicação Ancine (Coord.), 2006, p. 21.Disponível em: < http://www.ancine.gov.br/media/versao_final_Relat_5_anos.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2010.

[754] Art. 27, da Medida Provisória n. 2228-1./2001: "As 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".

3.2.1 Os movimentos internacionais

No plano internacional, as legislações internas e transnacionais têm sofrido, desde a segunda metade da década de 1990, diversas revisões.

No início, estas mudanças tenderam a ampliar o escopo protetivo dos interesses patrimoniais, cada vez mais em favor dos interesses empresariais. Isto ocorreu em parte por causa dos medos, reais ou fantasiados, com relação à digitalização do processo de produção, distribuição e fruição das obras protegidas por direitos autorais.

Recentemente, porém, os movimentos de renovação legislativa passaram a reagir à extensão dos interesses patrimoniais inicialmente sobrelevados, uma vez que percebidos como excessivos e injustificadamente restritivos à circulação do saber e da cultura. [755] Este processo de renovação é explorado a seguir.

3.2.1.1 O Gowers Report

Em 2005, foi preparado um relatório independente sobre a estrutura da proteção intelectual no Reino Unido. O trabalho foi elaborado sob o comando do Chanceler, da Secretaria de Estado do Comércio e Indústria e da Secretaria de Estado de Cultura, Mídia e Esporte. Após consulta pública, o relatório final foi entregue e publicamente disponibilizado em dezembro de 2006. [756]

Sugeriu-se, neste documento, que um modelo ideal de propriedade intelectual deve criar incentivos para a inovação sem desnecessariamente limitar o acesso aos usuários e inovadores subseqüentes, a principal questão posta foi se "o atual sistema é adequado ao cumprimento de suas funções na era de globalização, digitalização e crescente especialização econômica." [757]

---

[755] Gillian Davies aponta que "the public interest has been invoked, not in favour of strengthening the protection afforded to authors and other right owners to protect them against piracy in cyberspace, but in favour of a free and unfettered access by the public to copyright works combined with the means of copying them for personal use". DAVIES, Gillian. *Copyright and the public interest*. Londres: Sweet & Maxwell, 2002, p. 7.

[756] REINO UNIDO. *Gowers Review of Intellectual Property, final report*, nov., 2006. Disponível em: <http://www.hm-treasury.gov.uk/gowers>. Acesso em: 30 jan. 2010.

[757] Os termos de referência foram para enfrentar as questões sobre "(1) the way in which Government administers the awarding of IP rights and its support to consumers and business; (2) how well businesses are able to negotiate the complexity and expense of the copyright and patent system, including copyright and patent licensing arrangements, litigation and enforcement; (3) and whether the current technical and legal IP infringement framework reflects the digital environment, and

O relatório conclui que, no geral, o sistema é adequado. No entanto, aponta algumas áreas cuja reforma traria benefícios. As recomendações incluem a necessidade de combate à pirataria e maior segurança aos titulares; a importância de redução dos custos dos litígios nacionais e internacionais de propriedade intelectual; e o imperativo de uma proteção equilibrada e flexível aos direitos autorais, que permita a utilização de material protegido em formas que não prejudiquem os titulares, aumente a confiança dos usuários no sistema, prestigie a preservação do patrimônio cultural e o aprofundamento do conhecimento através das instituições de pesquisa. [758]

O relatório faz, no total, 54 sugestões, que incluem alterações legislativas, mudanças procedimentais dos órgãos administrativos e direcionamentos de políticas públicas, dentre as quais se destacam: a facilitação da pesquisa (1) e do uso de material para o ensino à distância (2); a permissão do uso privado para mudanças de formato (8), da cópia privada livre para pesquisa (9), do arquivamento, inclusive mudanças de formato, por bibliotecas e entidades com idênticas finalidades (10a e 10b); a garantia da possibilidade dos usos criativos com aproveitamento de obras pré-existentes (11), bem como de paródias e caricaturas (12); e ainda a regulamentação do uso das obras órfãs (13). [759]

As recomendações sobre os direitos autorais têm por fito encorajar a criatividade e a inovação [760] e permitem que as instituições escolares maximizassem os usos da tecnologia digital no cumprimento de suas funções, que as instituições de preservação cultural atuassem plenamente dentro dos seus objetivos e que os usos privados não frontalmente prejudiciais aos titulares continuassem livres. Em sua conclusão final, o relatório ressalta que para alcançar seus objetivos os instrumentos do sistema de propriedade intelectual devem ser "equilibrados, coerentes e flexíveis e a operação destes instrumentos deve ser administrada efetivamente"[761].

Com o intuito de concretizar as indicações na área de direitos autorais, o *Intellectual Property Office* do Reino Unido preparou um documento para recebimento de sugestões e estudos sobre o tema, que contém uma série de perguntas como forma de indicação do escopo e alcance das modificações. [762] Os tópicos referentes à provável alteração são sobre a

---

whether provisions for 'fair use' by citizens are reasonable". GOWERS, Andrew. *Gowers review of intellectual property*. Inglaterra: Coroa Britânia, 2006, p. 1.

[758] GOWERS, Andrew. *Gowers review of intellectual property*. Inglaterra: Coroa Britânia, 2006, p. 3-4.

[759] *Id. Ibid.*, p. 6-10.

[760] REINO UNIDO. Intelectual Property Office. *Taking forward the Gowers Review of IP:* proposed changes to copyright exceptions, nov., 2007, p. 4. Disponível em: <http://www.ppa.co.uk/legal-and-public-affairs/ppa-responses-and-evidence/~/media/Documents/Legal/Consultations/Taking%20Forward%20Gowers/consult-copyrightexceptions.ashx>. Acesso em: 20 fev. 2010.

[761] GOWERS, Andrew. *Op. cit.*; p. 119.

[762] REINO UNIDO. Intelectual Property Office. *Taking forward the Gowers Review of IP:* proposed changes to copyright exceptions, nov., 2007, p. 85 e ss. Disponível em: <http://www.ppa.co.uk/legal-and-public-affairs/ppa-responses-and-

educação à distância, a mudança de formato, o uso privado para fins de estudo e pesquisa, bem como por bibliotecas e equivalentes e, ainda, para fins de humor.

As respostas recebidas da sociedade indicam um grande apoio às propostas e pontuais preocupações por parte dos titulares, como garantir a segurança na disponibilização de material no ensino à distância, regular quais de fato são as instituições de preservação cultural e fazer a ligação entre o uso privado para estudo e pesquisa estar associado a uma participação formal no processo educativo. [763] Foi iniciada em dezembro de 2009 uma nova consulta, relativa ao conteúdo da proposta de revisão da legislação, que estará disponível para comentários até 31 de março de 2010. [764]

3.2.1.2 A revisão da política comunitária da União Europeia

Em 2008, a União Europeia, como parte do processo de contínua avaliação e revisão da Diretiva 2001/29/EC, lançou em consulta pública um "Livro Verde" com o objetivo de promover a liberdade de fluxo do conhecimento e da inovação. Reconhece que a disseminação do conhecimento contribui para a inclusão e coesão social das sociedades e busca construir uma política de direitos autorais de longo prazo para as áreas de grande produção e usos do conhecimento. [765]

---

evidence/~/media/Documents/Legal/Consultations/Taking%20Forward%20Gowers/consult-copyrightexceptions.ashx>. Acesso em: 20 fev. 2010.

[763] REINO UNIDO. Intelectual Property Office. *Taking Forward The Gowers Review Of Intellectual Property:* Brief Summary Of Responses. Disponível em: <http://www.ipo.gov.uk/response-copyrightexception.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2010.

[764] Informação disponível em: <http://www.ipo.gov.uk/c-policy-copyexceptions.htm>. Acesso em: 30 jan. 2010.

[765] Assim dispõe o texto: "In its review of the Single Market the Commission highlighted the need to promote free movement of knowledge and innovation as the "Fifth freedom" in the single market. The Green Paper will now focus on how research, science and educational materials are disseminated to the public and whether knowledge is circulating freely in the internal market. The consultation document will also look at the issue of whether the current copyright framework is sufficiently robust to protect knowledge products and whether authors and publishers are sufficiently encouraged to create and disseminate electronic versions of these products. This consultation is targeted at everyone who wants to advance their knowledge and educational levels by using the Internet. Wide dissemination of knowledge contributes to more inclusive and cohesive societies, fosters equal opportunities in line with the priorities of the renewed Social Agenda. With this Green Paper, the Commission plans to have a structured debate on the long-term future of copyright policy in the knowledge intensive areas. In particular, the Green Paper is an attempt to structure the copyright debate as it relates to scientific publishing, the digital preservation of Europe's cultural heritage, orphan works, consumer access to protected works and the special needs for the disabled to participate in the information society. The Green Paper points to future challenges in the fields of scientific and scholarly publishing, search engines and special derogations for libraries, researchers and disabled people. The Green paper focuses not only on the dissemination of knowledge for research, science and education but also on the current legal framework in the area of copyright and the possibilities it can currently offer to a variety of users (social institutions, museums, search engines, disabled people, teaching establishments)". INTELLECTUAL Property: Commission adopts forward-looking package, Bruxelas, 16 jul. 2008. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1156&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=fr>. Acesso em: 30 jan.2010.

Anteriormente a União Europeia já havia elaborado um relatório sobre a implantação da citada Diretiva, especificamente no que se refere às exceções, concluindo pela existência de uma grande diversidade de interpretações e aplicações dentro da Europa. [766]

Foram recebidas 372 contribuições de titulares, entidades de gestão coletiva, universidades, bibliotecas e equivalentes, entre outros. O resultado alcançado é a da existência de duas visões opostas sobre os caminhos para o futuro, uma apontando para uma maior flexibilidade do sistema em razão do interesse público, e outra advogando que a circulação do conhecimento deve ser condicionada ao licenciamento destas atividades. [767]

Em conclusão parcial, em 19 de outubro de 2009, a Comissão assinalou a certeza de que as políticas de direitos autorais devem ser direcionadas a enfrentar os problemas surgidos com a economia do conhecimento de base tecnológica ("*internet based knowledge economy*"), marcou que a proteção adequada é importante para estimular a criatividade e inovação e também que os interesses devem ser cuidadosamente equilibrados. O principal passo para o futuro imediato da iniciativa é aumentar os esforços de diálogo entre as partes interessadas e, para tal, sugere três prioridades: atendimento às demandas de pessoas portadoras de necessidades especiais, para a regulamentação das obras órfãs e para encontrar soluções para o licenciamento da massiva digitalização dos acervos. [768]

Ao "Livro Verde" seguem duas outras consultas públicas em outubro de 2009, uma referindo-se à regulação do conteúdo em rede e outra sobre as obras órfãs. O relatório do debate público sobre o destino das obras órfãs não deixa dúvida com relação à divisão entre os que querem maior liberdade de uso e os que querem o controle dos usos a qualquer custo, ainda quando não sabem quem é de fato o titular. [769]

]

[766] COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. *Report to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on the application of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, Bruxelas, 30 nov. 2007. Disponível em: <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-infso/application-report_en.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2010.
[767] COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. Communication from the Commission: Copyright in the Knowledge Economy, Bruxelas, 19 out. 2009. Disponível em: <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-infso/20091019_532_en.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2010.
[768] COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. Communication from the Commission: Copyright in the Knowledge Economy, Bruxelas, 19 out. 2009. Disponível em: <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-infso/20091019_532_en.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2010.
[769] REPORT: *Public Hearing On Orphan Works*, Bruxelas, 26 out. 2009. Disponível em: <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-infso/orphanworks/report_en.pdf>. Acesso em: 30 out. 2010.

3.2.1.3 A proposta de um tratado de limitações na Organização Mundial da Propriedade Intelectual

A Organização Mundial de Propriedade Intelectual também enfrenta, atualmente, a problemática dos limites aos direitos autorais. Em reunião do Comitê de Direitos Autorais e Conexos realizada em dezembro de 2009 foram discutidas as questões do acesso aos bens culturais por parte dos portadores de necessidades especiais e sobre as performances em audiovisual. Foram também apresentados estudos sobre acessibilidade a material protegido para finalidades de educação. [770]

Antes, porém, na 17ª Sessão do Comitê de Direitos Autorais e Conexos da Organização Mundial de Propriedade Intelectual, realizada em dezembro de 2008, foram reconhecida as circunstâncias especiais dos portadores de necessidades especiais, principalmente os cegos. Uma proposta de Tratado Internacional foi apresentada pelo Brasil, Paraguai e Equador, sendo resultado de uma sugestão elaborada pela União Internacional dos Cegos ("*World Blind Association*") e acatada por estes países. Os países proponentes igualmente consideram que a abertura formal de negociações sobre um tratado internacional de limitações e exceções contribui para os objetivos gerais da Agenda do Desenvolvimento.[771] Desde então diversos encontros têm sido promovidos na busca de uma solução rápida e eficiente para a questão.

Partindo do reconhecimento de que a acessibilidade afeta a igualdade de oportunidades e a necessidade de equilíbrio entre proteção e acesso, o tratado objetiva principalmente prover o mínimo de flexibilidades para assegurar o igual acesso à informação e comunicação aos deficientes.

O artigo 4º, alínea '*a*', define os direitos pleiteados, indicando que seriam permitidos, sem necessidade de autorização ou remuneração, os atos necessários à tornar o trabalho acessível ao cidadão em questão, desde que, conjuntamente, o material original seja legitimamente acessado, nenhuma outra alteração seja perpetrada, as cópias sejam providas apenas aos portadores das necessidades especial e a atividade não tenha fins lucrativos. [772]

---

[770] WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. Standing Committee on Copyright and Related Rights (SCCR), Nineteenth Session, Genova, 14 a 18 dez. 2009. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_19/sccr_19_conclusions.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2010.

[771] WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. Standing Committee on Copyright and Related Rights (SCCR), Eighteenth Session, Genova, 25 a 29 maio 2009. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_18/sccr_18_conclusions.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2010.

[772] WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. Standing Committee on Copyright and Related Rights (SCCR), *Proposal by Brazil, Ecuador and Paraguay, Relating to Limitations and Exceptions*: Treaty Proposed by the World

Com relação aos estudos comissionados das limitações sobre educação nas legislações nacionais, é de especial importância o entendimento de que a legislação, por exemplo, dos Estados Unidos e países da União Europeia expressamente permitem um número muito maior de usos para finalidades educacionais do que os países da América Latina e Caribe. Exemplifica o estudo com a possibilidade legal de uso de material protegido em cursos de educação à distância prevista na legislação americana e também a salvaguarda dos direitos educacionais no caso de usos de medidas tecnológicas de proteção na União Europeia. [773]

A contradição da situação é patente, visto que são justamente os países em desenvolvimento que deveriam usar ao máximo as flexibilidades autorizadas pelos instrumentos internacionais e "serem mais proativas em alcançar o equilíbrio de direitos e interesses que facilitam o acesso ao material protegido para fins de educação e pesquisa" [774].

Estes objetivos são alcançados não somente com o estabelecimento de novos instrumentos internacionais, mas principalmente com a atualização de suas legislações na busca do equilíbrio. A mesma atitude é sugerida no que se refere à adequação ao ambiente digital, fazendo uso das limitações já disponíveis. [775]

Blind Union (WBU), Eighteenth Session, Genova, 25 maio 2009. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_18/sccr_18_5.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2010.

[773] RODRÍGUEZ, Juan Carlos Monroe. Study on the limitations and exceptions to copyright and related rights for the purposes of education and research activities in Latin America and the Caribbean. In: World Intellectual Property Organization, Standing Committee on Copyright and Related Rights, Nineteenth Session, Genebra, 14 a 18 dez. 2009, p. 236. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_19/sccr_19_4.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2010.

[774] RODRÍGUEZ, Juan Carlos Monroe. Study on the limitations and exceptions to copyright and related rights for the purposes of education and research activities in Latin America and the Caribbean. In: World Intellectual Property Organization, Standing Committee on Copyright and Related Rights, Nineteenth Session, Genebra, 14 a 18 dez. 2009, p. 237. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_19/sccr_19_4.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2010.

[775] Em suas palavras: "This situation seems contradictory since it is the developing countries which should be more proactive in seeking to achieve a balance of rights and interests that facilitates access to works for the benefit of education and research. The developing countries are called upon to respond to their needs regarding access to information and knowledge by making use of the resources provided by the international laws and conventions on copyright. This is achieved not only by demanding new standards of international protection, but by beginning to update their own laws in pursuit of a balance of rights and interests and by developing the conditions of the local copyright system.

The countries in the region are not only called upon to develop similar provisions with regard to copyright in the digital environment; they should also make use of limitations or exceptions currently available for the use of works in the equivalent context, which could contribute to the balance of rights and interests". RODRÍGUEZ, Juan Carlos Monroe. Study on the limitations and exceptions to copyright and related rights for the purposes of education and research activities in Latin America and the Caribbean. In: World Intellectual Property Organization, Standing Committee on Copyright and Related Rights, Nineteenth Session, Genebra, 14 a 18 dez. 2009, p. 237. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_19/sccr_19_4.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2010.

3.2.1.4 Algumas reformas legislativas nacionais

Em vigor desde 25 de maio de 2008, o Estado de Israel reformou sua legislação de direitos autorais. [776] Logo em seu primeiro artigo que trata dos limites afirma a gratuidade e desnecessidade de autorização do titular nos casos apontados, excetuando a cópia remunerada, enfrentada em outra parte da Lei. [777]

Logo a seguir, antes de uma série de situações específicas de uso livre, há a introdução de uma cláusula geral de uso justo, autorizado para as finalidades privadas de estudo, pesquisa, crítica, revisão, reportagem, citação, ou ainda instrução e exame em instituições de ensino. Aponta ainda as considerações que devem ser feitas para estabelecer se o uso foi ou não justo. São elas: a finalidade e tipo do uso; as características do material protegido utilizado; a extensão quantitativa e qualitativa do material utilizado em relação ao trabalho como um todo; o impacto do uso sobre o valor e mercado do trabalho utilizado. [778]

O Japão também passou por mudanças legislativas na área de direitos autorais recentemente. Muitas destas alterações, inclusive relativas aos limites, entraram em vigor em 1º de Janeiro de 2010. [779] A legislação japonesa não introduziu uma cláusula geral, como o fez a israelense, mas, por outro lado, arrolou um conjunto de possibilidades de uso livre, em 23 artigos descritivos que abarcam um grande número de situações. As situações de ensino e pesquisa, as instituições arquivistas (bibliotecas, museus), o uso privado e por deficientes estão incluídas neste rol de usos livre. [780]

---

[776] ISRAEL: Copyright Act, 2007. Disponível em: <http://www.tau.ac.il/law/members/birnhack/IsraeliCopyrightAct2007.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2010.

[777] Art. 18: "Notwithstanding the provisions of section 11, the doing of the actions specified in sections 19 to 30 is permitted subject to the conditions specified respectively in the aforesaid sections and for the purpose of carrying out the objectives specified therein, without the consent of the right holder or payment, however with respect to the activities specified in section 32 – upon payment and in accordance with the provisions of that section". ISRAEL: Copyright Act, 2007. Disponível em: <http://www.tau.ac.il/law/members/birnhack/IsraeliCopyrightAct2007.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2010.

[778] Art. 19: "(a) Fair use of a work is permitted for purposes such as: private study, research, criticism, review, journalistic reporting, quotation, or instruction and examination by an educational institution. (b) In determining whether a use made of a work is fair within the meaning of this section the factors to be considered shall include, inter alia, all of the following: (1) The purpose and character of the use; (2) The character of the work used; (3) The scope of the use, quantitatively and qualitatively, in relation to the work as a whole; (4) The impact of the use on the value of the work and its potential market". Israel: Copyright Act, 2007. Disponível em: <http://www.tau.ac.il/law/members/birnhack/IsraeliCopyrightAct2007.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2010.

[779] COPYRIGHT Law of Japan. Disponível em: <http://www.cric.or.jp/cric_e/clj/clj.html>. Acesso em: 31 jan. 2010.

[780] Na análise do instituto, as limitações aos direitos autorais no Japão são: "Reproduction for private use (Art.30); reproduction in libraries, etc. (Art.31); quotations (Art.32); reproduction in school textbooks for preparing a textbook in large print (Art.33bis); broadcasting, etc.in school education programs (Art.34); reproduction etc. in schools and other educational institutions, etc.(Art.35); reproduction etc. in examination questions, etc. (Art.36); reproduction etc. in for visually handicapped, etc. (Art.37); reproduction etc. for aurally handicapped (Art.37bis); performance, etc. not for profit-making (Art.38); reproduction, etc. of articles on current topics (Art.39); exploitation of political speeches, etc. (Art.40); exploitation for news of current affairs (Art.41); reproduction for submitting documents in legal proceedings, patent examination procedure and pharmaceutical approval procedure (Art.42); exploitation for Disclosure by the Government Organizations Information Disclosure Law, etc. (Art.42bis); ephemeral recordings by broadcasting organizations, etc. (Art.44); reproduction

A partir da Diretiva Europeia 2001/29/EC, a França, em 1º de agosto de 2006, alterou sua legislação para adequar-se à nova Diretiva que tenta compatibilizar as legislações nacionais de direitos autorais à Sociedade de Informação. Estas transformações ocorreram sob grande atenção da mídia e forte influência dos *lobbies* organizados, em um processo conflituoso e tumultuado, de difícil conciliação com a esperada democracia parlamentar, inclusive com manifestação extemporânea do Conselho Constitucional. [781]

Sendo a questão dos limites dos direitos autorais na sociedade de informação o tema mais sensível nessa discussão, o Parlamento francês deixou de decidir sobre o caminho a trilhar entre a liberdade e o controle dos usos sobre o material protegido por direitos autorais, introduzindo expressamente o "teste dos três passos" e deixando à jurisprudência as decisões. [782] Ao final, foram assegurados ainda os benefícios para as bibliotecas, museus e arquivos em geral, o ensino e a pesquisa, para fins informativos e benefício dos portadores de deficiências.[783]

A Alemanha resolveu fazer as adequações de sua legislação autoral em etapas consecutivas, tendo sido a primeira concluída em 2003, incluindo especialmente restrições à cópia privada e à circunvenção das medidas tecnológicas de proteção. [784] Imediatamente a seguir um segundo grupo de assuntos começou a ser enfrentado, tendo sido submetido ao Parlamento em 2004 e foi denominado de "Direitos autorais na sociedade de conhecimento: um equilíbrio justo entre os interesses dos produtores de trabalhos criativos, a indústria e os consumidores" [785].

As discussões também foram acaloradas, inclusive com a formação de uma coalizão para defesa do acesso para pesquisa e ensino [786] e uma declaração do Parlamento no sentido

---

of artistic work etc. for offering transfer of ownership etc. (Art.47bis); reproduction etc. by the owner of copy of a program work (Art.47ter (Art.47*bis* before amendment)); temporary reproduction for maintain or repair of machine (Art.47quater (47*ter* before amendment)) reproduction for preventing transmission faults due to errors (Art.47quinquies); reproduction etc. for searching through the internet about the source of transmissions associated with transmittable information (Art.47sexies); reproduction etc. for analyzing information (Art.47septies); reproduction for exploitation of works where is used on a computer (Art.47octies); etc". COPYRIGHT Law of Japan. Disponível em: <http://www.cric.or.jp/cric_e/clj/clj.html>. Acesso em 31 jan. 2010.

[781] GEIGER, Christophe. The new French law on copyright and neighboring rights of 1 August 2006 – an adaptation to the needs of the information society?. In: *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, v. 37. n. 4, 2007, p. 401-405.

[782] *Id. Ibid.*, p. 408-409.

[783] *Id. Ibid.*, p. 410 e ss.

[784] Anteriormente, já havia sido aprovada uma alteração no sentido de fortalecer a posição dos autores e artistas, principalmente os *free lancers*, tendo sido implantada em 1º de julho de 2002. DIETZ, Adolf. Amendment to German copyright law in order to strengthen the contractual position of authors and performers. In: *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, v. 32. n. 7, 2002, p. 828 e ss.

[785] COPYRIGHT Law reform in Germany. Disponível em: <http://openaccess.net/de_en/general_information/legal_issues/german_copyright_reform/ >. Acesso em: 31 jan. 2010.

[786] THE Göttingen Declaration on Copyright for Education and Research of 5 July 2004. Disponível em: <http://urheberrechtsbuendnis.de/index.html.en>. Acesso em: 31 jan. 2010.

de promover o acesso aberto ao material acadêmico produzido. [787] O produto legislativo destas discussões foi aprovado em 5 de julho de 2007 e entrou em vigor em 1º de janeiro de 2008.

Logo após a conclusão da segunda etapa de reforma veio o clamor para uma terceira etapa, chamada de "*Education and Science Basket*". Há uma forte demanda por esta outra reforma e as consultas sobre esta necessidade iniciaram em outubro de 2008, mas ainda não foram concluídas. [788]

Os debates sobre a extensão e limites da proteção autoral – especialmente em seus aspectos patrimoniais – repete-se nos vários países e também nos organismos internacionais. É evidente o contraste entre as possibilidades de uso livre de material protegido nos países desenvolvidos e em desenvolvimento, infinitamente favorável aos primeiros e em detrimento dos segundos, que já sofrem as consequências da desigualdade de oportunidades, o que, em si, já é motivo suficiente para a urgente mudança nos sistemas nacionais.

O Brasil encontra-se nesta situação de baixa acessibilidade legal a material essencial protegido por direitos autorais, o que prejudica fortemente as atividades de ensino e pesquisa, participação e preservação cultural e inclusão sócio-cultural, em que pese o crescente papel exercido pelos direitos fundamentais sobre a ordem jurídico-político nacional.

Não pode ser olvidado em um Estado Constitucional de Direito, que vincula aos direitos fundamentais todos os poderes públicos e, em certa medida, os privados, que o acesso aos bens culturais – protegidos ou não – é essencial para o exercício dos direitos à educação, cultura e informação. A concretização dos direitos à saúde através da distribuição de medicamentos e o expresso condicionamento da concessão de patentes é um bom exemplo a ser seguido em relação aos bens culturais.

3.2.2 A interpretação dos limites aos direitos patrimoniais de autor no Brasil

A legislação de direitos autorais regula interesses diversos, de cunho tanto individual como coletivo. Os aspectos individuais alcançam não só os pessoais e patrimoniais do autor, mas também os estritamente econômicos ligados ao investimento. Os coletivos compreendem

[787] BUNDESRAT. Disponível em: <http://www.kopien-brauchen-originale.de/media/archive/140.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2010.
[788] COPYRIGHT Law reform in Germany. Disponível em: <http://openaccess.net/de_en/general_information/legal_issues/german_copyright_reform/>. Acesso em: 31 jan. 2010.

os relevantes direitos da sociedade incidentes sobre a obra protegida, como, por exemplo, a educação, cultura e informação. [789]

Neste grupo merecem especial destaque os interesses do criador e do público, pois são alicerçados nos direitos fundamentais. E, por isso, sobrepõem-se àqueles exclusivamente econômicos dos investidores. Esta condição de supremacia dos direitos fundamentais é constitucionalmente imposta e deve ser respeitada em todas as interpretações e aplicações da legislação ordinária, por todos os poderes públicos e pessoas de direito privado. [790]

Duas perguntas principais derivam desta situação. A primeira questiona quais, dentre os interesses particulares do autor, merecem proteção e quais os meios adequados para se efetivar a proteção. A segunda indaga quais usos livres são necessários à satisfação dos interesses coletivos. Destas questões decorrem as dúvidas centrais aos direitos autorais: qual é o ponto de equilíbrio entre a proteção do criador do investimento e entre os direitos patrimoniais e os direitos do público. O escopo deste trabalho só permite o enfrentamento da relação entre os direitos patrimoniais e os direitos do público.

A proteção dos direitos autorais deve refletir a interseção entre os interesses individuais e coletivos que, restritos ao aspecto patrimonial, são direcionados, respectivamente, à retribuição econômica pelo trabalho criativo e investimento e à fruição dos bens culturais. [791] A própria proteção é resultado do compromisso histórico entre estes dois interesses relevantes [792], sendo que a integração entre estas posições é manifestada no estabelecimento de limites à proteção patrimonial. [793] A dinâmica social contemporânea "desafia o personalismo transparente em textos de lei, recomendando equilíbrio no jogo dos interesses envolvidos: do criador intelectual, da coletividade e de terceiros" [794].

Conforme já apontado em outro estudo [795], apesar da constante referência à existência de interesses coletivos que se projetam na regulação dos direitos autorais e que, por consequência, impõem restrições aos direitos patrimoniais do autor e econômicos dos investidores, parte quantitativamente significante da doutrina pátria tradicional insiste na

---

[789] Este assunto foi mais profundamente explorado em SOUZA, Allan Rocha. A proteção constitucional dos direitos autorais. In: *Propriedade intelectual*: estudos em homenagem ao Ministro Carlos Alberto Mathias de Souza. São Paulo: Letras Juridicas, 2009, pp. 17-36.

[790] Este foi o conteúdo principal da apresentação em Audiência Pública na Comissão de Educação e Cultura da Câmara Federal dos Deputados, em 11 nov. 2008. SOUZA, Allan Rocha. *Legislação autoral: conflitos e soluções*, 2008.

[791] BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos atuais do direito de* autor. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 138.

[792] WISTRAND, Hugo. *Les Exceptions Apportées aux Droits de L'auteur sur ses Ouvres*. Paris: Éditions Montchrestien, 1968, p. 51-54.

[793] BITTAR, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, p. 140.

[794] MELO, Albertino Daniel de. Direito de Autor e os Interesses Sócio-culturais e de Terceiros em Torno da Obra Intelectual. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, vol. 34, n. 34, Belo Horizonte: EdUFMG, 1994, p. 103.

[795] Permita-se remeter ao livro SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais*. Campos, RJ: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2006.

defesa de uma interpretação restritiva dos limites estabelecidos na legislação, ainda que sem justificativas convincentes.

Assim, Carlos Alberto Bittar afirma que "é preciso levar em conta que essas exceções são restrições e, portanto, a interpretação é estrita: a pessoa pode usar a obra, (desde que) observados os contornos que o legislador estabelece" [796]. Confirma o pesquisador sua posição ao alegar que "afora as hipóteses previstas na lei, insisto, a regra básica é da autorização do autor para qualquer uso econômico da obra" [797]. Persiste, ainda, na colocação quando diz que "em todos os casos, prevalece a interpretação estrita, de sorte que sempre devem ser respeitados todos os requisitos expostos, a fim de que tranqüila possa ser a utilização" [798]. Autores como Plínio Cabral [799], Jaury Nepomuceno [800] e Eliane Abraão [801] também partilham desta posição e da ausência de justificativa para tal. Eduardo Vieira Manso igualmente afirma a restritividade da interpretação dos limites aos direitos autorais apontando que "toda exceção ao direito autoral deve estar contida em lei e esta há de comportar apenas a interpretação restritiva" [802]. Além disto, no plano internacional, Delia Lipsyc defende a restritividade dos limites. [803]

Guilherme Carboni, que defende a necessidade de alteração da legislação como forma de superar conflitos existentes, insiste serem taxativas as limitações presentes na legislação atual. [804] A proposta de reformulação da legislação encampada pela Associação Brasileira de Propriedade Intelectual também parte do pressuposto de sua taxatividade, embora esta

---

[796] BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor: 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 62.
[797] *Id. Ibid.*, p. 63.
[798] *Id. Ibid.*, p. 71.
[799] Em suas palavras: "Elas (as limitações) são específicas e fechadas. Constituem *numerus clausus* e não podem, por isso mesmo, estender-se além daquilo que a lei fixou. Apesar disso, é justamente nessa área que se verificam os maiores conflitos, com a tendência de muitos a aumentar o alcance daquilo que a legislação faculta, gerando-se abusos de toda a natureza". CABRAL, Plínio. *A nova lei de direitos* autorais. 4. ed., São Paulo: Editora Harbra, 2004, p. 70.
[800] OLIVEIRA, Jaury Nepomuceno; WILLINGTON, João. *Anotações à Lei de Direitos Autorais.* Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 92-93.
[801] Conforme a autora "O rol das obras 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 que o legislador deixar de considerá-la como tal, passará automaticamente a demandar a autorização prévia para seu uso". ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 146. A autora, em outro texto, indica uma mudança de posição ao afirmar que estas limitações não podem ser interpretadas como exceções aos direitos autorais, apontando ainda para o caráter constitucional destas limitações. ABRÃO, Eliane Y. Conhecimento, pesquisa, cultura e os direitos autorais. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Coords.). *Direito da propriedade intelectual*: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2005, p. 167.
[802] MANSO, Eduardo Vieira. *Direito Autoral:* exceções impostas aos direitos autorais. São Paulo: José Buschatsky, 1980, p. 270.
[803] Nas palavras da autora: "As limitações, sejam utilizações livres ou licenças não voluntárias, estão sujeitas a *numerus clausus*, e como todas as exceções se devem interpretar e aplicar de forma restritiva, onde os usos só podem se dar nos limites estritos de cada exceção, e o dever de respeitar integralmente os direitos morais, pois as limitações são referentes a seus direitos patrimoniais". LIPSYC, Delia. Utilizaciones libres e uso privado. In: *Num Mundo Novo de Direito de Autor*, vol. 2., Lisboa: Comunicações ao II Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos, 1994, p. 261.
[804] CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 112.

conclusão não tenha sido unânime no seio da Comissão de Direitos Autorais da entidade. [805] Desta mesma posição, de taxatividade dos limites existentes na legislação e necessidade de mudança de formato, parece compartilhar Eduardo Lycurgo. [806] Sem deixar claro sua perspectiva individual, Gonzaga Adolfo indica sua insatisfação com relação "[a]o exagero das posições firmadas em visão conservadora", sugerindo a inclusão de uma cláusula geral de limitações, que "tornaria o sistema autoral brasileiro mais maleável e flexível às mudanças que os novos tempos trazem" [807].

A defesa da restritividade foi construída e alimentada no Brasil principalmente por Antônio Chaves, fortemente – e até mesmo excessivamente – inspirado nas colocações de Henri Debois, desenvolvidas em razão da legislação francesa de 1957. Prosperou academicamente no Brasil entre a década de 1970 e 1990, a partir da Escola de Direito da USP. Esta defesa contou ainda com a adesão de Jorge Hammes, em suas análises desenvolvidas na UNISINOS, no Estado do Rio grande do Sul. Esta perspectiva foi incorporada pelos orientandos de Antônio Chaves, dentre os quais se destaca Carlos Alberto Bittar.

Atualmente esta construção restritiva é principalmente defendida por representantes das organizações empresariais, entre elas as associações e entidade de gestão coletiva. A defesa desta anacrônica atitude busca sustentação na idéia de que os direitos autorais são absolutos, devendo todos os demais direitos se sujeitar aos seus ditames. [808] Equivocadamente, partem seus defensores também da invocação do artigo 4º da legislação autoral que estabelece que "interpretam-se restritivamente os negócios de direitos autorais" [809]. Outro argumento utilizado é que a interpretação ampliativa das limitações terminaria por acarretar abusos por parte do público.[810]

Como já apontado em trabalho anterior [811], a interpretação de que trata o artigo 4º da lei autoral se refere às relações de conteúdo estritamente privado, em especial aqueles

---

[805] Resolução da ABPI n. 67, de 20 de outubro de 2005, que trata das Limitações ao Direito do Autor. Disponível em: <http://www.abpi.org.br/bibliotecas.asp?idiomas=Português&secao=Resoluções%20da%20ABPI&codigo=3&resolucao=2>. Acesso em: 30 mar. 2010.

[806] LEITE, Eduardo Lycurgo. A doutrina do "fair use" delineada no direito autoral norte -americano: uma ferramenta para o ponto de equilíbrio entre a rigidez autoral e o interesse público relevante. In: *Revista de direito autoral*, ano II, n. IV, São Paulo: ABDA e Lumen Juris, fev., 2006, p. 75-77.

[807] ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 412-413.

[808] Este argumento foi insistentemente repetido pelos representantes das Associações e da Entidade de gestão Coletiva nos Seminários do Fórum Nacional de Direitos Autorais, sem, contudo, qualquer justificação.

[809] BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 70 e ss.

[810] ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. As limitações ao direito do autor na legislação autoral brasileira. In: *Revista de Direito Autoral*, ano I, n. II, São Paulo: ABDA e Lumen Juris, fev., 2005, p. 39-40; EBOLI, João Carlos de Camargo. *Pequeno Mosaico do Direito Autoral*. São Paulo: Irmãos Vitale, 2006, p. 49.

[811] Permita-se remeter novamente a SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais*. Campos, RJ: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2006, p. 172-173.

negócios realizados entre os criadores e os titulares licenciados ou cessionários, afetando a interpretação das transferências de titularidade somente, não alcançando, por óbvio, as situações onde são confrontados interesses de natureza diversa, como os individuais e coletivos, que demandam ponderação. Dividem esta posição os autoralistas Bruno Lewicki [812] e Carlos Affonso Pereira de Souza. [813]

A possibilidade de eventuais abusos não justifica a restrição a direitos, pois as situações devem ser resolvidas através dos instrumentos judiciais disponíveis, como a responsabilidade civil. Esta posição encontra sustento, por exemplo, no recente julgamento da Lei de Imprensa, no Supremo Tribunal Federal.

Em estudo para a compreensão da importância da renovação do próprio direito, e não só este ramo específico, Bruno Lewicki aponta inicialmente que "os direitos não são inatos, imutáveis, neutros ou absolutos", ao contrário, são historicamente posicionados, funcionalmente estruturados e sempre relacionados aos demais direitos e institutos jurídicos, sendo, portanto, relativos. [814]

A revisão dos institutos de direitos autorais, de modo a adequá-los tanto à sociedade como ao sistema jurídico contemporâneos, é uma demanda inafastável para a doutrina. Esta visitação torna-se ainda mais importante quando se verifica o aumento da importância social dos bens culturais, muitos protegidos pelos direitos autorais, e dos conflitos sociais decorrentes de seus usos.

Bruno Lewicki revela o apego à tradição e desprezo pelas limitações, refletidos em grande parte dos escritos sobre o assunto, como justificativa da interpretação restritiva apregoada. [815] José de Oliveira Ascensão, em análise das recentes transformações no seio dos direitos autorais, fala do processo que denomina de "caça às exceções" [816].

Ao contrário das posições restritivas, Sérgio Vieira Branco defende a possibilidade de legitimação de determinadas condutas e usos não previstos ou mesmo "aparentemente *contra*

---

[812] LEWICKI, Bruno Costa. *Limitações aos direitos de autor:* releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo. 2007. 299 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 164-165.
[813] SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Abuso do direito autoral*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 212.
[814] LEWICKI, Bruno Costa. *Op. cit.*; p. 6 e ss.
[815] Aponta o autor ainda, em outra passagem, que "quanto à doutrina, distingue-se a numerosa corrente, já abordada, que representa uma visão reducionista das limitações – defendendo sua interpretação estrita, o caráter *numerus clausus* dos dispositivos legais concernentes, a vedação da analogia neste âmbito e a impossibilidade de extensão das limitações aos direitos morais. Em alguns defensores que se agarram a esta posição de forma mais aguerrida, chega-se a condicionar o recurso às limitações com o pagamento de uma compensação ou de uma autorização, como se verá. Outro tipo de posição que leva ao paroxismo o pouco apreço pelas limitações é aquela que vê nelas mais o reconhecimento de uma impossibilidade de controle do que propriamente a tutela de um interesse meritório". *Id. Ibid.*, p. 155 e 164.
[816] ASCENSÂO, José Oliveira. *Direito da internet na sociedade de informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 135.

legem" [817]. Eduardo Pimenta indica a existência de situações não previstas expressamente na legislação em nome da tutela dos interesses coletivos. [818] A necessidade de releitura dos institutos de direitos autorais permeia todo o trabalho sobre limitações de Bruno Lewicki e, dentre as diversas e elucidativas afirmações, concorda-se que "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" [819]. Carlos Affonso Pereira de Souza analisa a aplicação da figura do abuso de direito como forma de corrigir as atuações dos titulares que escapam às próprias 'funções' dos direitos autorais. [820] José de Oliveira Ascensão é firme ao apontar que "deve-se, antes de concluir, não olvidar que por serem partes integrantes da construção do sistema protetivo autoral, estas regras negativas, convencionalmente denominadas de limites, são, na verdade, intrínsecas e não extrínsecas" [821].

A juridicamente densa renovação promovida pela parte da doutrina mais atenta às transformações sociais e jurídicas contemporâneas, desvinculada da 'teologia' absolutista que dominou as análises pátrias, vislumbra na Constituição e nos direitos fundamentais a força justificadora deste processo e, neste aspecto, é válida a colocação de Denis Borges Barbosa quando assevera que "exceções não são, e sim confrontos de interesses de fundo constitucional. [...] Assim não é interpretação restrita, mas equilíbrio, balanceamento e racionalidade que se impõe" [822].

A revisão dos direitos autorais não é dissociada da revisão do próprio direito, hoje constitucionalizado. [823] O recurso à Constituição Federal é especialmente importante no caso das leis especiais, como forma de integração do sistema.

---

[817] BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 232.

[818] O autor chama estas situações de derrogações. Em suas palavras afirma o seguinte: "A par das limitações existem as derrogações – usos que não estão previstos nas limitações de direitos autorais, mas com a permissibilidade da lei e contemplado pela jurisprudência. A derrogação é a tutela do interesse coletivo de direitos autorais, que conflitam com o interesse individual do autor, abstendo-lhe de prerrogativas no exercício de direito sobre a criação". PIMENTA, Eduardo. *Princípios de direitos autorais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 318.

[819] LEWICKI, Bruno Costa. *Limitações aos direitos de autor:* releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo. 2007. 299 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 174.

[820] SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Abuso do direito autoral*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

[821] ASCENSÃO, José Oliveira. *Direitos de autor e direitos conexos.* Portugal, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 216.

[822] BARBOSA, Denis Borges. *Direito Autoral:* Apresentações Gratuitas. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/88.DOC>. Acesso em: 18 jan. 2010.

[823] Interessante, neste sentido, a análise de BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional*: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 1-48.

Por isso, continuam extremamente importantes as lições de Gustavo Tepedino:

> A rigor, não há espaços de liberdade absoluta, ou territórios, por menor que sejam, que possam ser considerados invulneráveis ao projeto constitucional, cabendo ao intérprete, em definitivo, não propriamente compatibilizar institutos de direito privado com as restrições impostas pela ordem pública senão relê-los, revisitá-los, redesenhando o seu conteúdo à luz da legalidade constitucional. [824]

A defesa da restritividade da interpretação dos limites acatados na legislação autoral ignora o fato de serem estes partes integrantes e intrínsecas ao próprio sistema protetivo autoral, uma vez que os direitos da sociedade representam verdadeiros interesses públicos primários que refletem nuclearmente na estrutura da proteção. Na medida em que os direitos da coletividade, ancorados na Constituição que são, não se encontram equilibradamente refletidos na legislação atual, a única interpretação juridicamente possível destes limites, porque fundamentada na Constituição Federal, é a extensiva. [825]

Deste modo, é inafastável o dever de re-elaboração dos institutos de direitos autorais, em especial dos limites. Esta tarefa cabe tanto à doutrina, como aos poderes públicos constituídos, e mesmo aos entes privados que, no exercício dos seus direitos devem atentar à sua função econômica e social.

---

[824] TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 21.

[825] Em trabalho anterior, concluiu-se de forma similar, reafirmando-se nesta oportunidade a posição adotada então: "Muitos doutrinadores, de índole privatista, apontam estes limites como sendo exceções. Se considerados como exceções, devem sustentar uma interpretação restritiva. Esta posição, contudo, ignora o fato de que estes limites integram o sistema protetivo autoral, que compõe-se tanto de regras positivas quanto negativas, e são, portanto, intrínsecos ao sistema e não extrínsecos, caso em que favoreceriam o desequilíbrio normativo. Deve-se acrescentar ainda que a restritividade da interpretação em favor do autor de que trata a lei aplica-se somente às relações empresariais em que se engajar o autor, pois são privadas e patrimoniais, não sendo admitida sua aplicação com relação aos interesses da coletividade. Fazendo os direitos da coletividade, motivados pelo interesse público, parte da estrutura nuclear destes direitos, não é razoável a aplicação de uma interpretação restritiva aos seus dispositivos, especialmente quando se reconhece a extensividade da interpretação quanto às formas de utilização exclusiva e mesmo aos tipos de obras protegidas. Diante disso, a interpretação mais adequada, e única condizente com os mandamentos constitucionais e por isso juridicamente sustentável, é a extensiva, devendo suportar o Judiciário o ônus da verificação da demonstração satisfatória da existência e relevância dos interesses da coletividade apresentados nos casos concretos". SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais*. Campos, RJ: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2006, p. 318-319. Bruno Lewicki, citando uma outra passagem do mesmo livro, avisa do "risco de converter o conceito em um verdadeiro 'redentor'. É correto o aviso, mas, no trabalho de então, em que o objetivo era apenas o de demonstrar a amplitude dos interesses refletidos na estrutura dos direitos autorais, sua vinculação com os direitos fundamentais constitucionais e as suas conseqüências para a interpretação dos limites patrimoniais dos direitos autorais, vê-se que os enunciados e as informações circunstanciais avançadas foram suficientes para atingir o objetivo, sem serem calcados simplesmente em conceitos genéricos de 'ideais de justiça ou em uma subjetiva retórica da ética'". LEWICKI, Bruno Costa. *Limitações aos direitos de autor:* releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo. 2007. 299 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 184.

3.2.2.1 Os limites dos direitos autorais no Supremo Tribunal Federal

A interpretação feito pelo poder judiciário é instrumento de renovação do Direito. Porém, poucas têm sido as oportunidades de análise dos limites ao exercício dos direitos autorais. Neste estudo, são destacadas algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que enfrentaram o tema.

Os Recursos Extraordinários (RE) n. 75.889 [826] e n. 83.294 [827], decididos em 31 de maio de 1977, versaram sobre a possibilidade de inclusão de obra alheia em compilação para fins didáticos, sem autorização ou remuneração dos autores das obras individuais.

Na análise do RE n. 75.889, em que o autor Autran Dourado aciona a Bloch Editores, o relator, Ministro Antônio Néder, apontou para a ampliação dos poderes atribuídos ao autor com a alteração constitucional promovida pela Constituição de 1967 e reiterada pela Emenda Constitucional n. 1 de 1969, frente ao estabelecido na Constituição anterior de 1946. O novo mandamento constitucional, ao regular os direitos autorais, substituiu o termo "reproduzir" por "utilização". Aventa ainda o relator a possibilidade de que o constituinte, ao planejar tal modificação, ter intencionado harmonizar a constituição pátria com as Convenções internacionais de Berna e de Washington. Com base nesta argumentação, concluiu que esta alteração constitucional impõe uma nova interpretação ao artigo 666, I, do Código Civil de 1916, para com a Constituição deveria se compatibilizar e determina a remuneração do autor da obra individual com base na vantagem auferida pelo responsável pela obra nova.

Conforme o relatório, na lide debateu-se a finalidade da obra questão, se comercial ou didática, reconhecendo, em primeira instância, sua mútua finalidade. A decisão inicial considerou também que algumas das obras inseridas não eram de pequena monta e reconheceu o trabalho criativo dos organizadores. Concluiu o magistrado pela procedência parcial, condenando a Editora à remuneração ao autor proporcional aos seus ganhos com a utilização da obra.

O Acórdão reverteu a decisão inicial considerando improcedente o pedido, ressaltando que a possibilidade de utilização decorre da finalidade didática, não obrigando que a obra resultante seja gratuitamente disponibilizada. A perícia havia reconhecido a finalidade didática da obra, embora o Acórdão nos Embargos de Declaração houvesse apontado que

[826] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 75.889-RJ. Primeira Turma. Relator: Min. Antônio Neder, Brasília, 31 de maio de 1977. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30 mar. 2010.
[827] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 83.294-RJ. Primeira Turma. Relator: Min. Bilac Pinto, Brasília, 31 de maio de 1977. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30 mar. 2010.

estas eram reproduções literais sem outras contribuições dos compiladores, que não a simples seleção das obras a serem inseridas na compilação.

A Procuradoria Geral da República, em parecer nos autos, defendeu que a compilação em questão limitava-se a reunir obras alheias sem qualquer intervenção criativa dos compiladores, e que o invocado direito de inserção de obra alheia em obra maior exigia uma efetiva contribuição dos autores desta. Com estes fundamentos defendeu a procedência do recurso e a restauração da sentença de primeira instância.

O voto conducente da decisão, a partir de uma interpretação literal, através de uma estrita análise dos sentidos lingüísticos dos termos da norma, conclui que em qualquer utilização econômica da obra, ainda que inserida entre os limites da proteção, deve haver remuneração ao autor com base nos proveitos econômicos obtidos. Na decisão, o artigo 666, inc. I, não foi afastado pela reforma constitucional que alterou o conteúdo constitucional da proteção, mas condicionou o exercício dos direitos ali contidos à remuneração.

O Ministro Cunha Peixoto, em seu voto, ressalta a validade do art. 666 do Código Civil de 1916 frente ao advento da Convenção de Berna, e interpreta o inciso I como se referindo a citações. Aponta ainda que a obra nova "deve valer pelo que seu autor nela pôs e não pela contribuição tirada de livros alheios. É preciso que a obra continue a ser, na verdade, uma obra, se expurgados os trechos transcritos", o que não ocorreria no caso em análise. Porém, diga-se, as questões não se referiam propriamente ao direito de citação, mas, mais propriamente, em termos atuais, aos usos transformativos.

Em voto discordante, o Ministro Rodrigues Alckmin combate a interpretação adotada pelo relator, ao afirmar que ou se considera que o artigo do Código Civil fora revogado ou lhe assegura validade integral, não sendo razoável permitir o uso sem autorização e, ao mesmo tempo, impor uma remuneração por este uso. No caso, assevera a validade do artigo do Código Civil de 1916.

Advoga o Ministro a tese de que a finalidade didática da compilação, conforme estabelecida no artigo retro-mencionado, justifica sua utilização sem autorização prévia ou remuneração. Aponta, ainda, que o direito de utilização de obra alheia pode ser exercido de forma abusiva quando daí decorrer concorrência ilegítima. Ao final, acrescenta que uma simples coletânea de textos desacompanhados de contribuições próprias não se enquadra na dicção do artigo, mas que a compilação de trechos com finalidade didática, como no caso, "não se confunde com o abuso resultante da mera edição comercial de contos alheios" [828].

[828] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 75.889-RJ. Primeira Turma. Relator: Min. Antônio Neder, Brasília, 31 de maio de 1977. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30 mar. 2010.

Na mesma sessão, foi julgado caso muito similar, referindo-se à mesma obra da mesma editora e com a mesma controvérsia, mas de autores diferentes. No Recurso Extraordinário n. 83.294, figurava como principal autor da ação o escritor Carlos Drummond de Andrade. Em primeira e segunda instância o caso foi julgado improcedente.

No relatório, aponta-se para a ampliação da proteção autoral em razão da evolução dos meios técnicos de utilização, consignada pela substituição do termo "reproduzir" por "utilizar". Segundo o relator, esta alteração constitucional não admitiria que o legislador ordinário permitisse a compilação não autorizada de textos, qualquer que fosse sua finalidade. Decide que o artigo 666, inc. I, do Código Civil de 1916 fora derrogado pela Constituição de 1967, dando procedência ao recurso. Em voto dissidente o Ministro Rodrigues Alckmin vota pela improcedência em razão da não revogação do artigo infraconstitucional e pela finalidade didática da obra.

É certo que as compilações em si não são mais autorizadas pela legislação, desde a Lei n. 5.988/73. Não era este o caso então.

De qualquer forma, é de grande relevância a discussão sobre a finalidade principal do uso como fundamento da legalidade de sua utilização sem necessidade de autorização ou remuneração. As três possibilidades vislumbradas – que são necessários tanto autorização prévia como remuneração; que não é necessária autorização prévia mas apenas a remuneração; e de que não são necessários nem autorização prévia nem remuneração – consideram este elemento funcional, valorando-o diferentemente, diversas vezes confrontando-o com a finalidade comercial na busca por revelar a função proeminente da atividade.

A decisão no RE n. 75.889 merece apoio no sentido de aplicar a Constituição na interpretação e aplicação da norma ordinária, mas não com relação ao seu conteúdo. Ao buscar restringir ou condicionar os limites legalmente impostos ao exercício dos direitos autorais, desvirtua suas finalidades, supervalorizando o interesse privado frente ao interesse social legítimo. Ao reduzir as possibilidades de exercício dos direitos conferidos pelas limitações aos direitos autorais, impõe um ônus social que desequilibra a composição de interesses albergada na legislação. Deve, portanto, ser respaldada não a decisão final de mérito, mas os acórdãos de segunda instância e o voto vencido

Este desequilíbrio na projeção dos interesses, neste caso, decorre, em grande parte, de "um discurso triunfalista quanto ao crescimento da proteção dos direitos dos autores, expresso na suposta possibilidade cada vez maior de controle de qualquer utilização de suas obras",

seja pela “necessidade de autorização” seja pela “obrigatoriedade de compensação financeira pelo uso” [829].

O equívoco jurisprudencial, ilustrado nestas decisões, pode e deve ser evitado, sob risco de preocupante esvaziamento dos espaços de liberdade de uso, e consequente prejuízo à concretização de diversos direitos fundamentais assim representados.

O próprio Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 113.505-1 [830], julgado em 28 de fevereiro de 1989, reconhece a relevância da finalidade do uso na definição do alcance das normas que estabelecem limites á proteção autoral. Esta decisão, fundamentada na função da limitação e utilizando a analogia como método, assevera também a interpretação extensiva dos limites, “tendo em vista a natureza do direito de autor”. A ação foi impetrada pela TV Globo contra a TV Studios (TVS) tendo em vista a utilização de imagens da primeira pela seguda na transmissão como ilustração de programa de premiação ocorrida em 1982.

No relatório, o Ministro Moreira Alves considera que as decisões de primeira e segunda instância, negando provimento ao pedido, “deram à hipótese a melhor solução” e que “o douto voto vencido e as razões da embargada (TV Globo) se fundam em uma interpretação literal dos textos que proíbem a utilização da obra, fazendo ‘tabula rasa’ das exceções consagradas pela própria lei” [831].

O aresto recorrido avança ainda ao afirmar que os textos legais invocados para sustentar os argumentos do autor, que afirmam a necessidade de autorização prévia, “não podem ser interpretados de modo a anular as exceções previstas na Convenção ou lei” e “cuja interpretação extensiva, apesar de se tratar de uma exceção a um princípio, é hoje admitida”[832].

A Procuradoria Geral da República manifestou-se pela aceitação do recurso e sua procedência, acatando os argumentos da autora, e defendendo a impossibilidade de interpretação extensiva dos limites.

Em seu voto, o relator Moreira Alves – coincidentemente redator da Lei 5.988/73 – apontou, citando Wistrand, que no direito de autor as exceções se apresentam como

---

[829] LEWICKI, Bruno Costa. *Limitações aos direitos de autor:* releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo. 2007. 299 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 151-153.
[830] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 113.505-RJ. Primeira Turma. Relator: Min. Moreira Alves, Brasília, 28 de fevereiro de 1989. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30 mar. 2010.
[831] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 113.505-RJ. Primeira Turma. Relator: Min. Moreira Alves, Brasília, 28 de fevereiro de 1989. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30 mar. 2010.
[832] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 113.505-RJ. Primeira Turma. Relator: Min. Moreira Alves, Brasília, 28 de fevereiro de 1989. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30 mar. 2010.

consequência de sua natureza social, sendo restringidos no interesse da coletividade, seja por regras expressas seja por exceções inerentes ao seu conteúdo. Cita José de Oliveira Ascensão, que afirma que "o texto legal, não impede, já hoje, uma interpretação extensiva." Menciona, ainda, Pontes de Miranda, que já admitia interpretação extensiva do art. 666 do Código Civil de 1916, que tratava dos limites dos direitos autorais. Justifica também a interpretação extensiva como forma de adequação da legislação às transformações sociais, no caso, tecnológicas. Ao final, o relator conclui pela interpretação extensiva dos limites estabelecidos na legislação. [833]

Esta decisão, formidavelmente esquecida pelos defensores da interpretação restritiva, aponta os caminhos do entendimento equilibrado dos limites. Esclarece o vínculo dos limites com os interesses da coletividade e, a partir de sua fundamentação, no que acompanha as decisões anteriormente analisadas neste espaço, funcionaliza a compreensão destes limites. Corrobora, portanto, com a vigência da interpretação extensiva dos limites aos direitos autorais.

3.2.2.2 A Declaração do Instituto Max Planck sobre o 'teste dos três passos'

As restrições aos direitos autorais, estabelecidas nas legislações nacionais, devem estar adequadas com o chamado "teste dos três passos", instituído inicialmente na Convenção de Berna [834] e posteriormente no TRIPS/ADPIC (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio). [835] Posteriormente, foi incorporado em outros tratados e instrumentos internacionais e também, diretamente, nas legislações nacionais. [836]

Direcionado aos Estados, na elaboração nacional dos limites, algumas vezes integra a legislação local. De qualquer forma, o "teste dos três passos" é o instrumento balizador dos

[833] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 113.505-RJ. Primeira Turma. Relator: Min. Moreira Alves, Brasília, 28 de fevereiro de 1989. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30 mar. 2010.
[834] O artigo 9.2 da Convenção de Berna dispõe: "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".
[835] Estabelece o art. 13: "Os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito".
[836] MAX PLANCK Institute For Intelectual Property, Competition and Tax Law. *Declaração Uma Interpretação Equilibrada Do "Teste Dos Três Passos" Do Direito De Autor*. Trad. Edson Beas Rodrigues Jr., Revisão de Denis Barbosa e Fabíola Zibetti. Disponível em: <http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/declaration_three_step_test_final_portuguese.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2010.

limites. Caso contrariem suas diretrizes, os Estados ficam sujeitos às sanções internacionais, principalmente junto à Organização Mundial do Comércio (OMC).

Recentemente foi objeto de uma Declaração, promovida pelo Instituto Max Planck [837], em prol de uma interpretação equilibrada desta norma. Com uma substancial lista de subscritores, teve aceitação positiva no meio acadêmico, principalmente no continente europeu. [838]

A motivação anunciada pelos promotores da Declaração [839] foi, em primeiro lugar, a decisão da OMC sobre o artigo 110, inc. 5º, da legislação americana que autorizava a execução pública gratuita nos estabelecimentos comerciais de pequeno porte, uma vez que a painel de arbitragem expressamente, "adotou um enfoque econômico e parece ter deixado um espaço limitado para que os Estados equilibrem os interesses dos titulares de direitos com outros interesses opostos de fundamental importância". A Declaração foi igualmente motivada por decisões de tribunais nacionais que aplicaram o teste desequilibradamente, como fez, por exemplo, a 1ª Câmara de Direito Cível da Suprema Corte da França em 2006.[840]

A pedido da União Europeia, a OMC estabeleceu um painel para analisar se as modificações inseridas na legislação americana através do *Fairness in Music Licensing Act*, que autorizavam a execução pública gratuita e sem remuneração de música em pequenos empreendimentos (restaurantes, bares e lojas), dependendo da área total, e em qualquer estabelecimento de acordo com o equipamento utilizado e permitia, ainda, que pequenas empresas utilizando equipamentos caseiros fizessem o mesmo. Análises feitas, o painel decidiu que a primeira questão infringia o 'teste dos três passos', enquanto que o segundo caso não. [841]

---

[837] MAX PLANCK Institute For Intelectual Property, Competition and Tax Law. *Declaração Uma Interpretação Equilibrada Do "Teste Dos Três Passos" Do Direito De Autor*. Trad. Edson Beas Rodrigues Jr., Revisão de Denis Barbosa e Fabíola Zibetti. Disponível em: <http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/declaration_three_step_test_final_portuguese.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2010.

[838] MAX PLANCK Institute For Intelectual Property, Competition and Tax Law. Declaration: A Balanced Interpretation of the 'Three-Step Test' in Copyright Law. Subscribers. Disponível em: <http://www.ip.mpg.de/ww/de/pub/aktuelles/declaration_on_the_three_step_/list_of_supporters.cfm>. Acesso em: 03 mar. 2010.

[839] São eles: Christophe Geiger, Professor e Diretor do Centre for International Intellectual Property Studies, Universidade de Estrasburgo, França; Jonathan Griffiths, Professor doFaculdade de Direito Queen Mary da Universidade de Londres, Reino Unido; e Reto M. Hilty, Diretor no Instituto Max Planck para o Direito de Propriedade Intelectual, Concorrencial e Tributário, Munique, Alemanha.

[840] MAX PLANCK Institute For Intelectual Property, Competition and Tax Law. *Declaração Uma Interpretação Equilibrada Do "Teste Dos Três Passos" Do Direito De Autor*. Trad. Edson Beas Rodrigues Jr., Revisão de Denis Barbosa e Fabíola Zibetti. Disponível em: <http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/declaration_three_step_test_final_portuguese.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2010.

[841] O painel apontou que "the "business" exemption provided for in sub-paragraph (B) of Section 110(5) of the US Copyright Act did not meet the requirements of Article 13 of the TRIPS Agreement and was thus inconsistent with Articles 11*bis*(1)(iii) and 11(1)(ii) of the Berne Convention (1971) as incorporated into the TRIPS Agreement by Article 9.1 of that Agreement. The panel noted, *inter alia*, that a substantial majority of eating and drinking establishments and close to half of retail

Sobre o primeiro dos três passos, o painel concluiu que: a) os objetivos da política pública não especificamente qualificam um caso como especial, embora a decisão possa servir para fazer inferências sobre o que sejam casos especiais; b) a legitimidade de um limite não pode ser questionada com base neste passo; e c) que estes devem ser claramente definidos e limitados no conteúdo e alcance [842], devendo também ser analisado o alcance da limitação em relação aos usuários em potencial. [843]

Na busca por identificar se há um conflito entre a limitação e a exploração normal da obra, o painel aponta para o fato de que "normal" significa algo menos que o uso pleno ou absoluto dos direitos de exclusividade [844], e que a atividade em questão (amplificar transmissões musicais) tem finalidade comercial, mesmo que o cliente não esteja pagando diretamente por isso. [845] O painel, principalmente, compreendeu este passo como impeditivo às limitações que correspondam a uma concorrência com a exploração da obra. [846]

---

establishments were covered by the business exemption." E que "the "homestyle" exemption provided for in sub-paragraph (A) of Section 110(5) of the US Copyright Act met the requirements of Article 13 of the TRIPS Agreement and was thus consistent with Articles 11*bis*(1)(iii) and 11(1)(ii) of the Berne Convention (1971) as incorporated into the TRIPS Agreement by Article 9.1 of that Agreement. Here, the panel noted certain limits imposed on the beneficiaries of the exemption, permissible equipment and categories of works as well as the practice by US courts". ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. WT/DS160/R. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds160_e.htm>. Acesso em: 30 jan. 2010.

[842] "In our view, the first condition of Article 13 requires that a limitation or exception in national legislation should be clearly defined and should be narrow in its scope and reach. On the other hand, a limitation or exception may be compatible with the first condition even if it pursues a special purpose whose underlying legitimacy in a normative sense cannot be discerned. The wording of Article 13's first condition does not imply passing a judgment on the legitimacy of the exceptions in dispute. However, public policy purposes stated by law-makers when enacting a limitation or exception may be useful from a factual perspective for making inferences about the scope of a limitation or exception or the clarity of its definition". ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. WT/DS160/R, p. 34. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds160_e.htm>. Acesso em: 30 jan. 2010.

[843] "We agree with the European Communities that it is the scope in respect of potential users that is relevant for determining whether the coverage of the exemption is sufficiently limited to qualify as a "certain *special* case". ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. WT/DS160/R, p. 34. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds160_e.htm>. Acesso em: 30 jan. 2010.

[844] "If normal exploitation were equated with full use of all exclusive rights conferred by copyrights, the exception clause of Article 13 would be left devoid of meaning. Therefore, "normal" exploitation clearly means something less than full use of an exclusive right". ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. WT/DS160/R, p. 44. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds160_e.htm>. Acesso em: 30 jan. 2010.

[845] "We also note that the amplification of broadcast music will occur in establishments such as bars, restaurants and retail stores for the commercial benefit of the owner of the establishment. Both parties agree on the commercial nature of playing music even when customers are not directly charged for it". ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. WT/DS160/R, p. 46. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds160_e.htm>. Acesso em: 30 jan. 2010.

[846] "Thus it appears that one way of measuring the normative connotation of normal exploitation is to consider, in addition to those forms of exploitation that currently generate significant or tangible revenue, those forms of exploitation which, with a certain degree of likelihood and plausibility, could acquire considerable economic or practical importance." 6.181: "In contrast, exceptions or limitations would be presumed not to conflict with a normal exploitation of works if they are confined to a scope or degree that does not enter into economic competition with non-exempted uses." 6.183: "We believe that an exception or limitation to an exclusive right in domestic legislation rises to the level of a conflict with a normal exploitation of the work (i.e., the copyright or rather the whole bundle of exclusive rights conferred by the ownership of the copyright), if uses, that in principle are covered by that right but exempted under the exception or limitation, enter into economic competition with the ways that right holders normally extract economic value from that right to the work (i.e., the copyright) and thereby deprive them of significant or tangible commercial gains". ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. WT/DS160/R, p. 48. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds160_e.htm>. Acesso em: 30 jan. 2010.

O último dos passos do teste internacional a que são submetidas as exceções e limitações (não causar prejuízo injustificado aos titulares), é também analisado em termos econômicos pelo painel, que aponta em sua interpretação que o prejuízo aos interesses legítimos dos titulares alcança o nível de não razoabilidade quando causa ou pode causar danos econômicos desarrazoados. [847]

Na primeira decisão de um país da União Europeia tratou-se da oposição entre a cópia privada e as medidas tecnológicas de proteção. [848] O caso específico enfrentou a questão com relação a um DVD, onde o usuário adquirente do produto quis fazer uma cópia privada para fins particulares, tendo sido impedido em razão das medidas tecnológicas. [849]

Na primeira instância, a Corte não acatou os argumentos do usuário alegando que este não tem propriamente um direito à cópia privada. Em sede de apelação a decisão foi revertida e, embora afirmando que o usuário não tem propriamente um direito à cópia privada, asseverou que as restrições aos limites legais só podem ser efetuadas de acordo com o legalmente estabelecido [850], afastando a possibilidade de ulterior esvaziamento dos limites por atos inter-privados.

Em uma decisão muito rápida, mesmo para padrões franceses, a Suprema Corte deste país decidiu o caso em apenas 10 meses após o acórdão da apelação ter sido julgado. [851] A Corte reformou a decisão argumentando abstratamente que os atos ferem o teste dos três passos, fazendo referência ao artigo 9.2 da Convenção de Berna, porque conflitam com a exploração normal da obra. Sem explicitar o que compreende pelo segundo passo do teste, satisfaz-se em apontar que este "deve ser considerado sob à luz dos riscos inerentes ao ambiente digital com relação à proteção dos direitos autorais e sob à luz da importância econômica que a exploração da obra em DVD representa na cobertura dos custos de

[847] "The crucial question is which degree or level of "prejudice" may be considered as "unreasonable" given that, under the third condition, a certain amount of "prejudice" has to be presumed justified as "not unreasonable". In our view, prejudice to the legitimate interests of right holders reaches an unreasonable level if an exception or limitation causes or has the potential to cause an unreasonable loss of income to the copyright owner". ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. WT/DS160/R, p. 48. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds160_e.htm>. Acesso em: 30 jan. 2010.
[848] GEIGER, Christophe. The Private Copy Exception, an Area of Freedom (Temporarily) Preserved in the Digital Environmental. In: *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 37, n. 1, Munique, Alemanha: Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, 2006, p. 75-76.
[849] GEIGER, Christophe. The three-step-test: a threat to a balanced copyright law?. In: *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 37, n. 6, Munique, Alemanha: Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, 2006, p. 684.
[850] *Id. Ibid.*, p. 685.
[851] *Id. Ibid.*, p. 686.

produção" [852]. Contudo, argumenta-se que cabe ao titular provar que a atividade econômica é ameaçada pela cópia privada, o que não foi o caso. [853]

A aplicação do "teste dos três passos" pela Corte francesa não foi satisfatória, porque desequilibrada em favor do titular, em desconsideração da legislação e da interpretação coordenada dos três passos, sendo cada um dos passos isoladamente um parâmetro a ser considerado em conjunto com os demais. [854]

A estas decisões reagiram, inicialmente, os pesquisadores de diversas universidades européias, que foram acompanhados por vários outros de localidades diversas. Este movimento resultou em uma Declaração, intitulada "Uma interpretação equilibrada do Teste dos Três Passos para os Direitos Autorais", e em suas subscrições.

A Declaração observa, logo no início, as substanciais mudanças causadas pelas transformações tecnológicas tanto na função como na efetividade dos direitos autorais, tanto para titulares como para usuários. Também lembra que a harmonização internacional dos direitos autorais busca assegurar aos titulares a possibilidade de extraírem os maiores benefícios dos "novos meios de exploração e modelos de negócios" e "serve aos interesses dos países exportadores de bens protegidos de estabelecer um ambiente comercial seguro e previsível"[855].

Reconhecendo a necessidade de atentar para as necessidades locais, afirma que "exceções e limitações aos direitos de autor, estabelecidas em função das necessidades domésticas, oferecem o mecanismo legal mais importante para se alcançar, na esfera nacional, um equilíbrio apropriado e independente de interesses". [856]

Antes de assinalar seus objetivos, a Declaração faz uma série de considerações extremamente importantes, até pelo respaldo intelectual que angariou no meio acadêmico internacional. Neste sentido, aponta que o interesse público nos direitos de autor é satisfeito quando "estabelece incentivos importantes para a criação e disseminação de novas obras ao público em geral", mas que não "não estará bem servido se o direito de autor negligenciar os

---

[852] GEIGER, Christophe. The three-step-test: a threat to a balanced copyright law?. In: *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 37, n. 6, Munique, Alemanha: Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, 2006, p. 691.
[853] *Id. Ibid.*, p. 693.
[854] *Id. Ibid.*, p. 697-698.
[855] MAX PLANCK Institute For Intelectual Property, Competition and Tax Law. *Declaração Uma Interpretação Equilibrada Do "Teste Dos Três Passos" Do Direito De Autor*. Trad. Edson Beas Rodrigues Jr., Revisão de Denis Barbosa e Fabíola Zibetti. Disponível em: <http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/declaration_three_step_test_final_portuguese.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2010.
[856] MAX PLANCK Institute For Intelectual Property, Competition and Tax Law. *Declaração Uma Interpretação Equilibrada Do "Teste Dos Três Passos" Do Direito De Autor*. Trad. Edson Beas Rodrigues Jr., Revisão de Denis Barbosa e Fabíola Zibetti. Disponível em: <http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/declaration_three_step_test_final_portuguese.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2010.

interesses mais gerais dos indivíduos e grupos da sociedade". Ressalta, ainda, que o equilíbrio é um objetivo geral da regulação da propriedade intelectual, enunciado tanto no art. 7º do Acordo TRIPS, como no preâmbulo do Tratado de Direitos Autorais da Organização Mundial de Propriedade Intelectual. [857]

Sobre a relevância das limitações para a conciliação entre os interesses individuais e coletivos assevera a Declaração que são o "instrumento legal mais importante para se reconciliar os direitos dos autores com os interesses patrimoniais do público em geral. [858] Por fim, mas não menos relevante, afirma sobre a aplicação do teste que esta demanda "uma interpretação conjunta e abrangente de seus passos", sem priorizar qualquer das etapas, para evitar que se afaste do equilíbrio necessário entre os interesses envolvidos. [859] Ressaltando o respeito às diferenças nacionais, à liberdade e discricionariedade dos legisladores nacionais, expõe que o objetivo da Declaração é propor uma interpretação "apropriadamente equilibrada do teste dos três passos". [860]

A Declaração em si consiste em quatro observações preliminares e seis pontos específicos, que pelo seu conteúdo e relevância merecem ser transcritos na íntegra, conforme se segue

> Os Signatários,
> - Reconhecendo que os regimes internacionais, regionais e nacionais de direito de autor se fundam, com freqüência cada vez maior, no Teste dos Três Passos;
> - Considerando que certas interpretações do Teste dos Três Passos, adotadas na esfera internacional são indesejáveis;
> - Notando que, ao aplicarem o Teste dos Três Passos, os juízes e legisladores nacionais vêm sendo equivocadamente influenciados por interpretações restritivas do Teste;
> - Considerando desejável estabelecer a interpretação do Teste dos Três Passos, a partir de uma fundamentação equilibrada,
> Declaram:
> 1. O Teste dos Três Passos constitui um todo indivisível.
> Os três passos do teste devem ser considerados conjuntamente, em uma avaliação geral e abrangente

[857] MAX PLANCK Institute For Intelectual Property, Competition and Tax Law. *Declaração Uma Interpretação Equilibrada Do "Teste Dos Três Passos" Do Direito De Autor*. Trad. Edson Beas Rodrigues Jr., Revisão de Denis Barbosa e Fabíola Zibetti. Disponível em: <http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/declaration_three_step_test_final_portuguese.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2010.
[858] MAX PLANCK Institute For Intelectual Property, Competition and Tax Law. *Declaração Uma Interpretação Equilibrada Do "Teste Dos Três Passos" Do Direito De Autor*. Trad. Edson Beas Rodrigues Jr., Revisão de Denis Barbosa e Fabíola Zibetti. Disponível em: <http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/declaration_three_step_test_final_portuguese.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2010.
[859] MAX PLANCK Institute For Intelectual Property, Competition and Tax Law. *Declaração Uma Interpretação Equilibrada Do "Teste Dos Três Passos" Do Direito De Autor*. Trad. Edson Beas Rodrigues Jr., Revisão de Denis Barbosa e Fabíola Zibetti. Disponível em: <http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/declaration_three_step_test_final_portuguese.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2010.
[860] MAX PLANCK Institute For Intelectual Property, Competition and Tax Law. *Declaração Uma Interpretação Equilibrada Do "Teste Dos Três Passos" Do Direito De Autor*. Trad. Edson Beas Rodrigues Jr., Revisão de Denis Barbosa e Fabíola Zibetti. Disponível em: <http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/declaration_three_step_test_final_portuguese.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2010.

> 2. O Teste dos Três Passos não exige que as limitações e exceções sejam interpretadas restritivamente, devendo ser interpretadas em consonância com seus objetivos e propósitos.
> 3. A restrição do Teste às limitações e exceções dos direitos de exclusivo a certos casos especiais não impede, quando possível dentro do sistema legal a que se vinculam:
> (a) os legisladores de introduzirem limitações e exceções abertas, desde que seu escopo seja razoavelmente previsível; ou
> (b) os tribunais de,
> - aplicarem limitações e exceções enunciadas em lei *mutatis mutandis* a circunstâncias factuais similares, ou
> - estabelecerem novas limitações ou exceções.
> 4. Limitações e exceções não conflitam com a exploração normal da matéria protegida, se
> - forem fundadas em interesses concorrentes importantes ou
> - tiverem o efeito de se contrapor a restrições não-razoáveis à concorrência, notadamente em mercados secundários, particularmente quando compensação adequada for assegurada, seja ou não por meios contratuais.
> 5. Ao se aplicar o Teste dos Três Passos, devem-se tomar em consideração os interesses dos titulares originários de direitos, assim como os dos titulares subseqüentes de direitos.
> 6. O Teste dos Três Passos deve ser interpretado de maneira a respeitar os interesses legítimos de terceiras partes, inclusive
> - interesses derivados de direitos humanos e liberdades fundamentais;
> - interesses sobre competição, notadamente em mercados secundários; e
> - outros interesses públicos, sobretudo aqueles concernentes ao progresso científico, cultural, social ou ao desenvolvimento econômico. [861]

O conjunto de aspectos abordados na Declaração é de grande relevância para a compreensão das possibilidades nacionais diante da progressiva harmonização internacional. É também importante ao reconhecer a necessidade premente de permanente equilíbrio entre os interesses dos criadores, dos investidores e da sociedade, que devem ser conjuntamente considerados na análise dos limites nos casos concretos. Não menos relevo há na adoção da posição de que a norma em questão deve ser interpretada de maneira a respeitar os demais direitos fundamentais, as normas concorrenciais e outros interesses públicos como, por exemplo, o desenvolvimento cultural. Sugere, ainda, a necessidade de instrumentos que obriguem à consideração de interesses outros que não unicamente dos titulares, como faz o teste ao limitar as restrições a estes atores. Por fim, destaca-se a funcionalização da interpretação do próprio teste em prol do equilíbrio necessário.

Em razão deste conjunto de aspectos, identifica-se este trabalho com os paradigmas e diretrizes desta análise com relação às possibilidades de aplicação e interpretação do 'teste dos três passos' permitida aos Estados nacionais.

---

[861] MAX PLANCK Institute For Intelectual Property, Competition and Tax Law. *Declaração Uma Interpretação Equilibrada Do "Teste Dos Três Passos" Do Direito De Autor*. Trad. Edson Beas Rodrigues Jr., Revisão de Denis Barbosa e Fabíola Zibetti. Disponível em: <http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/declaration_three_step_test_final_portuguese.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2010.

3.2.3 As justificativas das limitações

O direito de acesso é um direito fundamental cultural constitucional e internacionalmente reconhecido. Enquanto a determinação constitucional é pela ampla liberdade, a exceção é a restrição ao acesso. Assim, os direitos patrimoniais de autor conformam uma exceção dentro da perspectiva libertária dos direitos culturais, dos quais é espécie. Em razão do direito de participação cultural e do direito de acesso aos bens culturais o que é, de fato, limitada é a exclusividade e não a liberdade de acesso. [862]

A inversão desta lógica ofende a Constituição quando retira ou esvazia a funcionalidade da proteção e do exercício dos direitos autorais. Ao assegurar a proteção às criações, não afastou o constituinte a garantia de acesso nem o exercício dos direitos culturais. No plano internacional, os tratados de direitos fundamentais, como a Convenção Universal de Direitos Humanos, enunciam, no artigo 27, em conjunto, tanto os direitos culturais como os autorais. [863]

O direito de acesso aos bens culturais, o contínuo dever de engrandecimento do patrimônio cultural brasileiro, a livre participação cultural e o pleno exercício dos direitos culturais justificam os próprios direitos patrimoniais do autor, ao mesmo tempo em que funcionalizam tanto a extensão como o exercício destes direitos patrimoniais. Os direitos autorais são, portanto, embebidos nos direitos culturais.

Porém, o recurso aos direitos fundamentais culturais – *stricto sensu*, conforme apresentados neste trabalho - não é suficiente para compreender o conjunto de limitações que devem ser concebidas para se alcançar o desejado equilíbrio entre os diversos conteúdos sócio-normativos afetados pela proteção autoral.

O exercício da titularidade dos direitos autorais – em especial, mas não exclusivamente, os patrimoniais – não se dá à exclusão dos demais direitos igualmente constitucionais e fundamentais, como à informação, à educação, à liberdade de manifestação cultural e criativa ou do consumidor, nem pode contrapor-se aos objetivos e princípios

---

[862] As análises econômicas, bastante desenvolvidas no sistema de *copyright*, partem do mesmo pressuposto, mas por razões diferentes. Consideram a propriedade intelectual como uma necessidade econômica para corrigir a 'falha de mercado', que em condições normais permite sua reprodução e utilização sem restrições. A propriedade intelectual busca corrigir esta falha atribuindo uma exclusividade temporária ao titular, para que possa explorar o produto sem concorrência.

[863] Dispõe o art. 27, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização Das Nações Unidas, o seguinte: "1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios. 2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor".

republicanos do Estado, como a inclusão, cidadania, democracia e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, devendo compor-se ainda com o direito à livre iniciativa e à livre concorrência. [864]

O que se impõe, tanto no ordenamento jurídico pátrio como em inúmeros Estados nacionais, é a composição equilibrada entre estas normas e a rejeição da visão "santificada" dos direitos autorais como superiores aos demais direitos fundamentais. [865] O caminho para tal conciliação parte da análise das circunstâncias casuísticas e da percepção da existência de diversos interesses, principalmente de conteúdo social, que se constituem em direitos fundamentais constitucionais que podem ser – e regularmente o são – afetados pelo exercício dos direitos autorais, e utiliza-se, neste trabalho, do método da ponderação para alcançar a melhor solução possível.

Os limites à extensão e exercício dos direitos autorais se justificam precisamente nos próprios direitos fundamentais [866], que expressam interesses necessários à ampla proteção da pessoa e refletem, pois, suas várias dimensões. Representam aspectos existenciais sociais da formação pessoal e não podem, assim, ser relegados à condição de inferioridade frente às posições subjetivas patrimoniais, ou mesmo às pessoais, que, contudo, fogem ao escopo desta pesquisa.

É, portanto, o próprio interesse público primário [867], representativo que é dos interesses maiores da coletividade [868], que justifica as limitações. A legitimidade e

---

[864] Bruno Lewicki afirma que "de maneira imediatamente visível, a Constituição protege aspectos que têm destacado relevo para a hermenêutica das limitações, como a questão concorrencial e a defesa dos interesses do consumidor. Quando tratamos das limitações expressas pela lei brasileira, contudo, restou claro que todas aquelas manifestações traduzem valores e princípios constitucionais, tais como o direito à informação, à educação, à cultura, a defesa da imagem, a integração das pessoas portadoras de deficiência, a liberdade de expressão artística, intelectual e científica e o objetivo fundamental de desenvolvimento da nação". LEWICKI, Bruno Costa. *Limitações aos direitos de autor:* releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo. 2007. 299 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 186.

[865] Este argumento não serve "como critério de desempate, ao gosto de parte da doutrina mais tradicional, que conseguiria afastar as limitações apontando para uma suposta 'superioridade hierárquica' advinda da matriz constitucional dos direitos de autor". *Id. Ibid.*, p. 186-187.

[866] Christophe GEIGER relata que "the continuing expansion of intellectual property rights outside their traditional bounds has a tendency to obscure that they are, by their very nature, limited. This misunderstanding of essential principles of intellectual property and their internal equilibrium makes it necessary for judges to intervene more frequently and invoke external rules - such as the fundamental rights - in order to correct the slide towards protection, thereby reestablishing the proper balance of interests. This article undertakes to show that seeking refuge in fundamental rights in intellectual property litigation is not to be feared but, instead, should be encouraged. It restores the proper function of intellectual property rights and, at the same time, secures a coherence, which the law (or its understanding) lately seemed to have lost" (Fundamental rights, a safeguard for the coherence of intellectual property law? In: *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, n. 3., Munique, Alemanha: Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, 2004, p. 268). Neste sentido ver, ainda, *Idem*, Copyright and free Access to information: for a fair balance of interests in a globalised world. In: *European Intellectual property Review*, vol. 28, n. 7, Londres: Sweet & Maxwell, 2006, p. 366-373; *Idem, Droit d'auteur et droit du public à l'information.* Paris: Litec, 2004; ZOLLINGER, Alexandre, *Droit d'auteur e droit de l'Homme*. França: Université de Poitiers, 2008.

[867] Sobre a diferença entre interesse do Estado e o interesse público primário indispensável a leitura de SARMENTO, Daniel. Interesses públicos *vs*. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados:* desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 23 e ss.

obrigatoriedade dos limites são asseguradas porque representam direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

As limitações constituem-se em deveres para os sujeitos na posição subjetiva de titulares e são também amparadas pela norma geral da função social da propriedade [869], que confirma a existência de deveres em todas as situações subjetivas proprietárias, inclusive as patrimoniais autorais.

A proteção dos direitos autorais não pode ser compreendida se não através de uma interpretação sistemática, teleológica e axiológica do ordenamento jurídico, onde a Constituição Federal é seu vértice e os direitos fundamentais o ponto de partida para integração de todas as demais normas, cujo conteúdo legitimam.

Como demonstrado, a interpretação dos usos livres foi (com relação ao Código Civil de 1916), continuou a ser (com a Lei 5.988/73) e continua sendo (na vigência da Lei 9.610/98) extensiva. Em que pese algumas posições afirmando a maior amplitude dos direitos individuais dos titulares na Lei 9.610/98 frente às anteriores, carece de argumentos e embasamentos sólidos a proposição de interpretação restritiva quanto aos limites. Os defensores da restritividade prendem-se à idéia de que a autorização e remuneração abrangem toda e qualquer situação. É uma conclusão que só é possível a partir de um viés hiper-patrimonialista que torna o intérprete míope ao conjunto de direitos fundamentais igualmente aplicáveis à espécie.

Deste modo, é insustentável a interpretação restritiva dos limites dos direitos autorais expressos na lei especial, porque não legitimada por direitos fundamentais. Somente poder-se-ia admitir uma interpretação restritiva nas situações e na medida em que os direitos fundamentais em questão estivessem plenamente representados em todas as suas dimensões.[870] A dinâmica da realidade social, porém, invalida qualquer pretensão que se baseie na imutabilidade e na estática da ordem social. E isto implica em dizer que, inelutavelmente, a interpretação dos limites continuará sendo extensiva, em razão das próprias demandas da realidade.

---

[868] Luiz Gonzaga Silva ADOLFO aponta para a maximização dos benefícios sociais no Estado Democrático de Direito e para o conceito de mínimo existencial como vetores de uma interpretação principiológica sobre os limites dos direitos autorais, escolhendo três direitos fundamentais (informação, cultura e educação) para provar sua assertiva (*Obras privadas, benefícios coletivos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 409-410).

[869] Nas palavras de Eduardo MANSO: "tais exceções visam, ou devem visar, a satisfação de um interesse social, que, a despeito dos caracteres do direito autoral, sobrepõe-se ao indivíduo-autor, tendo-se em conta, especialmente, a própria função das obras intelectuais" (*Direito Autoral:* exceções impostas aos direitos autorais. São Paulo: José Buschatsky, 1980, p. 270).

[870] Gillian DAVIES aponta que "[…] striking a balance between individual and collective interests is an extremely complex procedure and cannot be done effectively unless account is taken of the possible repercussions in all sectors of society" *(Copyright and the public interest*. Londres: Sweet & Maxwell, 2002, p. 236).

A exacerbação do elemento individual patrimonial, principalmente no que tange ao investimento econômico [871], é reflexo do processo conhecido como neoliberalismo, cujos efeitos na propriedade intelectual foram identificados como sendo um segundo movimento de enclaustramento [872], internacionalmente consagrado com o Acordo TRIPS. [873]

Ao mesmo tempo em que os poderes dos titulares aumentavam, os limites ficavam mais constritos. O resultado foi o desequilíbrio, e os limites – "barômetro da recepção harmoniosa dos direitos autorais na sociedade" – mostraram-se insuficientes para satisfação de sua função social. [874] E a insatisfação social com o desequilibrado balanço de interesses resguardado nas leis de direitos autorais está na raiz de sua crise de legitimidade. [875] O recurso aos direitos fundamentais pode ser de grande auxílio no controle da demasiada expansão dos direitos de propriedade intelectual em geral, no auxílio da recuperação da legitimidade da legislação atual de direitos autorais e na apresentação de soluções para os problemas causados por este movimento. [876]

Suas conseqüências foram percebidas com mais clareza neste século, a partir do avanço da sociedade da informação alavancada pela penetrabilidade social cada vez maior das tecnologias de comunicação, o que impulsionou diversos movimentos de revisão das legislações nacionais. Desta vez, o interesse público tem sido argüido não mais em favor da contínua expansão dos direitos patrimoniais dos titulares, mas em prol da defesa dos interesses do público, da coletividade. [877]

A busca por equilíbrio na proteção dos direitos autorais, que é facilitada pela ênfase no interesse público [878], é um dilema histórico [879] e em constante redefinição. A aceitação da

---

[871] O elemento econômico empresarial refletido na proteção aos direitos autorais motivou o expansionismo proprietário e reestruturou o sistema em prol dos investidores, em detrimento dos autores e público. Conforme se observa em DAVIES, Gillian. *Op. cit.*, p. 238-241.

[872] BOYLE, James. The second enclosure movement and the construction of the public domain. In: *Law & Contemporary Problems*, n. 66, Duke: Duke University, winter/spring, 2003.

[873] Sobre este processo de redimensionamento do sistema e dos interesses albergados, ver exposição de ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito intelectual em metamorfose. In: *Revista de Direito Autoral*, ano II, n. IV, São Paulo: ABDA e Lumen Juris, fev., 2006, p. 3-24.

[874] GEIGER, Christophe. The three-step-test: a threat to a balanced copyright law?. In: *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 37, n. 6, Munique, Alemanha: Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, 2006, p. 695.

[875] HILTY, R. M., GEIGER, C. (Eds.). The Balance of Interests in Copyright Law. In: *Anais da Conferência de Berlim sobre Direitos Autorais e Sociedade da Informação*. Munique, Alemanha: Instituto Max Planck, 2004.

[876] GEIGER, Christophe. Constitutionalising Intellectual property law? The influence of fundamental rights on intellectual property in the European Union. In: *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 37, n. 4, Munique, Alemanha: Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, 2006, p. 371 e ss.

[877] Isto não ocorre apenas com relação aos direitos autorais, mas com todos os ramos da propriedade intelectual. A Declaração sobre Patentes e Acesso aos Medicamentos, a estagnação das negociações da Rodada de Doha, além do Livro Verde sobre limitações da União Europeia e da proposta de tratado internacional de limitações para cegos, são exemplos destes movimentos.

[878] Exemplificando com o caso Americano, Gillian DAVIES indica que: "this emphasis on taking the public interest into account may be said to have played a positive role in striking the balance between authors and other right owners and the general public" *(Copyright and the public interest*. Londres: Sweet & Maxwell, 2002, p. 99).

[879] *Id. Ibid*., p. 235 e ss.

dinâmica dos institutos jurídicos como pressuposto facilita sua adequação às novas realidades, permanentemente em construção. É justamente em razão desta contínua dinâmica que se defende que não só a interpretação dos limites é necessariamente extensiva, mas que, no futuro visível, sempre o serão, pois qualquer taxatividade está fadada à superação.

3.2.4 As políticas públicas de cultura e os direitos autorais

É paradigmático que todas as políticas públicas devem ter como finalidade tanto o interesse público como a proteção e promoção dos direitos fundamentais [880], e, na formulação do que sejam, campo recente de investigação e pesquisa jurídica [881], propõe-se que

> política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados, [...] visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.
> Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva dos meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados. [882]

A esta discussão deve-se também agregar a questão da inserção nacional nesta nova etapa da globalização e o projeto de desenvolvimento adequado para a posição relativa do país frente aos demais países, além do necessário acompanhamento e fiscalização das políticas que objetivam conduzir ao desenvolvimento e inserção internacional. [883]

Com declarado objetivo de reconhecer a relevância dos direitos culturais, o Ministério da Cultura assumiu o compromisso de elaborar políticas públicas com a finalidade primordial de dar densidade e concretude aos direitos culturais, permitindo a sua concretização social e efetivação judicial. Com isso, contribuiu também para a realização fática dos objetivos e fundamentos da República estabelecidos na Constituição Federal.

As políticas públicas de cultura estabelecidas no Brasil – ou em vias de serem estabelecidas – refletem com grande acuidade os direitos culturais. O direito ao pluralismo e a

---

[880] FAITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de Governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas:* Reflexões sobre o Conceito Jurídico. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006, p. 232.
[881] BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas:* reflexões sobre o conceito jurídico. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006, p. 1-2.
[882] *Id. Ibid.*, p. 39.
[883] Sobre este tema são imprescindíveis as análises levadas a cabo no livro coordenado por Eli DINIZ, intitulado *Globalização, Estado e Desenvolvimento*: Dilemas do Brasil no Novo Milênio. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

diversidade está bem refletido no conjunto de políticas públicas desenvolvido pelo Ministério da Cultura. Este paradigma conduz, por exemplo, a elaboração diversificada de editais de fomento, que atentam para a regionalização, a contemplação de uma ampla gama de expressões e manifestações culturais, os diversos estágios de maturação dos artistas e os diversos grupos constituintes da nação. Esta multiplicidade de editais geográfica ou tematicamente delimitados permite a descentralização regional e tópica dos recursos. Os direitos culturais fundamentam também a criação de fundos setoriais para fins de investimento público – como o fundo do audiovisual, o fundo do livro e da leitura e o fundo da música.

O direito à identidade é agraciado nas políticas públicas através do reconhecimento dos diversos grupos componentes da brasilidade, como, por exemplo, a destinação específica de recursos e valoração de suas contribuições culturais e de suas especificidades.

O reforço do direito de acesso se revela na proposta de revisão da lei de fomento cultural, onde o acesso é um dos elementos de obrigatória consideração na avaliação dos projetos, e na recente revisão das contrapartidas pelo financiamento público da produção. Contudo, o mais importante elemento para a consolidação da ampliação e democratização do acesso aos bens culturais, como determina a Constituição, é a revisão da legislação autoral, principalmente no que tange aos limites, insustentavelmente reduzidos na lei especial vigente.

O direito a um patrimônio cultural público rico, plural e preservado é também contemplado na atual política pública cultural. A restauração de obras audiovisuais e do patrimônio público construído e a proteção do patrimônio público imaterial representam positivamente os movimentos de enriquecimento do patrimônio cultural nacional.

A plena consolidação e efetivação dos direitos culturais em todas suas vertentes não dependem unicamente do poder executivo, mas são de responsabilidade de todas as instâncias estatais, com as quais a sociedade civil está obrigada a colaborar. Seus objetivos e formas possíveis são pré-definidos juridicamente, porém é indiscutível o proeminente papel do poder executivo na elaboração do conteúdo e definição dos contornos infraconstitucionais que estes direitos irão assumir no ordenamento nacional. Daí, a importância de políticas públicas consistentes, viáveis e sustentáveis, com destaque para a elaboração e execução do orçamento.

Este conjunto de ações, proposto e executado principalmente pelo Ministério da Cultura desde 2003, tem ainda como efeito a formação de uma legítima expectativa social de continuidade, que passam a ser não só esperadas, mas também exigíveis social e juridicamente do Estado, independente do Governo, em razão da obrigação internacional de

progressiva implantação dos direitos culturais, o que impede o retrocesso da efetivação dos direitos culturais. [884]

Diante do exposto, é possível afirmar que a construção de um denso e efetivo direito da cultura no Brasil, com elaboração de instrumentos de aplicação e viabilização, está sendo conduzida de forma transparente e democrática, consistente com os fundamentos e objetivos da República, de acordo com as finalidades de objetivação dos direitos fundamentais – no caso, culturais – nas estruturas sociais e jurídicas do país e de propiciar sua concreção subjetiva, sendo, ainda, condizente com o conteúdo dos direitos culturais, em que pese a existência de espaços para seu aperfeiçoamento.

Um marco importante no entendimento do atual conjunto de políticas culturais foi a 1ª Conferência Nacional de Cultura, pois, "pela primeira vez, o governo realizou uma consulta pública aos mais variados setores, recolhendo sugestões sobre as quais deveriam ser as diretrizes básicas de um plano nacional na área de cultura" [885]. Além do envolvimento dos vários níveis de governo, foram diversos os segmentos convidados "a refletir sobre o papel da cultura e das ações públicas culturais no cotidiano de sua comunidade" [886]. Deve, porém, ser ressaltado que os caminhos que conduziram as propostas à Conferência devam ser também democráticos e transparentes, para que os resultados não sejam falseados em favor de determinados grupos organizados e interesses particulares.

Nesta Conferência, foram aprovadas sugestões referentes aos direitos autorais. Uma das propostas aprovada na plenária final [887] contém a seguinte diretriz: "Criar um órgão regulador dos direitos autorais com conselho paritário formado por representantes do estado, dos diversos segmentos artísticos nacionais e da sociedade civil". As propostas sugerem ainda a promoção de debates públicos sobre os direitos autorais, a obrigatoriedade de transparência na da gestão coletiva, a construção de um sistema de resolução de conflitos e o acesso universal aos bens e serviços culturais [888] e, também, "promover o debate sobre questões

---

[884] O Pacto de São José da Costa Rica aponta em seu artigo 26, em que trata do desenvolvimento progressivo, que "Os Estados Membros comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados." O Protocolo Adicional sobre os direitos econômicos, sociais e culturais reafirma esta posição logo em seu artigo primeiro, acrescentando que a efetivação destes direitos deve ser feita com o máximo de recursos disponíveis".

[885] CALABRE, Lia. Gestão cultural: análises e perspectivas das propostas da 1ª Conferência Nacional de Cultura. In: CALABRE, Lia. (Org.). *Políticas Culturais*: um campo de estudo. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2008, p. 117.

[886] *Id. Ibid.*, p. 119.

[887] Referente ao eixo I (Gestão Pública e Cultura), sub-eixo I-A (Gestão Descentralizada, Participativa e Transversal).

[888] BRASIL. Ministério da Cultura. *Relatório da 1ª Conferência Nacional de Cultura* – Anexo I: Propostas de Diretrizes Aprovadas na 1ª CNC. Brasília, agosto, 2006, p. 38. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/2006/08/25/relatorio-da-1%C2%AA-cnc/>. Acesso em: 28 dez. 2009.

éticas que resultem na revisão da legislação brasileira de direitos autorais no ambiente digital, de forma a equilibrar os interesses do autor, da indústria e do cidadão comum" [889].

Mais recentemente, a 1ª Conferência Nacional de Comunicação (1ª Confecom) trouxe mais sugestões. Em uma, orienta que "toda a produção de bens culturais financiados integralmente com recursos públicos deve ser distribuída usando licenças e formatos livres, que não tem direito autoral" [890], sendo que o mesmo se estende aos filmes. [891] A demanda pela previsão de que "a utilização de obras protegidas seja remunerada com base em sua efetiva utilização" igualmente formalizaram-se. [892] Há, ainda, o pedido de formulação de "políticas públicas e novo marco regulatório de direitos autorais que permitam a potencialização da produção, acesso e difusão da cultura e informação pelas tecnologias digitais" [893], além de exigências mais específicas. [894]

Em outra proposta, insurge-se a Conferência contra a possibilidade de que medidas de proteção tecnológicas sejam inseridas nas transmissões [895], que aponta para o seu principal problema, qual seja, restringir, dificultar e eliminar os usos livres garantidos em lei e sustentados por direitos fundamentais. Estas medidas ofendem a lógica do próprio ordenamento e dos direitos fundamentais e são perigosas ao permitir a regulação unilateral privada de interesses públicos.

A 2ª Conferência Nacional de Cultura propôs o aprofundamento da discussão sobre os direitos culturais e o acesso aos bens culturais protegidos por direitos autorais. Na visão dos

---

[889] BRASIL. Ministério da Cultura. *Relatório da 1ª Conferência Nacional de Cultura* – Anexo I: Propostas de Diretrizes Aprovadas na 1ª CNC. Brasília, agosto, 2006, p. 46. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/2006/08/25/relatorio-da-1%C2%AA-cnc/>. Acesso em: 28 dez. 2009.

[890] BRASIL. Ministério das Comunicações. *Caderno de Propostas Aprovadas na 1ª Conferência Nacional da Comunicação,* Proposta 401, Brasília, 2009, p. 13. Disponível em: <http://www.confecom.com.br/down/propostas/relatorio_aprovada_completo.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2009.

[891] BRASIL. Ministério das Comunicações. *Caderno de Propostas Aprovadas na 1ª Conferência Nacional da Comunicação,* Proposta 401, Brasília, 2009, p. 59. Disponível em: <http://www.confecom.com.br/down/propostas/relatorio_aprovada_completo.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2009.

[892] BRASIL. Ministério das Comunicações. *Caderno de Propostas Aprovadas na 1ª Conferência Nacional da Comunicação,* Proposta 401, Brasília, 2009, p. 58. Disponível em: <http://www.confecom.com.br/down/propostas/relatorio_aprovada_completo.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2009.

[893] BRASIL. Ministério das Comunicações. *Caderno de Propostas Aprovadas na 1ª Conferência Nacional da Comunicação,* Proposta 370, Brasília, 2009, p. 60. Disponível em: <http://www.confecom.com.br/down/propostas/relatorio_aprovada_completo.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2009.

[894] Proposta 368, Grupo 3: Alteração da legislação de Direito Autoral para garantir a possibilidade de uso das obras protegidas e, para fins de educação, pesquisa e difusão cultural, preservação, interoperabilidade e portabilidade, uso privado de cópia integral sem finalidade comercial. Garantia a supervisão do Estado nas entidades de Gestão Coletiva para estimulo ao licenciamento alternativo e garantia a proteção dos conteúdos em domínio público de modo que estes conteúdos permaneçam livres. BRASIL. Ministério das Comunicações. *Caderno de Propostas Aprovadas na 1ª Conferência Nacional da Comunicação,* Proposta 368 do Grupo 3, Brasília, 2009, p. 60. Disponível em: <http://www.confecom.com.br/down/propostas/relatorio_aprovada_completo.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2009.

[895] BRASIL. Ministério das Comunicações. *Caderno de Propostas Aprovadas na 1ª Conferência Nacional da Comunicação,* Proposta 368 do Grupo 3, Brasília, 2009, p. 13. Disponível em: <http://www.confecom.com.br/down/propostas/relatorio_aprovada_completo.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2009.

organizadores, os direitos culturais abrangem, conforme exposto no documento analisado, o direito à identidade, à diversidade cultural e à livre participação na vida cultural.

Os resultados dessa 2ª Conferência destacam que, dentre os principais desafios contemporâneos na regulamentação dos direitos autorais, encontram-se a adequação ao ambiente digital e sua composição com os direitos culturais e demais direitos fundamentais, e para se adaptar precisará se renovar e "terá de harmonizar-se com o direito à participação na vida cultural, para que a liberdade de acesso e a exclusividade de utilização das obras possam coexistir e equilibrar os interesses públicos e particulares envolvidos." [896]

O Fórum Nacional de Direito Autorais, promovido pela atual Diretoria de Direitos Intelectuais, tem como objetivo auxiliar na formulação da política autoral do Ministério da Cultura. Foram realizados seis seminários entre 2007 e 2009, os quais contaram com a participação da sociedade. [897]

Um aspecto relevante à contextualização da discussão, e bastante debatido no III Congresso de Direitos Autorais e Interesse Público, foi sobre a natureza do processo que resultou na atual lei de direitos autorais em comparação à condução atual dos debates, se arbitrários ou democráticos. Com relação ao momento atual, é indubitável o seu caráter participativo e democrático, uma vez que se estrutura a partir de discussão pública anterior com grande envolvimento da sociedade – a 1ª Conferência Nacional de Cultura – e almeja, através do Fórum Nacional de Direitos Autorais, assegurar participação e voz aos agentes do processo de criação, distribuição e utilização das obras protegidas.

Os alicerces da proposta atual, com o objetivo de alteração da legislação vigente, são os direitos fundamentais previstos constitucional e internacionalmente, e que devem ser equacionados com os direitos autorais, principalmente no que tange ao exercício dos direitos patrimoniais. Assim, cultura, educação, privacidade, liberdade de criação, comunicação, consumidor e concorrência são finalmente compreendidos como direitos com os quais os direitos autorais interagem, com a harmonia devida, mas ainda não encontrada.

O mesmo não pode ser dito sobre a lei atualmente em vigor, elaborada com o objetivo de adequar a legislação autoral às mudanças constitucionais de 1988 e resultado dos projetos de lei formulados entre o fim da década de 1980 e início da década de 1990. [898]

---

[896] BRASIL. Ministério da Cultura. *2ª Conferência Nacional da Cultura.* Texto-Base da Conferência Nacional da Cultura, Brasília, 2009, p. 8-10. Disponível em: <http://blogs.cultura.gov.br/cnc/files/2009/08/Texto-Base.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2009.

[897] BRASIL. Ministério da Cultura. *Fórum Nacional de Direitos Autorais.* Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/2009/10/05/forum-nacional-de-direito-autoral-3/>. Acesso em: 28 dez. 2009.

[898] Desde o primeiro projeto de reformulação da lei anterior – Projeto de Lei (PL) n. 249, do Senador Luiz Viana Filho, de 30 de agosto de 1989 – até a efetiva promulgação da legislação – 19 de fevereiro de 1998 - foram oito anos e meio. Em 1992, o

Desde a entrada na Câmara dos Deputados até a designação do relator na Comissão Especial foi um total de sete anos sem qualquer encaminhamento substancial, sendo o primeiro destes anos na Comissão de Constituição e Justiça. Desconsiderando o primeiro ano de tramitação, onde foi aprovado pelo Senado, pode-se com firmeza afirmar que apenas seis meses dos sete anos e meio na Câmara Federal foram dedicados a debates com algum grau de relevância. [899] Esta rapidez é mais surpreendente ainda quando se recorda que o segundo semestre do ano foi o período da campanha eleitoral à primeira reeleição para os cargos executivos, inclusive à presidência, e da crise econômica, denominada então de crise asiática, que atingiu o país.

É certo que, neste período, poucos, mesmo os interessados diretos, estavam atentos ao andamento do projeto. Esta carência de debate é revelada, por exemplo, quando artistas renomados, ao tomar consciência do conteúdo do substitutivo do relator, tiveram de agir rapidamente para evitar a aprovação das condições dos contratos sob encomenda inseridos no substitutivo ao projeto, que atribuíam a titularidade dos direitos patrimoniais aos contratantes e empregadores, salvo disposição em contrário. [900] Ao final, os direitos do público fundados nos demais direitos fundamentais não foram representados, tendo sido, portanto, menosprezados.

A fim de dificultar e tentar impedir a consulta sobre a legislação atual com vistas a uma revisão pontual, os principais argumentos avançados remetem ao longo processo de discussão e maturação do projeto que resultou na lei atual; ao fato de pouco tempo ter se passado para que a legislação seja compreendida pela população; que o debate atual é autoritário e incorpora interesses supostamente alheios às questões de direitos autorais, como os usuários – em sua visão; que os movimentos do Ministério são reflexos de interesses econômicos maiores (provedores, redes de televisão, etc.); que almeja reduzir os direitos autorais consagrados, sob o nome de flexibilização; e, por fim, que o governo pretende promover uma intervenção estatizante nas relações de direito autoral.

Deputado José Genoíno propôs o PL n. 3.456, que ao final foi prejudicado pela aprovação do substitutivo do relator na Comissão Especial.

[899] Os trâmites iniciais no Senado Federal foram rápidos e em menos de um ano o projeto aprovado havia sido encaminhado à Câmara Federal para apreciação. Em que pesem todo este tempo até a votação, poucos movimentos burocráticos e nenhum substancial, foram observados na Câmara entre 1990 e 1997, tendo a proposta de lei permanecida de agosto de 1992 a setembro de 1996 somente na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI), quando foi então criada uma Comissão Especial, que somente recebeu o projeto em 12 de agosto de 1997, e apontou o relator, Deputado Aluysio Nunes Ferreira, no dia seguinte. O projeto foi aprovado no Plenário da Câmara dos Deputados em apenas quatro meses após a data de designação do relator na Comissão Especial formada especificamente para este fim, que apenas ocorreu em agosto de 1997. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>. Acesso em: 23 set. 2009.

[900] Esta situação, legendária, foi publicamente descrita por Eduardo Pimenta, em sua apresentação no III Congresso de Direitos Autorais e Interesse Público.

Não é estranho que participantes beneficiados pela estrutura atual da legislação queiram evitar sua discussão e possível revisão. Mas é contra-factual a defesa do processo de elaboração da Lei n. 9.610/98 como sendo um de amplo, democrático e extenso debate participativo.

Equivocam-se os defensores desta tese na medida em que, ao descortinar o caminho que levou à atual legislação, observa-se não um debate aberto, mas uma negociação de bastidores, onde as maiores influências foram da indústria - a musical em especial, das entidades de gestão coletiva e dos dirigentes de determinadas associações. Os prazos de tramitação e as declarações dos oponentes da discussão atual nos informam desta conclusão. Justamente em razão disso a legislação atual não representa equitativamente os diversos interesses afetados pela norma autoral, contendo inúmeras imperfeições, que precisam ser corrigidas.

Durante os atuais quase doze anos de vigência da lei, houve um aumento considerável do número de questões discutidas no judiciário e da insatisfação com o marco legal, tanto por parte de artistas como por parte dos usuários. Este cenário nada mais é que um reflexo dos conflitos e insegurança jurídica causada por uma norma socialmente desequilibrada – uma vez que reflete desproporcionalmente os interesses sociais relevantes e direitos fundamentais pertinentes.

Ora, em um Estado Democrático de Direito, uma ponderação qualitativamente bem elaborada, com a manutenção do núcleo essencial dos direitos fundamentais confrontados, conduz ao equilíbrio das relações e dos interesses em jogo reduzindo os conflitos e custos sociais. Ao contrário, uma legislação desequilibrada, que favorece determinados interesses em prejuízo de outros legitimamente ancorados na Constituição, alimenta conflitos e, consequentemente, aumenta os custos sociais e financeiros de efetivação da norma.

O que assegura a eficácia de uma norma em um Estado Constitucional é justamente a legitimidade social que angaria, quando razoavelmente reflete os anseios da sociedade. Ponderar os diversos interesses sustentados nos direitos fundamentais constitucionais, e servir ao máximo a todos, é uma obrigação do Estado.

Equilibrar a proteção dos direitos autorais, assegurando ao autor o reconhecimento pela autoria e a fruição econômica das obras, aos investidores segurança jurídica para o exercício de sua atividade econômica e aos usuários o exercício pleno dos direitos fundamentais à educação e cultura, além do respeito à privacidade, ao direito do consumidor e à concorrência, são os desafios de hoje para os direitos autorais no Brasil.

A urgência das alterações tem por finalidades essenciais a superação dos conflitos cada vez mais exacerbados e socialmente custosos; a impostergável adaptação ao ambiente digital e às demandas da sociedade do conhecimento; o imprescindível ajuste entre as políticas externa e interna neste âmbito; e, principalmente, a obrigatória adequação da legislação ordinária especial à realização dos direitos fundamentais até então ignorados no campo autoral. Por estes motivos, modificar a legislação é um dever inelutável dos poderes públicos.

A necessidade de constante adaptação dos diplomas legislativos às transformações sociais é uma realidade que afeta todos os ordenamentos jurídicos. Setores com forte ligação com o desenvolvimento das tecnologias sofrem maior impacto. Os direitos autorais encontram-se neste domínio. A obrigação de adequação da legislação pátria às novas dinâmicas sociais, em grande parte causada pela penetrabilidade social das novas tecnologias de comunicação, é inadiável.

A legislação autoral vigente é ainda reflexo da onda neoliberal que alimentou contínuos movimentos de enclaustramento. Sua tramitação ganhou impulso apenas após a incorporação do TRIPS no ordenamento pátrio. Sua formação foi unilateral e direcionada por alguns titulares diretamente interessados. Por isso mesmo provocou sérios desequilíbrios no sistema de proteção, gerou efeitos nocivos para a circulação e usos destas obras, criou injustificados obstáculos à circulação destes bens que, em conjunto, resultaram em contestações à sua legitimidade.

Em que pese não ser a única mudança postulada, por insuficiente, e que deve ser complementada por uma reformulação da interpretação jurídica [901], alguns motivos impelem à conclusão da urgência de reformulação legislativa da norma especial. Este movimento está em plena sintonia com as reformas em grande número de países e na União Europeia.

A urgência das alterações tem por finalidades essenciais a superação dos conflitos cada vez mais exacerbados e socialmente custosos; a impostergável adaptação ao ambiente digital e às demandas da sociedade do conhecimento; o imprescindível ajuste entre as políticas externa e interna neste âmbito – que inclusive conta com uma sugestão contida em estudo da OMPI para que os países em desenvolvimento utilizem das possibilidades estabelecidas nos instrumentos internacionais no que se refere às limitações; e, principalmente, a imprescindível adequação da legislação ordinária especial à realização dos

[901] "We therefore conclude that any proposal that focuses solely on the need for legislative reform should be treated with caution and that without a change in judicial attitudes the introduction of a fair use defense might achieve little". BURRELL, Robert; COLEMAN, Allison. *Copyright exceptions:* the digital impact. Reino Unido, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 9.

direitos fundamentais até então ignorados no campo autoral. Por estes motivos é um dever inelutável dos poderes públicos.

3.3 O exercício dos direitos culturais e seus efeitos sobre a extensão dos direitos patrimoniais de autor

A relevância alcançada pelo audiovisual na comunicação contemporânea, com a conversão nesta mídia dos diversos conteúdos disponíveis ou produzidos, é consequência, entre outros fatores, da multiplicação dos meios de difusão e recepção. Há, notavelmente, uma crescente demanda pela experiência audiovisual, em que pese uma estagnação, ou mesmo declínio, da experiência cinematográfica propriamente dita.

A ampliação dos canais de comunicação audiovisual, em razão das novas tecnologias, traz a necessidade de conteúdo original, adequado e plural. Com isto, são alteradas as relações entre modelos de consumo e produção, que são estreitas, interdependentes e refletem circunstâncias sociais específicas. [902]

Inquestionável que as ações, estratégias e programas de políticas públicas para a difusão do audiovisual sejam meios eficazes para alcançar a realização dos direitos culturais, mas a sociedade é o principal agente de sua concretização. Uma breve exposição e análise deste processo conforme desenvolvido no cineclubismo antecede e informa as conclusões sobre os efeitos dos direitos culturais sobre a extensão dos direitos patrimoniais do titular. Antes, porém, serão explicitadas as políticas nacionais de difusão do audiovisual, uma vez que ilustram as ações públicas com relação ao acesso cultural aos filmes.

[902] MENDONÇA, Leandro J. L. R. *Cinema e indústria:* o conceito de modo de produção cinematográfico e o cinema brasileiro. 2007. 180 f. Tese (Doutorado em Ciências da Comunicação) – Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo.

3.3.1 As políticas públicas de difusão do audiovisual

Com objetivos de democratizar o acesso aos bens e meios de produção cultural, qualificar culturalmente o ambiente social urbano e rural e gerar renda [903], a instituição do Programa Mais Cultura justifica-se pelos altos índices de exclusão cultural [904], conforme expresso em seu logo: "Mais Cultura para Mais Brasileiros". O discurso do então Ministro Gilberto Gil não deixa dúvidas quanto à intenção política quando expõe as linhas de ação. [905]

A fim de incrementar a atividade econômica cultural há ações voltadas à promoção do artesanato, de incentivo à concessão de micro-créditos culturais e de elaboração de micro-projetos culturais, com ênfase na capacitação para a confecção e viabilização dos projetos. [906] No plano da qualificação cultural dos ambientes sociais, as atuações são concentradas na revitalização e expansão das bibliotecas e espaços culturais, bem como a criação de pontos de memória, como espaços para o resgate da memória social das comunidades. [907] Em torno da promoção da identidade, cidadania e diversidade culturais reúnem várias iniciativas, incluindo os Pontos e os Pontinhos de Cultura – este último para as crianças, produção de conteúdo para a TV Pública, Pontos de Leitura, o próprio Vale Cultura e, de grande importância para este trabalho, o Cine Mais Cultura. [908]

---

[903] O art. 1º do Decreto 6.226, de 04 de outubro de 2007, estabelece que: "Fica instituído o Programa Mais Cultura, com os seguintes objetivos: I - ampliar o acesso aos bens e serviços culturais e meios necessários para a expressão simbólica, promovendo a auto-estima, o sentimento de pertencimento, a cidadania, o protagonismo social e a diversidade cultural; II - qualificar o ambiente social das cidades e do meio rural, ampliando a oferta de equipamentos e dos meios de acesso à produção e à expressão cultural; e III - gerar oportunidades de trabalho, emprego e renda para trabalhadores, micro, pequenas e médias empresas e empreendimentos da economia solidária do mercado cultural brasileiro".

[904] Conforme apontado nos estudos sobre economia da cultura promovidos pelo IBGE e pelo IPEA.

[905] "Para enfrentar esta realidade, o Programa Mais Cultura fundamenta-se em três dimensões. A primeira é a garantia do acesso. Ter acesso aos serviços culturais, à produção cultural brasileira e às condições para a livre manifestação.
A segunda dimensão do programa é permitir que as atividades culturais possam contribuir para melhorar o ambiente social e a qualidade de vida do brasileiro. Já a terceira dimensão do Programa trata da vertente econômica da cultura, que é o setor que mais gera emprego e renda no mundo. A cultura hoje responde pela circulação de cerca de um trilhão de dólares no mundo. É, portanto, central para o desenvolvimento do país e das cidades brasileiras. Com o Programa Mais Cultura vamos levar meios para que os brasileiros possam expressar a sua cultura. Chegaremos a todo território nacional, principalmente nas áreas expostas à violência e fragilizadas em termos sociais, econômicos e educacionais". GIL, Gilberto. *Discurso de lançamento nacional do Programa Mais Cultura*, 07 nov. 2007. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/2009/02/13/mais-cultura-para-o-brasil-e-o-povo-brasileiro-5/>. Acesso em: 21 jan. 2010.

[906] BRASIL. Ministério da Cultura. *Programa Mais Cultura*. Disponível em: <http://mais.cultura.gov.br/category/acoes/cultura-e-economia/>. Acesso em: 21 jan. 2010.

[907] BRASIL. Ministério da Cultura. *Programa Mais Cultura*. Disponível em: <http://mais.cultura.gov.br/category/acoes/cultura-e-cidades/>. Acesso em: 21 jan. 2010.

[908] BRASIL. Ministério da Cultura. *Programa Mais Cultura*. Disponível em: <http://mais.cultura.gov.br/category/acoes/cultura-e-cidadania/>. Acesso em: 21 jan. 2010.

As ações do Programa Mais Cultura são implantadas através de editais públicos, porém direcionados a ações específicas em territórios delimitados, permitindo uma verdadeira democratização de acesso aos editais, tanto temática quanto territorial. [909]

Há, dentro do Ministério da Cultura, uma Secretaria especial para tratar da política de cinema e audiovisual, que inclui o estabelecimento de diretrizes gerais para o desenvolvimento da indústria nacional, coordenação das ações voltadas à difusão, e preservação das obras nacionais, incentivo à capacitação profissional e representação internacional do Brasil na questão do audiovisual. [910]

A Secretaria foi reformulada em 2008 e suas atividades foram sistematizadas em cinema, televisão, vídeo e plataformas digitais. A área de cinema enfrenta as questões da infra-estrutura, produção, distribuição e difusão. [911]

Em consonância com o objetivo amplo de democratização da cultura como instrumento de cidadania e inclusão, a Secretaria busca assegurar o acesso aos meios (materiais e intelectuais) de produção através da capacitação e disponibilização de equipamentos. Atua também na estruturação e disseminação de Núcleos de Produção Digital e de Animação. [912]

No que diz respeito à produção, há a disponibilização de editais diversos contemplando núcleos diferentes e alcançando filmes de longa-metragem de baixo orçamento [913], curtas-metragem, documentários, animação e filmes infanto-juvenis, além de desenvolvimento de roteiros. [914] A principal medida, porém, foi a criação do Fundo Setorial do Audiovisual, com recursos específicos para estes investimentos.

Também foram direcionados recursos para a distribuição de obras anteriormente agraciadas com editais de produção e para ações com o objetivo de estender a permanência destes nas salas de exibição através da aquisição e distribuição de ingressos. [915] Contudo, o

---

[909] Os resultados e dados do Programa não se encontram atualizados na página do Programa, dificultando a análise e acompanhamento das ações e mais ainda a verificação dos resultados efetivamente alcançados, em comparação com os prometidos. BRASIL. Ministério da Cultura. *Programa Mais Cultura*. Disponível em: <http://mais.cultura.gov.br/category/downloads/publicacoes/>. Acesso em: 21 jan. 2010.

[910] BRASIL. Ministério da Cultura. Secretaria do Audiovisual. *Programas e Ações da Secretaria do Audiovisual do Ministério da Cultura*: Balanço de 2008 e Perspectivas para 2009, Brasília, 17 de dezembro de 2009, p. 1. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2009/03/relatorio-sav-08-091.pdf.>. Acesso em: 21 jan. 2010.

[911] BRASIL. Ministério da Cultura. Secretaria do Audiovisual. *Programas e Ações da Secretaria do Audiovisual do Ministério da Cultura*: Balanço de 2008 e Perspectivas para 2009, Brasília, 17 de dezembro de 2009, p. 1-2. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2009/03/relatorio-sav-08-091.pdf.>. Acesso em: 21 jan. 2010.

[912] BRASIL. Ministério da Cultura. Secretaria do Audiovisual. *Programas e Ações da Secretaria do Audiovisual do Ministério da Cultura*: Balanço de 2008 e Perspectivas para 2009, Brasília, 17 de dezembro de 2009, p. 2. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2009/03/relatorio-sav-08-091.pdf.>. Acesso em: 21 jan. 2010.

[913] Os editais, neste caso, aprovam projetos de até R$ 1.000.000,00 cada.

[914] BRASIL. Ministério da Cultura. Secretaria do Audiovisual. *Programas e Ações da Secretaria do Audiovisual do Ministério da Cultura*: Balanço de 2008 e Perspectivas para 2009, Brasília, 17 de dezembro de 2009, p. 2. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2009/03/relatorio-sav-08-091.pdf.>. Acesso em: 21 jan. 2010.

[915] BRASIL. Ministério da Cultura. Secretaria do Audiovisual. *Programas e Ações da Secretaria do Audiovisual*

tema é tratado principalmente através da Programadora Brasil, entidade sobre a qual se falará à frente.

No âmbito da difusão, dois programas são de especial importância: a criação do Banco de Conteúdos Audiovisuais Brasileiros e do Cine Mais Cultura.

Os recursos inicialmente reservados à criação do Banco de Conteúdos Audiovisuais Brasileiros foram prioritariamente destinados à reestruturação da Cinemateca Brasileira e do Centro de Treinamento Audiovisual, e "engloba a gestão de processos de restauração, preservação, catalogação, documentação, digitalização, armazenamento e disponibilização de conteúdos audiovisuais por meio da Internet" [916]. A abrangência do Programa alcança conteúdos existentes e a serem criados e disponibilizados após "um prazo para a exploração comercial das obras realizadas por meio de mecanismos públicos de fomento" [917].

Esta ação é associada ao projeto Conteúdo de Vídeo em Português na Internet, do Comitê Gestor da Internet, com previsão de, até 2011, disponibilizar "mais de quatro mil horas de conteúdo digitalizado na rede mundial de computadores" [918]. Este é um tópico de grande relevância para o fortalecimento do acesso ao patrimônio cultural brasileiro, pois é urgente que se alcance de fato a ampla, gratuita e irrestrita disponibilidade dos filmes já em domínio público ou financiados integralmente pelo Estado.

A outra ação direcionada à difusão, de grande relevância para este trabalho, é o Cine Mais Cultura, que objetiva distribuir equipamentos de difusão audiovisual, capacitar os interessados – através do Conselho Nacional de Cineclubes, e fornecer conteúdo audiovisual. O programa interage tanto com o Olhar Brasil como com a Programadora Brasil e, neste sentido, amplifica e intensifica a utilização do audiovisual. [919]

Através de editais [920] e parcerias diretas, o Cine Mais Cultura constitui os Cines (como são chamados os pontos de exibição associados ao Programa) e exige dos contemplados a

---

do Ministério da Cultura: Balanço de 2008 e Perspectivas para 2009, Brasília, 17 de dezembro de 2009, p. 4. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2009/03/relatorio-sav-08-091.pdf.>. Acesso em: 21 jan. 2010.

[916] BRASIL. Ministério da Cultura. Secretaria do Audiovisual. *Programas e Ações da Secretaria do Audiovisual do Ministério da Cultura*: Balanço de 2008 e Perspectivas para 2009, Brasília, 17 de dezembro de 2009, p. 5-6. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2009/03/relatorio-sav-08-091.pdf.>. Acesso em: 21 jan. 2010.

[917] BRASIL. Ministério da Cultura. Secretaria do Audiovisual. *Programas e Ações da Secretaria do Audiovisual do Ministério da Cultura*: Balanço de 2008 e Perspectivas para 2009, Brasília, 17 de dezembro de 2009, p. 5-6. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2009/03/relatorio-sav-08-091.pdf.>. Acesso em: 21 jan. 2010.

[918] BRASIL. Ministério da Cultura. Secretaria do Audiovisual. *Programas e Ações da Secretaria do Audiovisual do Ministério da Cultura*: Balanço de 2008 e Perspectivas para 2009, Brasília, 17 de dezembro de 2009, p. 6. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2009/03/relatorio-sav-08-091.pdf.>. Acesso em: 21 jan. 2010.

[919] BOUILLET, Rodrigo. *Novos olhares do cinema brasileiro* - breve panorama sobre o cineclubismo fluminense e as iniciativas governamentais para o estímulo das exibições sem fins lucrativos. In: Comunicação no Seminário Nacional de Educação Popular em Audiovisual, Festival Visões Periféricas, 2009, p. 7. No prelo.

[920] Estes editais "têm como foco pessoas jurídicas sem fins lucrativos e, conforme seus objetos, visam contemplar entidades tais como bibliotecas comunitárias, pontos de cultura, associações de moradores ou até mesmo escolas e universidades da rede pública bem como prefeituras, sempre com o objetivo de favorecer o encontro e a integração do público brasileiro com a

realização de ao menos uma sessão semanal fixa pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, onde no mínimo 60% (sessenta por cento) das obras exibidas deverão ser nacionais.

Em sua concretização, o recebimento de equipamentos é apenas o ponto de partida para a constituição de um ponto de exibição, ou Cine. Outras ações, porém, são necessárias para a auto-sustentável, efetiva e duradoura implantação de um circuito não comercial de exibição pública audiovisual.

Para suprir carências dos meios intelectuais (*know-how*) necessários à sustentabilidade das iniciativas, em janeiro de 2008, por conta do Seminário "80 anos de cineclubismo no Brasil", a Secretaria do Audiovisual do Ministério da Cultura, por meio da Sociedade Amigos da Cinemateca, assinou um contrato de prestação de serviços com o Conselho Nacional de Cineclubes "no intuito de contribuir para a implementação das ações que visem a democratização e a regionalização da difusão de obras audiovisuais brasileiras" [921].

No contrato, na cláusula primeira, em seu parágrafo único, ao tratar do objeto, a Sociedade Amigos da Cinemateca reserva para si a "propriedade do produto final", cujo conteúdo entende-se ser o Manual de Formação Cineclubista ou outro material informativo produzido pelo Conselho Nacional de Cineclubes para e durante o processo de capacitação. Em seu artigo 17, o contrato estabelece ainda uma cláusula de confidencialidade sobre todo o material relativo ao contrato, inclusive documentos, relatórios, projetos, memorandos, etc., durante e após a conclusão do contrato. Antes, porém, no preâmbulo, declara expressamente a ligação direta entre esta contratação e o Termo de Parceria firmado entre "a contratante e determinado ente de direito público", que no caso é a Secretaria de Audiovisual, e informa que esta relação fica "subsumida às delimitações contidas em referido termo".

Ora, segundo os próprios termos do contrato, o conteúdo público da relação se estende a este instrumento. Em sendo assim, e até porque os recursos despendidos na atividade são públicos, a "propriedade" dos produtos resultantes do cumprimento do contrato não é da Sociedade Amigos da Cinemateca, como indica uma leitura literal do contrato, mas do Poder Público. Decorre daí que também não é aplicável a cláusula de confidencialidade, em razão do princípio constitucional da publicidade. Este último aspecto apontado é auto-aplicável, sendo, portanto, nula a cláusula no que contradiz o princípio da publicidade. O primeiro aspecto, porém, precisa ser revisto no sentido de conformar-se com o interesse público e aos

---

produção audiovisual de seu país". Disponível em: <http://www.cinemaiscultura.org.br/index.html>. Acesso em: 21 jan. 2010.

[921] BOUILLET, Rodrigo. *Novos olhares do cinema brasileiro* - breve panorama sobre o cineclubismo fluminense e as iniciativas governamentais para o estímulo das exibições sem fins lucrativos. In: Comunicação no Seminário Nacional de Educação Popular em Audiovisual, Festival Visões Periféricas, 2009, p. 6-7. No prelo.

ditames dos direitos culturais, quando impõem ao Estado o enriquecimento do patrimônio cultural brasileiro, rechaçando, em razão deste mesmo fundamento, a apropriação privada dos recursos e patrimônio público.

O conteúdo das oficinas de capacitação, conduzidas pelo Conselho Nacional de Cineclubes, aborda temas da história do cinema, do cinema brasileiro, de linguagem cinematográfica, sobre a história e atividade cineclubista, da programação e debate, da organização da atividade de exibição e dos aspectos administrativos, entre outros. [922] Ainda assim, é importante ressaltar que, embora reconheça sua enorme importância na formação do público, o Cine Mais Cultura não é uma ação voltada especificamente para cineclubes, embora para isso possa também contribuir.

Articulada com as ações do Cine Mais Cultura temos a Programadora Brasil. São equipes e objetivos diferentes que interagem em suas ações, mas mantendo a independência. Em rápida síntese, o Cine Mais se concentra na operacionalidade dos pontos de exibição audiovisual denominados Cines, envolvendo equipamentos e capacitação, enquanto a Programadora encarrega-se de fornecer conteúdo para a exibição. [923] E, é importante deixar claro, o conteúdo disponibilizado pela Programadora não o é exclusivamente aos Cines agraciados, nem estes estão obrigados a utilizar-se unicamente do conteúdo da Programadora.

Os Cines contemplados [924] obtêm créditos para realizarem seus pedidos de conteúdo junto à Programadora Brasil, condicionados a entrega dos relatórios e pesquisas trimestrais ao Cine Mais Cultura, ao agendamento prévio e relatório posterior sobre as sessões programadas com material da Programadora Brasil. [925] O primeiro lote de filmes é recebido sem contrapartidas e configura-se como incentivo e promoção da atividade. É importante frisar que os Cines contemplados não estão obrigados nem a se inscrever, nem a obter, nem a exibir e nem se submeter às condições impostas pelas cláusulas contratuais da Programadora Brasil – que serão objeto de análise própria -, apenas podem caso queiram.

---

[922] CINE MAIS CULTURA. *Conteúdo das Oficinas*. Disponível em: <http://www.cinemaiscultura.org.br/conteudo_das_oficinas.html>. Acesso em: 21 jan. 2010.

[923] O objetivo principal declarado da Programadora Brasil, que foi lançada em fevereiro de 2007, é a disponibilização de filmes e vídeos para pontos de exibição audiovisual (escolas, universidades, cineclubes, centros culturais, pontos de cultura) de circuitos não-comerciais para promover o encontro do público com o cinema brasileiro. Uma ação para formar platéias, fomentar o pensamento crítico em torno da produção nacional, contribuindo com a formação intelectual, social e cultural dos brasileiros. E, em paralelo, para fortalecer iniciativas de difusão cultural similares e/ou complementares à Programadora Brasil PROGRAMADORA BRASIL. *Apresentação*. Disponível em: <http://www.programadorabrasil.org.br/a-programadora-brasil/>. Acesso em: 25 jan. 2010.

[924] Segundo dados fornecidos pela coordenação do programa, o ano orçamentário de 2008 promoveu a instalação de 401 Cines em todo o país, enquanto em 2009 foram 626 contemplados. Dentre os 401 Cines contemplados no orçamento de 2008, 40 foram na Região Sul, 86 no Sudeste, 24 no Centro-Oeste, 73 no Norte e 153 no Nordeste. Em 2009 foram 150 editais municipais e 476 em editais estaduais espalhados pelas cinco regiões do país.

[925] CONSELHO NACIONAL DE CINECLUBES. *Manual de formação cineclubista*. Disponível em: <http://cineclubes.org.br/tiki/CINE+MAIS+CULTURA_MANUAL+DE+FORMA%C3%87%C3%83O+CINECLUBISTA_MANUAL+PR%C3%81TICO>. Acesso em: 21 jan. 2010.

Atualmente, a gestão e curadoria do conteúdo (títulos, direitos, programação, organização do acervo) são feitas pela Sociedade de Amigos da Cinemateca (SAC), em razão do Termo de Parceria firmado com a Secretaria do Audiovisual (SAv). As atividades de comunicação e circuito permanecem no Centro de Treinamento do Audiovisual, "visando sua melhor integração aos programas Olhar Brasil e Circuito Brasil. [926]

Infelizmente, mesmo após diversas e insistentes tentativas, mesmo justificando a necessidade em razão da pesquisa acadêmica em desenvolvimento, não foi possível acessar o Termo de Parceria entre a SAv e a SAC, embora seja um documento que versa sobre atividades públicas e que utiliza recursos igualmente públicos, estando inteiramente submetido aos preceitos constitucionais que regem a administração pública. [927] Esta situação mostra-se inusitada considerando a política geral de transparência do Ministério, que é efetivamente praticada com a disponibilização pública digital dos documentos da pasta. Qualquer que seja o motivo da sua não divulgação – apenas um extrato foi publicado no Diário Oficial – permanece a obrigação jurídica de dar célere publicidade a todos os atos da administração pública, com as devidas consequências legais pelo seu descumprimento. A simples publicidade do Termo e das atividades relacionadas satisfaz a obrigação constitucional, não sendo justificada a demora.

Há uma vinculação expressa entre a atuação da Programadora Brasil e os direitos culturais, na medida em que "atende ao direito constitucional (acesso aos bens culturais) do cidadão brasileiro", assumindo que o contato da pessoa "com o espelho de sua própria cultura por meio do Cinema" ajuda a desenvolver o sentimento de cidadania e pertencimento social, bem como um comportamento crítico e participativo. [928]

Um segundo aspecto valorizado pelas ações propostas e levadas a cabo pelo programa, e também integrante dos direitos fundamentais culturais, é o pluralismo, elemento essencial das políticas públicas. Este pluralismo é promovido com a disponibilização de um conjunto amplo de obras, composto de "filmes históricos e contemporâneos, curtas, médias e longas-metragens, de todos os gêneros (Animação, Documentário, Experimental e Ficção)", em cujo

---

[926] BRASIL. Ministério da Cultura. Secretaria do Audiovisual. *Programas e Ações da Secretaria do Audiovisual do Ministério da Cultura*: Balanço de 2008 e Perspectivas para 2009, Brasília, 17 de dezembro de 2009, p. 4. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2009/03/relatorio-sav-08-091.pdf.>. Acesso em: 21 jan. 2010.

[927] Art. 37, CRFB/1988: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:".

[928] PROGRAMADORA BRASIL. *Apresentação*. Disponível em: <http://www.programadorabrasil.org.br/a-programadora-brasil/>. Acesso em: 25 jan. 2010.

conteúdo refletem "histórias do imaginário brasileiro e dos seus autores e também histórias que mostram a nossa realidade em seus diversos aspectos." [929]

Em 2008, o acervo compunha de 330 títulos organizados em 104 DVDs. [930] No ano seguinte, atingiu o total de quase 494 títulos. [931] Planeja-se encerrar o ano de 2010 com 700 títulos. [932] A utilização do acervo da Programadora depende de cadastro e aceitação do Termo de Adesão, onde são concedidas as "permissões de uso", que são de fato verdadeiras licenças. Imagina-se a Programadora como "uma opção de acesso a filmes licenciados para sessões públicas" [933], o que é reiterado no seu artigo 1º, § 4º. [934]

A questão mais problemática do Termo de Adesão é a que se refere aos usos autorizados, mais especificamente às limitações impostas aos associados no uso das obras obtidas da Programadora Brasil. De acordo com as condições antepostas a utilização deverá ser exclusivamente em sessões sem fins lucrativos somente no local cadastrado, por um prazo de dois anos do recebimento do material. [935] Sugere o Termo que, após o prazo, "está expressamente proibida qualquer exibição pública do mesmo", e que a continuidade destas exibições depende de renovação do licenciamento. [936]

As limitações contratuais impostas ao uso ilegitimamente ignoram situações em que o uso é legalmente permitido independente de autorização ou remuneração, como, por exemplo,

---

[929] PROGRAMADORA BRASIL. *Apresentação*. Disponível em http://www.programadorabrasil.org.br/a-programadora-brasil/ Visitado em 25/01/2010.

[930] BRASIL. Ministério da Cultura. Secretaria do Audiovisual. *Programas e Ações da Secretaria do Audiovisual do Ministério da Cultura*: Balanço de 2008 e Perspectivas para 2009, Brasília, 17 de dezembro de 2009, p. 4. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2009/03/relatorio-sav-08-091.pdf.>. Acesso em: 21 jan. 2010.

[931] Segundo informações fornecidas pelo Secretário de Audiovisual durante o 5º Festival Internacional de Atibaia, realizado entre 12 e 17 de janeiro de 2010.

[932] BRASIL. Ministério da Cultura. Secretaria do Audiovisual. *Programas e Ações da Secretaria do Audiovisual do Ministério da Cultura*: Balanço de 2008 e Perspectivas para 2009, Brasília, 17 de dezembro de 2009, p. 4. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2009/03/relatorio-sav-08-091.pdf.>. Acesso em: 21 jan. 2010.

[933] PROGRAMADORA BRASIL. *Apresentação*. Disponível em: <http://www.programadorabrasil.org.br/a-programadora-brasil/>. Acesso em: 25 jan. 2010.

[934] Art. 1. § 4: "fica entendida por 'permissão de uso' a modalidade criada pela PROGRAMADORA BRASIL para proteger os direitos dos autores das obras e constituir-se em instrumento legal que permite ao associado a exibição pública dos programas em DVD do acervo da Programadora Brasil". PROGRAMADORA BRASIL. *Termo de Adesão*. Disponível em: <http://www.programadorabrasil.org.br/a-programadora-brasil/>. Acesso em: 25 jan. 2010.

[935] "Cláusula. 3ª: Adquirida a permissão de uso do programa, o ASSOCIADO limita-se a exibi-lo em sessões sem fins lucrativos somente no âmbito do seu ponto de exibição, ou seja, no endereço cadastrado na PROGRAMADORA BRASIL para este fim" e "Cl. 5ª: O prazo de permissão de uso de cada programa para exibições sem fins lucrativos em sessões públicas será de 02 (dois) anos, contados a partir da data que o ASSOCIADO receber o DVD com o(s) programa(s) adquirido(s)". PROGRAMADORA BRASIL. *Termo de Adesão*. Disponível em: <http://www.programadorabrasil.org.br/a-programadora-brasil/>. Acesso em: 25 jan. 2010.

[936] "Cl. 7ª: Vencido o prazo de permissão de uso do(s) programa(s) adquirido(s) está expressamente proibida qualquer exibição pública do(s) mesmo(s). Parágrafo Primeiro (*sic*): Caso o ASSOCIADO queira continuar realizando exibições públicas sem fins lucrativos com o(s) programa(s) após o vencimento do prazo de permissão de uso, deverá renovar o licenciamento junto à PROGRAMADORA BRASIL". PROGRAMADORA BRASIL. *Termo de Adesão*. Disponível em: <http://www.programadorabrasil.org.br/a-programadora-brasil/>. Acesso em: 25 jan. 2010.

nas hipóteses de usos para fins didáticos [937], de reprodução parcial para quaisquer fins [938], ou, ainda, de reprodução de pequenos trechos para inclusão em novas obras. [939]

A política contratual da Programadora Brasil, neste aspecto, reproduz a mesma lógica das corporações da indústria do entretenimento, na medida em que, através de condições contratuais, busca limitar os direitos legais dos cidadãos e da sociedade reiterando a equivocada concepção de que todos os usos de obras protegidas dependem de autorização – e remuneração.

Esta é a mesma lógica que sustentou o expansionismo proprietário da década de 1980 e 1990, e que causa inúmeros conflitos com relação aos direitos culturais, principalmente em razão do cerceamento de sua circulação e os resultantes efeitos sobre a comunicação, a identidade e a diversidade, e que tem levado a um processo prejudicial aos interesses da coletividade e do interesse público, ironicamente conhecido como "caça às exceções". [940]

O Termo de Adesão imposto pela Programadora, ao não reconhecer o valor dos limites aos direitos autorais, ao revelar uma interpretação restritivíssima dos usos livres legalmente reconhecidos na lei especial, ao refletir a lógica de controle absoluto capitaneada pela indústria e exponenciada, por exemplo, pela *Motion Pictures Association of America*, contrapõe-se às políticas de inclusão do Ministério e da Secretaria ao qual estão submetidos, esvazia o conteúdo dos direitos culturais que busca promover, ofende o Estado Democrático de Direito ao desconsiderar as condições de exclusão cultural e o dever jurídico de inclusão, contamina a sociedade e suas ações culturais espontâneas com a ilusão da obrigatoriedade de permanente autorização dos titulares para a utilização de obras culturais. Neste sentido, presta um enorme desserviço à sociedade e um valioso serviço aos titulares de obras audiovisuais, justificando ainda tal perversão sob o objetivo constitucional dos direitos culturais de promoção do acesso.

Sob pena de esvaziamento parcial das políticas públicas culturais de democratização e acesso às obras audiovisuais cinematográficas, faz-se urgente que os responsáveis pela condução das atividades públicas, como a Programadora Brasil, assumam uma postura ponderada em relação aos conflitos de direitos fundamentais expressos nas limitações de direitos autorais, até para a plena adequação constitucional das políticas que executam.

---

[937] Art. 46, inc. VI, da Lei 9.610/1998.
[938] Art. 46, inc. II, da Lei 9.610/1998.
[939] Art. 46, inc. VIII, da Lei 9.610/1998.
[940] ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito de autor no ciberespaço. In: *Direito da Internet e da Sociedade da Informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 135.

Portanto, não é juridicamente legítimo ou autorizado a estas entidades privadas no controle de programas públicos defenderem e imporem posições unilaterais que não reflitam o ponderado equilíbrio de interesses entre o direito de acesso e o direito patrimonial do titular, podendo e devendo tais atos serem questionados, por lesivos ao interesse público e contraditório com os direitos fundamentais, seja pelos órgãos públicos competentes, pelas Associações ou pelos cidadãos.

Este problema com relação à restrição injustificada do direito de acesso à cultura, direito instrumental essencial à livre participação na vida cultural e ao pleno exercício dos diretos culturais, não macula os programas da Secretaria, mas indica uma contradição e uma contraposição à lógica, objetivos e conteúdo das políticas do próprio Ministério e da SAv.

Esta contradição fica ainda mais aparente considerando, por exemplo, o próprio edital de restauração de filmes, conduzido pela SAC em razão do convênio com a Sav, que permite a "inclusão da obra nas ações governamentais não-comerciais de difusão do audiovisual brasileiro" [941], ou de edital atual de fomento à produção de filmes de baixo orçamento – de valor até R$ 1.500.000,00 – que assegura o licenciamento "em caráter não-exclusivo e de forma não-onerosa em programas e políticas públicas do Ministério" [942]. Isto indica que pode ser apenas um equívoco organizacional, mas que precisa, urgentemente, ser corrigido, sob pena de esvaziar os próprios direitos culturais que almeja promover.

3.3.2 A sociedade e a conformação do interesse público: a ação dos cineclubes

A sociedade, na busca da concretização dos direitos culturais, não precisa esperar os movimentos dos poderes políticos para o seu exercício. A ausência de regulamentação de um direito não significa sua inoperabilidade ou ineficácia. A jurisprudência pátria tem se firmado

[941] "Cláusula 11.3. A Secretaria do Audiovisual/Cinemateca Brasileira ficará com a propriedade física dos materiais de preservação, intermediários, uma outra matriz digital e os direitos para inclusão da(s) obra(s) nas ações governamentais não-comerciais de difusão do audiovisual brasileiro Programadora Brasil e Banco de Conteúdos Audiovisuais, bem como em quaisquer novas ações culturais governamentais que sejam desenvolvidas no futuro". Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2010/01/convocacao_programa_de_restauro_2009.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2010.

[942] "Cláusula 10.1.c: Como condição para a aprovação de projetos fomentados pelo presente Edital, os contemplados deverão licenciar ao Ministério da Cultura, por escrito, conforme termo de licenciamento a ser disponibilizado, o direito da utilização da obra a partir de sua conclusão, em caráter não-exclusivo e de forma não-onerosa, em programas e políticas públicas do Ministério da Cultura, bem como a sua reprodução em meios de veiculação de conteúdos fomentados ou geridos pelo Ministério da Cultura, tais como emissoras de radiodifusão, canais de televisão por assinatura, portais na internet, salas de cinema". BRASIL. Ministério da Cultura. Secretaria do Audiovisual. Edital de Concurso nº 02, de 29 de Janeiro de 2010. Disponível em: < http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2010/02/longa-bo.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2010.

neste sentido, como sugerem decisões recentes em Mandados de Injunção. O direito de resistência que lhe é inerente assegura, ao menos, uma eficácia mínima.

A sociedade promove espontaneamente o exercício dos direitos culturais em relação à obra cinematográfica em inúmeras ocasiões. Atividades que merecem especial destaque em razão de seus papéis na efetivação destes direitos são as resultantes da atuação dos cineclubes, no caso do audiovisual, e dos grupos de teatro amador, no caso de obras dramáticas.

Às vezes confundidos com salas de cinema de arte, que são comerciais, outras com entidades filantrópicas de objetivos culturais ou educacionais, o cineclube é também associado à juventude cinéfila ou, ainda, a uma estética elitista. A confusão sobre o que é e o que fazem os cineclubes, conforme perpetrada na mídia, pode servir inclusive para o não reconhecimento desta atividade especial, incluindo sua legalização e regulamentação. Entre os sentidos deturpados do cineclubismo há também sua identificação como simples lazer cultural, reduzindo seu escopo, ou como atividade elitista vinculada a um intelectualismo cultural, ou ainda como atividade filantrópica. [943]

Formalmente nascido em 1920, em Paris, em 13 de junho de 1928 surgiu o primeiro cineclube nacional efetivamente constituído como tal: O *Chaplin Club*. O primeiro cineclube brasileiro foi criado "para servir de trincheira na guerra contra o cinema falado" e entre seus membros estava Vinícius de Moraes. [944]

O cineclubismo, que surgiu para responder às necessidades que o cinema comercial não atendia, assumindo diferentes práticas e formas nos locais onde se desenvolve, organizou-se e internacionalizou-se na década seguinte, culminando a seguir na criação da Federação Internacional de Cineclubes, com 20 países membros, em 1947. [945]

O cineclubismo é visto pelos próprios membros como sendo uma forma de organização cultural da comunidade, diferindo do cinema comercial justamente por ser "uma iniciativa do próprio público que se junta não apenas para ver filmes, mas para escolher os filmes que quer ver; não apenas para se divertir, mas também para aprender, se informar, participar. E mesmo para fazer filmes" [946].

Três são as auto-reconhecidas condições para que a atividade seja qualificada como cineclube: ausência de fins lucrativos, estrutura democrática e compromisso cultural. Assim,

---

[943] Informação disponível em: <http://cineclubes.org.br/tiki/tiki-index.php>. Acesso em: 15 jan. 2010.
[944] CALIL, Carlos Augusto (Org.). *Vinícius de Moraes:* O cinema de meus olhos. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 13.
[945] MACEDO, Felipe. *O nascimento de uma outra noção*. Disponível em: <http://pcrc.utopia.com.br/tiki-index.php?page=O+NASCIMENTO+DE+UMA+OUTRA+NO%C3%87%C3%83O&bl>. Acesso em: 15 jan. 2010.
[946] MACEDO, Felipe. *Como organizar um Cineclube*. Disponível em: <http://pcrc.utopia.com.br/tiki-index.php?page=COMO+ORGANIZAR+UM+CINECLUBE&bl>. Acesso em: 15 jan. 2010.

embora possam e devam fazer atividades de arrecadação de fundos, não há nem busca por nem distribuição de lucro. A estrutura democrática se configura no fato de que seus membros são periodicamente eleitos, representando a comunidade que forma e sustenta a atividade. A finalidade cultural é vista em sentido amplo, e por esta característica interferem em sua comunidade, contribuem para formar consciências e espírito crítico, viabilizam a democracia e permitem a inclusão cultural. Suas diferentes funções são descritas nos seguintes termos: "se as duas primeiras características aproximam e identificam os cineclubes, é justamente a terceira que os distingue, que permite que suas formas de atuação possam ser tão diferentes umas das outras" [947].

A principal atividade do cineclube é a de promover a exibição de filmes escolhidos, não com finalidade patrimonial, mas com objetivos culturais, instigante de discussões críticas e exposição à multiplicidade de universos simbólicos, e também educacionais, ao cumprir uma função pedagógica de leitura e análise filmística. Igualmente promovem a liberdade de expressão cultural, pois assistir a filmes é essencial para se fazer filmes, assim como ler é essencial para escrever.

As finalidades da atividade cineclubista foram consagradas formalmente na década de 1960, com a Lei n. 5.536, de 21 de novembro de 1968. Estes objetivos são também claramente expressos na Resolução n. 30 do Conselho Nacional de Cinema (Concine), de 1980, reformulada pela Resolução n. 64, do mesmo órgão, em 1981, que, após considerar que os cineclubes "por terem objetivo exclusivamente cultural merecem um tratamento diferenciado, no tocante a sua constituição e registro", indica que estes "terão por objetivo a promoção da cultura cinematográfica, através principalmente da exibição de filmes, conferências, cursos, inclusive de formação técnico-profissional cinematográfica, produção de filmes para veiculação não comercial, e atividades correlatas" [948].

Mais recentemente, a ANCINE publicou Instrução Normativa (IN) n. 63, em outubro de 2007, após consulta pública, para regular a atividade dos cineclubes permitindo o seu registro na agência. Em seu art. 1º a IN n. 63 conceitua os cineclubes como sendo "espaços de exibição não comercial de obras audiovisuais nacionais e estrangeiras diversificadas, que podem realizar atividades correlatas, tais como palestras e debates acerca da linguagem audiovisual.", enquanto que no artigo 2º, aponta suas finalidades, definindo-as como "a multiplicação de público e formadores de opinião para o setor audiovisual; a promoção da

[947] MACEDO, Felipe. *O que é cineclube*. Disponível em: <http://pcrc.utopia.com.br/tiki-index.php?page=O+QUE+%C3%89+CINECLUBE&bl>. Acesso em: 15 jan. 2010.
[948] Resolução do antigo Conselho Nacional de Cinema (CONCINE) n. 64, de 20 de março de 1981, que **"**Define Cineclube, estabele normas para seu registro e de suas entidades representativas, e dá outras providencias**".**

cultura audiovisual brasileira e da diversidade cultural, através da exibição de obras audiovisuais, conferências, cursos e atividades correlatas" [949].

Esta atividade, porém, esbarra no fato destes direitos – de exibição pública não comercial e fora das salas de exibição – não se encontrarem, numa leitura estreita, permitidos pela legislação e nem se encontrarem disponíveis para aquisição a preços razoáveis. Além do mais, os veículos comumente usados pelos cineclubes – DVDs, quando encontrados no mercado, são, ao menos na visão dos titulares, destinados para exibição privada apenas. A IN n. 63 da Ancine não enfrenta esta questão.

Em 28 de fevereiro de 2008, ano da celebração dos 60 anos da Federação Internacional e 80 anos do cineclubismo brasileiro, ocorreu a Conferência Mundial de Cineclubismo no México. Desta reunião foi elaborado um documento e um compromisso que deverá guiar a atuação dos cineclubes nos diversos países e inclui, entre seus tópicos: o repúdio à utilização dos direitos autorais para impedir a circulação dos bens culturais; a busca por alternativas legais e promover uma regulamentação equilibrada dos interesses dos autores e do público; a luta pela adoção de legislação de defesa e estímulo ao cineclubismo; a reafirmação da vigência dos princípios da Carta dos Direitos do Público e o início de uma campanha para sua difusão. [950]

No Brasil, o Conselho Nacional de Cineclubes (CNC) lançou uma campanha que contempla duas relevantes colocações:

> 1. Os cineclubes são organizações civis, sem fins lucrativos, de natureza educativa, social, cultural e de lazer, que se organizam através do audiovisual com vistas à formação e organização do público e em defesa de seus direitos;
> 2. Enquanto organizações não comerciais, os cineclubes são livres para exibirem todos os conteúdos audiovisuais em circulação no país, sem restrições, notadamente pelo seu caráter educativo e de utilidade pública, não podendo ser enquadrado pela legislação que regula a atividade comercial." [951]

O núcleo da campanha é a percepção de que o público do audiovisual não é representado ativamente nas diferentes instâncias estatais, e que os cineclubes podem exercer este papel de representar o público na esfera do audiovisual. A princípio, aos integrantes dos poderes governamentais cabe a defesa do interesse do público, mas ao contrário do que acontece, por exemplo, com os consumidores, que têm fortes, próprias e atuantes associações

---

[949] BRASIL. Ministério da Cultura. Agência Nacional do Cinema (ANCINE). Instrução Normativa nº 63, de 02 de Outubro de 2007, que define cineclubes, estabelece normas para o seu registro facultativo e dá outras providências.
[950] 1ª CONFERÊNCIA MUNDIAL DE CINECLUBISMO. *Carta de San Angél*, Cidade do México, 29 de fevereiro de 2008. Disponível em: <http://cnc.utopia.com.br/tiki/tiki-read_article.php?articleId=234>. Acesso em: 15 jan. 2010.
[951] CAMPANHA PELOS DIREITOS DO PÚBLICO DO CONSELHO NACIONAL DE CINECLUBES. Disponível em: <http://cnc.utopia.com.br/tiki/tiki-read_article.php?articleId=260>. Acesso em: 15 jan. 2010.

para a defesa dos seus interesses, não há entidades deste porte para defesa e efetivação dos direitos culturais. Esse é um papel que os cineclubes pretendem legitimamente exercer.

A assunção da defesa dos direitos do público avançou no 1º Encontro Internacional dos Direitos do Público, integrante do programa do 5º Festival Internacional de Cinema de Atibaia, São Paulo. A declaração final, denominada de "Carta de Atibaia pelos Direitos do Público", explicita o papel exercido pelos cineclubes ao afirmar que "historicamente os cineclubes exercem as funções de promoção da educação cultural, efetivação do direito fundamental à cultura e concretização da democracia e cidadania culturais", complementando que "dessa forma, o cineclubismo promove o exercício dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos e refletidos na Carta de Tabor" [952].

Neste mesmo evento, uma reunião do Congresso Brasileiro de Cinema (CBC) [953] destacou "a importância da continuidade, do fortalecimento e da ampliação dos programas do Ministério da Cultura nas áreas do audiovisual, diversidade cultural e democratização do acesso." [954]

O caráter de formação da atividade cineclubista foi mais uma vez reconhecido oficialmente com o convênio entre a SAv e o CNC, para a capacitação dos membros dos pontos de difusão. [955]

Os cineclubes, ao executar o conjunto de atividades que lhe são historicamente inerentes – essencialmente a educação, a formação e a exposição audiovisual e, especialmente, cinematográfica, atuam no interesse público na medida em que promovem o exercício dos direitos fundamentais culturais em suas diversas dimensões; possibilitam a democracia e cidadania culturais, em razão da pluralidade do conteúdo apresentado e sistema participativo de decisão; asseguram os meios materiais, técnicos e intelectuais para a efetivação do direito fundamental à cultura, com a progressiva formação dos membros e grupos que reproduzem estes objetivos; viabilizam a experiência audiovisual para um maior

---

[952] Disponível em: <http://cineclubes.org.br/tiki/tiki-index.php>. Acesso em: 15 jan. 2010.

[953] Entidade fundada em 2000 que constitui "um fórum permanente de debate e proposição de políticas audiovisuais" e agrega inúmeras entidades como associações, sindicatos, cinematecas, centros de referência, sendo uma das entidades mais representativas da classe cinematográfica. Disponível em: <http://www.cbcinema.org.br/>. Acesso em: 21 jan. 2010.

[954] 5° FESTIVAL DE ATIBAIA INTERNACIONAL DO AUDIOVISUAL. Reunião do Congresso Brasileiro de Cinema. *Carta de Atibaia do Cinema e Audiovisual Brasileiro*, Atibaia, São Paulo, 16 de janeiro de 2010. Disponível em: <http://culturadigital.br/festivaldeatibaia/2010/01/21/congresso-brasileiro-de-cinema-divulga-carta-de-atibaia/>. Acesso em: 25 jan. 2010.

[955] Em sua execução, as oficinas de capacitação com 5 (cinco) dias de duração acontecem por meio de parceria firmada entre o Cine Mais Cultura e o CNC – Conselho Nacional de Cineclubes Brasileiros. São conduzidas por cineclubes filiados ao Conselho e direcionadas a pelo menos 01 (uma) pessoa da sociedade civil por Cine e têm como objetivos levar o conhecimento da prática cineclubista aos representantes dos Cines integrantes da Ação e fortalecer os circuitos estaduais, mantendo-os em diálogo permanente, possibilitando o funcionamento em rede. CONSELHO NACIONAL DE CINECLUBES. *Manual prático do cineclubismo*. Disponível em: <http://cineclubes.org.br/tiki/CINE+MAIS+CULTURA_MANUAL+DE+FORMA%C3%87%C3%83O+CINECLUBISTA_MANUAL+PR%C3%81TICO>. Acesso em: 20 jan. 2010.

conjunto de cidadãos; realizam a educação cultural em geral e, em particular, a audiovisual e cinematográfica, com efeitos tanto na formação do público quanto na formação dos profissionais.

Justamente pelos efeitos de suas atividades para a formação e educação culturais e a contínua construção do pluralismo, democracia e cidadania culturais, que são condições inafastáveis para o próprio exercício da liberdade de expressão e criação, a concretização do direito fundamental à cultura e inclusão cultural, que a atuação dos cineclubes reflete os mais altos interesses da coletividade, de promoção da vida digna a todos.

O interesse público observado na atividade cineclubista se estende igualmente a outras instituições sociais comunitárias de equivalentes finalidades e organização, não se limitando aos cineclubes formalmente constituídos.

Exigir a formalização de todas as organizações de finalidades estritamente culturais para o exercício legítimo de atividades conducentes à concretização dos direitos culturais é exigir sua profissionalização, o que quer dizer dificultar, ou mesmo cercear as suas ações, em geral espontâneas e comunitárias em essência. Em que pese ser o registro opcional frente à Instrução Normativa n. 63 da Ancine, é elemento fundamental para seu reconhecimento oficial, ainda que nenhum benefício direto seja-lhe atribuído em razão disso. No mais, cumpre destacar que o registro tem validade de dois anos renováveis, sendo disponibilizada sua aceitação no sítio da Agência.

Com a superação do formalismo jurídico, a demonstração factual de suas atividades e finalidades devem ser suficientes para o reconhecimento jurídico de sua condição. E, o reconhecimento destas circunstâncias obriga a consideração das peculiaridades da atividade quando da aplicação das normas de direitos autorais, possibilitando a renovação da interpretação insistentemente promovida pelas associações de titulares, que é restritiva e ofende os próprios direitos fundamentais.

Problema similar se apresenta com o sistema de licenças da Programadora Brasil, através do qual os pontos de exibição associados adquirem licenças de exibição pública de conteúdo selecionado. O sistema em vigor, ao propor licenciamento e pagamento por usos de obras audiovisuais que ultrapassam os limites da proteção jurídica atribuída ao titular dos direitos patrimoniais, em primeiro lugar, reflete e reitera uma visão não condizente com o exercício socialmente funcional da propriedade, a partir do reconhecimento de deveres ao titular; contrapõe-se ainda às políticas de acessibilidade do próprio Ministério da Cultura ao qual está submetida a Programadora Brasil, mas pelo qual não é gerida; e, em terceiro, esvazia

direitos fundamentais culturais que argumenta promover, especialmente o direito à cultura e à educação cultural.

Ainda que este aspecto *per se* não invalide nem diminua o valor positivo do conjunto de ações de promoção do acesso executadas pela Secretaria de Audiovisual, resta a dúvida do porquê de situação tão discrepante e contraditória com as demais políticas públicas do Ministério. Identifica-se, ainda, nesta concepção, um elemento de confronto com o interesse público primário que deve reger as ações estatais, em razão da promoção indevida, por desnecessária e injustificada, da extensão de interesses estritamente privados.

3.3.3 As condições de legalidade da livre exibição pública da obra cinematográfica

O caso da exibição pública cinematográfica de filmes protegidos por direitos autorais pelos cineclubes põe em aparente oposição o direito fundamental de acesso à cultura e os direitos autorais. Em razão das atividades que exerce, esta é uma questão de grande relevância para os cineclubes [956], para as diversas organizações sociais que utilizam as obras protegidas, e, não menos importante, para o entendimento dos processos de concretização dos direitos culturais. A complexidade do tema não permite ignorá-lo.

O problema que se apresenta consiste em saber se a exibição pública efetuada pelos cineclubes, com objetivos de educação, formação, difusão, inclusão, cidadania e democracia culturais, requer, para ser realizada, autorização prévia ou remuneração do titular de direitos patrimoniais sobre a obra cinematográfica. A questão jurídica que ora se enfrenta cinge-se a apresentar solução ao aparente conflito entre os direitos patrimoniais do titular da obra cinematográfica e do direito de acesso aos bens culturais. Esta é a principal resposta que busca alcançar com este trabalho.

Qualquer solução a esta situação – ainda que seja de plena permissão à total proibição - implica em uma restrição a direitos fundamentais constitucional e internacionalmente

[956]Ressalta Rodrigo BOUILLET que: "Outro debate premente é a conquista por parte dos cineclubes de direitos especiais para a liberdade de exibição (seja em película, em vídeo ou por meio digital, via *internet*), independentemente de autorização. Há uma série de leis e artigos de âmbito federal e resoluções de esfera internacional, das quais o Brasil é signatário, que atividades de âmbito eminentemente cultural entendem que podem ser aplicadas na garantia destes direitos, tendo como princípio a defesa do livre acesso aos bens culturais, materiais e imateriais, por parte de atividades culturais sem fins lucrativos. No entanto, a atual Lei de Direitos Autorais não é clara sobre a prática cineclubista – o que talvez seja mais bem elucidado a partir dos debates estabelecidos nos Fóruns dedicados exclusivamente ao tema promovidos atualmente pelo MinC e a subseqüente revisão da Lei"(*Novos olhares do cinema brasileiro* - breve panorama sobre o cineclubismo fluminense e as iniciativas governamentais para o estímulo das exibições sem fins lucrativos. In: Comunicação no Seminário Nacional de Educação Popular em Audiovisual, Festival Visões Periféricas, 2009, p. 6. No prelo).

estabelecidos, material e formalmente. Afinal, nenhum direito fundamental está imune a limitações, especialmente quando confrontados com outros de igual natureza, como é o caso. [957] Alcançar o equilíbrio entre estes direitos fundamentais é o objetivo da ponderação que se propõe.

Há vários sentidos para o vocábulo ponderação [958], mas, juridicamente, é uma operação hermenêutica de solução de conflitos entre bens e interesses juridicamente protegidos. [959] A técnica, porém, não requer que seja aplicada apenas após o uso infrutífero das técnicas tradicionais de solução de antinomias [960], ou que seja direcionada unicamente a situações especiais, de difícil solução [961], como sugerem alguns constitucionalistas, mas pode ser aplicada a toda situação jurídica que careça da integração entre normas diversas.

Tanto a doutrina pátria como o direito comparado admitem a restrição a direitos fundamentais através da ponderação de interesses, seja feita pelo judiciário na análise de casos concretos, pelo legislativo na elaboração das leis, ou pela Administração Pública no exercício de suas funções. [962] É o procedimento idôneo para facilitar a convivência entre interesses ao mesmo tempo essenciais e aparentemente contraditórios. [963]

---

[957] É elucidativa a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 29.183/RS, que assim dispõe: "É assente que nenhum direito é absoluto ou insuscetível de restrição. O importante é garantir que o núcleo de cada um dos direitos previstos na ordem jurídica não seja atingido, restringindo-se o mínimo possível seu âmbito de incidência, a fim de que sua identidade seja respeitada. A ordem de serviço em apreço é materialização desse ajuste decorrente do "diálogo das fontes e entre direitos", pois concilia, na hipótese, os dois interesses em jogo, com o mínimo de restrição a cada um deles". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 29.183-RS. Segunda Turma. Relator: Min. Herman Benjamin, Brasília, 27 de outubro de 2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 23 mar. 2010.

[958] Informa Luis Prieto SANCHÍS que "De las distintas acepciones que presenta el verbo "ponderar" y el sustantivo "ponderación" en el lenguaje común, tal vez la que mejor se ajusta al uso jurídico es aquella que hace referencia a la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas. (…) Ponderar es, pues, buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor" (Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. In: CARBONELL, Miguel. (Org). *Neoconstitucionalismo(s).* Madrid: Trota, 2003, p. 137).

[959] Nas palavras da autora: "em sua acepção mais correta, [ponderação] significa a operação hermenêutica pela qual são contrabalançados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentem em conflito em situações concretas, a fim de determinar, à luz das circunstâncias do caso, em que medida cada um deles deverá ceder ou quando seja o caso, qual deverá prevalecer." PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 261.

[960] Os critérios hierárquicos, da especialidade e da temporalidade são sugeridos. Mas a estes se deve acrescentar o da espacialidade, em razão da inter-penetrabilidade entre os sistemas nacionais e internacional. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed., Trad. Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc. Claudio De Cicco; apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

[961] BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 55.

[962] Nas palavras de Daniel SARMENTO: "A doutrina e a jurisprudência dominantes, no Brasil e no Direito Comparado, admitem também a realização de restrições a direitos fundamentais operadas no caso concreto, através de ponderação de interesses feita diretamente pelo Poder Judiciário, em casos de conflitos entre princípios constitucionais não solucionados previamente pelo Legislativo, ou quando o equacionamento da questão empreendido por ele se revele inconstitucional. Em algumas hipóteses, tem-se aceitado até mesmo a ponderação de interesses feita diretamente pela Administração Pública". (Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesse Público. In: SARMENTO, Daniel e Galdino, Flavio (Orgs). *Direitos Fundamentais*: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 294).

[963] Luis Prieto SANCHÍS aponta que "Lo que ocurre es que la ponderación resulta um procedimiento idóneo para resolver casos donde entran en juego principios tendencialmente contradictorios que en abstracto pueden convivir sin dificultad, como pueden convivir – es importante destacarlo – las respectivas leyes que constituyen una especificación o concreción de tales

Ana Paula Barcellos propõe que o recurso à ponderação seja ordenado em três fases metodológicas distintas, que são: a identificação dos enunciados normativos tensionados, a apreciação dos fatos relevantes e, por fim, a decisão. [964]

A autora sugere também dois parâmetros gerais que podem nortear a ponderação: a preferência das regras sobre os princípios e a de normas que realizam diretamente direitos fundamentais sobre normas apenas indiretamente relacionadas a estes direitos. [965] Os parâmetros gerais, porém, não auxiliam na solução deste problema, uma vez que se trata de um conflito entre normas jurídicas equivalentes que realizam diretamente direitos fundamentais. Ainda assim, os caminhos metodológicos para solução deste conflito são o recurso adequado a ser aqui utilizado.

Na identificação dos enunciados colidentes [966], deve-se observar que é através do acesso que se torna possível a participação na vida cultural e o pleno exercício dos direitos culturais, se fortifica a diversidade e se possibilita a livre construção das identidades. Por isto, a destacada relevância deste direito. Já com relação aos direitos autorais, verifica-se que o exercício dos direitos patrimoniais dos titulares é potencialmente afetado e restringido com a universalização do acesso, mas o é apenas em razão de outros direitos fundamentais, como o direito de acesso à cultura, à educação e à informação.

Os direitos culturais resultam da ampla proteção à pessoa humana em todas as suas dimensões, cuja positivação no ordenamento jurídico nacional ocorreu com a inclusão da dignidade humana como um dos fundamentos da República. Estes direitos são tratados em diversos dispositivos constitucionais, através dos quais são estabelecidos direitos estritamente culturais, além de apontados vínculos, indicados fundamentos e assinaladas justificativas em relação a outros direitos, cujos contornos são afetados.

A arte é indissociável da cultura, ainda que possa ser analisada e pensada independentemente desta. A "nossa Constituição inclui o artístico e no cultural, como se infere das normas e princípios contidos nos artigos 215 e 216" [967], e esta relação de umbilicalidade é refletida na proteção jurídica estendida aos respectivos campos de regulamentação jurídica das artes e da cultura.

---

principios" (Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s).* Madrid: Editorial Trota, 2003, p. 147).

[964] BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 92 e ss.

[965] *Id. Ibid.*, p. 165 e ss.

[966] Muitos destes enunciados já foram apresentados ao longo da tese, mas, para as finalidades imediatas da ponderação, serão expressamente reiterados.

[967] SILVA, José Afonso. *Ordenação constitucional da cultura.* São Paulo: Malheiros, 2001, p. 60.

A justificativa histórica para a elevação desta categoria de trabalhadores - os artistas - e seus produtos - as obras artísticas - a um plano de proteção especial foi o entendimento de que a promoção da criação artística resulta, através da maior produção e circulação, em um engrandecimento cultural da sociedade, que, em seu turno e por esta razão, suporta o ônus da exclusividade econômica temporária.

O fundamento atual para a atribuição de direitos autorais sobre as obras artístico-culturais também sustenta que estas são expressões pessoais que refletem a individualidade do criador, portanto sua personalidade, de onde advém a proteção do vínculo entre autor e obra, expressa através dos direitos morais, inalienáveis, e da titularidade original sobre os direitos patrimoniais, transferíveis. Na medida em que as criações expressam o contexto sócio-cultural do artista é também de interesse cultural da coletividade a proteção do vínculo entre autor e obra em suas feições pessoais e patrimoniais.

Desta forma, os direitos culturais asseguram tanto a proteção como a temporalidade dos direitos autorais, informam sua extensão e limites, afirmam a titularidade original do criador e a primariedade de seus interesses frente à titularidade derivada, garantem a vinculação pessoal entre autor e obra e certificam o caráter especial dos bens artísticos.

Os direitos autorais estão, portanto, embebidos nos direitos culturais, da mesma forma que a pessoa humana está engolfada em teias de significação cultural. Esta vinculação permite não só a categorização dos direitos autorais como espécie do amplo conjunto de direitos culturais, mas principalmente a afirmação de que estão permanentemente imbricados uns nos outros. Não é de outra forma que estão estabelecidos nos tratados internacionais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece em seu artigo 27, inc. I, os direitos de participação na vida cultural e fruição das artes e, em seu inciso II, a proteção dos interesses morais e patrimoniais dos autores. [968] O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu artigo 15, igualmente reconhece a cada pessoa o direito à participação na vida cultural e à proteção dos interesses morais e patrimoniais do autor. [969] O Protocolo Adicional ao Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 14, também assegura a todos o direito de participação da vida cultural e artística da comunidade e de beneficiarem-se da proteção dos interesses morais e materiais de que forem autores. [970]

---

[968] Artigo 27: 1. "1. Todo homem tem direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de fruir de seus benefícios. 2. Todo o homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor."

[969] Art. 15: "(a) participar da vida cultural; (...); (c) beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor."

[970] Art. 14.1: Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a: a. participar en la vida cultural y artística de la comunidad; (...); c. beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora."

O Pacto de São José da Costa Rica regulamenta o desenvolvimento progressivo – e, consequentemente, a proibição de retrocesso - a fim de conseguir a plena efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais. [971] O Protocolo Adicional ao Pacto de São José da Costa Rica reitera a obrigação de agir em prol da plena efetivação destes direitos [972] e estabelece, ainda, em seu artigo 14, inc. II, que, entre as medidas a serem adotadas pelos Estados Partes para assegurar o pleno exercício dos direitos culturais, se encontram "as necessárias para a conservação, o desenvolvimento e a difusão da ciência, cultura e arte" [973].

A Constituição Federal institui, através do seu artigo 5º, § 2º, a abertura do catálogo de direitos fundamentais e sua integração jurídica com os tratados internacionais da matéria ratificados pelo país. Com isso, na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais deve-se promover a integração entre as normas jurídicas nacionais e internacionais. Na medida em que tanto o direito de acesso à cultura como os direitos autorais são definidos pelo conjunto normativo de direitos humanos, suas aplicações, de acordo com o § 1º do art. 5º da Constituição Federal, são imediatas.

A introdução do § 3º no artigo 5º da Constituição, através da Emenda Constitucional n. 45, trouxe a questão da hierarquia interna dos tratados internacionais de direitos humanos anteriores a esta data. O caso foi enfrentado quando do recente julgamento da questão da constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel frente aos tratados internacionais de direitos fundamentais.

Em 03 de dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar diversos casos de prisão civil do depositário infiel [974], com destaque para o Recurso Extraordinário n. 466.343, decidiu, por cinco votos a quatro, pela tese da supra-legalidade dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, sendo vencida a proposta de equivalência

---

[971] Art. 26: "Desenvolvimento progressivo. Os Estados Membros comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

[972] Art. 1º. "Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo."

[973] Art. 14. 2. "Entre las medidas que los Estados partes en el presente Protocolo deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte."

[974] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343-SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso, Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 jan. 2010.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 349.703-RS. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Britto, Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 jan. 2010.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 87.585-TO. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 jan. 2010.

constitucional destes tratados, quando anteriores à introdução do § 3º do art. 5º da Constituição Federal. Em qualquer dos casos, porém, os efeitos sobre as leis infraconstitucionais serão idênticos, pois estes tratados "têm o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante" [975].

A Constituição Federal estabelece expressamente os direitos autorais em seu artigo 5º, nos incisos XXVII e XXVIII. Igualmente o faz com relação aos direitos culturais em seus artigos 215 e 216.

Com relação aos direitos autorais, a normativa constitucional atribui ao autor o direito de exclusividade de utilização, estabelecendo os direitos patrimoniais autorais e, pela própria ordenação da matéria, vinculando-os ao instituto proprietário. Os interesses pessoais do autor são assegurados pela cláusula geral de proteção da dignidade da pessoa humana, que fundamenta o conjunto de direitos existenciais.

Dentre os efeitos da vinculação dos direitos patrimoniais autorais à propriedade está o condicionamento da proteção ao exercício da função social, estabelecido no inciso XXIII do artigo 5º da Constituição Federal. O Pacto de São José da Costa Rica igualmente afirma a possibilidade de subordinação do uso e gozo da propriedade privada ao interesse social. [976] Deste modo, a situação jurídica proprietária estabelece para os titulares da posição subjetiva ativa um conjunto de direitos e deveres, sendo que no exercício dos direitos os titulares devem cumprir os deveres impostos.

A aplicação do princípio da função social da propriedade aos direitos autorais é expressamente defendida tanto pela doutrina tradicional quanto contemporânea. A função social dos direitos autorais tem duplo caráter, pois, de um lado, busca assegurar ao criador o reconhecimento de sua vinculação pessoal à obra e, de outro, garantir ao público acesso aos bens artístico-culturais.

Assim, é assegurado o indissolúvel vínculo entre autor e obra, nuclearmente configurado no direito à paternidade, que é mantido, em razão dos direitos culturais, mesmo após o decurso do prazo de proteção patrimonial. Ademais, os interesses materiais dos autores devem ser preservados frente aos titulares secundários dos direitos patrimoniais, sejam cessionários ou licenciados, e, com isso, a interpretação das relações contratuais deve ser

---

[975] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343-SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso, Brasília, 03 de dezembro de 2008. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 26. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 jan. 2010.

[976] Art. 21 – Direito à Propriedade Privada: "§1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. §2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei. §3. Tanto a usura, como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem, devem ser reprimidas pela lei."

restritiva em favor do autor, a proporcionalidade entre o proveito econômico do investidor e a remuneração do autor ser assegurada, bem como a reversão para o autor dos direitos transmitidos quando de sua não utilização pelos titulares secundários.

Por outro lado, o direito de acesso aos bens artístico-culturais representa um interesse social primário e tem por finalidades principais permitir à sociedade a fruição das artes e a livre participação na vida cultural. O direito de acesso revela-se instrumental, pois não se esgota em si mesmo e viabiliza o pleno exercício dos direitos culturais, que, apenas se efetiva com a livre participação na vida cultural, que é o seu núcleo essencial, pois permite a elaboração das identidades pessoais e comunitárias, finalidade precípua destes direitos.

Na elucidação das normas jurídicas aplicáveis ao caso, também são relevantes as limitações às restrições a estes direitos, que também são estabelecidas nos tratados internacionais. Qualquer solução a ser alcançada deve, de um lado, ser compatível com o "teste dos três passos" [977] e, de outro, não pode contrariar a própria natureza dos direitos culturais [978], expressa principalmente no direito à livre participação e ao pleno exercício, para o qual o acesso e fruição dos bens culturais são essenciais.

Não menos importante é a análise dos limites estabelecidos na legislação especial, onde a interpretação há de ser necessariamente extensiva - por ser a única juridicamente adequada, na medida em que diversos direitos fundamentais não se encontram substancialmente refletidos, que não há qualquer norma impeditiva de sua aplicação e que a solução das questões não enfrentadas no diploma específico exige o recurso a normas distintas do ordenamento jurídico nacional.

Ademais, a legislação foi elaborada de forma unilateralmente tendenciosa, fugindo o legislador de uma composição equilibrada entre os interesses protegidos, como demanda a Constituição. Este fato, por si, impõe ao judiciário o ônus de adequação da interpretação da legislação ordinária especial ao sistema jurídico e aos vetores axiológicos que o compõe.

A segunda etapa metodológica no processo de ponderação é a indicação dos fatos relevantes que permitem a contextualização do caso em questão. [979] É importante para a

---

[977] CONVENÇÃO DE BERNA. Art. 9.2: 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. ACORDO SOBRE ASPECTOS DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL RELACIONADOS AO COMÉRCIO (ADPIC/TRIPS). Art. 13: Os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito.

[978] Art. 5 – Alcance de las Restricciones y Limitaciones: "Los Estados partes sólo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos.

[979] Segundo Ana Paula de BARCELLOS: "Nesta segunda fase, e sempre que isso seja possível, o intérprete deverá cogitar de todas as possibilidades fáticas por meio das quais as diferentes soluções indicadas pelos grupos normativos da primeira fase

solução considerar as relações de autoria e titularidade na obra audiovisual, as características das obras cinematográficas, a forte presença estatal no financiamento da produção nacional, sua fraca participação nos circuitos de exibição, a reduzida diversidade do mercado brasileiro, as práticas cineclubistas, o papel social da arte, os efeitos sociais da restritividade e as implicações econômicas da liberdade de uso.

Sobre os filmes é importante destacar que o custo de produção, cuja complexidade é tanto organizacional quanto tecnológica, é alto e demanda investimento, que deve ser preservado. Ao mesmo tempo, a valoração do investimento frente à criação e o contínuo debate sobre a natureza industrial ou artística da atividade são centrais à discussão sobre a qualificação da obra audiovisual.

Uma vez concluída a obra, ocorre um maior distanciamento entre os aspectos criativos e empresariais em favor destes últimos, pois se presume do produtor, que não é autor, a titularidade patrimonial sobre filme. A partir deste momento, os direitos patrimoniais autorais passam a ter um conteúdo exclusivamente empresarial, ainda que na origem seja resultado de um conjunto de criações artísticas. No caso dos distribuidores, não há sequer de falar em direitos autorais, pois são titulares apenas de direitos de distribuição e, na maioria das vezes, sequer possuem legitimidade processual para agir no interesse dos titulares de direitos autorais.

Assim, o que se discute no caso em estudo não são propriamente os direitos do criador em conflito com os do público, mas apenas o confronto entre os direitos patrimoniais da empresa produtora e o direito de acesso cultural pela sociedade. A titularidade empresarial de direitos patrimoniais apenas se equipara aos direitos autorais propriamente ditos, pois estes só o são, em sua plenitude, quando centrados nos criadores. O que se deve ter em mente na compreensão do conflito é que não se trata de direitos autorais revestidos de pessoalidade, mas de direitos patrimoniais resultantes de investimentos econômicos.

As obras cinematográficas são, ao mesmo tempo, bens culturais de conteúdo simbólico, instrumentos de comunicação, veículos de informação e conhecimento, fontes materiais para a educação e elementos de socialização e integração comunitária.

A extensão de seus efeitos na modulação do comportamento e visão de mundo é questionada, mas pesquisas indicam as bases neurais desta influência, confirmando seu

---

podem ser realizadas, desde a que atende mais amplamente às suas pretensões, até a que as restringe de forma importante, na linha exemplificada acima. Cada uma dessas soluções, na verdade, corresponde a uma norma possível, isto é, a uma possibilidade normativa a ser extraída do conjunto de enunciados pertinentes no caso" (*Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdiciona.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 122-123).

alcance. [980] Deste modo, é inquestionável a relevância social da disseminação da prática cultural cinematográfica para a formação das perspectivas pessoais.

O financiamento - direto (reembolsável ou não) ou através de incentivos fiscais - da imensa maioria dos filmes de longa-metragem nacional é feito com aporte de recursos públicos sem que haja qualquer exigência de contrapartida, como a ampliação do acesso. Só recentemente o governo federal – principal investidor na produção nacional – iniciou movimentos concretos neste sentido, embora ainda tímidos e localizados.

Resta claro que, também na cinematografia, há um processo de apropriação privada de recursos e espaços públicos. [981] Porém, assegurar o enriquecimento do patrimônio cultural brasileiro e ampliar o acesso aos bens culturais que o compõe são deveres estatais impostos pela Constituição e dos quais não pode o poder público eximir-se, sob pena de incorrer em antijuridicidade por omissão.

O fato de ser o poder público o principal investidor na produção do cinema nacional é relevante por relativizar o argumento que advoga a recuperação do investimento privado como determinante do amplo controle e do acesso economicamente condicionado. Ademais, este argumento já demonstra sua fragilidade quando tenta submeter, quaisquer que sejam as circunstâncias do caso, o interesse público primário e de conteúdo existencial às situações privadas unicamente patrimoniais.

Ainda que fortemente financiada pelo poder público, a produção brasileira não alcança posição substancial no mercado nacional. Sua ocupação média é de aproximadamente 10% nas salas de exibição, sendo menores nas demais janelas de exploração econômica. A diversidade de obras disponíveis ao público brasileiro também é reduzida e a oferta é majoritariamente de filmes produzidos pelos grandes estúdios cinematográficos americanos. A distribuição é o principal elo da cadeia econômica responsável pela manutenção deste panorama.

As constatadas baixas taxas de ocupação e reduzida diversidade afetam negativamente as possibilidades de escolha e limitam a formação cultural dos cidadãos, favorecendo um cenário de dominação e exclusão. A restrição das práticas culturais cinematográficas unicamente às situações previamente autorizadas pelos titulares ou expressamente permitidas pela legislação impõe limitações injustificadas à participação e expressão culturais, além de

---

[980] LAMEIRA, Allan Pablo; GAWRYSZEWSKI, Luiz de Gonzaga; PEREIRA JUNIOR, Antônio. Neurônios Espelho. In: *Psicologia USP*, v. 17, 2006, PP. 123-133.

[981] É longo o histórico de apropriação privado do público no Brasil, como relata Márcia Maria Menendes MOTTA em *Nas Fronteiras do poder*: conflito de terra e direito à terra no Brasil do século XIX. Rio de Janeiro: Vício de Leitura e Arquivo Público do Estado do Rio de Janeiro, 1998 e *Direito à terra no Brasil*: a gestação do conflito, 1795-1824. São Paulo: Alameda, 2009.

reduzir a liberdade e escolha das experiências pessoais, mesmo quando não há qualquer ofensa aos interesses patrimoniais dos titulares.

Os cineclubes são organizações sociais que reúnem grupos de pessoas com o objetivo principal de assistir filmes. Esta atividade é complementada por debates acerca da linguagem, narrativa e outras particularidades da cinematografia. Formalmente reconhecidas pela Ancine, estas organizações não possuem qualquer finalidade econômica, almejam a disseminação da prática cinematográfica e exercem importante papel na formação e multiplicação do público, na difusão da cultura audiovisual, na preservação da diversidade, na promoção da democracia, na efetivação da cidadania e na inclusão cultural.

A atividade cineclubista é quase tão antiga quanto a própria cinematografia e nutre, com o trabalho de formação, o circuito comercial de filmes. No máximo, sua atuação se choca com os interesses de dominação ampla do circuito por determinados agentes, modelos, estilos e linguagens, mas mantém incólume a essência dos direitos patrimoniais do titular da obra cinematográfica.

De fato, considerando os mandamentos constitucionais e os direitos culturais, o que afronta à legalidade são as práticas de dominação e não a disseminação cultural executada pelos cineclubes, que deve ser valorizada e não combatida.

As artes materializam em artefatos uma visão particular do mundo. Suas relações com a coletividade não são instrumentais e sim semióticas, pois representam concepções cujos sentidos somente podem ser revelados a partir do universo simbólico em que se situam os autores e intérpretes.

A capacidade de perceber os sentidos de uma obra artística é, como a capacidade de produzi-la, um produto resultante da experiência coletiva. Os equipamentos sócio-culturais para produzir e absorver os sentidos das artes têm a mesma origem. [982] Assim, tanto a criação como a participação na construção dos significados dependem da exposição aos artefatos artísticos e à rede de significações que as pautam.

As obras de arte – incluindo as cinematográficas – só “adquirem sentido e só tem interesse para quem é dotado do código segundo o qual ela é codificada” [983]. As práticas culturais, as preferências por tipos de arte e por estilos dentro do mesmo tipo são diretamente relacionadas, em primeiro lugar, à origem social e, secundariamente, à instrução. [984] Origem e instrução, por sua vez, condicionam as experiências sócio-culturais dos grupos e pessoas.

---

[982] GEERTZ, Clifford. Art as a cultural system. In: GEERTZ, Clifford. *Local Knowledge.* New York: Basic Books, 1983, p. 118.
[983] BOURDIEU, Pierre. *A distinção: crítica social do julgamento*. São Paulo: EDUSP, 2008, p. 10.
[984] *Ib. Ibid.*, p. 9.

A partir deste conjunto de vivências são elaborados os gostos, que funcionam como "marcadores privilegiados de classe" [985]. Não só o gosto e apreciação de determinada arte ou estilo artístico funciona como elemento de distinção social como serve também para determinar o valor de determinados produtos nos diferentes mercados, o que, em seu turno, reforça o caráter distintivo da arte.

A naturalização deste processo busca esconder justamente o condicionamento cultural do gosto artístico e as pesquisas concluem que o acesso às obras culturais é privilégio de determinados grupos – a "classe culta". Estes privilégios culturais aparentam ser socialmente legítimos, pois se apresentam como naturais. A partir desta lógica, "são excluídos (da participação e apreciação cultural) apenas aqueles que se excluem" [986].

A aspiração à prática cultural varia com a própria prática e a necessidade desta aumenta com sua realização. A necessidade cultural é socialmente construída e aprendida. O que é raro não são os objetos culturais, mas a propensão de viver as experiências pessoais e sociais a eles associadas e a aptidão em consumi-los. A falta desta prática é acompanhada da ausência do sentimento de sua privação, pois sem o exercício não se cria a necessidade cultural. [987]

Estas conclusões encontram-se refletidas em pesquisa nacional já apresentada sobre a prática cinematográfica, onde é apontado que o cinema exerce um forte papel de interação social, pois é uma atividade que se exerce em grupo e que promove o diálogo; que a formação do hábito e o contexto pessoal são fundamentais; o contexto sócio-econômico da família e amigos é determinante na criação de oportunidades; o alto custo do preço do ingresso restringe a freqüência, principalmente para os de menor poder aquisitivo; os filmes nacionais são apreciados e a melhora em sua qualidade é percebida; que é importante o papel da mídia - em especial a TV - na escolha do filme a ser visto, pela sensação de 'estar atualizado'; a presença de artistas conhecidos é também relevante; e, que o consumo de filmes ocorre mais em casa que nos cinemas.

Em uma sociedade complexa, diversa e multicultural como a brasileira, a exposição a um amplo conjunto de experiências culturais é fundamental para a elaboração pessoal e social das identidades, essenciais para a própria formação social da pessoa e para o diálogo intercultural.

---

[985] BOURDIEU, Pierre. *A distinção: crítica social do julgamento*. São Paulo: EDUSP, 2008, p. 13.
[986] BOURDIEU, Pierre; DARBEL, Alain. *O amor pela arte.* São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Zouk, 2003. p. 69.
[987] *Id. Ibid.*, p. 69.

As obras de arte enquanto elementos culturais são também importantes porque o acesso a elas pode ser um elemento tanto de distinção e exclusão como de aproximação e inclusão. A limitação injustificada do acesso aos filmes – que são expressões artístico-culturais de grande relevância social – configura uma censura de mercado e tem como efeitos principais o fortalecimento da exclusão cultural e a construção de um cenário de dominação cultural.

A exclusão, por sua vez, traz fortes e negativas consequências para a cidadania e democracia culturais, além de contrapor-se frontalmente com os objetivos da República. Neste sentido, a restrição desarrazoada do acesso afronta a Constituição Federal, particularmente os direitos fundamentais, e, por estas razões, não deve prosperar.

No plano internacional e nacional, a exploração econômica das obras cinematográficas almeja alcançar os circuitos de utilização comercial. O direito de utilização dos demais espaços para a exibição cinematográfica é internacionalmente referido como "*non-theatrical*" e se aplica aos locais cujas atividades principais sejam educativas, culturais, sociais e outras que não a exibição de filmes ou o proveito econômico.

Contudo, inexiste uma atitude afirmativa por parte dos titulares para exploração dos direitos patrimoniais, devido à insignificância econômica de sua utilização. Este fato demonstra a irrelevância destes espaços como geradores de receita, especialmente frente à renda obtida com a exploração comercial das obras cinematográficas, e corrobora o entendimento de que a livre exibição cinematográfica nestes espaços tem efeito irrelevante na remuneração dos titulares.

Após a identificação dos enunciados necessários, a apresentação dos fatos relevantes, alcança-se, agora, a terceira fase metodológica da técnica da ponderação, de modo que possa combinar os enunciados e fatos e dar um grau máximo de efetividade a cada um dos direitos, resolvendo satisfatoriamente o problema apresentado. Três compromissos são necessários, nesta fase, para que a decisão seja legítima: universalidade, concordância prática e preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais envolvidos.

A universalização implica na possibilidade de generalização e aplicação a outras situações semelhantes. Desta forma os argumentos devem ser compreendidos e claros, não sendo possível uma interpretação direcionada unilateralmente para determinada parcela da sociedade. [988] A concordância prática impõe o dever de harmonizar os enunciados em conflito, de modo que não ocorra uma exclusão absoluta de um em prol de outro enunciado. A

[988] BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 126-127.

partir daí, o intérprete deve adotar a decisão que melhor harmonizar os enunciados conflitantes. [989] Os núcleos essenciais dos direitos fundamentais envolvidos na questão devem ser identificados, pois a ponderação não deve excluir nenhum enunciado normativo de forma absoluta, mas sim dar o grau máximo de efetivação para cada direito existente e aparentemente conflitante. [990]

O objetivo primordial da exclusividade de uso atribuída aos autores é preservar os interesses materiais nas expressões criativas de índole pessoal, dignas de proteção sob a égide dos direitos autorais. Porém, a transmissão da titularidade patrimonial sobre as obras a terceiros, não criadores, retira-lhe o caráter pessoal de que é originalmente revestida. Uma vez que a titularidade seja desvinculada da pessoa do autor, os poderes de controle do uso são restritos à motivação patrimonial. Não é por outra razão que, por exemplo, o direito de retirada da obra de circulação é atribuído exclusivamente ao autor criador, e, ainda assim, justificadamente.

O aspecto nuclear destes direitos demanda a preservação da patrimonialidade através da exclusividade dos usos dos quais proveitos econômicos podem ser obtidos. Contudo, é necessário que a utilidade patrimonial resultante do uso seja, de fato, saliente. [991] Assim, pode-se afirmar que a exclusividade patrimonial alcança os usos econômicos da obra dos quais resultam ganhos pecuniários substanciais para o titular. Devem, por isso, ser juridicamente repelidas apenas as utilizações que os afete de maneira relevante, mas não os usos secundários ou acessórios.

O direito de acesso à cultura, por sua vez, tem por finalidades permitir a fruição dos bens, a ampla participação na vida cultural e a livre construção das identidades pessoais e coletivas, assegurando, com isto, o pleno exercício dos direitos culturais. Compreendido nestes termos, os direitos culturais, em especial em razão dos seus efeitos sobre as identidades, conformam um verdadeiro direito existencial social, na medida em que a pessoalidade de que tratam somente é passível de ser elaborada através das interações sócio-culturais, das quais os bens artístico-culturais protegidos por direitos autorais são intermediadores. O acesso é instrumentalmente essencial ao exercício dos direitos culturais e,

---

[989] BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 136.
[990] *Id. Ibid.*, p. 142-143.
[991] Não é por acaso que o 'teste dos três passos', que restringe as limitações na propriedade intelectual, fale em afetar "a exploração normal da obra". CONVENÇÃO DE BERNA. Art. 9.2: 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. ACORDO SOBRE ASPECTOS DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL RELACIONADOS AO COMÉRCIO (ADPIC/TRIPS). Art. 13: Os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito.

portanto, pela sua demonstrada relevância, este direito sobre os bens culturais tem de ser eficaz.

O direito de acesso à cultura e os direitos patrimoniais dos titulares são convergentes, na medida em que os bens estejam amplamente disponíveis para fruição. O estabelecimento de uma remuneração, *per se*, não impacta negativamente o acesso, desde que tal cobrança não seja de tal monta que se transforme principalmente em instrumento de exclusão e dominação, pois sua finalidade é gerar proveito econômico relevante para o titular.

A ampla disponibilização dos bens culturais é objetivo tanto do direito de acesso quanto dos direitos patrimoniais autorais. O primeiro almeja assegurar a possibilidade de participação através da fruição dos bens culturais, enquanto os últimos ambicionam o proveito econômico através da cobrança pelos usos da obra. Os objetivos de ambos só são plenamente alcançados com a vasta disponibilidade destes bens.

Ao contrário, sua parca disponibilidade significa tanto sua diminuta utilidade patrimonial quanto a inflada restrição ao acesso, e, assim, ao mesmo tempo, deixa de satisfazer tanto sua função econômica quanto social. Em assim sendo, a exclusividade torna-se desnecessária quando identificada sua pequena relevância patrimonial em relação ao total de ganhos do titular. A proteção cede lugar, neste momento, ao interesse social primário de assegurar o acesso à cultura, cuja finalidade é, na essência, existencial.

Caso a garantia aos titulares da exclusividade dos usos patrimoniais não fosse arredada mesmo em face da modesta disponibilidade dos bens objeto da proteção, permitir-se-ia que servisse aos propósitos do controle e dominação culturais, instalando uma verdadeira censura de mercado, de todo inaceitável por frontal colidência com os preceitos normativos constitucionais. Além do mais, se a indisponibilidade for resultante de injustificadas ações, positivas ou negativas, dos titulares, conforma-se, então, como um abuso do direito, pois reflete um descumprimento de seus deveres funcionais.

Desta forma, conclui-se, em primeiro lugar, que a oposição entre o direito de acesso à cultura e os direitos patrimoniais autorais só ocorre como consequência da injustificada restrição à circulação e acanhada disponibilidade dos bens artístico-culturais. Observa-se, em consequência, que a relação entre o direito de acesso à cultura e a exclusividade patrimonial dos titulares de direitos autorais é de proporcionalidade inversa, pois, quanto maior for a utilidade econômica de determinado uso, menores serão os espaços de livre utilização, que serão mais amplos na medida oposta do desinteresse dos titulares em sua circulação.

A utilidade econômica, que deve ser potencialmente significativa frente ao titular, é verificada objetivamente através da disponibilidade dos bens e analisada em razão da acessibilidade que promove. Assim, para a plena satisfação da função econômica e social dos direitos patrimoniais, os bens protegidos devem estar suficientemente disponíveis para garantir o amplo acesso. A escassez econômica destes bens é juridicamente induzida e quando permeada pelo desinteresse do titular na circulação dos bens conduz à restrição ilegítima do acesso, não sendo, por isso, acatada pela ordem jurídica vigente.

Por outro lado, para que os efeitos econômicos de determinado uso sejam irrelevantes para os titulares é necessário que algumas condições sejam atendidas. A primeira delas se refere a não patrimonialidade dos usos efetuados sem expressa previsão legal permissiva, autorização prévia ou remuneração do titular. A segunda condição exige a finalidade precípua de concretização dos direitos culturais.

A não patrimonialidade destes usos alcança tanto as atividades quanto às suas organizações promotoras e implica na ausência de finalidade econômica lucrativa. Deste modo, nem uma nem outra podem objetivar o lucro, e as atividades também não podem concorrer com a exploração normal da obra, pelo risco de esvaziamento de potenciais ganhos e conflitos com o estabelecido nos acordos internacionais. Assim, esta exibição pública do audiovisual, sem autorização prévia ou remuneração, poderá ocorrer em circunstâncias que não prejudiquem o efetivo e justo exercício dos direitos patrimoniais pelos titulares.

A finalidade principal da exibição deve ser cultural e deve propiciar o exercício dos direitos fundamentais culturais constitucionalmente estabelecidos. Com isso, é possível efetivar a democracia cultural através da exibição diversificada de filmes, fomentar a participação cultural inclusiva, respeitar a diversidade e o pluralismo culturais, valorizar e promover os bens e valores culturais, e, afinal, viabilizar a formação cultural. O exercício da atividade cultural de que se trata aqui deve ser, enfim, sempre direcionado à livre participação na vida cultural e ao pleno exercício dos direitos culturais.

Por todas as razões apresentadas, o uso público de obras protegidas por direitos autorais feito nestas condições, por entidades sem fins lucrativos e com objetivos especificamente culturais, a exemplo das exibições públicas realizadas pelos cineclubes, não conflita com o os direitos patrimoniais do titular e, ao mesmo tempo, permite a concretização dos direitos fundamentais culturais, sendo, portanto, legalmente permitido e constitucionalmente assegurado.

4 **CONCLUSÃO**

Os objetivos deste trabalho foram verificar a existência dos direitos fundamentais culturais e, no caso de resposta positiva, propor um entendimento de seu conteúdo. Superada afirmativamente estas questões, foram analisados os efeitos deste direito sobre a proteção jurídica dos direitos patrimoniais sobre obras protegidas por direitos autorais, quando foi discutida a possibilidade da exibição pública do filme cinematográfico, sem necessidade de autorização prévia ou remuneração ao titular.

A experiência cultural é um dos pilares formadores da pessoa e *conditio sine qua non* para o desenvolvimento integral de sua personalidade, pois, a partir destas, são elaboradas e reelaboradas as visões e construídos os universos simbólicos com os quais o mundo é apreendido. O caráter constitutivo das experiências culturais remete ao princípio da dignidade da pessoa humana. O sentimento de pertencimento a uma comunidade, consequência das experiências culturais comuns, e de valoração positiva deste vínculo são pressupostos reconhecidos para a plena cidadania.

Os direitos culturais promovem o desenvolvimento pessoal para uma existência digna, a construção das identidades, a inclusão e exercício da cidadania cultural, a capacitação para o diálogo intercultural e o crescimento socialmente sustentável. Todas estas circunstâncias interagem na justificação e informam o conteúdo dos direitos culturais.

A amplitude dos efeitos pessoais e sociais dos direitos culturais indica que não há como cumprir os objetivos fundamentais da República de edificação de uma sociedade livre, justa e solidária, de assegurar o desenvolvimento inclusivo e promoção do bem geral sem a sua máxima concreção. A igualdade cultural é condição para o diálogo e convivência harmoniosa e, o diálogo efetivamente livre é essencial em uma sociedade plural. Este é o desígnio constitucional, ao qual tanto o Estado como os cidadãos e a sociedade estão vinculados.

Embora os direitos culturais, que são expressamente reconhecidos na Constituição Federal e nos tratados internacionais de direitos fundamentais, sejam constituídos, sobretudo, do direito à livre participação na vida cultural e objetivem, principalmente, assegurar a todos o seu pleno exercício, são também compostos pelo direito de acesso e fruição das fontes, bens e patrimônio culturais e pelo direito à identidade, pluralidade e diversidade cultural.

Esses direitos são, ainda, complementados pelo direito a um patrimônio cultural rico, valorizado e protegido, do direito de participação no processo decisório da elaboração e execução das políticas públicas, e, também, de obter apoio e incentivo na produção, valoração e difusão de bens e valores culturais. Estes são os direitos culturais *stricto sensu*, conforme estabelecido neste trabalho.

O teor desses direitos influencia no conteúdo dos direitos autorais, da liberdade de expressão e manifestação, do direito à comunicação e da inclusão e não discriminação das minorias. Às vezes contrapondo-se, outras complementando. Ora reforçando, ora limitando, mas sempre legitimando o exercício e as limitações destes direitos. A este conjunto maior convenciona-se chamar de direitos culturais *lato sensu*.

Os direitos culturais formam um conjunto de direitos interdependentes, vinculados ao objetivo maior de assegurar a livre participação na vida cultural e garantir o seu pleno exercício. Seus sentidos se complementam e suas aplicações se entrelaçam, reproduzem em sua normatização a dinâmica particular de seu objeto, projetam-se por todo o ordenamento e refletem todas as dimensões dos direitos fundamentais, mas enraízam-se nuclearmente no direito de igualdade.

O ponto de partida para o exercício dos direitos culturais é o direito de acesso à cultura. Mas, para garantir o livre acesso, é necessária a preservação de espaços e condições existentes, além da constituição de novos, que permitam a livre e plena manifestação, criação e circulação dos bens culturais. Estes são de natureza material (equipamentos e financiamento) e imaterial (conhecimento), e necessariamente implicam na preservação e ampliação do espaço jurídico necessário para que, de fato, seja assegurada a livre participação cultural, condição para o pleno exercício dos direitos culturais. Impõe-se, portanto, a democratização das condições econômicas, jurídicas e sociais para a livre prática cultural.

A ampla acessibilidade aos bens culturais corrobora, ainda, para permitir a livre construção das identidades, elemento de constituição da existência social da pessoa, caracterizando-se os direitos culturais como um verdadeiro direito existencial social. Deste modo, o direito à identidade integra corporifica-se como justificativa principal das garantias

de livre participação e pleno exercício destes direitos. O direito à identidade cultural é um importante elemento da dignidade humana.

O direito a um patrimônio cultural rico, valorizado e protegido corrobora a noção de participação cultural e justifica os investimentos públicos na sua conservação, promoção e os incentivos à produção de bens que venham a integrar-lhe. Este direito é complementar ao direito de acesso e seu contínuo robustecimento consubstancia a livre participação cultural, e, consequentemente, o pleno exercício destes direitos.

A construção deste patrimônio coletivo deve obedecer à pluralidade e diversidade, tendo por referência os vários grupos participantes da nação, e respeitar as várias formas brasileiras de ser e se expressar. O acesso livre serve também para garantir a liberdade de participação nas diversas manifestações culturais e o pleno desenvolvimento das potencialidades humanas.

A pluralidade é um elemento determinante dos direitos culturais. A convivência social e o diálogo, em vista ao progressivo entendimento e mesmo integração, viabilizam e reforçam a diversidade de formas de ser e se manifestar. Neste cenário, não há espaços para a exclusão. A discriminação afeta diretamente o direito à pluralidade e diversidade, ofende frontalmente os direitos culturais e atinge, também, o direito à identidade, na medida da rejeição à forma particular de ser e viver. O direito à igualdade prepondera na rejeição e criminalização da discriminação, mas é reforçado pelos direitos culturais ao pluralismo e à identidade.

As influências dos direitos culturais sobre os direitos autorais são múltiplas, justificando, em confluência com outras disposições, tanto a proteção patrimonial, como a proteção pessoal quanto às limitações à exclusividade. Os direitos autorais são embebidos nos direitos culturais.

Os direitos patrimoniais do autor e, em alguns casos, os direitos morais são restritivos ao acesso e a liberdade de criação e manifestação. Na perspectiva dos direitos culturais, a exclusividade de usos, essência dos direitos autorais, é uma exceção ao direito de acesso à cultura. Esta restrição, contudo, é justificada pelo suposto incentivo econômico à criação e funcionalizada para o engrandecimento cultural da sociedade, com consequências positivas para a formação do patrimônio cultural brasileiro.

Isso não implica em dizer que esta exclusividade de uso seja ilimitada ou absoluta, pois os direitos autorais e suas limitações são ancorados nos direitos fundamentais. A restrição jurídica ao amplo direito de acesso e à liberdade de criação e manifestação não pode ultrapassar os limites da razoabilidade e deve, por ser excepcional, ser interpretada

restritivamente. É espúria a restrição injustificada ou excessiva ao acesso na medida em que ofende os princípios e objetivos da República, pois permitiria o autoritarismo cultural dos titulares dos bens de acesso restrito. O aparente conflito entre a liberdade de acesso e sua restrição deve ser resolvido em favor da liberdade.

Considerando as características dos direitos culturais, a interpretação da lei de direitos autorais e sua revisão legislativa a partir dos direitos constitucionais fundamentais são exigências do próprio Estado Democrático de Direito que afetam todos os poderes republicanos.

As possibilidades expressas na legislação autoral, em termos de acesso legal aos bens necessários ao pleno exercício dos direitos culturais, são demasiadamente limitadas. A legislação que confere proteção patrimonial aos titulares é desequilibrada em prol do investimento e em prejuízo dos criadores e da sociedade, sendo esta característica um reflexo da condução do processo do qual resultou.

A interpretação da legislação de direitos autorais, em especial das limitações impostas ao exercício e alcance destes direitos deve estar atenta à necessidade de equilíbrio, que surge da busca por democracia, cidadania e inclusão culturais, e sustenta-se na demanda social, política e jurídica por pluralidade, participação e identidade.

Na medida em que, os bens culturais participam, enquanto mediadores, de comunicações e interações sociais de conteúdo existencial, a normatividade jurídica deve assegurar a disponibilidade destes bens, não sendo mais possível impedir o acesso aos mesmos, justamente em razão dos direitos fundamentais culturais.

A interpretação extensiva dos limites estabelecidos na legislação de direitos autorais fundamenta-se mais amplamente nos direitos de liberdade, igualdade e solidariedade, convergindo para o principio geral de ampla proteção à pessoa e ao correlato direito à vida digna. É a interpretação aplicável ao Código Civil de 1916, à Lei 5.988/73 e a única juridicamente possível com relação à Lei 9.610/98, uma vez que os limites expressamente estabelecidos não contemplam satisfatoriamente o conteúdo de diversos direitos fundamentais incidentes, em especial, dos direitos culturais, além do conteúdo desta exclusividade patrimonial assegurada ao autor estar sujeita às dinâmicas e circunstâncias sociais.

Dentre as obras protegidas por direitos autorais, a obra audiovisual cinematográfica foi escolhida por sua importância econômica e cultural, pela proeminência dos aspectos contratuais que envolvem sua produção e distribuição e pelas características da titularidade

patrimonial da obra. Estes aspectos permitem satisfatoriamente enfrentar o problema da eficácia dos direitos fundamentais culturais nas relações interprivadas de direitos autorais.

Os cineclubes, que suprem as necessidades que o cinema comercial não atende, são uma forma espontânea de organização cultural da sociedade, caracterizada pela ausência de fins lucrativos, estrutura democrática e compromisso cultural. Na consecução de seus objetivos, os cineclubes instigam discussões críticas, expõem os participantes a uma multiplicidade de universos simbólicos, cumprem funções pedagógicas de leitura e análise filmística, promovem a liberdade, inclusão e democracia cultural, formam público e profissionais. Por estas razões a atividade cineclubista é destacada nesta tese.

Em determinadas circunstâncias as atividades dos cineclubes podem colidir com o exercício legítimo dos direitos patrimoniais sobre as obras exibidas. Por isso, é preciso, a partir da análise sistemática e teleológica do ordenamento jurídico, avaliar, através da técnica hermenêutica da ponderação, se e em que circunstâncias a exibição pública do filme, sem autorização ou remuneração, pode ser promovida pelos cineclubes sem ofensa aos direitos patrimoniais dos titulares.

No contraste entre os direitos culturais e os direitos patrimoniais sobre a obra cinematográfica é importante considerar os limites impostos para se restringir cada qual. Ao mesmo tempo em que os direitos culturais somente podem sofrer limitações que não conflitem com a sua natureza, os direitos patrimoniais de autor não podem ser limitados a não ser em casos especiais, que não prejudiquem a exploração normal da obra nem prejudiquem injustificadamente os interesses do titulares.

A titularidade da obra cinematográfica é desvinculada da pessoa do autor e, portanto, os poderes de controle do uso são restritos à motivação patrimonial. O aspecto nuclear destes direitos demanda a preservação da patrimonialidade através da exclusividade dos usos a partir dos quais proveitos econômicos relevantes para o titular podem ser obtidos. Por isso, apenas os usos que afetem substancialmente os direitos patrimoniais devem ser afastados.

O direito de acesso à cultura é instrumentalmente essencial aos direitos culturais e tem por finalidades permitir a fruição dos bens, a ampla participação na vida cultural e a livre construção das identidades pessoais e coletivas, assegurando, com isto, o pleno exercício dos direitos culturais.

A ampla disponibilização dos bens culturais é objetivo tanto do direito de acesso quanto dos direitos patrimoniais autorais. O primeiro almeja assegurar a possibilidade de participação através da fruição dos bens culturais, enquanto os últimos ambicionam o proveito

econômico através da cobrança pelos usos da obra. Os objetivos de ambos só são plenamente alcançados com a vasta disponibilidade destes bens. Assim, o direito de acesso à cultura e os direitos patrimoniais dos titulares são convergentes, na medida em que os bens estejam amplamente disponíveis para fruição.

A modesta disponibilidade dos bens culturais protegidos por direitos autorais restringe injustificadamente o direito de acesso à cultura e opõe a exclusividade característica dos direitos patrimoniais de autor aos direitos culturais. A disponibilidade da obra protegida por direitos autorais é a medida objetiva do interesse econômico de seu titular. Entendida a partir do critério da disponibilidade, a relação entre a exclusividade patrimonial dos direitos autorais e o livre acesso à cultura é de proporcionalidade inversa. Esta conclusão aplica-se às situações não expressamente previstas nas limitações estabelecidas na legislação infraconstitucional especial.

Além da verificação da razoável disponibilidade do bem, a preservação do potencial econômico da obra audiovisual demanda que, para a exibição pública não previamente autorizada nem remunerada em função dos direitos culturais, duas condições de uso sejam satisfeitas: a) não patrimonialidade; e b) finalidade cultural.

Os direitos culturais, em especial em razão dos seus efeitos sobre as identidades, conformam um verdadeiro direito existencial social, uma vez que a pessoalidade de que tratam somente é passível de ser elaborada através das interações sócio-culturais. Sua relevância jurídica impele a sua progressiva projeção nas estruturas jurídicas e sociais do país.

A possibilidade jurídica de uso livre de obras protegidas, além dos limites expressamente previstos na legislação autoral vigente, não exclui a necessidade de adequação legal aos mandamentos constitucionais referentes aos direitos culturais e outros direitos fundamentais, nem afasta o dever de respeitá-los por parte dos particulares.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y. Conhecimento, pesquisa, cultura e os direitos autorais. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Coords.). *Direito da propriedade intelectual*: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2005.

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

ADENEY, Elizabeth. *The moral rights of authors and performers – an international and comparative analysis*. Nova York: Oxford University Press, 2006.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.

_____; WACHOWICZ, Marcos. *Direito da propriedade intelectual – estudos em homenagem a Pe. Bruno Jorge Hammes.* Curitiba: Juruá, 2006.

_____. As limitações ao direito do autor na legislação autoral brasileira. In: *Revista de Direito Autoral*, ano I, n. II, São Paulo: ABDA e Lumen Juris, fev., 2005.

ADORNO, Theodor. *Indústria cultural e sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

ALEXANDER, Jeffrey C. Analytical debates: understanding the relative autonomy of culture. In: ALEXANDER, Jeffrey C.; SEIDMAN, Steve. *Culture and society:* contemporary debates. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

_____.; SEIDMAN, Steve. *Culture and society:* contemporary debates. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

ALLEN, Jeanne Thomas. *The decay of the Motion Picture Patents Company*. In: BALIO, Tino (Ed.) Madison: University of Wisconsin Press, 1976.

ARE, Mario. *L'Oggetto del diritto di autore*. Milano: Giuffre, 1963.

ARIZPE, Lourdes. The intellectual history of culture and development institutions. In: RAO, Vijayendra; WALTON, Michael (Eds.). *Culture and public action*. Stanford: Stanford University Press, 2004.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito de autor no ciberespaço. In: *Direito da internet e da sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Direito da internet na sociedade de informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

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

BAITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de Governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.* Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

BARBOSA, Pedro Nunes. *Teoria dos bens e a essencialidade dos medicamentos: a funcionalização da propriedade em prol dos valores existenciais.* No prelo.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson (coord.). *O direito e o tempo:* embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar: 2003.

BARKOW, Jerome H.; COSMIDES, Leda; TOOBY, John (Ed.). *The adapted mind:* evolutionary psychology and the generation of culture. New York: Cambridge University Press, 1992.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional*: ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARTH, Frednik. *O guru, o iniciador e outras variações antropológicas*. Rio de Janeiro: Contracapa, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. *Liquid modernity*. Cambridge: Polity Press, 2000.

BAUMGARTEN, Paul A.; FERBER, Donald C.; FLEISCHER, Mark. *Producing, financing and distributing film.* 5 ed., New Jersey: Limelight Edition, 2005.

BELL, Daniel. *The coming of the post-industrial society*. New York: Basic Books, 1973.

BENEDICT, Ruth. *Patterns of culture*. New York: [s.n], 1934.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*: 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. *Contornos atuais do direito de autor*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BOAS, Franz. *The mind of primitive man*. New York: [s.n.], 1911.

BOBBIO, Norberto. *O terceiro ausente*: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra. Trad. Daniela Beccaccia Versiani; organização Pietro Polito; prefácio à edição brasileira Celso Lafer; revisão técnica: Frederico Diehl e Valdemar Bragheto Junqueira. Barueri, SP: Manole, 2009.

_____. *Da estrutura à função*: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica: Orlando Seixas Bechara e Renato Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed., Trad. Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc. Claudio De Cicco; apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

_____. *Os intelectuais e o poder*. São Paulo: UNESP, 1997.

_____. *Era dos direitos.* Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

BOUDON, Raymond (Org.). *Tratado de sociologia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995.

BOURDIEU, Pierre. *A distinção:* crítica social do julgamento. São Paulo: EDUSP, 2008.

_____; DARBEL, Alain. *O amor pela arte.* São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Zouk, 2003.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas:* reflexões sobre o conceito jurídico. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

BURKE, Peter. *What is cultural history?*. USA, MA: Polity, 2008.

BURRELL, Robert; COLEMAN, Allison. *Copyright exceptions*: the digital impact. Reino Unido, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

CABRAL, Plínio. *A nova lei de direitos autorais*. 4. ed., São Paulo: Editora Harbra, 2004.

CALABRE, Lia. Gestão cultural: análises e perspectivas das propostas da 1ª Conferência Nacional de Cultura. In: Lia Calabre (Org.). *Políticas culturais:* um campo de estudo. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2008.

CALIL, Carlos Augusto (Org.). *Vinícius de Moraes:* O cinema de meus olhos. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos no Brasil*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

CARDOSO, Gustavo. *A mídia na sociedade em rede*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil:* o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

CARVALHO, L. G. Grandinetti C. de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CASELLI, Eduardo Piola. Del diritto di autore. In: *Il diritto civile Italiano secondo la dottrina e la giusprudenza*. Napoli: R. Marghieri di Gius, 1925.

CASTELLS, Manuel. *A era da informação:* economia, sociedade e cultura. Vol. 1. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CHAUÍ, Marilena. *Cidadania cultural*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006.

CHAVES, Antônio. *O criador da obra intelectual*. São Paulo: LTR, 1995.

_____. *Cinema, TV, Publicidade cinematográfica.* São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1987.

_____. *Direito do autor:* princípios fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CHOMSKY, Noam. *Language and mind*. Boston: MIT Press, 1968.

COLAUTTI, Carlos E. *liberdad de expressión y censura cinematografica*. Buenos Aires: Fundación Instituto de Estudios Legislativos, 1983.

COLLINS, Richard. *Media and identity in contemporary Europe*. Oregon: Intellect Books, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed., Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.

COOLEY, Thomas M. *A Treatise on the constitutional limitations which rests upon the legislative power of the States of the American Union.* Boston: Little Brown, 1980.

COSTA, Flávio L. Primeiro cinema. In: MASCARELLO, Fernando (Org.). *História do cinema nacional*. Campinas: Papirus, 2006.

CRIVELLI, Ivana Có. *Direitos autorais na obra cinematográfica*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2008.

CUCHE, Denys. *A noção de cultura nas ciências sociais*. Bauru: EDUSC, 1999.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.* Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DAVIES, Gillian. *Copyright and the public interest*. Londres: Sweet & Maxwell, 2002.

DAWKINS, Richard. *The selfish gene.* New York: Oxford University Press, 2006.

DEBOIS, Henri. *Le droit d'auteur em France*. 2 ed. Paris: Dalloz, 1970.

DEWEY, John. *Liberalismo, liberdade e cultura*. São Paulo: Editora Nacional, 1970.

DILTHEY, Wilhelm. *Introduction to human sciences:* an attempt to lay a foundation for the study of man and history. Alemanha: [s.n.], 1883.

DINIZ, Eli. *Globalização, Estado e Desenvolvimento* – dilemas do Brasil no novo milênio. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. 4. ed., atual., Rio de Janeiro: Saraiva, 1998.

DOCK, Claude-Marie. *Etude sur le droit d'Auteur*. Paris: Dalloz, 1966.

DONDERS, Yonne. A right to cultural identity in UNESCO. IN Francesco Francioni e Martin Scheinin (Eds.), *Cultural Human Rights*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

DOSI, Giovanni. *Technical change and economic theory.* Londres: Pinter, 1988.

DUARTE, Elizabeth Bastos; CASTRO, Maria Lilia Dias de. *Comunicação audiovisual* – gêneros e formatos. Porto Alegre: Editora Sulina, 2007.

DURHAM, William H. *Coecolution* – genes, culture and human diversity. EUA: Stanford University Press, 1991.

EBOLI, João Carlos de Camargo. *Pequeno Mosaico do Direito Autoral*. São Paulo: Irmãos Vitale, 2006.

ECO, Umberto. *Obra aberta* – forma e indeterminações nas poéticas contemporâneas. São Paulo: Perspectiva, 2008.

ELIAS, Norbert. *Mozart:* sociologia de um gênio. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

_____. *O processo civilizador*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1994.

FACINA, Adriana. *Literatura e sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

FERNANDES, José Ricardo Oriá. *A cultura no ordenamento constitucional brasileiro: impactos e perspectivas*. In: Araújo, José Cordeiro de; Pereira Júnior, José de Sena; Pereira, Lúcio Soares; Rodrigues, Ricardo José Pereira (Org.). *Ensaios sobre impactos da Constituição Federal de 1988 na sociedade brasileira.* Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2008.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI – O Dicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Positivo, 2009.

FOULCAULT, Michael. O que é um autor?. In: Manoel Barros da Motta (Org.). *Ditos e Escritos III* – Estética: Literatura e Pintura, Música e Cinema. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

FRANCIONI, Francesco. Culture, heritage and human rights: an introduction. In: FRANCIONI, Francesco; SCHEININ, Martin (Eds.). *Cultural Human Rights.* Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 45. ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2006.

GEERTZ, Clifford. *Available light: anthropological reflections on philosophical topics*. USA: Princeton University Press, 2000.

_____. The world in pieces: culture and politics at the end of the century. In: GEERTZ, Clifford. *Available light:* anthropological reflections on philosophical topics. USA: Princeton University Press, 2000.

_____. Art as a cultural system. In: GEERTZ, Clifford. *Local Knowledge.* New York: Basic Books, 1983.

_____. “From the native’s point of view” - on the nature of anthropological understanding. In: *Bulletin of American Academy of Arts and Sciences*, Massachusetts, vol. 28, n.1, 1974.

_____. *The interpretation of cultures*. USA: Basic Books, 1973.

GEIGER, Christophe. The new French law on copyright and neighboring rights of 1 August 2006 – an adaptation to the needs of the information society?. In: IIC - *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, v. 37. n. 4, 2007.

_____. Constitutionalising intellectual property law? The influence of fundamental rights on intellectual property in the European Union. In: *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 37, n. 4, Munique, Alemanha: Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, 2006.

_____. Copyright and free access to information: for a fair balance of interests in a globalised world. In: *European Intellectual Property Review*, vol. 28, n. 7, Londres: Sweet & Maxwell, 2006.

_____. The three-step-test: a threat to a balanced copyright law?. In: *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 37, n. 6, Munique, Alemanha: Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, 2006.

_____. *Droit d'auteur et droit du public à l'information*. Paris: Litec, 2004.

GIDDENS, Anthony. *The consequences of modernity*. Califórnia: Stanford University Press, 1990.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro.* 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GOODENOUGH, Ward. *Property, Kin and Community on Truk*. USA: Yale University Press, 1951.

GOULD, Stephen Jay. *The structure of evolutionary theory*. Boston: Harvard University Press, 2002.

GOWERS, Andrew. *Gowers review of intellectual property*. Inglaterra: Coroa Britânia, 2006.

HABERLE, Peter. *Constituição e cultura: o direito ao feriado como elemento de identidade cultural do Estado Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HABERMAS, Jungen. Modernity versus postmodernity. *New German Critique*, n. 22, 1981.

HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*. 3 ed., Rio Grande do Sul: Editora Unisinos, 2002.

HAUSER, Arnold. *História social da arte e da literatura*. Porto Alegre: Martins Fontes, 2003.

HEINICH, Nathalie. *A sociologia da arte*. Bauru: EDUSC, 2008.

HESPANHA, Antônio Manuel. A imaginação legal nos primórdios da Era Moderna. *Novos Estudos*, n. 59, São Paulo, Cebrap, mar., 2001.

HESSE, *Konrad. Derecho constitucional y derecho privado.* Trad. Ignácio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Cuadernos Civitas, 2001.

HOBSBAWN, Eric. *The age of revolution* – 1789-1848. New York: Vintage Books, 1996.

_____. *Nação e nacionalismo desde 1870*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

HOUAISS, Antônio. *Novo Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Versão Eletrônica. São Paulo: Objetiva, 2009.

Informe Mundial sobre Cultura 2000: diversidade cultural, conflito e pluralismo, UNESCO, São Paulo: Editora Moderna, 2004.

JAMESON, Fedric. *Postmodernism, or the cultural logic of late capitalism.* Duke: Duke University Press, 1991.

JARVIE, Ian. Free trade as cultural threat: American film and TV exports in the post war period. In: STEM, Ricci; NOWELL, Geoffrey. *Hollywood and Europe*: economy, culture and national identity. Londres: British Film Institute, 1998.

JENKINS, Henry. *Convergence culture:* where old and new media collide. New York: New York University Press, 2006.

KAMINA, Pascal. *Film copyright in the European Union*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2002.

KARTASHKIN, Vladimir. Economic, social and cultural rights. In: VASAK, Karel. *The international dimensions of human rights.* Paris: Unesco, 1982.

KELLER, Heidi; POORTINGA, Ype; SCHOLMERICH, Axel. *Between culture and biology:* perspectives on ontogenetic development. New York: Cambridge University Press, 2003.

KRANZBERG, Melvin. *Technology and history: 'Kranzberg laws'*. In Baltimore: John Hopkins University Press, 1986. Technology and Culture, vol. 27, n. 3, julho, 1986.

KRANZBERG, Melvin; PURSELL, Caroll (Orgs.). *Technology in western civilization*. 2 v., Nova York: Oxford University Press, 1967.

KROEBER, A. L.; KLUCKHOHN, C. *Culture: a critical review of concepts and definitions.* Papers of the Peabody Museum of American Archeology and Ethnology. Massachusetts: Harvard University Press, 1951.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas.* 5. ed., São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship:* a liberal theory of minority rights, USA: Oxford University Press, 1995.

LAMEIRA, Allan Pablo; GAWRYSZEWSKI, Luiz de Gonzaga; PEREIRA JUNIOR, Antônio. Neurônios Espelho. In: *Psicologia USP*, v. 17, 2006, PP. 123-133.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia estrutural.* São Paulo: Cosac Naif, 2008.

_____. *Tristes trópicos.* Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1996.

LEVY, Pierre. *Ciberculture*. Minnesota: University of Minnesota Press, 2001.

LEWICKI, Bruno Costa. *Limitações aos direitos de autor*: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo. 2007. 299 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

_____. *A historicidade do direito autoral*. In ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Orgs.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

LIPSYC, Delia. Utilizaciones libres e uso privado. In: *Num Mundo Novo de Direito de Autor*, vol. 2., Lisboa: Comunicações ao II Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos, 1994.

LITWAK, Mark. *Dealmaking in the film & television industry* – from negotiations to final contracts. 2 ed. Los Angeles: Silman-James Press, 2002.

LOJKINE, Jean. *A revolução informacional*. São Paulo: Cortez, 1999.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; JUCÁ, Roberta L. C. Redefinindo e promovendo os direitos fundamentais culturais. In: CUNHA FILHO, Francisco Humberto; TELLES, Mário Ferreira de Pragmácio; COSTA, Rodrigo Vieira (Orgs.). *Direito, Arte e Cultura*. Fortaleza: Sebrae, 2008.

LYOTARD, Jean-françois. *The Post-modern condition.* Minnesota: University of Minnesota Press, 1984.

MACHADO NETO, Manoel Marcondes. Marketing cultural de terceira geração. In Lia Calabre (org.), Políticas culturais: diálogo indispensável. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa.

MALINOWSKI, Bronislaw. *The argonauts of the western pacific*. New York: [s.n.], 1922.

MANEVY, Alfredo. Novelle Vague. In: MASCARELLO, Fernando (Org.). *História do cinema nacional*. Campinas: Papirus, 2006.

MANNHEIM, Karl. *Sociologia da cultura*. São Paulo: Editora Perspectiva, 2008.

MANSO, Eduardo Vieira. *Direito autoral* – exceções impostas aos direitos autorais. São Paulo: José Buschatsky, 1980.

MARQUES, Aída. *Idéias em movimento:* produzindo e realizando filmes no Brasil. Rio de Janeiro: Rocco, 2007.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro.* Rio de Janeiro: Saraiva, 2002.

MCLUHAN, Marsall; POWERS, Bruce. *Global village:* transformations in world life and media in the XXI Century. New York: Oxford University Press, 1989.

MELO, Albertino Daniel de. Direito de Autor e os Interesses Sócio-culturais e de Terceiros em Torno da Obra Intelectual. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, vol. 34, n. 34, Belo Horizonte: EdUFMG, 1994.

MENDONÇA, Leandro J. L. R. *Cinema e indústria:* o conceito de modo de produção cinematográfico e o cinema brasileiro. 2007. 180 f. Tese (Doutorado em Ciências da Comunicação) – Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo.

MILLS, Wright. *The power elite*. New York: Oxford University Press, 1956.

MIRANDA, Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro.* Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MOKYR, Joel. *The lever of riches:* technological creativity and economic progress. New York: Oxford University Press, 1990.

MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. O princípio da dignidade humana. In: _____ (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Danos à pessoa humana:* uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORATO, Antônio Carlos. *Direito de autor em obra coletiva.* São Paulo: Saraiva, 2007.

MOTTA, Márcia Maria Menendes. *Direito à terra no Brasil*: a gestação do conflito, 1795-1824. São Paulo: Alameda, 2009.

_____. *Ilha de Marambaia: história e memória de um lugar*. In MOTTA, Márcia e GUIMARÃES, Elione. História Agrária & Companhia. São Paulo, Anablume, 2008.

_____. *Nas Fronteiras do poder*: conflito de terra e direito à terra no Brasil do século XIX. Rio de Janeiro: Vício de Leitura e Arquivo Público do Estado do Rio de Janeiro, 1998.

MULLER, Peter. *Show business law* – motion pictures, television, video. Westport, Connecticut: Quorum Books, 1991.

NETANEL, Neil Weinstock; ELKIN-KOREN, Niva. *The commodification of information.* Londres: Kluwer Law International, 2002.

NOAM, Eli. Two cheers for the commodification of information. In: NETANEL, Neil Weinstock; ELKIN-KOREn, Niva. *The commodification of information.* Londres: Kluwer Law International, 2002.

OLIVEIRA, Jaury Nepomuceno; WILLINGTON, João. *Anotações à Lei de Direitos Autorais*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005.

PARSONS, Talcott. *The structure of social action*. New York: [s.n.], 1937.

PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales. Teoria Geral. Universidad Carlos, III de Madrid: 1999.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIMENTA, Eduardo. *Princípios de direitos autorais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

POCHMAN, Márcio et al (Orgs). *Atlas da exclusão social: agenda não liberal da exclusão social no Brasil.* Vol. 5. São Paulo: Cortez, 2005.

PONTIER, Jean-Marie; RICCI, Jean-Claude; BOURDON, Jacques. *Droit de La culture.* Paris: Dalloz, 1990.

QIAN, Wen-yuan. *The great inertia:* scientifica stagnation in traditional China. Londres: Croom Helm, 1985.

RADIN, Margaret Jane. Incomplete commodificatgion in the computerized world. In: NETANEL, Neil Weinstock; ELKIN-KOREn, Niva. *The commodification of information.* Londres: Kluwer Law International, 2002.

RAMOS, Carolina Tinoco. *Contributo Mínimo em Direito de Autor:* o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e no direito brasileiro. 2009. 210 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. 2 ed., Rio de Janeiro: Saraiva, 1977.

REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

RIOU, Alain. *Le droit de la culture et le droit à la culture.* 2 ed., Paris: ESF Éditeur, 1996.

RODRÍGUEZ, Ángel. *A dimensão sonora da linguagem audiovisual*. São Paulo: Editora Senac, 2006.

SAHLINS, Marshall. *Culture and pratical reason.* Chicago: University of Chicago Press, 1976.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. In: CARBONELL, Miguel. (Org). *Neoconstitucionalismo(s).* Madrid: Trota, 2003.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trota, 2003.

SANTOS, Manoel Pereira. Princípios constitucionais e propriedade intelectual – o regime constitucional do direito autoral. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos. *Direito da propriedade intelectual – estudos em homenagem a Pe. Bruno Jorge Hammes.* Curitiba: Juruá, 2006.

SANTOS, Tânia Maria dos. *O direito à cultura na Constituição Federal de 1988.* Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 4 ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesse Público. In: SARMENTO, Daniel e Galdino, Flavio (Orgs.). *Direitos Fundamentais*: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

SEIDMAN, Steve. *Culture and society*: contemporary debates. Cambrdge, UK: Cambridge University Press, 1990.

SELL, Susan K. *Private power, public law - the globalization of intellectual property rights*. New York: Cambridge University Press, 2003.

SHWEDER, Richard A. Preview: a colloquy of culture theorists. In: SHWEDER, Richard A.; LEVINE, Robert. *Culture theory:* essays on mind, self and emotion. New York: Cambridge University Press, 1984.

_____.; LEVINE, Robert. *Culture theory:* essays on mind, self and emotion. New York: Cambridge University Press, 1984.

SILVA, João Guilherme Barone Reis e. *Comunicação e Indústria audiovisual – cenários tecnológicos e institucionais do cinema brasileiro na década de 90.* Porto Alegre: Sulina, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

_____. *Ordenação constitucional da cultura.* São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Vasco Pereira. *A cultura a que tenho direito*. Coimbra: Almedina, 2007.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Mares. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. Curitiba: Juruá, 2005.

SOUZA, Allan Rocha de. Direitos Fundamentais, Direitos Autorais e a Busca pelo Equilíbrio. In: Denis Borges Barbosa; Karen Grau-Kuntz (Org.). *Ensaios sobre o Direito Imaterial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. A Proteção Constitucional dos Direitos Autorais. In: Eduardo Salles Pimenta (Org.). *Propriedade Intelectual*: Estudos em Homenagem ao Ministro Carlos Fernando Mathias de Souza. São Paulo: Letras Jurídicas, 2009.

_____; CASTRO, Raul Murad Ribeiro; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. Os efeitos dos direitos constitucionais fundamentais nas relações de direito civil brasileiras. In: *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI* – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasilia/02_672.pdf >. Acesso em: 15 fev. 2010.

_____. *A função social dos direitos autorais*. Campos, RJ: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2006.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Abuso do direito autoral*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

STIGLITZ, Joseph. *Making globalization work*. Nova York: Penguin books, 2007.

_____. *Globalization and its discontents*. Nova York: Penguin books, 2002.

STRONHOLM, Sting. *Le Droit Moral de L'Auteur en Droit Allemand, Français et Scandinave*. 2. vol., Stochholm: P.A. Norstedt & Soners Forlag, 1967.

TAMATOPOULOU, Elsa. *Cultural rights in international law*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do Direito*: fundamentos teóricos e aplicações práticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THOMPSON, E. P. *Costumes em Comum.* São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

TYLOR, Edward. *Anthropology:* an introduction on the study of man and civilization. Londres: Edward Tyler, 1881.

VAN BOVEN, Theodoor C. Distinguishing criteria of human rights. In: VASAK, Karel. *The international dimensions of human rights.* Paris: Unesco, 1982.

VASAK, Karel. *The international dimensions of human rights.* Paris: Unesco, 1982.

VEIGA NETO, Alfredo. Cultura, culturas e educação. *Revista Brasileira de Educação*, n. 23, abr./jul., 2003.

VELHO, Gilberto. *Subjetividade e sociedade* – uma experiência de relação. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986.

VIANNA, Luiz Werneck e outros. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WILLIAMS, Raymond. *Cultura*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008.

WILSON, Edward O. Sociobiology: the new synthesis. Boston: Harvard University Press, 2000.

WISTRAND, Hugo. *Les Exceptions Apportées aux Droits de L'auteur sur ses Ouvres*. Paris: Éditions Montchrestien, 1968.

WOLTON, Dominique. *Il faut sauver la communication*. Paris: Flammarion, 2005.

ZOLLINGER, Alexandre, *Droit d'auteur e droit de l'Homme*. França: Université de Poitiers, 2008.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Justiça Federal – Seção Judiciária do Estado do Espírito Santo. Ação Ordinária n. 2005.50.02.007304-2. Sexta Vara Federal Cível. Juíza Renata Coelho Padilha Gera, Vitória, 17 de outubro de 2007. Disponível em: <www.jfes.gov.br>. Acesso em: 15 mar. 2010.

BRASIL. Justiça Federal – Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Ação Civil Pública n. 2002.51.11.000118-2. 01ª Vara Federal de Angra dos Reis. Juíza Maria de Lourdes Coutinho Tavares, Angra dos Reis, RJ, 25 de setembro de 2008. Disponível em: <www.jfrj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 152.231-SP. Quarta Turma. Relator: Min. Barros de Monteiro, Brasília, 07 de abril de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 mar. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 655.035-PR. Terceira Turma. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, Brasília, 07 de maio de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 mar. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 725.955-SP. Segunda Turma. Relatora: Min. Eliana Calmon, Brasília, 18 de maio de 2007. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 nov. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 753.565-MS. Primeira Turma. Relator: Min. Luis Fux, Brasília, 28 de maio de 2007. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 nov. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 811.608-RS. Relator: Min. Luis Fux, Brasília, 04 de junho de 2007. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 nov. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 29.183-RS. Segunda Turma. Relator: Min. Herman Benjamin, Brasília, 27 de outubro de 2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 23 mar. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 1.950-SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau, Brasília, 03 de novembro de 2005. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 3.512-ES. Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau, Brasília, 15 de fevereiro de 2006. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 3.239-DF. Relator: Min. Cesar Peluso, Brasília. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.544-RS. Tribunal Pleno. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, 28 de junho de 2006. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 29 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.442-DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, 03 de novembro de 2004. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 25 nov. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário n. 410.712-SP. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, 22 de novembro de 2005. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 nov. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário n. 463.210-SP. Segunda Turma. Relator: Min. Carlos Velloso, Brasília, 06 de dezembro de 2005. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 25 nov. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário n. 594.018-RJ. Segunda Turma. Relator: Min. Eros Grau, Brasília, 23 de junho de 2009. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 27 nov. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário n. 410.715-SP. Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, 22 de novembro de 2005. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 27 nov. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130-DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Brito, Brasília, 30 de abril de 2009. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 72.506-MG. Primeira Turma. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, 23 de maio de 1995. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 30 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 73.449-RS. Primeira Turma. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, 02 de abril de 1996. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 29 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 75.404-DF. Segunda Turma. Relator: Min. Maurício Corrêa, Brasília, 27 de junho de 1997. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 15 nov. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 81.827-MT. Segunda Turma. Relator: Min. Maurício Corrêa, Brasília, 25 de maio de 2002. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 15 nov. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82.424-RS. Tribunal Pleno. Relator: Min. Moreira Alves, Brasília, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 87.585-TO. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 jan. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 91.313-RS. Segunda Turma. Relatora: Min. Ellen Gracie, Brasília, 02 de setembro de 2008. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 15 nov. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 670-ES. Relator: Min. Maurício Corrêa. Relator p/ Acórdão: Gilmar Mendes, Brasília, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 712-PA. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 22.164-SP. Tribunal Pleno. Relator: Min.Celso de Mello, Brasília, 30 de outubro de 1995. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 20 nov. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 2.163-RJ. Tribunal Pleno. Relator: Min. Nelson Jobim, Brasília, 29 de junho de 2000. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388-RR. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Brito, Brasília, 19 de março de 2009. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 75.889-RJ. Primeira Turma. Relator: Min. Antônio Neder, Brasília, 31 de maio de 1977. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30 mar. 2010.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 83.294-RJ. Primeira Turma. Relator: Min. Bilac Pinto, Brasília, 31 de maio de 1977. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30 mar. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 113.505-RJ. Primeira Turma. Relator: Min. Moreira Alves, Brasília, 28 de fevereiro de 1989. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30 mar. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 153.531-SC.Segunda Turma. Relator: Min. Francisco Rezek, Brasília, 03 de junho de 1997. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 163.231-SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Maurício Corrêa, Brasília, 26 de fevereiro de 1997. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 25 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 183.403-SP. Segunda Turma. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, 07 de novembro de 2000. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 25 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 203.859-SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Velloso, Brasília, 11 de dezembro de 1996. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 25 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 208.790-SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ilmar Galvão, Brasília, 27 de setembro de 2000. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 30 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 213.094-ES. Primeira Turma. Relator: Min. Ilmar Galvão, Brasília, 22 de junho de 1999. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 30 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 219.292-MG. Primeira Turma. Relator: Min. Octavio Gallotti, Brasília, 27 de dezembro de 1999. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 29 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 221.239-SP. Segunda Turma. Relatora: Min. Ellen Gracie, Brasília, 25 de maio de 2004. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 25 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 249.980-RJ. Primeira Turma. Relator: Min.Ilmar Galvão, Brasília, 23 de abril de 2002. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 29 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 270.379-MS. Segunda Turma. Relator: Min. Maurício Corrêa, Brasília, 17 de abril de 2001. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 349.703-RS. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Britto, Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 jan. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343-SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso, Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 jan. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação n. 1.031-DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Xavier de Albuquerque, Brasília, 10 de dezembro de 1980. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 mar. 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo n. 40239-05.2003.8.06.0000/0. Terceira Câmara Cível. Relatora: Desa. Maria Celeste Thomaz de Aragão, Fortaleza, 06 de fevereiro de 2006. Disponível em: <www.tjce.jus.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 0009983-34.1994.8.19.0000 (1994.002.01948). Quinta Câmara Cível. Relator: Des. Humberto de Mendonça Manes, Rio de Janeiro, 14 de fevereiro de 1995. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 15 dez. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 2009.002.03090. Relator Des. Benedicto Abicair, Rio de Janeiro, 19 de fevereiro de 2009. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 15 dez. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 0012748-84.2008.8.19.0000 (2008.002.15797). Décima Quinta Câmara Cível. Relator: Des. Celso Ferreira Filho, Rio de Janeiro, 09 de setembro de 2008. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 15 dez. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Agravo de Instrumento n. 2008.02.01.015342-7. Segunda Turma Especializada. Relator: Des. André Fontes, Rio de Janeiro, 31 de março de 2009. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em: 10 dez. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Embargos de Declaração de Apelação em Mandado de Segurança n. 2004.51.01.513854-1. Primeira Turma Especializada. Relator: Juíza Convocada Márcia Helena Nunes, Rio de Janeiro, 14 de outubro de 2008. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em: 10 dez. 2009.

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS

1ª CONFERÊNCIA MUNDIAL DE CINECLUBISMO. *Carta de San Angél*, Cidade do México, 29 de fevereiro de 2008. Disponível em: <http://cnc.utopia.com.br/tiki/tiki-read_article.php?articleId=234>. Acesso em: 15 jan. 2010.

5° FESTIVAL DE ATIBAIA INTERNACIONAL DO AUDIOVISUAL. Reunião do Congresso Brasileiro de Cinema. *Carta de Atibaia do Cinema e Audiovisual Brasileiro*, Atibaia, São Paulo, 16 de janeiro de 2010. Disponível em: <http://culturadigital.br/festivaldeatibaia/2010/01/21/congresso-brasileiro-de-cinema-divulga-carta-de-atibaia/>. Acesso em: 25 jan. 2010.

BARBOSA, Denis Borges. *Direito Autoral:* Apresentações Gratuitas. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/88.DOC>. Acesso em: 18 jan. 2010.

BR GAMES: Objetivo, Público e Diretrizes. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/2007/09/25/jogos-br/>. Acesso em: 18 fev. 2010.

BRASIL. Ministério da Cultura. *2ª Conferência Nacional da Cultura.* Texto-Base da Conferência Nacional da Cultura, Brasília, 2009, p. 8-10. Disponível em: <http://blogs.cultura.gov.br/cnc/files/2009/08/Texto-Base.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2009.

BRASIL. Ministério da Cultura. *Fórum Nacional de Direitos Autorais*. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/2009/10/05/forum-nacional-de-direito-autoral-3/>. Acesso em: 28 dez. 2009.

BRASIL. Ministério da Cultura. *Programa Mais Cultura*. Disponível em: <http://mais.cultura.gov.br/category/acoes/cultura-e-economia/>. Acesso em: 21 jan. 2010.

BRASIL. Ministério da Cultura. *Programa Mais Cultura*. Disponível em: <http://mais.cultura.gov.br/category/acoes/cultura-e-cidades/>. Acesso em: 21 jan. 2010.

BRASIL. Ministério da Cultura. *Programa Mais Cultura*. Disponível em: <http://mais.cultura.gov.br/category/acoes/cultura-e-cidadania/>. Acesso em: 21 jan. 2010.

BRASIL. Ministério da Cultura. *Programa Mais Cultura*. Disponível em: <http://mais.cultura.gov.br/category/downloads/publicacoes/>. Acesso em: 21 jan. 2010.

BRASIL. Ministério da Cultura. *Relatório da 1ª Conferência Nacional de Cultura* – Anexo I: Propostas de Diretrizes Aprovadas na 1ª CNC. Brasília, agosto, 2006, p. 38. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/2006/08/25/relatorio-da-1%C2%AA-cnc/>. Acesso em: 28 dez. 2009.

BRASIL. Ministério da Cultura. *Relatório da 1ª Conferência Nacional de Cultura* – Anexo I: Propostas de Diretrizes Aprovadas na 1ª CNC. Brasília, agosto, 2006, p. 46. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/2006/08/25/relatorio-da-1%C2%AA-cnc/>. Acesso em: 28 dez. 2009.

BRASIL. Ministério da Cultura. Secretaria do Audiovisual. *Programas e Ações da Secretaria do Audiovisual do Ministério da Cultura*: Balanço de 2008 e Perspectivas para 2009, Brasília, 17 de dezembro de 2009, p. 1. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2009/03/relatorio-sav-08-091.pdf.>. Acesso em: 21 jan. 2010.

BUNDESRAT. Disponível em: <http://www.kopien-brauchen-originale.de/media/archive/140.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2010.

CAMPANHA PELOS DIREITOS DO PÚBLICO DO CONSELHO NACIONAL DE CINECLUBES. Disponível em: <http://cnc.utopia.com.br/tiki/tiki-read_article.php?articleId=260>. Acesso em: 15 jan. 2010.

CONSELHO NACIONAL DE CINECLUBES. *Manual prático do cineclubismo*. Disponível em: <http://cineclubes.org.br/tiki/CINE+MAIS+CULTURA_MANUAL+DE+FORMA%C3%87%C3%83O+CINECLUBISTA_MANUAL+PR%C3%81TICO>. Acesso em: 20 jan. 2010.

COPYRIGHT Law reform in Germany. Disponível em: <http://openaccess.net/de_en/general_information/legal_issues/german_copyright_reform/ >. Acesso em: 31 jan. 2010.

COPYRIGHT Law reform in Germany. Disponível em: <http://openaccess.net/de_en/general_information/legal_issues/german_copyright_reform/>. Acesso em: 31 jan. 2010.

DECISÃO n. 1983/2006/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Dezembro de 2006 , relativa ao Ano Europeu do Diálogo Intercultural (2008). Disponível em: < http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006D1983:PT:NOT >. Acesso em: 03 jan. 2010.

GIL, Gilberto. *Discurso de lançamento nacional do Programa Mais Cultura*, 07 nov. 2007. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/2009/02/13/mais-cultura-para-o-brasil-e-o-povo-brasileiro-5/>. Acesso em 21 jan. 2010.

GLOSSÁRIO de termos técnicos do cinema e do audiovisual, utilizados pela Ancine, versão 1.32. Publicado em 28 de março de 2008. Disponível em: <http://www.ancine.gov.br/media/Termos_Tecnicos_Cinema_Audiovisual_28032008.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2010.

INTELLECTUAL Property Watch. *WTO Adopts Appellate Body Report On US-China Film Distribution Dispute*. Disponível em: <http://www.ip-watch.org/weblog/2010/01/19/wto-adopts-appellate-body-report-on-us-china-film-distribution-dispute/>. Acesso em: 14 fev. 2010.

International flows of selected cultural goods and services, 1994-2003: Defining and capturing the flows of global cultural trade. Montreal: Institute for Statistics, 2005, p. 47. Disponível em: <http://www.uis.unesco.org/template/pdf/cscl/IntlFlows_EN.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2010.

MACEDO, Felipe. *O que é cineclube*. Disponível em: <http://pcrc.utopia.com.br/tiki-index.php?page=O+QUE+%C3%89+CINECLUBE&bl>. Acesso em: 15 jan. 2010.

MOTION Pictures Association of America. *Entertainment Industry Market Statistics*, 2007, p. 3-4. Disponível em: <www.mpaa.org>. Acesso em: 10 fev. 2010.

NAOMI, Kipuri. *Culture*. In: Organização das Nações Unidas. State of the World's Indigenous Peoples. Report. Disponível em: <http://www.ip-watch.org/weblog/2010/01/14/un-report-indigenous-rights-ignored-in-global-ip-policy/>. Acesso em: 14 fev. 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *O que são direitos humanos?*. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>. Acesso em: 15 fev. 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. State of the World's Indigenous Peoples. Report. Disponível em: <http://www.ip-watch.org/weblog/2010/01/14/un-report-indigenous-rights-ignored-in-global-ip-policy/>. Acesso em: 14 fev. 2010.

ORGANIZAÇÂO MUNDIAL DA SAÚDE. Constituição. Preâmbulo. Disponível em: <http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2009.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. Agenda do Desenvolvimento. Disponível em: <http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/>. Acesso em 02 fev. 2010.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications And Audiovisual Entertainment Products. Summary of the Case. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds363_e.htm>. Acesso em: 14 jan. 2010.

RELATÓRIO do Grupo Multidisciplinar de Trabalho – AYAHUASCA. Disponível em: <www.obid.senad.gov.br/portais/CONAD/index.php>. Acesso em: 14 jan. 2010.

THE Göttingen Declaration on Copyright for Education and Research of 5 July 2004. Disponível em: <http://urheberrechtsbuendnis.de/index.html.en>. Acesso em: 31 jan. 2010.

UNCTAD. *Creative economy report 2008:* The challenge of Assessing the Creative Economy: towards informed Policy-making. UNCTAD, DICT, 2008, p. 34. Disponível em: <http://www.unctad.org/en/docs/ditc20082cer_en.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2010.

UNESCO Asia and Pacific Regional Bureau for Education. *Statistics On Cultural Industries*: Framework for the Elaboration of National Data Capacity Building Projects. Bangkok: UNESCO Bangkok, 2007, p. 11. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001549/154956e.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2010.

UNESCO. *International flows of selected cultural goods and services, 1994-2003*: Defining and capturing the flows of global cultural trade. Montreal: Institute for Statistics, 2005, p. 47. Disponível em: <http://www.uis.unesco.org/template/pdf/cscl/IntlFlows_EN.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2010

UNESCO. *Trends in audiovisual markets: regional perspectives from the South.* Communication and Information Sector, Sector for Culture, 2006, p. 16. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146192e.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2010.

UNITED NATIONS. International Covenant on civil and political rights. Human Rights Committee. Thirteenth session. Communication 24/197, 30 July 1981, Sandra Lovelace *versus* Canada. Disponível em: <http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/fulltextccpr.nsf/ac824e16154a0621c1256d3d003321f6/ceb07dd572746183c1256d3d003b9685?OpenDocument>. Acesso em: 12 fev. 2010.

UNITED NATIONS. International Covenant on civil and political rights. Human Rights Committee. Ninety-fifth session. Communication n.1457/2006, 16 March to 9 April 2009, Ángela Poma Poma *versus* Peru. Disponível em:<http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/fulltextccpr.nsf/160f6e7f0fb318e8c1256d410033e0a1/2ad75162802c5035c12575d80031b442?OpenDocument>. Acesso em: 12 fev. 2010.