



O ACESSO À CULTURA E O MONOPÓLIO DE OBRAS INTELLECTUAIS: ONDE ESTÁ O BEM PÚBLICO? E PARA ONDE VAI O DIREITO AUTORAL?

ÂNGELA KRETSCHMANN*

ABSTRACT: ACCESS TO CULTURE AND INTELLECTUAL MONOPOLY WORKS: WHERE IS THE PUBLIC GOOD? TO WHERE IS GOING THE COPYRIGHT?

There are two basic reasons why people are questioning the direction of copyright: first, the revolution of digital technology brought more access to protected works that are vying for space on the right plan with the right's own access to culture, education and information. Second, because new forms of creative expression (but which can not always be so considered, because sometimes they are just a kind of discovery or an mechanical activity) are covered by copyright protection, inconsistent with the traditional object of protection and the traditional requirements for the grant of protection. This has strained the discussion about the real meaning of intellectual property protection, if it really serves as an incentive for innovation and creativity, or used only as an instrument not always fair of competition. We observed that the phenomena mentioned are closely related: as digital technology became more accessible some protected works, also increased the desire for protection to new expressions of intellectual works resulting from its own technological instrument, as if those who hold the rights to such property persecuted not only more protection, its extension to new forms of expression. In fact, it seems that the market are taking the intellectual property as an obsession to protect not only intellectual works, but also data and information, and maybe it is not correct to say that all this protection is really an incentive to the improvement of the culture, as is commonly believed, at least in the past 300 years.

Paper presented at the International Seminar on Copyright sponsored by the Goethe Institute in Porto Alegre (Brazil), 28 to October 30, 2009.

* A autora é Doutora em Direito (UNISINOS, 2006); Mestre em Direito (PUC/RS, 1999), Professora de Direito da Propriedade Intelectual e Ciência Política, Unisinos, desde 1992. Advogada (www.krebel.com.br). Palestrante na área de Propriedade Intelectual. Membro da CEPI (Comissão Especial da Propriedade Intelectual da OAB/RS), integrante da ABAPI (Associação Brasileira de Agentes da Propriedade Industrial). Autora dos livros: *Universalidade dos Direitos Humanos e diálogo na complexidade de um mundo multicivilizacional* (Editora Juruá, PR, 2008); *Direitos Intelectuais e Dignidade Humana: (re)visitando a Propriedade Intelectual* (Ed. Conceito, SC, 2008); *História Crítica do Sistema Jurídico – da prudência antiga à ciência moderna* (Ed. Renovar, RJ, 2006); *Índia, muito prazer...* (Ed. Mercado Aberto, RS, 2003, 1ª.ed., Ed. Conceito, 2009, 2ª. ed.).



RESUMO: São duas as razões básicas pelas quais se questionam os rumos do direito autoral: primeiramente, pelo fato de que a revolução da tecnologia digital tornou mais acessível obras protegidas que estão disputando espaço no plano do direito com o direito do próprio acesso à cultura, educação e informação. Segundo, porque novas formas de expressão criativa (mas que nem sempre podem ser assim consideradas, porque às vezes não passam de descobertas ou atividades mais mecânicas) estão sendo abrangidas pela proteção autoral, em desconformidade com o tradicional objeto de proteção e os tradicionais requisitos exigidos para a concessão da proteção. Isso tem acirrado a discussão sobre o real sentido da proteção da propriedade intelectual, se ela realmente serve como incentivo à inovação e criatividade, ou se é usada apenas como instrumento de concorrência nem sempre leal. Observamos que os fenômenos indicados têm íntima relação: assim como a tecnologia digital tornou mais acessível as obras protegidas, também aumentou o desejo de proteção por objetos resultantes do próprio instrumental tecnológico, como se aqueles que detêm os direitos sobre tais bens perseguissem não apenas ao mesmo tempo o recrudescimento da proteção, ou a efetividade dela, mas também sua ampliação, para novas formas de expressão.

(Texto apresentado no Seminário Internacional de Direito de Autor promovido pelo Instituto Goethe em Porto Alegre, dias 28 a 30 de outubro de 2009).

RESUMO: 1. De onde vem o direito autoral? - 2. Para onde vai o direito autoral? - 3. As oposições ao sistema. - 4. Instrumentais tecnológicos e acesso a obras protegidas. - 5. A recepção de novas formas de expressão criativa. - 6. O que pode transformar o direito autoral. - 7. O que merece ser transformado no sistema de proteção autoral. 8. Poderíamos viver sem Direito Autoral?

1. A questão posta no título já pressupõe que se saiba de onde veio o direito autoral. E o direito autoral, na verdade, não possui uma única e exclusiva origem, mas decorre de sistemáticas distintas e com ênfases bastante singulares. Começo então pela lembrança de um sistema que se forjou na época dos privilégios concedidos pelos reis, o sistema do *copyright*, que surgiu justamente para salvaguardar os interesses de reprodução das obras intelectuais, demonstrando uma preocupação que tem em vista a utilidade econômica da cópia. O outro sistema é o que tem origem na concepção continental, da formação do direito comum europeu, nos passos da tradição romana-germano-canônica, e que vai antes destacar a autoria, o autor, a concepção criativa¹.

¹ Uma boa análise da sistemática pode ser encontrada em ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Direito de Autor e desenvolvimento tecnológico: controvérsias e estratégias*, Revista de Direito Autoral, Lúmen Iuris, Rio de Janeiro, n. 1, ago./2004.



Então, à pergunta “de onde veio o direito autoral”, podemos responder que veio da tradição continental (direito autoral), ou da tradição anglo-americana (*copyright*). Ora, os fundamentos da proteção também vão variar dependendo da sistemática, ainda que na atualidade, em função da globalização, as leis e sistemas protetivos têm efetivamente buscado uma integração que tende, ora para um aspecto mais moral (direito de autor), ora para um aspecto mais patrimonial (*copyright*). Ou seja, de um lado vemos a afirmação da importância do reconhecimento da autoria, e das prerrogativas morais do autor, nas próprias justificações para que as leis de direitos autorais não sejam alteradas em função do avanço tecnológico².

Há o vínculo, principalmente no sistema continental, de um princípio de direito natural que liga o autor à obra como qualquer outro direito de propriedade, e com este vínculo o direito tende a não sofrer limitações. Há, entretanto, a tese de que os sistemas protegidos são construídos socialmente e por isso devem ser limitados para cumprir sua finalidade. Não seria um direito natural, mas construído, artificial, concebido para alcançar certos fins e, nesse caso, se os fins não estão sendo alcançados deve-se reformular o sistema para que voltem a ser alcançados.

Se tomarmos por base o princípio do direito natural, a pergunta sobre sua função deixa de ter tanta importância, pois o objetivo é simplesmente a proteção do criador, pois é natural que ele a tenha, já que a obra não existiria se ele não a tivesse criado. Assim como temos direito sobre os frutos de nosso trabalho. Já em relação à tese que diz que o sistema foi criado pelo seu conteúdo social relevante, então sim, nos deparamos francamente com mais intensidade diante da total inadequação do mesmo em relação a seus fins. É preciso, então, destacar que o Direito é histórico, assim como o ser humano é histórico, de modo que historicamente formou-se a necessidade, face o regime antigo da época medieval e mesmo ainda moderna, estabelecer limites ao poder soberano do Estado com a valorização dos direitos individuais. O Estado Liberal surge então como uma resposta aos excessos do Absolutismo, e o direito de propriedade e a valorização desta surge, portanto, historicamente bem situada. Agora é que estamos falando que a propriedade precisa cumprir sua função social, após passarmos pelos excessos do próprio liberalismo e buscarmos um equilíbrio entre os interesses privados e do Estado na passagem do próprio Estado Social para o Estado Democrático de Direito.

A Propriedade Intelectual se insere na mutação estabelecida com a função social da propriedade, trazida como direito fundamental, fazendo agora “tremer aquilo que era

² O que pode ser constatado pelo menos desde 1997, quando a OMPI, no Fórum sobre o exercício e gestão do Direito de Autor e dos Direitos Conexos concluiu sobre a manutenção do atual modelo de direito autoral, sugerindo que não há razão para que os direitos sejam restringidos em função de novos desenvolvimentos tecnológicos, até porque, a tecnologia digital seria mais apenas uma tecnologia e coexistiria com o mundo analógico. Sem razão, portanto, para mudanças no cenário da forma tradicional de concepção e gestão dos direitos de autor e conexos (http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=5148).



absoluto”, como explica Ricardo Aronne³, aquilo que era intocável em função de decorrer do dogma do direito de propriedade posto de forma absoluta pela codificação. Para o autor é necessário superar o velho estigma, preso pelos grilhões da ação da codificação, de que a pessoa é pessoa porque a técnica jurídica assim a define, uma vez que as pessoas são sujeitos às quais a lei atribui faculdades e obrigações, concedendo ou limitando seus poderes. Hoje a pessoa surge reconhecida em função da sua própria natureza e definidas a partir do fato da existência que lhes concede dignidade – esta que merece ser objeto de proteção do Direito.

Aronne refere que em função dessa reconstrução também se operou uma total reconstrução do Direito Civil, com impacto no Direito das Coisas, que busca orientar-se pelo princípio da dignidade humana. A dignidade e a dimensão intersubjetiva do ser passa a exercer o papel fundamental deixando para a propriedade e suas manifestações um papel instrumental⁴. E o direito brasileiro, lembra, “a exemplo da maioria das democracias vividas no século XXI, vinculou a propriedade privada à missão constitucional do Estado Social e Democrático de Direito, na mesma e coerente intensidade com que a reconhece e garante mediante tutela jurisdicional.”⁵ Como esclarece, a propriedade “desloca-se para uma condição de meio para a realização do homem, e não mais condição de fim para que este ascenda à dimensão jurídica.” O princípio da função social é informado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

A noção de esfera pública envolvendo a sociedade civil auxilia, então, na busca de soluções para conflitos que envolvam particularmente vários interesses de grupos distintos e que entram em choque⁶. Em especial no Brasil, no caso da busca de equilíbrio entre a necessidade específica de um país em desenvolvimento, emergente, quanto a dificuldade de acesso ao material didático, envolvendo aí a questão da reprografia nas universidades, tema que tem suscitado inúmeros debates e ações judiciais e policiais no meio universitário. É necessário, portanto, estabelecer um diálogo entre os diversos setores da esfera pública (que são privados, e aqui “esfera pública” significa “sociedade civil”)⁷ a fim de coordenar o

³ R. ARONNE, *Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos: estudos preliminares*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 101-102.

⁴ R. ARONNE, *op. cit.*, p. 103.

⁵ E ainda: Se a propriedade privada é relativa, os direitos reais limitados não são mais absolutos. E o fato de que a teoria de base do direito das coisas, erigida para justificar e validar uma determinada ordem de valores, onde a propriedade privada servia de paliçada, resulta agora incoerente. Aronne conclui que o direito das coisas codificado em 1916, e recodificado em 2002 é potencialmente inconstitucional... (R. ARONNE, *op. cit.*, p. 115-116).

⁶ J. HABERMAS, *Direito e democracia - entre facticidade e validade*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, Trad. Flávio Beno Siebenechler, p. 139-142

⁷ Uma esfera pública verdadeira só pode existir de forma apartada do Governo (que de forma errônea passou a ser conhecido como “setor público”) pois em uma democracia, o Governo é um resultado de deliberações da esfera pública. Com isso, conceitos vinculados à liberdade e ao liberalismo, incluindo Direitos de Propriedade Intelectual, são solucionados a partir de uma esfera pública ativa (Cfe. SCHOECHLE, TIMOTHY D., *Re-examining Intellectual Property Rights in the Context of Standardization, Innovation and Public Sphere*, in



interesse comum de alunos, professores e universidades de acesso à cultura e às obras protegidas, através de meios facilitadores, uma vez que o custo alto é um inibidor ao estudo, com o interesse dos autores, proprietários legítimos e que, na tradição liberal, possuem o direito exclusivo de uso dos direitos relativos à obra⁸.

2. Agora sim, é possível perceber a razão da questão: “para onde vai o direito autoral”, pois os sistemas protetivos da propriedade intelectual (e o direito autoral constitui um deles, ao lado da questão marcaria e de patentes, transgênicos, etc.), o fato é que o direito de autor está numa encruzilhada, e está sendo questionado se sua direção tomará o rumo do aumento do poder privado sobre o bem, rumo ao aumento do monopólio, ou se a direção que será tomada será a do público, do social, do coletivo. O problema que sempre se destacou na fundamentação do direito de autor é que a proteção se dirige ao autor porque protegendo o interesse dele estar-se-ia favorecendo a coletividade, que seria brindada pelo incentivo e motivação que o autor recebe em virtude da proteção, e por isso cria mais, produz mais, publica mais. Mas será esta a lógica que vigora na nossa realidade de civilização digital?

Como já foi destacado em outra oportunidade:

A polêmica situa-se entre o Direito de Autor que serve de proteção legítima à criação e ao criador intelectual, e aquela proteção que tem em vista outro fim, que não a própria motivação para a criação, em razão do respeito a ela, mas com o fim de enriquecimento com algo que efetivamente é um bom negócio. Nesse caso a tendência da indústria que ganha com isso é lutar pela preservação de regras tradicionais e impor limitações ao uso de obras através da internet e outras tecnologias que se inventem no futuro – e essa indústria é poderosa, a indústria que produz, administra e comercializa os bens culturais,

Knowledge, Technology & Policy, Spring, 2002. University of Colorado, Boulder, acessível em <http://www.icsr.org/presentations/KTPshort.doc>, p. 9).

⁸ A mesma questão é suscitada no caso da oportunidade para uma esfera pública a partir da internet, que em tese possibilitaria um acesso facilitado de todos os interessados em um possível diálogo e negociações. Mas como assevera Alinta Thornton, outros instrumentos já surgiram no passado e se pensava que preencheriam os requisitos possibilitando essa esfera pública, mas falharam, e o mesmo destino estaria na internet: *Traditional mass media like television and newspapers fail to meet these requirements. It is clear that the Internet will similarly fail. First, everyone who might be affected by a decision does not have access to the Internet, either on a local scale or a national one* (A. THORNTON, *Does internet creates Democracy?*, October/2002, p.25-27, disponível em <http://www.zipworld.com.au/~athornto/thesis2.htm>, acesso em 6/12/05).



*a chamada indústria cultural, dominada por editores, gravadoras, produtoras de cinema, etc.*⁹

Além disso, se estamos sendo circundados por novas formas criativas, que se apresentam antes como descobertas, e que tem ocasionado mudança na proteção autoral, também aumentou o desejo de proteção por objetos resultantes do próprio instrumental tecnológico, como se aqueles que detém os direitos sobre tais bens perseguissem não apenas ao mesmo tempo o recrudescimento da proteção, ou a efetividade dela, mas também sua ampliação, para novas formas de expressão. Enfim, estamos diante de uma batalha que apenas parece nova, mas não é: se o direito autoral e o paradigma de proteção autoral merece ser mantido em seus fundamentos ou deve ser alterado, diante da nova configuração de uma sociedade pós-humana ou digital. Não é nova pois apenas apresenta-se em um novo formato. Já tivemos discussões semelhantes quando foi inventada a máquina fotográfica, quando foram inventados os aparelhos de gravação e agora, quando é inventada a internet. Por isso a OMPI já se manifestou: é mais uma nova tecnologia, não mais que isso, não sendo razoável que as regras existentes sobre a proteção autoral tenham que ser alteradas. Em função de um sistema que não tem se mostrado apto a proteger os interesses para os quais surgiu, várias sugestões de mudança aparecem, como a de Marshall Leaffer¹⁰, que defende a substituição do Direito autoral por um sistema embasado entre medidas tecnológicas e contratuais, em paralelo com sanções criminais. E ainda, a visão de Simmon Olswang, com a proposta da permuta do direito autoral por um direito de acesso a conteúdos digitais, que denomina de “accessright”, com vistas a abolir a necessidade de diferentes categorias de uso¹¹.

Nesse sentido a proposta de Till Kreutzer, chamando atenção para a proposta de um direito autoral deixe de ser a lei que protege os negócios das gravadoras, merecendo antes ser recolocado “de volta aos trilhos”, através de uma proposta de divisão do direito autoral: um direito de autor para autores e um direito de proteção aos trabalhos de autores e industrial: um direito econômico, pragmático e funcional, visando assegurar aquela. Como diz o autor, com isso se busca alcançar ou restabelecer um sistema mais honesto¹².

É o momento, pois, de se destacar que no contexto contemporâneo, de vivência imprescindível da tecnologia digital, com ela e através dela, é inerente à propriedade intelectual uma função social, principalmente porque é uma propriedade sobre bens

⁹ A. KRETSCHMANN, *Dignidade Humana e Direitos Intelectuais: (re) visitando o direito autoral na era digital*, Conceito: Florianópolis, 2008.

¹⁰ L. MARSHALL, *Life after Eldred: The Supreme Court and the future of Copyright*, in <http://www.wmitchell.edu/lawreview/Volume30/Issue5/1Leaffer.pdf>.

¹¹ Por todos, A. GONZAGA, *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*, Fabris: Porto Alegre, 2008, p. 301-302.

¹² D. REINLE, *Law is Outdated. Na interview with Till Kreutzer*, Disponível em: <http://www.goethe.de/wis/bib/thm/urh/en5122599.htm>



intelectuais, cuja natureza promove o conhecimento, a educação, difundem a cultura. Enfim, ainda que a proteção ao direito de autor deva ser destacada como promotora da própria dignidade humana, também o direito que o autor possui não pode ser descolado, afastado, tomado isoladamente, sem a correspondência a esfera pública, como se o autor fosse uma eterna ilha e não precisasse de mais ninguém – ora o próprio autor, salvo raríssimas exceções (quando ele deixa a obra inédita e até pede que seja destruída após sua morte...), deseja ver sua obra difundida, revisitada, recriada, e a partir disso, desenvolver novas relações com o próprio ser que cresce na obra ao ser trabalhada pelo público.

3. Entretanto, outras vozes se levantam tecendo considerações um pouco distintas do tradicional discurso que vincula a necessidade de proteção à expressão criativa para motivar que mais criações surjam e possam enobrecer nossa vida cultural e científica...

a) que a ciência e inovação têm um papel fundamental na evolução da sociedade, com a sustentação da dinâmica capitalista que cria e ao mesmo tempo sucateia produtos levando a uma eterna renovação do consumo;

b) parece que para evitar que esse sistema corra perigo, valeu-se do sucateamento da própria crítica ao consumo exacerbado e aos perigos da destruição criativa e inovação ao meio ambiente, tudo porque o próprio capitalismo global tomou conta dos próprios valores éticos da sociedade influenciando os comportamentos rumo ao consumo (e a publicidade e o marketing fazem seu papel na criação de novos valores...).

A flexibilização das regras de propriedade intelectual é importante para evitar o excesso de poder a grandes corporações que tendem a estabelecer disputas cruéis e injustas que prejudicam a comunidade como um todo, pois os valores sociais de humanidade não entram nunca numa disputa entre corporações, pior ainda, as empresas transnacionais é que estão tomando decisões políticas, e as leis dos países têm sido adequadas aos seus interesses...¹³

¹³ O discurso hegemônico onde ciência e técnica assumem o papel de garantidores do progresso para todos só surgiu para tornar plausível para as massas a sua própria despolitização... a opinião pública perdeu sua função política, como refere Gilberto Dupas, afinal, o Estado voltou-se para temas cujos fundamentos escapavam da compreensão e interesse do público direito e leigo. Como exemplifica o autor: *Um dos casos mais polêmicos e rumorosos de uso do poder econômico por meio da utilização abusiva de inovações patenteadas foi o da Microsoft, que causou enorme comoção e turbulência jurídica mesmo nos Estados Unidos. Ao praticamente obrigar um uso cativo dos seus softwares para um instrumento de trabalho tornado essencial (redes de computadores) e para um gênero de comunicação vital (internet), a empresa líder do setor gerou imensos lucros ao aliar grande competência tecnológica com obsolescência rápida dos seus programas, 'obrigando' continuamente os seus usuários a novas aquisições* (G. DUPAS, *Propriedade Intelectual: tensões entre a lógica do capital e os interesses sociais*, in F. VILLARES (org), *Propriedade Intelectual: tensões entre o capital e a sociedade*, Paz e Terra: São Paulo, 2007, p. 20).



Outra crítica vem da constatação de que o modelo teria se alterado historicamente de um modelo de reconhecimento de autoria para um modelo de acesso a bens, onde a autoria deixa de ocupar o lugar principal e dá espaço à mercantilização da obra, explorada pela lógica do acesso. Olgária Feres Matos¹⁴ recorda historicamente a formação da autoria e mostra que no seu início o autor possuía a posse de sua obra, mas não a propriedade, enquanto o intelectual de hoje detém uma fração do capital simbólico, que valoriza segundo interesses próprios, de modo que as obras se convertem em “bens” e estimulam novas práticas de consumo e apropriação – e assim a discussão sobre a propriedade intelectual se funda na lógica da economia do acesso, não na identidade da autoria.

Uma discussão bastante relevante na propriedade industrial parece-me que se encaixa aqui, e merece ser trazida a título de comparação. Na arena dos inventos, da inovação tecnológica, o debate que têm acirrado a discussão sobre a manutenção do paradigma de proteção patentária aponta a propriedade intelectual como o instrumento que, nascido para o progresso da ciência, para o bem da humanidade, como garantidora da motivação ao contínuo ato criador, se transformou no instrumento responsável pelo bloqueio à inovação. Por isso é coerente perguntar nesse caso, como é que um mecanismo criado para proteger a invenção pode tornar-se obstáculo a ela.

Tal é a pergunta formulada por Laymert, que destaca o caso de Fuller, que por 50 anos promoveu o patenteamento de suas invenções, com o objetivo de buscar reconhecimento, antes de lucro, e visava com isso comprovar que o conhecimento sobre elas se transformava em arma de competição. E sua experiência se revelou um exemplo para a subversão da base patentária. Fuller queria provar que as corporações estavam fundando seu poder na monopolização do conhecimento sobre as tecnologias invisíveis, no sentido que o regime de patente teria adquirido vida própria e independente do sistema no qual se forjou. Isso porque, e citando Paul David¹⁵, o patenteamento tem servido como estratégia de competição e não como fonte de informação ou meio de reduzir a incerteza do investimento na criação de algo novo. Com isso as corporações protegem a continuidade do processo de exploração da mesma inovação, mas não para efetivamente inovar, desenvolver mais e mais tecnologia, mas o próprio novo é bloqueado em nome da manutenção daquela industrialização, até que se torne suficientemente obsoleta e então se passa à produção de algo que dê maior retorno comercial¹⁶.

¹⁴ O. C. F. MATOS, *Patentes e copyrights: cleptomanias do capita*, in F. VILLARES (org), *Propriedade Intelectual: tensões entre o capital e a sociedade*, Paz e Terra: São Paulo, 2007, p. 29.

¹⁵ P. DAVID, “Paul David”. *Interviews for the Future*, Munich: European Patent Office, 2006, apud SANTOS, LAYMERT GARCIA DOS, *Paradoxos da Propriedade Intelectual*, p. 56.

¹⁶ SANTOS, LAYMERT GARCIA DOS, *Paradoxos da Propriedade Intelectua*, in F. VILLARES, (org), *Propriedade Intelectual: tensões entre o capital e a sociedade*, Paz e Terra: São Paulo, 2007, p. 41-44.



Não parece estar ocorrendo o mesmo no caso do direito autoral? O regime teria adquirido vida própria e agora estaria apenas administrando e se servindo das normas jurídicas que o forjaram. Ele consegue impedir outras tecnologias através da proteção de modo usar as regras para inibir a concorrência. É assim que vive a própria Microsoft, assim que têm vivido principalmente a indústria musical. É assim que nesta semana vemos a notícia da Nokia entrando com ação contra a Apple, porque esta teria se servido de patentes da Nokia para criar seu iPhone. A ação envolveria então, de 200 a um bilhão de dólares em indenização¹⁷. Se é assim, é justamente nesse aspecto que deverá ocorrer uma revolução nas bases da proteção patentária e autoral, para impedir que sirva a interesses que não objetiva proteger, e interesses que na verdade tem vista usar o sistema para impedir uma circulação justa de obras protegidas (sem entrar no mérito da ação indicada acima, obviamente, uma vez que, é necessário verificar se efetivamente ninguém pode inventar nada na área sem acabar ferindo direitos da Nokia...).

Finalmente, cabe perguntar, dentro do contexto de um seminário como o presente, se o modelo de proteção, restritivo, que tem se revelado cada vez mais restritivo, é adequado a um país como o Brasil, com grande deficiência na efetivação de direitos básicos, fundamentais de educação e saúde. Está correto impor a países como o Brasil a mesma condição que é posta a países como os Estados Unidos, que aliás, sempre praticaram a pirataria externa, pelo menos até 1988 (com a adesão à Convenção de Berna o sistema deixou de ser tão hipócrita), de modo a ser possível dizer que sua economia foi, em certa medida, sustentada pela exploração da produção intelectual externa? É a velha pergunta: nesse caso não estamos tratando igual os diferentes?

4. Muitos negócios se formaram com base na restrição/direito conferida pela propriedade intelectual. E as empresas que negociam bens intelectuais se vêem ameaçadas pela revolução da tecnologia digital. A ofensiva contra uma liberalização ou reforço de um *commons* social vem justamente de setores empresariais que usam todos os poderes existentes e disponíveis para evitar o enfraquecimento dos sistemas de propriedade intelectual que garantem a exploração dos bens intelectuais e garantem os lucros dos seus negócios. Um bom exemplo da ofensiva contra qualquer reação pública é noticiada em jornais de grande circulação, acerca de condenações exemplares pelos tribunais para quem trocar arquivos

¹⁷ Cfe. Notícia do processo movido pela Nokia contra a Apple, de 26/10/2009 disponível em http://br.noticias.yahoo.com/s/reuters/091023/tecnologia/internet_telecom_nokia_iphone: “A Nokia entrou com o processo nos Estados Unidos na quinta-feira, alegando que a Apple teria infringido 10 patentes suas e acusando a fabricante do iPhone de tentar se aproveitar do investimento em tecnologia da Nokia. A Apple, que chegou tarde ao mercado de celulares, abocanhou uma fatia considerável do mercado de alto padrão, mas detém pouca propriedade intelectual em comparação com suas concorrentes no setor, que trabalham sob acordos de compartilhamento de licenças.”



pela internet pelo sistema *p2p*. O modo como as notícias são passadas mostram que a intenção é estabelecer o medo, inibir o acesso, tornar imoral uma ação que os usuários costumam ver como natural. Afinal, é possível imaginar que na concepção mais íntima de todos os usuários está a idéia de que a cultura é algo público e de todos.

Diante dessa realidade, de inamovibilidade do direito autoral é que surge a proposta de licenças públicas, com a justificativa de que a proteção constitucional e a “leitura infraconstitucional a partir do prisma constitucional não é suficiente para aferir a legitimidade do uso de obras de terceiros”, em função da rigidez da lei de direitos autorais, daí porque “buscar novos mecanismos para dar segurança jurídica a quem queria se valer de obras alheias”. Como dizem os autores Ronaldo Lemos e Sérgio Branco, a estrutura da proteção autoral é secular e insatisfatória¹⁸.

Nesse contexto de insatisfação surgem o *copyleft* e o *creative commons*, por exemplo. Analisando o *copyleft*, entendo um pouco estranha afirmação de que *o copyleft seria o oposto do copyright porque usa as regras deste para que todos recebam uma versão da obra e possam reproduzi-la, modificá-la e distribuí-la*¹⁹. Na realidade, se o *copyleft* usa as regras do copyright não pode então estar sendo seu oposto, mas antes seu discípulo. Até porque, o *Copyleft* reserva o direito autoral, não libera a obra para o domínio público, mas exige que no caso de derivação ou redistribuição, o produto derivado mantenha a mesma licença (o produto derivado de obra caída em domínio público receberá proteção, enquanto no *copyleft* forma-se uma cadeia de derivações livres)²⁰. Melhor seria dizer que, não podendo se opor à lei, o *copyleft* surge como um subterfúgio legal, respeitando o direito do autor que antecipadamente abre mão de seus direitos por uma forma de aproveitamento da criação que repousa em um princípio significativamente distinto do direito de autor. Nesse caso o autor não vê aproveitamento na manutenção da exclusividade, mas aproveitamento na libertação do trabalho criativo para que seja trabalhado, misturado, recriado pelo público interessado. Colherá dali os frutos de uma boa fama pela intelectualidade que prova possuir, ou não. É um risco que corre. Talvez devêssemos aprender a conviver um pouco mais com os riscos, e menos com o paternalismo de uma tradição secular.

¹⁸ R. LEMOS & S. VIEIRA JÚNIOR, *Copyleft, Software Livre e Creative Commons: a nova feição dos direitos autorais e as obras colaborativas*, Disponível em: <http://virtualbib.fgv.br/dspace/handle/10438/2796>, p. 2.

¹⁹ R. LEMOS & S. VIEIRA JUNIOR, *op. cit.*, p. 3. Isso principalmente levando em conta a afirmação de Pedro de Paranaguá Muniz e Pedro de Camargo Cerdeira de que “os contratos *copyleft* visam, entre outros detalhes, criar justamente o conceito de direito moral de paternidade dentro do instituto *copyright*, já presente no ordenamento jurídico brasileiro como direito *coigente*” (MONIZ, PEDRO DE PARANAGUÁ e CERDEIRA, PABLO DE CAMARGO, *Copyleft e Software Livre: Uma Opção pela Razão – Eficiências Tecnológica, Econômica e Social – II*, Revista da ABPI, n. 72, p. 21).

²⁰ SIMON, IMRE & VIEIRA, MIGUEL SAID, *A Propriedade Intelectual diante da emergência da produção social*, in F. VILLARES (org), *Propriedade Intelectual: tensões entre o capital e a sociedade*, Paz e Terra: São Paulo, 2007, p. 61-62 e 77.



Aqui é onde deve-se enfrentar o que o movimento muitas vezes visto como dissidente ao *copyright* ou ao direito de autor, o movimento da “cultura livre”. Na verdade o grande inimigo da “cultura livre” não é exatamente o direito de autor, mas sim os monopólios que usam o direito de autor de modo prejudicial, mas não o direito em si. É como a crítica ao capital, à ciência, a uma invenção “perigosa”: não é a invenção que é perigosa, mas o uso que se faz dela, assim como não é o capital que é perigoso, mas o uso que se faz dele. Então, é de ser visto que não apenas a lei autoral é utilizada pela indústria cultural para impedir a livre circulação da produção cultural, de modo que se pode dizer que:

a) a indústria cultural usa a lei de direitos autorais para impedir o acesso não autorizado a obras protegidas cobrando caro pelo uso e reprodução;

b) ela usa não apenas a lei, mas também a máquina judiciária, no sentido de impor medo e buscar aplicação de sanções exemplares para causar temor entre os usuários;

c) usa ainda os meios de comunicação de massa e o marketing global para impor sua exclusividade de modo agressivo;

d) finalmente, usa tudo isso para tolher a capacidade humana de autodeterminação e escolha, pois manipulando o mercado cultural disponibiliza um espaço restrito e previamente definido por ela para que as pessoas possam se movimentar e ali escolher o que desejam ouvir, dançar, ver, ler..

Com isso, a indústria cultural usa então a lei, a máquina judiciária, os meios de comunicação e ainda mais, o poder econômico que possui para excluir do mercado outras produções menores e que não tem condições de competir ou mesmo circular entre o público, sendo a tecnologia digital o meio que atualmente tem possibilitado aos usuários fugir dos limites impostos à liberdade de escolha pela indústria cultural, o único meio, ainda acessível (ainda, e em alguns países) para o exercício livre da escolha, para o exercício do livre arbítrio, para o exercício da autodeterminação, para o exercício do gosto próprio, para o exercício da própria liberdade. Essa é sem dúvida a pior parte. Sendo assim, como ser contra a cultura livre?

É possível ser favorável ao direito autoral e favorável à cultura livre? Claro que sim, pois entendo que a luta maior da cultura livre não é contra as regras do direito de autor, mas antes contra o monopólio estabelecido pela indústria cultural que faz um mau uso das normas do direito de autor, portanto, o inimigo comum não é o direito autoral, mas sim o monopólio, de modo que precisamos sim, um reajuste de normas que tornam possível o aprisionamento do próprio direito autoral pela indústria cultural.



Eu diria que assim como o *software* livre surgiu de uma grande indignação de Richard Stallman por não poder acessar um código fonte, ou seja, *que brincadeira é essa de não me deixar entrar onde quero, de impedir meu livre acesso, de deixar que eu exerça meu direito de ir e vir* (?!), mais ou menos assim, surgiu a cultura livre, surgiu de uma indignação, de uma revolta por se perceber que algo era escondido, escamoteado, proibido, e o que era escondido era justamente o que mais refina o espírito humano, a cultura. Ora, é revoltante. O movimento da cultura livre surge então no sentido do desejo de acessar aquilo que estava sendo escondido voluntária e maliciosamente por quem detém o monopólio de acesso e pior, vive da mercantilização de bens culturais que sequer seriam escolhidos pelos usuários se tivessem acesso a outros bens que pudessem fazer parte do processo de escolha. Essa mercantilização, vinculada ao escondimento de bens culturais, de fato, é uma agressão imperdoável.

Não é, portanto, uma revolta em relação ao direito do autor, mas em relação ao direito que certas empresas possuem em função de uma norma legal que poderia muito bem privilegiar antes o autor e não quem mercantiliza a obra do autor. E isso tem solução? Claro que tem. O problema é mexer num abelheiro. E não é qualquer abelheiro, é cheio de abelhas poderosas.

A questão central é:

- É justo impor ao autor que pague a conta do acesso público?

- ou é justo que se busque um equilíbrio entre os interesses legítimos, tanto do autor quanto do público?

- e quem vai pagar esta conta? Ora, no Brasil, em meio a tanto “bolsa isto” e bolsa aquilo”, o “bolsa cultura” vem bem, e poderia vir melhor ainda se existisse um espaço livre na TV (não, os proprietários que monopolizam o espaço televisivo, radiofônico, editorial e jornalístico não permitiriam). Mas enfim, por que não dar justamente a tais espaços privados, vinculados à propriedade, uma função social que lhes é inerente nos dias atuais? E com o apoio do governo, que recebe impostos pela comercialização de obras, e pode muito bem responsabilizar-se pela liberdade efetiva – que está sempre e cada vez mais ameaçada – da cultura?

A pergunta então deve ser outra:

- É justo impor aos donos dos meios de comunicação um espaço público, livre, para a manifestação cultural, artística e científica? Parece-me não apenas justo quanto devido, necessário e fundamental para a efetiva proteção da própria dignidade da pessoa humana, potencializada na medida em que o ser humano consegue exprimir-se e acessar de modo efetivamente livre as criações que são fruto de sua própria vivência na comunidade. Ele



deve ter o direito de experimentar a vida cultural em sua real extensão, e não na extensão que é imposta pelos meios de comunicação, dominados por proprietários que vem de assembleias legislativas estaduais, ou já federal, ou até do senado, e que foram eleitos com base justamente no domínio desses mesmos meios de comunicação.

Finalmente, afirmo que qualquer iniciativa de substituição do atual modelo de proteção às obras intelectuais terá que ser suficientemente apto a equilibrar os interesses do usuário e do autor. O intermediário ou titular derivado, terá sim que readequar seu modelo de negócios a fim de não ver a destruição total de um modelo que acabou utilizando para fins próprios, inclusive com base no empobrecimento sem causa do autor original, como muitos casos, em especial envolvendo músicos e gravadoras.

O que está errado em muitos discursos que vejo, favoráveis ao *creative commons* (movimento que igualmente aprovo), são certos exageros em relações a certas afirmações, como por exemplo:

a) não se quer um sistema impositivo em que autores sejam obrigados a exercer direitos que poderiam abrir mão, e por isso as licenças *creative commons* incentivam o desenvolvimento de modelos cooperativos dentro da lei brasileira, para que os autores possam contribuir com a difusão do conhecimento e patrimônio cultural²¹... afinal, o próprio sistema de direito autoral não é, em termos de prerrogativas patrimoniais, impositivo, sempre foi uma garantia ao autor, que pode e sempre pôde abrir mão de seu direito, e o *creative commons* não passa de um espaço ou instrumento onde o autor encontra a facilitação para o exercício de seu direito, onde ele propriamente exerce seu direito, licenciando a obra. O sistema de direito autoral é, sim, impositivo em relação às prerrogativas morais, determinando que são inalienáveis e irrenunciáveis, mas mesmo em relação a elas, ele ainda pode escolher não exercer o direito, não ingressar com uma ação, enfim. Ele pode não se opor, por exemplo, a uma mutilação de sua obra, como muitos na prática não se opõe. Mas se ele quiser exercer o direito ele pode, assim como ele não pode negociar este direito, já que isso a lei proíbe, deixando sempre em aberto a possibilidade de o autor exercer o direito em caso de violação.

b) Finalmente, destaque-se que também não é exclusivamente a partir do *creative commons* que o autor poderá colaborar com a difusão da cultura e incremento do patrimônio cultural, etc., afinal, o autor contribui com a disseminação da cultura e conhecimento principalmente através da criação intelectual, e não através do licenciamento gratuito de sua obra – nesse caso ele apenas estaria colaborando mais, mas não apenas se fizesse o licenciamento. Assim, temo que exista uma interpretação exagerada acerca dos benefícios do *creative commons*. Reforço o que afirmo: o *creative commons* não passa de um instrumento

²¹ R. LEMOS & S. VIEIRA JUNIOR, *op. cit.*, p. 23.



auxiliar para o exercício do direito de autor, e nesse sentido, um instrumento maravilhoso. Mas não se deve exagerar na avaliação de seu significado. Ele não garante nada, não é por causa dele que o autor licencia a obra ou por causa dele que a obra fica disponível. Pelo contrário, ele tende a agredir muitos autores que não concordam e tem o direito de não concordar com a sistemática de licenciamento proposta pelo *creative commons*. Ele é sim, um espaço para que o autor licencie (e por isso, exerça) o uso da obra, porém, de modo irretroatável, o que de resto, tem recebido severas críticas da doutrina e de autores, alguns argumentando inclusive que não perceberam isso antes do licenciamento (não obstante a indicação de um caráter irretroatável e “perpétuo”).

Se a crítica ao *creative commons* é que ele apenas reforça o rigor do sistema, apenas expandindo o limite de uso de sua obra, então chegamos ao ponto certo, pois de fato, é isso. O *creative commons* não tem como lutar contra o direito autoral (ao menos diretamente, mas tem como força de pressão pública), e por isso mesmo, refere enfaticamente que “não quer ir contra o direito”, mas “colaborar” com ele. Com isso, chega-se à questão primordial de crítica ao direito: quer dizer, no momento em que se critica o *creative commons* porque ele não serve para enfrentar o direito de autor ou se transformar em um modelo “alternativo” a ele, então pelo menos é necessário concluir que o próprio *creative commons* torna evidente a insatisfação de grande parte – ou de um número considerável – de pessoas em relação ao sistema de direito autoral. Ou seja, o *creative commons* não é uma alternativa ao direito autoral, mas é, sim, mais do que um instrumento de facilitação ao acesso de obras protegidas (ainda que a partir da exclusiva vontade expressamente manifestada do autor) um poderoso instrumento de crítica popular ao sistema de direito autoral.

5. Até aqui discutimos uma das razões que põe em questão o rumo do direito autoral: a revolução tecnológica que permitiu maior acesso a obras protegidas, e através do *creative commons*, inclusive de forma dupla, pois além da tecnologia ser um instrumental, as licenças constituem mais um instrumental que se soma ao primeiro. Agora, cabe discutir as novas formas de expressão criativa que também tem ativado discussões sobre a suficiência ou não do sistema autoral para dar conta das novas situações, e com isso, tais criações igualmente colocam o direito autoral em uma espécie de encruzilhada, para onde ir? Rumo a uma flexibilização de seus requisitos fundantes, a fim de abarcar as novas obras criativas, ou manutenção de seu sistema secular, o que em outras palavras significa escolher o recrudescimento da proteção, para alcançar tais novas formas criativas, ou então uma interpretação restrita que pode acabar levando à exclusão da proteção de certas formas de expressão criativa. De que obras estou falando? Dos bancos de dados, estranhamente erigidos à categoria de obras criativas (mas desde que seu objeto reflita um trabalho criativo) e as obras colaborativas (onde às vezes sequer existe um autor, mas vários, e anônimos).



Muito bem. Esse é o nosso ponto de partida. O paradigma da proteção autoral encontra-se, afinal, onde? No justo reconhecimento de que o autor é o criador e por isso merece crédito e direitos sobre sua obra, ou no justo reconhecimento de que o autor, sendo criador, tem o direito de autorizar ou impedir o uso da obra por terceiros? Porque a ênfase é distinta, primeiro na pessoa do autor e no reconhecimento à autoria, e depois, a ênfase é na possibilidade de usar e autorizar o uso, como a reprodução, de modo que a própria questão da autoria passa a ficar em segundo plano, porque o que se busca mesmo é acessar, transformar, reproduzir a obra.

Ainda que se reconheça que o segundo decorre do primeiro, no sentido de que é em função da autoria, e da criação primígena, que decorrerão as prerrogativas, tanto morais quanto patrimoniais, o fato histórico que nos circunda na atualidade, de grande destaque, é a proliferação de formas de expressão que a princípio não se coordenam com o objeto de proteção como tradicionalmente era entendido no direito autoral. Falo aqui em especial de bancos de dados, por exemplo, e até mesmo de programas de computador, cuja polêmica pela natureza autoral ou patentária nunca deixou de ser discutida, não obstante as legislações em peso decidirem pela proteção autoral. Mas outros planos de criações estão nesse debate, principalmente no ramo da biotecnologia, onde se discute a patente de invenções para organismos vivos que muitas vezes não possuem o requisito da atividade inventiva, não nos moldes tradicionais da concepção, uma vez que não passariam de descobertas, ou formas já existentes natureza e por isso, não havendo um criador, não há porque conceder-se patente.

É possível constatar, assim, que a controvérsia também está centrada na questão do objeto do direito de autor, pois na realidade se a tendência – de trazer para a proteção obras que não tem natureza autoral se confirmar, cada vez mais estaremos dentro de conflitos, pois de fato cabe distinguir entre informação e obra protegida, e até mesmo repensar a proteção para obras de caráter científico. Mas a controvérsia também está centrada na própria questão da autoria, pois em algumas obras típicas da sociedade da informação ou digital, o autor é praticamente acéfalo! Ou melhor, muitas vezes ele muito mais do que desconhecido, é praticamente inexistente, na medida em que, por exemplo, colabora na construção de um texto como no wikipédia. E mais ainda, às vezes o autor é simplesmente um “íbope” em torno de um enredo que é desenvolvido segundo a participação do público em programa televisivo (mas nesse caso a proteção é concedida à forma final da exteriorização da obra, independentemente de quem sugeriu ou deu a idéia, que não é protegida, da finalização). E enfim, o consumidor da obra muitas vezes passa a ser co-autor dela, como na concretização de um *blog*.

De fato, quando alguém se manifesta e trabalha de modo colaborativo na criação de uma obra, segundo o direito autoral vigente, não pode renunciar ao seu direito de paternidade e nomeação, entre outros, mas pode renunciar às prerrogativas patrimoniais.



Estas então, não interessam pois tem o problema resolvido. O autor colaborador renuncia a elas. Mas e quanto às prerrogativas morais. O autor não renuncia a elas, nem pode, mas pode ficar sem exercer o direito, o que de todo modo, não resolve a questão, pois possuímos uma lei que enfim, não é aplicada ao caso, é simplesmente tomada como inexistente. Esse caso sim, merece uma reflexão mais profunda e dá clara evidência de que algo deve mudar na lei autoral, ou para excluir tais obras da proteção, ou para deixar claro que se algum colaborador reclamar direito autoral (moral) merecerá ressarcimento. Uma tal situação, entretanto, mostra-se incongruente. Deve ser analisada a razão pela qual alguém colabora e não estará sujeito de direitos em função dela, para que se possa concluir da razoabilidade da situação.

Nesse sentido, é de se concordar com Ronaldo Lemos e Sérgio Vieira, quando apontam que:

As obras colaborativas podem vir a ser, a rigor, a efetivação, dentro do campo de direitos autorais, do disposto no art. 4º, I, de nossa Constituição Federal, que objetiva a construção de uma sociedade mais solidária, que entende que a liberdade de expressão, a ajuda mútua e o compartilhamento de conhecimento podem valer mais do que a preservação de direitos autorais, muitas vezes, de pouco espectro²².

Teoricamente a solução pode passar pela remodelação da natureza autoral, que não se vincularia a uma propriedade, mas antes, a um direito exclusivo e específico. Ou ainda, dentro da remodelação da propriedade, no sentido de não mais ligada às idéias de domínio absoluto e praticamente divino, mas antes como um direito onde se inserem outras prerrogativas e também deveres, ônus e obrigações, decorrendo daí a função social hoje já consagrada em nossa Constituição (artigo 5º., XXIII). Novamente pegando de empréstimo a história da propriedade industrial, não se pode esquecer que o sistema idealizado nos Estados Unidos, para proteger o inventor, foi modificado para atender os interesses de grandes corporações, ou seja, de reconhecimento de um direito, passou a instrumento, o que nos leva a constatar que o direito que deveria ser um fim em si foi transformado em mero instrumento para alcançar fins e interesses específicos, incongruentes com os fins para os quais foi criado originariamente, alterando-se seu sentido e significado.

6. Justamente as diversas formas de licenças públicas existentes, como software livre e o *creative commons*, estão mobilizando grandes esferas do setor público e tendem a, juntamente com outras formas possíveis de diálogo aberto possibilitado pela revolução

²² R. LEMOS & S. VIEIRA JUNIOR, *op. cit.*, p. 29.



digital, exercer forte pressão sobre a política e principalmente a própria política de expansão dos grandes conglomerados e corporações internacionais. Como refere Gilberto Dupas:

Estados e movimentos sociais organizados transnacionalmente podem ser os futuros atores que pactuarão com as corporações acordos de convivência no qual todos possam ganhar, em especial com o resgate dos valores sociais da humanidade, atualmente perdidos nas frestas do lado sombrio da globalização. Entre esses acordos essenciais estão, sem dúvida, maior abertura para transferências tecnológicas e maior flexibilidade quanto a regras de controle da propriedade intelectual²³.

A emergência da forma produtiva baseada na colaboração descentralizada que busca compartilhar resultados de maneira mais livre é o que é chamado de “commons” uma produção baseada na idéia de coisa pública, em oposição à privada e exclusiva do autor ou uma corporação. Exemplos disso são o *software* livre e o *creative commons*. A princípio os *commons* materiais sempre tenderiam à extinção, já os *commons* não tradicionais seriam baseados em bens não rivais, e aí estariam os bens intelectuais – eles não se tornam escassos pelo uso, pelo contrário, o uso os multiplica. O domínio público seria o lugar do *commons* na atualidade, em razão das leis de propriedade intelectual:

Commons são conjuntos de recursos utilizados em comum por uma determinada comunidade. Todos os membros dessa comunidade podem utilizá-los, de forma transparente, sem necessidade de permissões de acesso. Entretanto, em commons bem-sucedidos, convenciona-se regras de uso responsável para que os recursos não se extingam ou se deteriorem. Historicamente (e em especial na Europa), os commons típicos eram as áreas e pasto, florestas, faixas litorâneas e outros recursos naturais utilizados cooperativamente, sem que um indivíduo fosse o único proprietário deles. São commons também os recursos ambientais compartilhados, tais como ar e água, e alguns bens essenciais para a vida nas cidades: ruas, parques, pontes, etc²⁴.

Uma propriedade intelectual mais ampla significa um *commons* mais restrito. E como dizem Imre Simon e Vieira, com a redução do *commons*, também a própria criação se torna mais lenta, uma vez que os bens intelectuais para serem produzidos necessitam de outros como “inputs”. Então a criação se vê limitada e se torna mais cara (o *commons*, ou o público, é prejudicado tanto pela proteção à propriedade intelectual como pela lentidão da criação). Como referem os autores citados, “poder-se-ia afirmar...” que o *commons* não diminui com o recrudescimento da proteção à propriedade intelectual, que o *commons* só deixa de aumentar... mas tal argumento tem três problemas sérios: a) primeiro ele subordina o

²³ G. DUPAS, *op. cit.*, p. 24.

²⁴ SIMON, IMRE & VIEIRA, MIGUEL SAID, *op. cit.*, p. 73-74.



commons à propriedade intelectual, uma vez que a obra só chega ao *commons* depois de passar pela PI... quando seria mais razoável dizer o contrário, que os bens deixam o *commons* – se assim a sociedade o determinar – e ficam temporariamente sujeitas ao *commons*²⁵; b) além disso, o *commons* intelectual é estrutura complexa, não é estático, está em constante mutação, sendo difícil medir a importância desse *commons* quantitativamente; c) e finalmente, o argumento não leva em conta a perspectiva histórica de longo prazo, e não oferece evidências contrárias a essa perspectiva: “durante a maior parte do tempo, nossa cultura prosperou sob regimes frouxos (ou inexistentes) de “propriedade intelectual”, que privilegiavam um *commons* intelectual amplo.” De todo modo, concluem que não é certo, não há provas, de que uma inversão disso, ou seja, menos proteção, levaria a mais *commons*. Como perguntam ao final: *Como garantir que haverá incentivo suficiente para que os bens sejam produzidos? Por si só, a abundância característica dos bens intelectuais não fornece esse incentivo*²⁶.

7. Pegando de empréstimo as conclusões que se tem verificado de inúmeros seminários desenvolvidos no âmbito da propriedade industrial, as recomendações apontam para um tratamento específico dos temas com uma abordagem clara no sentido:

a) de que a propriedade intelectual deve ser vista como instrumento, e não fim em si mesma, os direitos são econômicos, concedidos com um fim específico, para incentivar a inovação e não constituir um instrumento de inibição da competição leal;

b) que não há sustentação empírica que comprove a afirmação de que quanto mais abrangentes a proteção e privilégios há mais incentivo à inovação e criatividade;

c) a proteção só deve ocorrer quando não fragilizar o sistema científico livre e aberto e a elaboração os direitos vinculados à propriedade intelectual de modo mais equilibrado interessa a todos os países, tanto emergentes quanto desenvolvidos, deve haver espaço para a legislação interna adaptar acordos internacionais de acordo com seu estágio de desenvolvimento;

g) a proteção por PI constitui apenas um dos mecanismos de inovação, sendo que políticas de PI devem ser associadas a políticas de inovação e regulação da competitividade.

²⁵ Para tornar viável a inversão proposta, não seria razoável avaliar o retorno do registro para a proteção das obras, de modo que elas nascessem diretamente no *commons*, mas como o registro, passassem para a PI? É uma pergunta que merece ser posta, diante da situação complexa atual. O autor, paradoxalmente, tiraria a obra do “público” através do registro, tornando público que deseja exercer seu direito sobre aquela obra em especial. OU talvez colocando uma obrigação de repasse de 10% caso alguém use a obra e obtenha lucros com ela... caso em que o uso sem lucro beneficiaria o social.

²⁶ IDEM, p. 67.



O Brasil oferece claro exemplo de reforço da proteção autoral em detrimento do acesso a obras protegidas. Antes de 1998, portanto, antes do advento da atual Lei 9610/98, em vigor, era permitida a cópia de um exemplar da obra para fins privados e sem intuito de lucro. A partir de 1998 isso deixou de ser permitido. Isso é justamente o que não pode acontecer. As limitações e exceções têm em vista equilibrar os interesses e não podem portanto, sofrer modificações sem que o equilíbrio não seja afetado. Afora isso, ainda há a própria questão de aumento da proteção a obras que a princípio estariam fora da proteção, porque, em função da tecnologia digital, os defensores da proteção passaram a lutar para a extensão da proteção para dados e conteúdos, e não apenas para obras. Daí a proibição de compartilhamento de dados. Então estamos evoluindo para um direito que impedia a cópia, para um direito que passa a impedir também o acesso.

Seguramente, no Brasil o sistema do direito autoral, que faz uma previsão *numerus clausus* sobre as limitações ao direito do autor, necessita uma urgente readequação. Ocorre que ao observarmos o rol das limitações, percebe-se que parece que foram criadas e estão ali antes para reforçar o direito do autor ou titular, do que para efetivamente possibilitar um equilíbrio entre os justos interesses do autor e dos usuários. Na medida em que o autor disponibiliza sua obra ao público, abrindo mão do direito ao inédito, faz sentido que incidam limitações ao seu direito de “usar, fruir e dispor” em função de direitos de terceiros que surgem como parte que são de uma humanidade global. E o bem proporcionado a essa humanidade é justamente devolvido ao autor que integra essa mesma humanidade, seja pelo acesso e prazer que sua obra proporciona, seja pela polêmica que causa, seja pela crítica, seja pelo desejo de recriá-la, através de uma paródia, por exemplo. O autor pode se ver no despertar do estranhamento que sua obra pode (ou não) causar no público.

A maior crítica e mais discutida na atualidade decorre não apenas do fato de que no Brasil a legislação estabelece um limite fechado de situações que imporiam limites ao direito do autor, mas principalmente da total impossibilidade de se fazer quaisquer reproduções integrais de obra protegida, independente de lucro ou uso privado. De outro lado, seria importante que a legislação deixasse claro que limitações extrínsecas podem ser aplicadas, limites que vêm de fora da legislação, que vem da própria Convenção de Berna por exemplo, que vêm de um direito do consumidor, que vem da concorrência desleal, e da própria Constituição Federal, que imprime a necessária ponderação de direitos fundamentais, ou seja, dos direitos do autor e dos direitos de acesso à informação, cultura e educação.

Constata-se que na atualidade, de fato, milhões de cópias piratas são realizadas causando prejuízo às editoras e autores, e ainda, que as cópias estão sendo realizadas pelas pessoas, alunos, professores, enfim, a comunidade em geral, como sabemos, com muita naturalidade, e é tal atitude passiva e sem remorso que parece causar espanto a quem detém os direitos de autor ou é defensor férreo do sistema de proteção. Ora, é a própria



naturalidade com que se pratica a infração que nos auxilia a desvendar o problema do ilícito. Se a principal preocupação é a naturalidade com que ocorre a infração, é de se perguntar a causa disso. Ocorre que qualquer um que tenha a idéia de quanto custa a reprografia vai se sentir roubado ao ter que pagar verdadeira fortuna para aquisição legal de um livro, e no Brasil o caso é extremo, pois o preço dos livros é impraticável para a maior parte da população, e o resto (os que podem adquirir livros) seleciona muito o que vai efetivamente adquirir. Outros países têm investimentos e políticas públicas barateando efetivamente o custo, não se tratam de meras medidas paliativas. Na Índia o livro é barato mesmo. E não apenas para estrangeiros. É claro que não possui uma edição “ouro”, chegando mesmo a parecer uma cópia infiel de original, mas é efetivamente livro, com venda permitida exclusivamente na Índia. E no Brasil não temos isso.

Certamente se o preço do livro fosse razoável, as pessoas não se sentiriam roubadas e comprariam o livro, não fariam com “naturalidade” uma cópia, como acusam as editoras. Os interessados adorariam comprar o livro original, no lugar de ter que, clandestinamente (porque já sabem que o ato é ilícito) fazer uma cópia pirata. O mesmo ocorre com os CDs. Pagar 40 reais por um CD no Brasil, cerca de 25 dólares, é absurdo.

A criação de uma gestão da cópia privada pode ser uma idéia, no estilo do ECAD para a reprodução musical, pois como é visto na experiência espanhola²⁷, o resultado têm se mostrado bastante satisfatório. No Brasil a própria ABDR poderia se reunir nesse sentido e pleitear uma organização desse tipo, no lugar de lutar pela manutenção de um paradigma completamente arcaico e que possui seus dias contados.

Além disso, assim como na propriedade industrial a proteção pela Propriedade Intelectual vai além da “tecnologia dura”, uma vez que o que passa a valer é mais a marca do que a utilidade, mais o desejo posto pelo marketing do que qualquer caráter estético, ou utilitário, também no campo das artes, música, teatro, literatura, o que passa a valer é o desejo de consumo de certos bens culturais impostos pelas empresa que controlam e influenciam o imaginário social. Infelizmente. Ainda que seja difícil acreditar numa lavagem cerebral no campo do teatro ou dança, por exemplo, não é difícil perceber que isso já existe para o campo da música, há muito tempo (face o malicioso e corrente uso de jabá, ilícito em muitos países, mas não no Brasil). Ademais, a agressividade do capital que deseja mercantilizar toda a cultura é tão forte que não é de se surpreender onde possa chegar. Então: *A discussão da PI se insere exatamente nesse contexto. Como flexibilizá-la sem abalar os alicerces*

²⁷ M.C. BARBOSA, *Cópia privada de livros: diferenças entre o tratamento espanhol e o brasileiro*, in ADOLFO, LUIZ GONZAGA SILVA & MOARES, *Propriedade Intelectual em Perspectiva*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008, p. 308. Como refere a autora, “É necessário descobrir maneiras de baratear esse acesso sem prejudicar os autores, inclusive para que se fomente a criação de novo público consumidor de cultura” (p. 320).



da acumulação capitalista” – pois o sistema depende de inovação, e esta depende da proteção do investidor...²⁸

De outro lado, muitas mudanças que ocorrem nas legislações são justificadas, teoricamente, com base em garantias de aproveitamento do resultado de seu trabalho, ou seja, para o autor, mas como assinala Till Kreuzer, em geral as alterações servem para outros interesses, como no caso em que cita a iniciativa da Comissão Europeia – “que, de momento, foi interrompido - o que pretende quase dobrar a duração da proteção para as gravações de áudio de 50 para 95 anos, alegando que os artistas, especialmente músicos de estúdio, são privados de uma merecida compensação quando chega na velhice. Na realidade, músicos de estúdio em geral, costumam transferir seus direitos em troca de um pagamento fixo e não tem participação em lucro em qualquer forma de prorrogação do prazo de proteção - são principalmente as gravadoras que se beneficiam.”²⁹

São muitas as alterações que podem ser sugeridas no rol de limitações do direito autoral, mas principalmente a permissão de cópia de um exemplar para fins privados. No Brasil, em 2004, a lei penal evoluiu para evitar que a cópia de um exemplar para fins privados constituísse crime, mas na área cível, a Lei 9.610 ainda pune a cópia privada de um exemplar, ao só permitir trechos de obras.

8. Como seria o mundo sem direito autoral? É uma pergunta pertinente, pois permite que recomeçemos do zero se desejamos efetivamente questionar para que(m) tem servido as regras de Direito Autoral. De fato, poderíamos dizer que se não existisse o Direito Autoral a indústria cultural, tão atacada por explorar de modo excessivamente privatístico os bens intelectuais, exploraria ainda mais o autor, como já tivemos oportunidade de ver em várias situações do passado, em que se pode dizer que o “commons” existia porque se a obra não fosse registrada, não estava protegida, e para tanto basta lembrar o caso do “Teu Cabelo não Nega” (Brasil, 1933). Da tensão existente entre o interesse social e o direito autoral, de todo modo pode-se dizer que a própria tensão produz bens intelectuais, e a prova disso é o software livre.

Assim como a criatividade pode ser motivada por outros instrumentos além da propriedade intelectual, é ser destacado, entretanto, que a propriedade intelectual continua sendo um importante instrumento de proteção a legítimos interesses e direitos de autores,

²⁸ G. DUPAS, *op. cit.*, p. 19.

²⁹ D. REINLE, *op. cit.*, Disponível em: <http://www.goethe.de/wis/bib/thm/urh/en5122599.htm>.



sendo, aliás, ainda, um importante instrumento de proteção do autor contra as próprias gravadoras.

No Brasil, quando um músico foi proibido de tocar a própria música por uma gravadora com a qual ele tinha realizado um contrato de cessão, também foram as regras de direito autoral que o liberaram de tal acerto absolutamente injusto e abusivo. Afinal, a gravadora não pode então dizer que está defendendo o direito do músico, uma vez que está claramente defendendo seus próprios interesses. Se a indústria, se as grandes corporações internacionais fizeram e fazem um mau uso do instrumental disponível pela propriedade intelectual, é necessário recolocar a propriedade intelectual no seu caminho de proteção a legítimos interesses, e impedir que seja utilizada como instrumento de concorrência desleal, pois o que temos observado é que no momento as leis de propriedade intelectual têm servido a usos incompatíveis com a própria dignidade humana, que as leis de PI vêm igualmente assegurar. Têm sido usadas de modo abusivo, para legalizar o ato ilícito, para justificar o injustificável, e isso é que deve ser efetivamente alterado, ao lado de uma sensível mudança na legislação para que a propriedade intelectual possa efetivamente cumprir também sua função social.