

2007
Número 6 • Ano 4
Edição em Português

- **Upendra Baxi**
O Estado de Direito na Índia
- **Oscar Vilhena Vieira**
A desigualdade e a subversão do Estado de Direito
- **Rodrigo Uprimny Yepes**
A judicialização da política na Colômbia:
casos, potencialidades e riscos
- **Laura C. Pautassi**
Há igualdade na desigualdade?
Abrangência e limites das ações afirmativas
- **Gert Jonker e Rika Swanzen**
Serviços de intermediação para crianças-testemunhas que
depõem em tribunais criminais da África do Sul
- **Sergio Branco**
A lei autoral brasileira como elemento de restrição
à eficácia do direito humano à educação
- **Thomas W. Pogge**
Para erradicar a pobreza sistêmica:
em defesa de um Dividendo dos Recursos Globais



SUR – REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS é uma revista semestral, publicada em inglês, português e espanhol pela Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos. Está disponível na internet em <<http://www.surjournal.org>>

CONSELHO EDITORIAL

Christof Heyns

Universidade de Pretória (África do Sul)

Emílio García Méndez

Universidade de Buenos Aires (Argentina)

Fifi Benaboud

Centro Norte-Sul do Conselho da União Européia (Portugal)

Fiona Macaulay

Universidade de Bradford (Reino Unido)

Flavia Piovesan

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)

J. Paul Martin

Universidade de Colúmbia (Estados Unidos)

Kwame Karikari

Universidade de Gana (Gana)

Mustapha Kamel Al-Sayyed

Universidade do Cairo (Egito)

Richard Pierre Claude

Universidade de Maryland (Estados Unidos)

Roberto Garretón

Ex-Funcionário do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (Chile)

EDITOR

Pedro Paulo Poppovic

COMITÊ EXECUTIVO

Andre Degenszajn

Daniela Ikawa

Juana Kweitel

Laura D. Mattar

PROJETO GRÁFICO

Oz Design

EDIÇÃO

Daniela Ikawa

EDIÇÃO DE ARTE

Alex Furini

COLABORADORES

Catharina Nakashima, Miriam Osuna e Thiago Amparo

CIRCULAÇÃO

Catharina Nakashima

IMPRESSÃO

Prol Editora Gráfica Ltda.

ASSINATURA E CONTATO

Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos

Rua Pamplona, 1197 – Casa 4

São Paulo/SP – Brasil – CEP 01405-030

Tel. (5511) 3884-7440 – Fax (5511) 3884-1122

E-mail <surjournal@surjournal.org>

Internet <<http://www.surjournal.org>>

Essa publicação recebeu o apoio do Fundo das Nações Unidas para a Democracia.

SUR – REDE UNIVERSITÁRIA DE DIREITOS HUMANOS é uma rede de acadêmicos com a missão de fortalecer a voz das universidades do Hemisfério Sul em direitos humanos e justiça social e promover maior cooperação entre estas e as Nações Unidas.

A SUR é uma iniciativa ligada à Conectas Direitos Humanos, uma organização internacional sem fins lucrativos com sede no Brasil. (Websites: <www.conectas.org> e Portal: <www.conectasur.org>.)

CONSELHO CONSULTIVO

Alejandro M. Garro
Universidade de Colúmbia (Estados Unidos)

Antonio Carlos Gomes da Costa
Modus Faciendi (Brasil)

Bernardo Sorj
Universidade Federal do Rio de Janeiro / Centro Edelstein (Brasil)

Bertrand Badie
Sciences-Po (França)

Cosmas Gitta
PNUD (Estados Unidos)

Daniel Mato
Universidade Central da Venezuela (Venezuela)

Eduardo Bustelo Graffigna
Universidade Nacional de Cuyo (Argentina)

Ellen Chapnick
Universidade de Colúmbia (Estados Unidos)

Ernesto Garzon Valdés
Universidade de Mainz (Alemanha)

Fateh Azzam
Universidade Americana do Cairo (Egito)

Guy Haarscher
Universidade Livre de Bruxelas (Bélgica)

Jeremy Sarkin
Universidade de Western Cape (África do Sul)

João Batista Costa Saraiva
Juizado Regional da Infância e da Juventude de Santo Ângelo/RS (Brasil)

Jorge Giannareas
Universidade do Panamá (Panamá)

José Reinaldo de Lima Lopes
Universidade de São Paulo (Brasil)

Juan Amaya Castro
Universidade para a Paz (Costa Rica)

Lucía Dammert
FLACSO (Chile)

Luigi Ferrajoli
Universidade de Roma (Itália)

Luiz Eduardo Wanderley
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)

Malak El Chichini Poppovic
Conectas Direitos Humanos (Brasil)

Maria Filomena Gregori
Universidade de Campinas (Brasil)

Maria Hermínia de Tavares Almeida
Universidade de São Paulo (Brasil)

Mario Gómez Jiménez
Fundação Restrepo Barco (Colúmbia)

Miguel Cillero
Universidade Diego Portales (Chile)

Milena Grillo
Fundação Paniamor (Costa Rica)

Mudar Kassis
Universidade Birzeit (Palestina)

Oscar Vilhena Vieira
Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas (Brasil)

Paul Chevigny
Universidade de Nova York (Estados Unidos)

Philip Alston
Universidade de Nova York (Estados Unidos)

Roberto Cuéllar M.
Instituto Interamericano de Direitos Humanos (Costa Rica)

Roger Raupp Rios
Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil)

Shepard Forman
Universidade de Nova York (Estados Unidos)

Victor Abramovich
Centro de Estudos Legais e Sociais (Argentina)

Victor Topanou
Universidade Nacional de Benin (Benin)

Vinodh Jaichand
Centro Irlandês de Direitos Humanos,
Universidade Nacional da Irlanda (Irlanda)

APRESENTAÇÃO



O sexto número da SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos possui um significado especial para nós, pois reflete os primeiros resultados de um projeto de pesquisa conjunto em andamento na nossa rede. Em junho de 2006, a SUR iniciou uma pesquisa sobre “A Justiciabilidade dos Direitos Humanos: Índia, Brasil e África do Sul”, com o objetivo de comparar a implementação dos direitos humanos e dos direitos constitucionais pelas Cortes Supremas desses três países.

Índia, Brasil e África do Sul compartilham muitas características comuns. Todos eles desfrutam de sistemas democráticos relativamente estáveis e ocupam posições-chave em suas respectivas regiões, tanto no âmbito político, quanto no econômico. Eles compartilham também problemas comuns, especificamente o desafio de superar a pobreza, a discriminação e a desigualdade, bem como a dificuldade de promover o acesso igualitário à justiça, à educação de boa qualidade, à saúde e a programas de habitação. Nesse sentido, os três países possuem o desafio de consolidar o Estado de Direito e as instituições democráticas, como instrumentos para a realização dos direitos humanos para todos, conforme o exigido pelas suas próprias constituições e pelos tratados internacionais por eles ratificados.

O objetivo dessa pesquisa é entender o papel das Cortes Constitucionais na Índia, no Brasil e na África do Sul na promoção e proteção de direitos humanos. O estudo também leva em consideração o papel da sociedade civil e das organizações de interesse público em suas intervenções no sistema judiciário.

Nesse número da Revista, incluímos dois artigos que refletem um diálogo inicial entre os pesquisadores envolvidos com essa questão, um escrito pelo Prof. Upendra Baxi, responsável pela pesquisa na Índia, e o outro elaborado pelo Prof. Oscar Vilhena Vieira, coordenador do projeto e responsável pela pesquisa no Brasil. O artigo de Rodrigo Uprimny, que tem cooperado com o projeto, discute alguns aspectos da judicialização da política na Colômbia.

Estamos certos de que compartilhar conhecimento e estabelecer parcerias em pesquisa

são instrumentos muito eficientes e consistentes na criação de uma comunidade intelectual mais forte no Sul Global. Os passos iniciais dessa pesquisa têm confirmado essa nossa percepção. Através da pesquisa em conjunto, laços fortes têm sido construídos pelos professores e novas idéias e oportunidades de parceria têm sido descobertas.

O número 6 da Revista SUR também analisa o direito das mulheres na América Latina e o direito das crianças na África do Sul. O artigo de Laura Pautassi trata dos vários passos dados na América Latina no sentido de assegurar a igualdade entre mulheres e homens, com especial foco na responsabilidade do Estado com relação às regulações trabalhistas. O artigo elaborado por Gert Jonker e Rika Swanzen apresenta a experiência de serviços de intermediação para crianças testemunhas em casos judiciais no subúrbio de Johannesburg.

O artigo de Sergio Branco é fruto de sua palestra no VI Colóquio Internacional de Direitos Humanos (nov. 2006) sobre o impacto da regulação dos direitos autorais nos direitos humanos, dentro do contexto brasileiro. Ele analisa como a atual estrutura de direitos autorais e o uso impróprio da tecnologia criam sério risco para a efetivação do direito humano à educação.

Thomas Pogge foca na discussão da desigualdade entre o Norte e o Sul. Ele argumenta que a atual apropriação da riqueza em nosso planeta é muito desigual, invocando três diferentes razões para a injustiça: o efeito das instituições sociais compartilhadas, a exclusão não compensada do uso dos recursos naturais e os efeitos de uma história comum e violenta –, o objetivo do autor é mostrar que talvez seja possível reunir partidários de correntes dominantes do pensamento político normativo ocidental numa coalizão voltada para a erradicação da pobreza mundial mediante a introdução de um Dividendo dos Recursos Globais, ou DRG.

Nós gostaríamos de agradecer aos seguintes professores e parceiros por sua contribuição na seleção dos artigos para esse número: Ann Skelton, Alejandro Garro, Fateh Azzam, Flavia Piovesan, Florian Hoffmann, Glenda Mezarobba, J. Paul Martin, Jeremy Sarkin, Juan Amaya Castro, Lorena Frías, Maria Herminia Tavares de Almeida, Roberto Garretón, Thami Ngwenya e Vinodh Jaichand.

Finalmente, gostaríamos de anunciar que a próxima edição da Revista SUR será um número especial sobre justiça transicional, a ser publicada em colaboração com o Centro Internacional para a Justiça Transicional (ICTJ).

SUMÁRIO

UPENDRA BAXI	7	O Estado de Direito na Índia
OSCAR VILHENA VIEIRA	29	A desigualdade e a subversão do Estado de Direito
RODRIGO UPRIMNY YEPES	53	A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos
LAURA C. PAUTASSI	71	Há igualdade na desigualdade? Abrangência e limites das ações afirmativas
GERT JONKER E RIKA SWANZEN	95	Serviços de intermediação para crianças-testemunhas que depõem em tribunais criminais da África do Sul
SERGIO BRANCO	121	A lei autoral brasileira como elemento de restrição à eficácia do direito humano à educação
THOMAS W. POGGE	143	Para erradicar a pobreza sistêmica: em defesa de um Dividendo dos Recursos Globais



SERGIO BRANCO

Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Especialista em Propriedade Intelectual pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. Ex-Procurador-Chefe do Instituto Nacional de Tecnologia da Informação – ITI, Brasília. Ex-Coordenador de Desenvolvimento Acadêmico do Programa de Pós-Graduação da FGV Direito Rio. Atual Líder de Projetos do Centro de Tecnologia e Sociedade da FGV Direito Rio. Autor da dissertação de Mestrado “Direitos Autorais na Internet e a Utilização de Obras Alheias”.

Endereço: Centro de Tecnologia e Sociedade - FGV
Praia de Botafogo, 190 – 13º andar (Escola de Direito)
Botafogo, Rio de Janeiro – RJ, 22.250-900, Brasil
Email: sergio.branco@fgv.br

RESUMO

Ao longo de todo o século XX, o desenvolvimento das tecnologias foi gradativamente diminuindo a distância entre o homem, a obra cultural e a propriedade intelectual; o ápice foi o advento da *internet*, em meados dos anos 90. O acesso a obras do mundo inteiro facilita enormemente as possibilidades de disseminação de conhecimento e de matéria-prima para a educação e, pelo menos, ajuda também a construir uma comunidade global. No entanto, os titulares de bens intelectuais – direitos autorais, marcas, patentes – não podem utilizá-los indiscriminadamente. Desse modo, em linhas gerais, o que se pretende analisar no presente artigo é o sério risco que a efetivação do direito humano à educação corre com a presente estrutura de direitos autorais e com o uso inadequado da tecnologia. Tomaremos como base a lei brasileira, mas diversas considerações serão úteis para compreendermos o sistema de outros países, assim como para a elaboração de objetivos a serem perseguidos a respeito do direito autoral.

Original em Português.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos autorais - Direito à educação - Dignidade humana – Tecnologia - Propriedade intelectual - Função social da propriedade - Lei brasileira de direitos autorais - Sistemas brasileiro e norte-americano



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.
Este artigo está disponível *online* em <www.surjournal.org>.

A LEI AUTORAL BRASILEIRA COMO ELEMENTO DE RESTRIÇÃO À EFICÁCIA DO DIREITO HUMANO À EDUCAÇÃO

Sergio Branco

*Todas as coisas já foram ditas,
mas como ninguém as escuta é necessário
recomeçar sempre.*

*André Gide
O Tratado do Narciso*

Introdução

Ao longo de todo o século XX, o desenvolvimento das tecnologias foi gradativamente diminuindo a distância entre o homem e a obra cultural. Cada vez mais, tornou-se possível ter acesso a obras artísticas, científicas, literárias, para fins de estudo ou deleite. Paralelamente, outras formas de expressão surgiram, bem como outros suportes, permitindo acesso a obras em condições cada vez mais rápidas e eficientes. O ápice foi o advento da *internet*, em meados dos anos 90.

Ainda no final do século passado, e muito em razão da *internet*, é bem verdade, tornou-se evidente que o acesso ao conhecimento – incluindo-se, neste sentido, textos, músicas, filmes, fotografias, gravuras, entre outros – ultrapassava os limites dos meios físicos. Com a abolição de fronteiras no mundo virtual e o acelerado processo de globalização, o sonho enciclopedista de reunir todo o conhecimento humano se concretizou da maneira mais inesperada e democrática possível: quem tivesse acesso à rede mundial de computadores teria acesso a praticamente todo o conhecimento humano. Ou deveria ter.

Apesar de alguns efeitos colaterais negativos da globalização, é inegável ver

Ver as notas deste texto a partir da página 139.

como benefício a possibilidade de entrar em contato com a literatura escandinava, a música hondurenha, o artesanato indiano ou o cinema nigeriano. Tudo ao alcance da mão – tudo a partir de alguns botões de computador. O acesso a obras do mundo inteiro facilita enormemente as possibilidades de disseminação de conhecimento e de matéria-prima para a educação e, ao menos em via indireta, ajuda a construir uma comunidade global que promova o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações – como pretende o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos.¹

No entanto, a vida em um mundo globalizado e capitalista não permite que o acesso à cultura seja sempre gratuito. Tudo parece ter dono, e tudo parece ter preço. Foram sábias as palavras de Oscar Wilde, no século XIX, quando disse que, já naquele tempo, todos sabiam o preço de tudo, mas ninguém sabia o valor de nada. Não evoluímos muito desde então. Parece que, hoje em dia, o valor das coisas está intrinsecamente ligado ao preço que podem ter. E não só o preço cumpre o papel de “guardião” do acesso aos bens culturais, como um posto de pedágio: também a lei e a tecnologia podem ser grandes entraves ao acesso ao conhecimento.

Depois da revolução industrial – que patrimonializou as relações jurídicas até pelo menos a primeira metade do século XX – vivemos hoje uma revolução tecnológica que tem de conviver com determinados fatos e acomodá-los numa difícil equação: ao mesmo tempo em que a riqueza se desmaterializou, ou seja, os bens não materiais, intangíveis, são mais valiosos do que os bens físicos, o direito exige a funcionalização dos institutos, o que significa que a propriedade de tais bens não pode ser exercida arbitrariamente, devendo atender sua função social.

Na prática, isso significa que os titulares de bens intelectuais – direitos autorais, marcas, patentes – não podem utilizá-los indiscriminadamente. Será necessário que observem como tais bens atendem a função a que se destinam na sociedade.

Emilio García Méndez dá a exata dimensão da importância do tema ao afirmar:²

Na atual etapa do desenvolvimento tecnológico, em que o acesso ao conhecimento constitui a variável decisiva e fundamental de uma existência humana digna, que constitui a finalidade última dos direitos humanos, o direito à educação não pode ser submetido a qualquer tipo de negociação, devendo ser entendido como prioridade tão absoluta quanto a abolição da escravidão ou da tortura.

Recorrendo mais uma vez ao texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, observa-se que seu artigo XXVI estabelece que “toda pessoa tem direito à instrução”. É certo que para se ter instrução é indispensável ter acesso aos mecanismos porque a instrução se dá por meio de: textos, músicas, filmes. No mundo multimídia, seria reacionário defender que o processo de instrução envolve tão-somente livros e apostilas, como ocorria décadas atrás.

No entanto, o que se observa atualmente é que ainda que (i) a educação

esteja no rol dos direitos humanos; (ii) no mesmo rol e intrinsecamente conectados ao direito à educação encontram-se os direitos de liberdade de opinião e de expressão, de receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras, de participar livremente da vida cultural da comunidade; (iii) o exercício de todos esses direitos seja indispensável à dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade, a verdade é que nem sempre esses direitos, previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, poderão ser plenamente exercidos, quer em virtude da lei, quer em virtude da tecnologia.

O que se pretende com este trabalho é apresentar, em linhas gerais, o sério risco que a efetivação do direito humano à educação (considerada *lato sensu*, abrangendo, portanto, outros direitos humanos) corre com a presente estrutura de direitos autorais e com o uso inadequado da tecnologia. Tomaremos como base a lei brasileira de direitos autorais, mas diversas considerações serão úteis para compreendermos o sistema de outros países.

Neste sentido, cabe destacar que a lei brasileira de direitos autorais (LDA) data de 1998 e foi elaborada a partir dos princípios estabelecidos pela Convenção de Berna, de 1886. Os especialistas consideram a LDA uma das mais restritivas do mundo, uma vez que, entre outras razões, não concede aos usuários das obras por ela protegidas o direito de cópia privada. Ou seja, em nenhuma circunstância será possível a qualquer pessoa fazer cópia integral de obra alheia sem que haja autorização prévia e expressa do detentor de direitos autorais. Como veremos, tal vedação é extremamente perniciosa, especialmente em um país em desenvolvimento, como o Brasil.

Para alcançarmos nosso intento, dividiremos o texto em três partes distintas:

Na primeira, abordaremos a estrutura dos direitos autorais e os fundamentos de sua existência, inclusive a busca pela efetivação de sua função social. A seguir, trataremos de alguns aspectos peculiares à lei brasileira, notadamente o problema que decorre da proibição de cópia integral de obras de terceiros e como essa vedação é ameaçadora à efetividade do direito à educação. Mais adiante, faremos algumas breves considerações a respeito do sistema anglo-americano de direitos autorais e como esse sistema também conta com certa restritividade. Ainda neste ponto, trataremos dos entraves que a tecnologia promove. Finalmente, concluiremos apresentando os objetivos que devem ser perseguidos com o direito autoral.

1. Direito autoral: um direito protegido demais

A propriedade intelectual encontra-se tão indissolúvelmente ligada a nossas vidas que mal paramos para refletir sobre seus efeitos em nosso cotidiano. Mas é inevitável: não existe mais possibilidade de existirmos sem os bens criados intelectualmente.

Os exemplos são fartos. Diariamente, deparamo-nos com as mais diversas marcas nos produtos que consumimos e usamos, nas lojas a que vamos e mesmo em nossos lugares de trabalho. Utilizamos produtos tecnológicos muitas vezes protegidos por patentes; usamos *softwares* ininterruptamente em nossas tarefas laborais e, finalmente, em nossos momentos de lazer, lemos livros, jornais, vemos filmes, assistimos a novelas, ouvimos música. E não custa lembrar: na cultura do século XXI, quase tudo tem um dono.

Assim sendo, a utilização dos bens de propriedade intelectual vem representando cada vez números mais significativos dentro da economia globalizada. Segundo o jornal Valor Econômico, “com o PIB mundial de mais de US\$ 380 bilhões, o comércio de bens culturais foi multiplicado por quatro num período de duas décadas – em 1980, totalizava US\$ 95 bilhões”.³

Quando falamos de bens culturais, tratamos necessariamente de direito autoral, que é um ramo da chamada propriedade intelectual. Conforme entendido pela doutrina especializada, o direito autoral apresenta duas manifestações distintas, intrinsecamente conectadas, sendo uma de aspecto moral e outra de aspecto patrimonial, pecuniário ou, se preferirmos, econômico.

Quanto à parcela do direito moral, a doutrina afirma que se trata de direito da personalidade.⁴ E como se sabe, os direitos da personalidade têm por característica, entre outras, serem insuscetíveis de avaliação pecuniária. Dessa forma, quando nos referimos aos aspectos do direito autoral relacionados à sua avaliação econômica, não podemos estar nos referindo a outros direitos, senão àqueles de caráter patrimonial.

A Constituição Federal brasileira prevê, em seu art. 5º, incisos XXII e XXIII, que é garantido o direito de propriedade, sendo que esta atenderá a sua função social. Adiante, no art. 170, que inaugura o capítulo a respeito dos princípios gerais da atividade econômica, a Carta Magna estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados determinados princípios, dentre os quais se destaca a função social da propriedade.

Ora, sendo o direito autoral um ramo específico da propriedade intelectual, há que se averiguar em que medida sobre o direito autoral incide a funcionalização social de sua propriedade.

Desde logo, é importante ressaltarmos a diferença entre o *corpus mechanicum* e *corpus mysticum*, pois que da confusão dos direitos conferidos a cada um deles decorrem diversas imprecisões e problemas. Diz-se daquele o suporte material por meio do qual a obra se exterioriza. A obra, o verdadeiro objeto da proteção, é o *corpus mysticum*, e independe de suporte material para existir.

A aquisição de um livro cuja obra se encontra protegida pelo direito autoral não transfere ao adquirente qualquer direito sobre a obra, que não é o livro, mas, se assim pudermos nos expressar, o texto que o livro contém. Dessa forma, sobre o

livro, bem físico, o proprietário poderá exercer todas as faculdades inerentes à propriedade, como se o livro fosse um outro bem qualquer, tal como um relógio ou um carro. Poderá destruí-lo, abandoná-lo, emprestá-lo, alugá-lo ou vendê-lo, se assim o quiser.

No entanto, o uso da obra em si, do texto do livro, só poderá ser efetivado dentro das premissas expressas da lei. Por isso, embora numa primeira análise ao leigo possa parecer razoável, não é facultado ao proprietário do livro copiar seu conteúdo na íntegra, qualquer que seja a finalidade. Afinal, nesse caso não se trata de uso do bem material “livro”, mas sim uso do bem intelectual (texto) que o livro contém.

Mesmo que se trate de um quadro, em que a obra estará indissociavelmente ligada a seu suporte físico, a alienação do bem material não confere a seu adquirente direitos sobre a obra em si, de modo que ao proprietário do quadro não será facultado, a menos que a lei ou o contrato com o autor da obra assim preveja, reproduzir a obra em outros exemplares.

Não só quanto à funcionalização da propriedade os direitos autorais precisam ser analisados. Há aspectos relevantes de natureza econômica e mercadológica. Nesse ponto, é importante fazer referência à teoria do *market failure* a que a doutrina, especialmente americana, vem se dedicando nos últimos anos.

Supõe-se que o mercado seria idealmente capaz de regular as forças econômicas que regem a oferta e a demanda, de modo que o próprio mercado se encarregaria de providenciar a distribuição natural dos recursos existentes e dos proveitos a serem auferidos. No entanto, essa regra não se verifica nos casos em que se trata de propriedade intelectual, conforme os motivos aduzidos por Denis Borges Barbosa:⁵

Existe um problema: a natureza dos bens imateriais, que faz com que, em grande parte das hipóteses, um bem imaterial, uma vez colocado no mercado, seja suscetível de imediata dispersão. Colocar o conhecimento em si numa revista científica, se não houver nenhuma restrição de ordem jurídica, transforma-se em domínio comum, ou seja, ele se torna absorvível, assimilável e utilizável por qualquer um. Na proporção em que esse conhecimento tenha uma projeção econômica, ele serve apenas de nivelamento da competição. Ou, se não houver nivelamento, favorecerá aqueles titulares de empresas que mais estiverem aptos na competição a aproveitar dessa margem acumulativa de conhecimento. Mas a desvantagem dessa dispersão do conhecimento é que não há retorno na atividade econômica da pesquisa. Conseqüentemente, é preciso resolver o que os economistas chamam de falha de mercado, que é a tendência à dispersão dos bens imateriais, principalmente aqueles que pressupõem conhecimento, através de um mecanismo jurídico que crie uma segunda falha de mercado, que vem a ser a restrição de direitos.

Em suma, uma vez efetivada a transmissão de um bem móvel qualquer, o novo

proprietário poderá exercer sobre o bem adquirido todas as faculdades inerentes à propriedade, havendo total desprendimento do bem quanto a seu titular original.

Por outro lado, aquele que adquire um bem material que contém obra protegida por direito autoral (uma obra de artes plásticas, por exemplo), poderá exercer as faculdades da propriedade sobre o bem material, mas não sobre o bem intelectual, exceto no que a lei permitir, ou por previsão contratual. Além disso, jamais deixará de existir o vínculo entre autor e obra, pois ainda que o original da obra seja alienado e ainda que venha a ser destruído, o autor terá resguardados os seus direitos morais que prevêm, inclusive e entre outros, o direito de ter seu nome indicado ou anunciado como autor da obra.

Finalmente, como o mercado não é capaz de regular eficientemente a oferta das obras intelectuais, é indispensável a intervenção estatal a fim de se garantir a continuidade de investimentos. Afinal, se um agente do mercado investe no desenvolvimento de determinada tecnologia que, por suas características, resulta em altos custos de investimento, mas existe facilidade de cópia, o mercado será insuficiente para garantir a manutenção do fluxo de investimento.⁶

Estas questões se tornam muito mais complexas quando se trata da *internet*.

Quando, no mundo físico, A é proprietário de um carro, isso impede B de sê-lo, simultaneamente com A, exceto numa situação de condomínio. Mas ainda assim, se A estiver usando o carro de que é proprietário, isso impede B de usar autonomamente, ao mesmo tempo, o mesmo carro. Isso significa que, no mundo físico, palpável, existe uma escassez de bens, o que equivale a dizer que a utilização de um bem por alguém normalmente impedirá a utilização simultânea deste mesmo bem por outrem.

Dessa forma, se A furta o carro de B, B descobrirá o furto rapidamente porque o furto o impedirá de usar seu próprio carro. B provavelmente reportará o furto e tomará as medidas necessárias à recuperação do carro. Mas o mesmo não ocorre com a propriedade intelectual. Se A reproduz o trabalho intelectual de B, B poderá não descobrir essa reprodução não autorizada por um longo tempo (ou talvez, nunca) porque a reprodução por parte de A não o impede de usar seu próprio trabalho.⁷ Além disso, a reprodução pode ocorrer em outro estado ou país.⁸

Esse sempre foi o grande dilema da propriedade intelectual.⁹ Daí, inclusive, surgiu a preocupação de se obter sua proteção internacional, o que acarretou o surgimento dos primeiros tratados internacionais sobre a matéria.

Pode-se dizer que a Revolução Industrial desencadeou uma primeira e necessária regulamentação dos direitos de propriedade intelectual. No entanto, estamos diante de conflitos ainda mais graves. No mundo digital, não apenas o trabalho intelectual pode ser copiado sem que seu titular se aperceba do fato (o que torna ainda mais evidente a “falha do mercado”, que vimos anteriormente), como muitas vezes não

será possível distinguir o original da cópia. Adicione-se o seguinte agravante: as cópias podem, a rigor, ser feitas às centenas, em pouco tempo e a um custo reduzido.

É, portanto, evidente que estamos diante de novos paradigmas, novos conceitos e novos desafios doutrinários e legislativos. Dessa forma,

se a propriedade intelectual forjada no século XIX passa a apresentar sérios problemas de eficácia quando nos deparamos com a evolução tecnológica, não cumpre apenas ao jurista apegar-se de modo ainda mais ferrenho aos seus institutos como forma de resolver o problema, coisa que a análise jurídica tradicional parece querer fazer.¹⁰

Pelo contrário: é imperativo buscar soluções que estejam em conformidade com as demandas contemporâneas.

Faz-se necessário, ainda, expormos duas palavras a respeito de aspectos econômicos atuais referentes aos bens intelectuais.

O custo de produção de um livro¹¹ pode ser compreendido pela conjunção de dois componentes. O primeiro é o custo de criação do trabalho. Naturalmente, esse valor não decorre do número de exemplares editados ou vendidos, já que diz respeito ao tempo gasto pelo autor para escrever o livro mais os gastos do editor com o preparo da edição. Landes e Posner chamam a estes custos de “custos de expressão”. O segundo componente, o custo de produção dos exemplares, aumenta com o número de cópias que se pretende editar, incluídos os custos de impressão, encadernação e distribuição.¹²

Ora, numa sociedade globalizada em que, por meio da *internet*, tornou-se potencialmente acessível toda e qualquer obra digital que, independentemente de seu custo agregado de produção, pode ser reproduzida a um custo ínfimo e com cópias de grande qualidade, realmente é necessário que se repense a disciplina dos direitos autorais. Surge, à evidência, uma forma de propriedade muito mais volátil do que aquela a que estávamos acostumados e, em razão de suas peculiaridades e das novas perguntas que enseja, novas respostas devem ser elaboradas.

Com a eloquência dos números já apresentados (nota 3) referentes à indústria do entretenimento, não há que se hesitar em dizer: o direito autoral serve, atualmente, sobretudo à indústria do entretenimento, aos grandes conglomerados de comunicação, às multinacionais produtoras de diversão. Se, por acaso, beneficiam-se o autor desconhecido, o músico incipiente, o artista plástico dos rincões do país, não será senão por uma feliz coincidência.

Alguns exemplos são relevantes.

Nos Estados Unidos, em 1998, o Congresso aprovou uma lei que prorrogou por outros 20 (vinte) anos o já extenso prazo anterior, de 75 (setenta e cinco) anos, em decorrência, sobretudo, da pressão de grupos de mídia como a Disney, que estava prestes a perder o Mickey Mouse para o domínio público. Assim, “o ratinho Mickey, que cairia em domínio público em 2003, ganhou uma sobrevida no cativeiro

por mais 20 anos. E com ele levou a obra de George Gershwin e todos os outros bens culturais que teriam caído em domínio público não fosse a mudança na lei”.¹³

Essa proteção excessiva dos direitos autorais dá o que pensar. Se a lei deveria proteger o autor (inclusive, nos sistemas romano-germânicos, como o brasileiro, chamam-se “leis de direitos de autor”), por que estender o prazo para tão além da data da sua morte? É evidente que o propósito da lei é o de proteger não o autor, mas sim o titular dos direitos, pelo maior prazo possível. No entanto, quanto maior essa proteção, menor o acesso que outras pessoas poderão ter da obra, já que para tudo dependerão de autorização do titular dos direitos sobre a obra.

Já de início, observa-se um grande risco ao direito de acesso *lato sensu* e à liberdade de expressão. Afinal, o homem sempre teve por hábito valer-se de obras alheias para criar suas próprias obras. O repositório cultural internacional deve estar o mais amplamente possível à disposição dos indivíduos tanto para sua formação cultural quanto para que seja possível sua (re)criação.

Interessantes observações são feitas por Landes e Posner¹⁴ com relação ao uso, por parte de autores famosos, de obras preexistentes. Afirmam os autores que criar um novo trabalho envolve pegar emprestado ou criar a partir de trabalhos anteriormente existentes, bem como adicionar expressão original a eles. Um novo trabalho de ficção, por exemplo, conterà a contribuição do autor, mas também personagens, situações, detalhes etc. que foram inventados por autores precedentes. Dessa forma, um tratado de direitos autorais, ao aplicar o teste de “substancial similaridade” que muitos tribunais usam (nos Estados Unidos), concluiria que “Amor Sublime Amor” infringiria os direitos sobre “Romeu e Julieta”, se esta peça ainda estivesse protegida por direitos autorais.

Além disso, é evidente que o excesso de zelo com os direitos autorais pode se voltar também contra a indústria, e criar a necessidade de se estruturar um verdadeiro emaranhado de licenças e autorizações quando da realização de um filme, por exemplo. Nesse sentido, Lawrence Lessig, diante de tantas imposições da indústria cinematográfica norte-americana com relação ao *clearing*¹⁵ de direitos autorais na produção de um filme, afirma que um jovem cineasta estaria livre para realizar um filme desde que em uma sala vazia, com dois de seus amigos.¹⁶

De maneira alguma, os direitos autorais devem existir apenas para beneficiar as engrenagens da indústria do entretenimento. Não é para beneficiar um grupo seleto que se pode restringir o desenvolvimento e o acesso à cultura. Por isso, ainda que a supremacia da indústria cultural seja uma realidade, o sistema de proteção de direitos autorais deve se prestar a abranger toda e qualquer obra criativa que nele se insira, independentemente de sua qualidade ou magnitude.

Mais do que isso: com o conceito contemporâneo de funcionalização dos institutos jurídicos, o direito autoral deve estar a serviço do cumprimento de sua função social, o que necessariamente abrange a garantia de acesso ao conhecimento e à educação.

Não é desculpa afirmar-se categoricamente que sem a proteção rígida de que hoje gozamos não haveria produção cultural. Mesmo antes de haver leis protetoras dos direitos autorais, havia larga produção de obras intelectuais, sendo que aos autores era permitido se valerem muito mais das obras alheias para criar as suas, já que praticamente tudo se encontrava em domínio público.

Entendemos que o meio termo deve ser buscado. Em princípio, e em linhas gerais, os direitos autorais têm a nobre função de remunerar os autores pela sua produção intelectual. De contrário, os autores teriam que viver, em sua maioria, subsidiados pelo Estado, o que tornaria a produção cultural infinitamente mais difícil e injusta. Todavia, os direitos autorais não podem ser impeditivos ao desenvolvimento cultural e social. Conjuguar os dois aspectos, numa economia capitalista, globalizada e, não bastasse, digital, é função árdua a que devemos, entretanto, dedicar-nos.

É na interseção dessas premissas, que devem abrigar ainda os interesses dos grandes grupos capitalistas e dos artistas comuns do povo, bem como dos consumidores de arte, qualquer que seja sua origem, que temos que acomodar as particularidades econômicas dos direitos autorais e buscar sua função social.

2. Limitações legais do acesso ao conhecimento no sistema brasileiro

No mundo das idéias, a velha máxima de Lavoisier parece se concretizar de maneira particularmente profícua. A cultura se auto-alimenta, de modo que cada composição artística só é possível na medida em que absorve uma série de influências (muitas vezes inconscientes por parte de seu autor) do repositório natural existente ao alcance de todos, conforme visto anteriormente.

É célebre a afirmação de Northrop Frye de que “poesia só pode ser feita a partir de outros poemas, e romances a partir de outros romances”.¹⁷ São infundáveis os exemplos de autores que se valeram de obras precedentes para criar as suas. Na verdade, raros seriam os exemplos de autores que fossem absolutamente originais. Se considerarmos com rigor o sentido de originalidade, pode-se chegar ao ponto de não se conceber um único exemplo sequer.

Isso ocorre porque é inevitável que todos os autores são, ainda que inconscientemente, influenciados por outros autores. Por isso, é impensável, nos dias de hoje, um livro que narre uma história que jamais tenha sido, ainda que parcialmente, contada antes. Dirão alguns, inclusive, que os grandes temas são limitados e já foram todos esgotados.

No entanto, já não mais vigora o princípio de que qualquer autor pode se valer ilimitadamente das demais obras disponíveis e a seu alcance. Em razão especialmente da importância econômica do direito autoral, a lei concederá a seu autor um monopólio vitalício e, no caso do Brasil, por mais 70 anos contados do

ano seguinte ao de sua morte, durante os quais ninguém poderá usar sua obra sem autorização. Como visto, a criação é onerosa. Sendo a reprodução tolerada sem restrições, alega-se que o aproveitamento econômico da obra seria prejudicado.

Porém, da mesma forma que não é possível permitir o livre e irrestrito uso das obras alheias na elaboração de novas obras, também não é possível vetar de modo absoluto todo e qualquer uso da obra de terceiros, já que esse extremo impediria, de maneira muito mais acentuada e perniciosa, o desenvolvimento social.¹⁸ Vê-se, portanto, que “existem dois interesses legítimos [a] que o legislador deve estar atento, o do autor da obra, que deve ser protegido e remunerado por sua criação e, por outro lado, o da sociedade, objetivando atingir sua função social de criação”.¹⁹

Por esse motivo, e visando justamente a encontrar o equilíbrio entre os interesses que devem ser tutelados, a LDA prevê os casos em que ou a obra, ainda que protegida por direitos autorais, poderá ser utilizada independentemente de autorização do autor.

Podemos afirmar que o fundamento das limitações aos direitos autorais encontra-se exatamente no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal brasileira, que prevê a função social da propriedade. Afinal, será em razão do exercício de sua função social que o legislador delimitará o uso do direito autoral por parte de seus titulares. Pode-se dizer ainda que as limitações aos direitos autorais são autorizações legais para o uso de obras de terceiros, protegidas por direitos autorais, independentemente de autorização dos detentores de tais direitos.

Ocorre que, como veremos, no mundo digital, as limitações que a LDA elenca são insuficientes para abarcar, no ambiente virtual da *internet*, o modo como boa parte de seus usuários vem fazendo uso de obras de terceiros. Mais: não abarca o modo como diversos usuários precisam se valer das obras para ver garantido seu direito à educação.

Ainda que seja relevante conhecermos quais as limitações e qual a extensão de sua aplicabilidade, deter-nos-emos exclusivamente na questão da vedação de cópia integral de obra de terceiro, pois é a que mais põe em risco a efetividade de direitos humanos como o da educação e de acesso ao conhecimento.

O denominador comum das limitações indicadas no art. 46 da LDA é evidentemente o uso não comercial da obra. Concomitantemente a esse requisito, a lei valoriza o uso com caráter informativo, educacional e social. De qualquer sorte, o inciso mais polêmico do art. 46 (da Lei 9610/98), e o que mais nos interessa para o âmbito deste trabalho, é aquele que dispõe que não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução, em um só exemplar, de pequenos trechos para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro.²⁰ A Lei 9.610/98 (LDA) provocou justamente essa mudança. *De lege lata*, portanto, nos termos do art. 46, II, da LDA, é possível a reprodução apenas de pequenos trechos, e não mais da íntegra da obra.

Eliane Y. Abrão explica acerca do comentado inciso:²¹

Diferentemente da legislação anterior, que permitia uma (única) reprodução integral, de qualquer obra protegida, desde que se destinasse ao uso privado e pessoal de quem a confeccionasse, o legislador de 1998 restringiu o uso da cópia privada (integral) única: só lhe autoriza a reprodução de pequenos trechos. Em outras palavras, diante da limitação atual, infringe a lei quem reprografa um livro inteiro, ou extrai uma fita magnética completa ou outra reprodução de um CD em todas as faixas, ainda que para uso pessoal e sem intuito de lucro. É a proibição da chamada 'cópia privada'. [...]

Os argumentos em favor da proibição da cópia integral de exemplar de obra protegida são consistentes. Tome-se, como exemplo, a possibilidade de, ao mesmo tempo, duzentos ou trezentos estudantes de diversos pontos de um país extratrem cópias inteiras de uma edição recentemente publicada. O prejuízo do editor e do autor seria de grande monta, uma vez que o referido livro poderia ser considerado um bom investimento se vendidos apenas mil exemplares.

Ainda que reconheçamos a procedência dos argumentos acima, é fundamental refletirmos sobre as palavras finais da autora. Ela afirma que seria prejudicial ao editor de determinada obra se 200 ou 300 estudantes fizessem cópia na íntegra de obra recém publicada. Mas indagamos: que estudantes são esses? Se considerarmos que o Brasil é um país com percentual vergonhosamente alto de pessoas vivendo na pobreza e abaixo da linha da pobreza, é de se esperar que os estudantes das famílias mais pobres paguem pelas obras que vão garantir sua educação, como qualquer outro estudante?

É de se considerar que, na maioria dos casos, os alunos pobres estão fora do mercado porque simplesmente não têm dinheiro para obter os bens imateriais de que precisam para sua formação. Dessa forma, nenhum prejuízo, neste caso, está sendo imputado ao editor, pois se não fosse pela possibilidade de cópia, os alunos não teriam acesso a esses bens de qualquer outra forma.

Além disso, a decisão do legislador causa problemas ostensivamente incontornáveis. A começar por um evidente problema prático apontado pela própria autora: o cumprimento do disposto na lei é de quase impossível fiscalização. Muito em razão disso, milhares de pessoas descumprem o mandamento legal diariamente.

Além disso, e talvez o mais grave, a lei não distingue obras recém publicadas de obras fora de circulação comercial, mas que ainda estão no prazo de proteção autoral. Assim, se uma pessoa precisa se valer de obra rara e fora de circulação comercial, que só existe em biblioteca de cidade distante, estando a obra ainda protegida por direitos autorais, e de acordo com os termos da LDA, não poderá dela obter cópia integral, ainda que essa proibição impeça o acesso ao conhecimento e à formação educacional do indivíduo. E, ainda que seja muito

mais danosa a proibição à cópia do que a cópia em si. Nesse caso, a lei se torna extremamente injusta, por não permitir a difusão do conhecimento por meio de cópia integral de obras raras cuja reprodução não acarretaria qualquer prejuízo econômico a seu autor.

Na verdade, a LDA não faz qualquer distinção quanto ao uso que se dará à cópia da obra. Veda-se igualmente a cópia integral para fins didáticos, para fins de arquivo, para uso em instituições sem fins econômicos, para uso doméstico e até mesmo de obras que estejam fora de circulação comercial, o que é dar tratamento absolutamente inadequado a esses casos particulares.

É evidente que ao proibir indistintamente a cópia de obras na íntegra, a lei proíbe, conseqüentemente, que cópias de textos, de músicas, de filmes e de fotos, entre outras obras, sejam usadas para fins didáticos e educacionais.

A partir destes exemplos, torna-se fácil comprovar o quão complicado pode ser encontrar os limites do que a própria lei prescreve.

3. Limitações legais do acesso ao conhecimento no sistema anglo-americano

Ainda a respeito de limitações aos direitos autorais, é importante mencionar que o direito norte-americano²² prevê a figura do *fair use*. Pode-se dizer que o *fair use* é uma exceção de que o utente pode se valer ao ser acusado de violação de direitos autorais. Constitui cláusula geral a ser interpretada pelos tribunais sendo que, em 1976, passou a ser estatutário pela integração no título 17 do *United States Code*.²³

De acordo com os critérios consagrados na seção 107 do título 17 do *US Code*, na determinação do uso da obra para caracterização do *fair use* são levados em consideração:²⁴

“o propósito e natureza do uso, nomeadamente se é comercial ou para fins educativos e não lucrativos: mas repare-se que este aforamento não é taxativo, porque entram em conta outras ponderações e nenhum critério tem vigor de aplicação automática. De todo o modo, a natureza comercial do uso é um indicador negativo, uma vez que o direito de autor se cifra economicamente num [direito] exclusivo de exploração da obra;

a natureza da obra: é de se supor que nas obras mais fácticas o âmbito da utilização *fair* seja maior que nas obras mais imaginativas;

a quantidade e qualidade da utilização relativamente à obra global: por exemplo, até as citações podem ser postas em causa, se forem de tal modo longas e repetidas que acabem por representar praticamente uma apropriação do conjunto da obra;

a incidência da utilização sobre o mercado actual ou potencial da obra: este é apresentado por alguns como o mais relevante de todos os critérios”. (grifos do autor)

Observa-se que o sistema norte-americano de previsão do *fair use* em muito se diferencia do sistema continental europeu. No primeiro, são estabelecidos critérios segundo os quais, de acordo com o uso concreto da obra alheia, é aferido se tal uso viola ou não direitos autorais. Já no sistema continental europeu (que é seguido no Brasil), as limitações são previstas em rol de condutas que a doutrina entende ser taxativa. Ou seja, caso a conduta do agente não se coadune com as permissões expressamente previstas em lei, o uso da obra alheia não será admitido.

José de Oliveira Ascensão²⁵ aponta as principais distinções entre o sistema norte-americano e o europeu ao dizer que

o sistema norte-americano é maleável, enquanto o sistema europeu é preciso. Mas, visto pela negativa, o sistema norte-americano é impreciso, enquanto o sistema europeu é rígido. O sistema norte-americano não dá segurança prévia sobre o que pode ou não ser considerado fair use. O sistema europeu, pelo contrário, mostra falta de capacidade de adaptação.

O autor conclui afirmando que ao se sopesarem méritos e deméritos, é possível concluir pela superioridade do sistema norte-americano. Além de não ser contraditório como o europeu, o autor defende que tal sistema mantém a capacidade de adaptação a novas circunstâncias, enquanto que os sistemas europeus se tornaram organismos mortos.

A questão é deveras interessante. Uma vez que a lei norte-americana, ao contrário da nossa, não indica que usos podem ser dados a obras alheias protegidas por direitos autorais sem que tal uso configure violação de tais direitos, é a partir de critérios construídos doutrinária e jurisprudencialmente que será consolidado o entendimento de o que é *fair use*.

Siva Vaidhayanathan²⁶ esclarece sobre o assunto:²⁷

Se um tribunal tiver que decidir se o uso de uma obra protegida por direitos autorais é fair ou não, o tribunal terá que considerar os seguintes aspectos: o objetivo e a natureza do uso, como por exemplo, se o uso se destina a fins comerciais ou educacionais; a natureza do trabalho original protegido; o quanto do trabalho protegido foi usado no trabalho subsequente; e o efeito do uso no valor de mercado do trabalho original.²⁸ Assim, por exemplo, se um professor copia três páginas de um livro de 200 páginas e as distribui entre seus alunos, sua conduta está coberta pelo fair use. Porém, se o professor copia o livro inteiro e o vende aos estudantes por preço mais baixo do que o do original, o professor estará provavelmente infringindo os direitos autorais do autor do livro. Na maioria das vezes, entretanto, o fair use é um conceito cinzento e fluido. [...] Adicionalmente ao fair use, o Congresso e os tribunais federais têm sido relutantes na proteção de direitos autorais com relação ao uso privado, não comercial. De maneira

geral, os tribunais têm entendido que os consumidores podem fazer cópias de CD para uso próprio e podem gravar programas de televisão para assistir em horários mais convenientes, desde que não vendam as cópias nem as usem publicamente de modo a diluir o valor de mercado da obra original. Assim, apesar dos avisos que acompanham todos os eventos televisionados, a maioria das cópias privadas, não comerciais ou com finalidade educativa de obras protegidas por direitos autorais será considerada ou fair use ou uso privado, o que configura exceção permitida por lei.

Vê-se, assim, que o sistema de *fair use* também não resolve todos os problemas, ao contrário. Em virtude de sua imprecisão, surgem outros problemas, sobretudo no que diz respeito ao uso de obras alheias, o que pode restringir desnecessariamente a liberdade de expressão e a transmissão de idéias, direitos humanos previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos, como visto antes.

Lawrence Lessig²⁹ aponta um caso interessante ocorrido nos Estados Unidos e que demonstra com razoável clareza os problemas que a prática acarreta na aferição do *fair use*.

Em 1990, o documentarista Jon Else estava em São Francisco, trabalhando em um documentário sobre óperas de Wagner. Durante uma das apresentações, Else estava filmando o trabalho das pessoas na coxia do teatro. No canto dos bastidores havia um aparelho de televisão que apresentava, enquanto a ópera seguia seu curso, um episódio de “Os Simpsons”. Else entendeu que a inclusão do desenho animado daria um sabor especial à cena.

Uma vez concluído o filme, em razão dos 4 segundos e meio em que o desenho aparecia em sua obra, o diretor foi ter com os titulares dos direitos autorais, uma vez que “Os Simpsons” é uma obra protegida por direitos autorais e alguém havia de ser seu titular.

Inicialmente, Else procurou Matt Groening, criador de “Os Simpsons”, que imediatamente aprovou o uso do desenho no documentário, já que se tratava de um uso que se restringia a 4,5 segundos e não poderia causar qualquer dano econômico à exploração comercial de sua própria obra. No entanto, Groening disse a Else que procurasse Gracie Films, a empresa que produzia o programa.

Uma vez contactada, os responsáveis pela área de licenciamento na Gracie Films manifestaram-se favoráveis ao uso de “Os Simpsons”, mas assim como Groening, queriam ser cautelosos e disseram a Else que consultasse também a Fox, empresa controladora da Gracie Films.

Assim foi feito. Else procurou a Fox e ficou surpreso com dois fatos: primeiro, que Matt Groening não era o verdadeiro titular de direitos autorais de sua própria obra (ou assim a Fox entendia) e segundo que a Fox queria dez mil dólares para autorizar o uso dos quatro segundos e meio em que “Os Simpsons” aparecia numa televisão no canto dos bastidores de um teatro.

Uma vez que Else não tinha dinheiro suficiente para pagar pelo licenciamento,

antes de o documentário ser lançado, o diretor decidiu substituir digitalmente o programa de “Os Simpsons”, que aparecia na televisão, por um trecho de um outro filme que ele próprio havia dirigido, dez anos antes.

É evidente que o caso aqui se trata de *fair use*, opinião que é, inclusive, endossada por Lawrence Lessig. O autor apresenta, entretanto, os argumentos de que Else se valeu para não confiar na possibilidade de usar o trecho de “Os Simpsons” sem autorização e que citamos, entre outros:

- antes de o filme (no caso, o documentário) ser televisionado, a emissora requer uma lista de todas as obras protegidas por direitos autorais que sejam citadas no filme e faz uma análise muito conservadora do que pode ser considerado *fair use*;
- a Fox teria um histórico de impedir uso não autorizado de “Os Simpsons”;
- independentemente dos méritos do uso que se faria do desenho animado, haveria a possibilidade de a Fox ingressar com ação pelo uso não autorizado da obra.

Lessig arremata explicando que na teoria, *fair use* significa possibilidade de uso sem permissão do titular. A teoria, assim, ajuda a liberdade de expressão e protege contra a cultura da necessidade de permissão. Mas na prática, o *fair use* funciona de maneira bem distinta. Os contornos embaçados da lei resultam em poucas possibilidades reais de se argüir *fair use*. Desse modo, a lei teria um objetivo correto, mas que não seria alcançado na prática.³⁰

Observa-se, por este exemplo, que embora o instituto do *fair use* se preste a amoldar-se a inovações tecnológicas com mais facilidade e êxito do que o sistema continental europeu, não é capaz, entretanto, de na prática resolver algumas questões simples, em razão da fluidez de seus contornos.

Não bastassem os problemas derivados da lei, também a tecnologia pode servir de limite à consecução dos direitos humanos de acesso ao conhecimento e de educação e instrução. Se por um lado a lei pode ser interpretada, a tecnologia funciona com regras inflexíveis. A existência de DRM (*digital rights management*) e de TPM (*technical protection measures*), mecanismos tecnológicos de controle de cópia de obras intelectuais, acaba por colocar em risco diversos outros direitos, como o direito à privacidade e o direito do consumidor.

Sobre o assunto, são sábias as palavras de Guilherme Carboni:³¹

Os sistemas DRM impedem qualquer tipo de cópia, mesmo aquelas permitidas pela legislação de direitos autorais dos diversos países, o que significa que podem constituir uma séria violação às limitações desses direitos. Alguns defensores do DRM têm abraçado a posição de que a sua tecnologia permitiria atingir os fins desejados, sem causar danos aos usuários e aos seus computadores. Outros acreditam

que os titulares dos direitos autorais deveriam ter o direito de decidir sobre a forma de distribuição de suas obras, sobre elas mantendo o controle. Nesse caso, o DRM seria um dos meios para que a efetivação desse direito se tornasse possível. Na nossa opinião, o sistema DRM não traz benefícios para a sociedade. Cory Doctorow, em seu interessante “DRM Talk” menciona que sempre que uma nova tecnologia começa a atrapalhar o direito de autor, é este que vem a ser modificado e não o contrário. Para ele, o direito de autor não é uma proposição ética, mas utilitária. A nova tecnologia a perturbar o direito de autor normalmente visa a simplificar e baratear a criação, a reprodução e a distribuição de obras intelectuais. Doctorow diz que as novas tecnologias sempre nos dão mais arte e com uma maior amplitude, sendo essa a sua função. Metaforizando, ele fala que ‘as novas tecnologias nos dão tortas maiores para que uma maior quantidade de artistas possa tirar seus pedaços’.

Mais adiante, e tratado do tema sob um prisma que particularmente nos interessa, afirma:³²

O próprio Relatório da Comissão para Direitos da Propriedade Intelectual – Integrando Direitos da Propriedade Intelectual e Políticas de Desenvolvimento, da Organização Mundial do Comércio (OMC) dispõe: ‘o advento da era digital oferece aos países em desenvolvimento grandes oportunidades de acesso a informações e conhecimentos. A criação de bibliotecas e arquivos digitais, o aprendizado à distância via internet e a capacidade de cientistas e pesquisadores para acessar, em tempo real, sofisticadas bases de dados de informação técnica on-line são apenas alguns exemplos. Mas o advento da era digital também trouxe ameaças novas e sérias ao acesso ao conhecimento e sua difusão. Em particular, existe o risco real de que o potencial da Internet no mundo em desenvolvimento venha a ser perdido, à medida que os detentores de direitos autorais apliquem tecnologia para impedir o acesso público por intermédio de sistemas pay-per-view’.

O abuso de regulação tecnológica pode levar-nos a situações absurdas, injustas e, algumas vezes, tristemente cômicas. A Adobe, por meio de seu sistema de *e-books* (livros que podem ser baixados pela *Internet*), protagonizou há algum tempo um evento curioso.

Entre seu catálogo de livros que poderiam ser baixados para leitura, estava o clássico em domínio público (ou seja, o prazo de proteção previsto pelas leis de direitos autorais já havia expirado) “Alice no País das Maravilhas”. Ainda que o livro estivesse em domínio público, ao clicar no programa para ter acesso ao seu conteúdo, o usuário se deparava com a seguinte lista de restrições:³³

- Cópia: nenhuma parte do livro pode ser copiada;

- Impressão: não é permitido imprimir este livro;
- Empréstimo: este livro não pode ser emprestado ou dado a terceiros;
- Doação: este livro não pode ser doado;
- Leitura em voz alta: este livro não pode ser lido em voz alta.

Por ser tratar especialmente de um livro em domínio público, o absurdo das vedações fala por si só. Aparentemente, tratava-se de um caso em que um livro infantil em domínio público não poderia ser lido em voz alta pelos pais para seus filhos.

Questionada a respeito das vedações, a Adobe prontamente se defendeu dizendo que a última das proibições se referia ao uso do comando “ler em voz alta” do programa, e não ao fato de alguém ler o livro em voz alta para um terceiro. Mas, então, indaga Lawrence Lessig: se alguém conseguisse contornar o meio tecnológico que impede o livro de ser lido em voz alta para que a leitura pelo próprio programa fosse feita a um cego, a Adobe consideraria que houve um uso injusto do programa?³⁴

Como se percebe facilmente, também no sistema do *fair use* é necessário que se busquem novos contornos interpretativos para se efetivar de maneira satisfatória o direito humano do acesso ao conhecimento e, conseqüentemente, à educação.

4. Conclusão

A respeito da interação entre os direitos autorais e os direitos humanos, Guilherme Carboni afirma que:³⁵

de acordo com o artigo XXVII da Declaração Universal dos Direitos do Homem, ‘todo homem tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios’. O item 2 desse mesmo artigo dispõe que ‘todo homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor’. Verifica-se, pois, que a Declaração Universal dos Direitos do Homem consagrou como direitos humanos tanto o direito à cultura como o direito de autor, o que significa que deve haver um equilíbrio entre eles.

Este desejado equilíbrio é perseguido pela lei. No entanto, no caso do Brasil, a disciplina legal ficou muito aquém do necessário para que o direito humano à cultura – e conseqüentemente o direito humano à educação, à liberdade de expressão e aos demais a que nos referimos anteriormente – fosse efetivado.

Do mesmo modo, o sistema do *fair use* anglo-americano, ainda que mais flexível, acarreta o surgimento de situações que põem em desequilíbrio o direito à cultura e a proteção dos direitos autorais.

Adicionalmente, hoje é imprescindível analisarmos o uso ponderado da tecnologia como forma de disseminação do conhecimento, e não de sua restrição indevida.

Concordamos com Emilio García Méndez quando declara que “se a Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma que ‘todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos’, é justamente porque os homens não são iguais por natureza, pois, se assim fosse, o conteúdo dessa declaração seria, no mínimo, supérfluo”.³⁶ De fato, assim é. Por isso, nada mais relevante, nada mais urgente, do que tratar os desiguais de maneira diferente a fim de diminuirmos as desigualdades quando estas lhes são prejudiciais.

Um país que tem 6 milhões de crianças vivendo em absoluta pobreza,³⁷ como é o caso do Brasil, não pode desconsiderar os benefícios da tecnologia nem tampouco encarar os direitos autorais como regra absoluta a ser preservada. Os direitos autorais encontram-se dentro de um contexto muito maior, que envolve regras constitucionais e de caráter internacional que precisam ser respeitadas. Na medida em que a Constituição Federal brasileira impõe a observância da função social da propriedade a todos os gêneros de bem – inclusive os imateriais – é imperioso que a LDA seja lida à luz da Constituição Federal, e não o contrário.

Aos milhões que vivem na pobreza e abaixo da linha da pobreza nos países em desenvolvimento³⁸ não pode ser subtraído em hipótese alguma o direito que têm de serem instruídos de modo a elevarem seu nível de bem estar social. Nem há que se considerar aqui que o livre acesso não remunerado a esse grupo de pessoas aos bens intelectuais acarretaria prejuízo aos titulares dos direitos de tais bens se as pessoas vivendo na pobreza e abaixo da linha da pobreza estão fora do mercado consumidor por absoluta falta de recurso econômico. Dessa forma, não há qualquer prejuízo porque não fossem os bens intelectuais acessíveis gratuitamente ou a preços muito reduzidos, de outra forma jamais viriam a ser consumidos.

Se os direitos sociais, econômicos e culturais são realmente direitos exigíveis – como prega a melhor doutrina –³⁹ então, os direitos autorais precisam ser o espelho da promoção desses direitos humanos – nunca sua barreira. Em um momento de crise como este – em que as leis antigas não se ajustam mais e não temos ainda leis novas adequadas – é imperioso refletirmos que caminhos pretendemos tomar.

NOTAS

1. Todas as referências à Declaração Universal de Direitos Humanos têm como base o texto disponível em <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>, acesso em 16 de dezembro de 2006.
2. E. G. Méndez, "Origem, sentido e futuro dos direitos humanos: reflexões para uma nova agenda", *Revista SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, Vol. 1, São Paulo, Rede Universitária de Direitos Humanos, 2004, p. 12.
3. R. Borges, Caderno Eu & Fim de Semana, *Valor Econômico*, Rio de Janeiro, 16 de julho de 2004, p. 10. Ainda, de acordo com a autora Lesley Ellen Harris, advogada atuante no Canadá, a propriedade intelectual responderia por cerca de 20 % (vinte por cento) do comércio mundial, o que significa aproximadamente US\$ 740 bilhões (a autora provavelmente se refere a quantias anuais). No original: "IP accounts for more than 20 percent of world trade, which equals approximately US\$ 740 billion". L.E. Harris, *Digital Property – The Currency of the 21st. Century*, Toronto, McGraw Hill, 1998, p. 17.
4. Nesse sentido, A. de Cupis, *Os Direitos da Personalidade*, Campinas, Romana, 2004, p. 24, entre outros.
5. D. B. Barbosa, *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, pp. 71-72.
6. Ibid.
7. Por isso, os bens de propriedade intelectual são chamados pela doutrina de "não rivais", pois o uso por uma pessoa não impede o uso do mesmo bem, ao mesmo tempo, por outra.
8. W. M. Landes & R. A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2003, pp. 18-19.
9. Thomas Jefferson teria dito, a respeito da diferença entre a natureza das idéias e dos bens materiais, que sua característica peculiar, a respeito das idéias, é que ninguém a possui menos, pois cada um a possui integralmente. No original, citado por Ronald Bettig, lê-se que "its peculiar characteristic, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it". R. V. Bettig, *Copyrighting Culture – The Political Economy of Intellectual Property*, Boulder, Westview Press, 1996, p. 79.
10. R. Lemos, *Direito, Tecnologia e Cultura*, Rio de Janeiro, Ed. FGV, 2005, p. 13.
11. Naturalmente, tratamos de livro exemplificativamente. O princípio se adequa a qualquer outro bem intelectual.
12. W. M. Landes & R. A. Posner, op. cit., p. 37.
13. R. Lemos, "A Revolução das Formas Colaborativas", Caderno Mais, *Folha de São Paulo*, São Paulo, 18 de abril de 2004, p. 10.
14. W. M. Landes & R. A. Posner, op. cit. pp. 66-67.
15. Denomina-se *clearing* o ato de se obter todas as licenças necessárias ao uso de obras de terceiros que apareçam no filme, ainda que incidentalmente, de modo a evitar possíveis transtornos na exibição da

obra. "Os Doze Macacos", filme de 1995, dirigido por Terry Gilliam, teve sua exibição suspensa judicialmente porque um artista afirmou que era exibida no filme uma cadeira cujo desenho era de sua autoria. L. Lessig, *The Future of Ideas – The Fate of the Commons in a Connected World*, New York, Random House, 2001, p. 4.

16. L. Lessig, op. cit., p. 5.

17. M. Rose, *Authors and Owners – The Invention of Copyright*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, p. 2 e W. M. Landes & R. A. Posner, op. cit., p. 60.

18. Afinal, é possível conceber-se a criação intelectual num mundo livre em que todos estivessem aptos a copiar as obras alheias, pois sempre haveria aqueles que estariam dispostos a criar sem dar importância a eventuais contra-fatores. No entanto, o desenvolvimento cultural estaria definitivamente impedido se fosse ilegal o aproveitamento, ainda que ínfimo, de obras de terceiros, já que isso impediria inclusive a citação, o que tornaria ilícitos inclusive trabalhos como este. É evidente que se trata aqui da análise de dois extremos a que nos referimos apenas *ad argumentandum*.

19. M.E.R. Jundi, "Das Limitações aos Direitos Autorais", *Revista de Direito Autoral*, Ano 1, Número 1, Rio de Janeiro, Lumen Juris, Agosto de 2004, p. 175.

20. Lei Brasileira de Direitos Autorais (LDA), 1998, art. 46, II.

21. E. Y. Abrão, *Direitos de Autor e Direitos Conexos*, São Paulo, Ed. do Brasil, 2002, p. 148.

22. No Reino Unido, denomina-se *fair dealing*, embora haja características diferentes. Desde 1911 o *fair dealing* evoluiu para abarcar a cláusula geral característica do *fair use* bem como as especificações legislativas que o fazem aproximar-se do sistema continental europeu e, conseqüentemente, do nosso sistema brasileiro de previsão das condutas não violadoras de direitos autorais. J. O. Ascensão, "O Fair Use no Direito Autoral", *Direito da Sociedade e da Informação*, Vol IV, Coimbra, Coimbra Editores, 2003, p. 95.

23. United States Copyright Act de 1976, que foi seguido por diplomas posteriores, como o *Digital Millenium Copyright Act*.

24. De acordo com tradução e comentários de José de Oliveira Ascensão. J. O. Ascensão, op. cit., pp.95-96.

25. J. O. Ascensão, op. cit., p. 98.

26. Professor assistente de cultura e comunicação na Universidade de Nova Iorque.

27. S. Vaidyanathan, *Copyrights and Copywrongs: The Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity*, New York, New York University Press, 2001, p. 27.

28. Como vimos, estes são os itens que compõem o § 107 da Lei de Direitos Autorais norte-americana, anteriormente referida.

29. L. Lessig, *Free Culture – How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, New York, The Penguin Press, 2004, pp. 95-99.

30. *Ibid.*, p. 99.

31. G. C. Carboni, *A Função Social do Direito de Autor e sua Regulamentação no Brasil*, São Paulo, Ed. Juruá, 2006.

32. Ibid.

33. L. Lessig, *Free Culture*, op. cit. No original, as vedações têm o seguinte texto:

- "Copy: no text selections can be copied from the book to the clipboard;
- Print: no printing is permitted of this book;
- Lend: this book cannot be lent or given to someone else;
- Give: this book cannot be given to someone else;
- Read aloud: this book cannot be read aloud \".

34. Ibid.

35. G. C. Carboni, op. cit.

36. E. G. Méndez, "Origem, Sentido e Futuro dos Direitos Humanos: Reflexões para uma Nova Agenda", *Revista SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, Vol. 1, São Paulo, Rede Universitária de Direitos Humanos, 2004, p. 9.

37. Disponível em <http://www.bris.ac.uk/poverty/Child%20poverty_files/UNICEF%20report%20stuff/BBC%20Brasil.htm>, acesso em 17 de dezembro de 2006.

38. Os números são assustadores. "O Banco Mundial define a pobreza extrema como viver com menos de 1 dólar por dia (PPP) e pobreza moderada como viver com entre 1 e 2 dólares por dia. Estima-se que 1100 milhões de pessoas a nível mundial tenham níveis de consumo inferiores a 1 dólar por dia e que 2700 milhões tenham um nível inferior a 2 dólares." Disponível em <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Pobreza>>, acesso em 17 de dezembro de 2006.

39. Nesse sentido, ver F. Piovesan, "Direitos Sociais, Econômicos e Culturais e Direitos Cívicos e Políticos", *Revista SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, Vol. 1, São Paulo, Rede Universitária de Direitos Humanos, 2004.

NÚMEROS ANTERIORES

Números anteriores disponíveis *online* em <www.surjournal.org>.

SUR 1

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ

Origem, sentido e futuro dos direitos humanos:
Reflexões para uma nova agenda

FLAVIA PIOVESAN

Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos
cívicos e políticos

OSCAR VILHENA VIEIRA e A. SCOTT DUPREE

Reflexões acerca da sociedade civil e dos direitos
humanos

JEREMY SARKIN

O advento das ações movidas no Sul para reparação
por abusos dos direitos humanos

VINODH JAICHAND

Estratégias de litígio de interesse público para o
avanço dos direitos humanos em sistemas domésticos
de direito

PAUL CHEVIGNY

A repressão nos Estados Unidos após o atentado de
11 de setembro

SERGIO VIEIRA DE MELLO

Apenas os Estados-membros podem fazer a ONU
funcionar Cinco questões no campo dos direitos
humanos

SUR 2

SALIL SHETTY

Declaração e Objetivos de Desenvolvimento do
Milênio: Oportunidades para os direitos humanos

FATEH AZZAM

Os direitos humanos na implementação dos
Objetivos de Desenvolvimento do Milênio

RICHARD PIERRE CLAUDE

Direito à educação e educação para os direitos
humanos

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas

E.S. NWAUCHE e J.C. NWOBIKE

Implementação do direito ao desenvolvimento

STEVEN FREELAND

Direitos humanos, meio ambiente e conflitos:
Enfrentando os crimes ambientais

FIONA MACAULAY

Parcerias entre Estado e sociedade civil para
promover a segurança do cidadão no Brasil

EDWIN REKOSH

Quem define o interesse público?

VÍCTOR E. ABRAMOVICH

Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais
e culturais: Instrumentos e aliados

SUR 3

CAROLINE DOMMEN

Comércio e direitos humanos: rumo à coerência

CARLOS M. CORREA

O Acordo TRIPS e o acesso a medicamentos nos
países em desenvolvimento

BERNARDO SORJ

Segurança, segurança humana e América Latina

ALBERTO BOVINO

A atividade probatória perante a Corte
Interamericana de Direitos Humanos

NICO HORN

Eddie Mabo e a Namíbia: Reforma agrária e
direitos pré-coloniais à posse da terra

NLERUM S. OKOGBULE

O acesso à justiça e a proteção aos direitos
humanos na Nigéria: Problemas e perspectivas

MARÍA JOSÉ GUEMBE

Reabertura dos processos pelos crimes da ditadura
militar argentina

JOSÉ RICARDO CUNHA

Direitos humanos e justiciabilidade: Pesquisa no
Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

LOUISE ARBOUR

Plano de ação apresentado pela Alta Comissária
das Nações Unidas para os Direitos Humanos

SUR 4

FERNANDE RAINE

O desafio da mensuração nos direitos humanos

MARIO MELO

Últimos avanços na justiciabilidade dos direitos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

ISABELA FIGUEROA

Povos indígenas versus petrolíferas: Controle constitucional na resistência

ROBERT ARCHER

Os pontos positivos de diferentes tradições: O que se pode ganhar e o que se pode perder combinando direitos e desenvolvimento?

J. PAUL MARTIN

Releitura do desenvolvimento e dos direitos: Lições da África

MICHELLE RATTON SANCHEZ

Breves considerações sobre os mecanismos de participação para ONGs na OMC

JUSTICE C. NWOBIKE

Empresas farmacêuticas e acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento: O caminho a seguir

CLÓVIS ROBERTO ZIMMERMANN

Os programas sociais sob a ótica dos direitos humanos: O caso da Bolsa Família do governo Lula no Brasil

CHRISTOF HEYNS, DAVID PADILLA
e LEO ZWAAK

Comparação esquemática dos sistemas regionais e direitos humanos: Uma atualização

RESENHA

SUR 5

CARLOS VILLAN DURAN

Luzes e sombras do novo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas

PAULINA VEGA GONZÁLEZ

O papel das vítimas nos procedimentos perante o Tribunal Penal Internacional: seus direitos e as primeiras decisões do Tribunal

OSWALDO RUIZ CHIRIBOGA

O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do Sistema Interamericano

LYDIAH KEMUNTO BOSIRE

Grandes promessas, pequenas realizações: justiça transicional na África Subsaariana

DEVIKA PRASAD

Fortalecendo o policiamento democrático e a responsabilização na *Commonwealth* do Pacífico

IGNACIO CANO

Políticas de segurança pública no Brasil: tentativas de modernização e democratização versus a guerra contra o crime

TOM FARER

Rumo a uma ordem legal internacional efetiva: da coexistência ao consenso?

RESENHA