

DIGITALIZAÇÃO, PRESERVAÇÃO E ACESSO AO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL

Sumário: 1. As origens. A legitimação na Cultura e a realização no monopólio; 2. Os acervos digitais; 3. As obras tombadas no domínio público; 4. Reforço da tutela autoral e promoção da Cultura; 5. A reversão do direito autoral em benefício da empresa; 6. O apagamento do autor pelo sistema; 7. Proteção do autor e do acesso aos bens culturais; 8. O despertar para a Cultura das entidades internacionais e supranacionais; 9. O Acordo Google e a imaterialização do acesso ao conhecimento; 10. A síntese promissora ao nosso alcance.

11. CONCLUSÃO.

1. As origens. A legitimação na Cultura e a realização no monopólio

O tema da relação entre Direito Intelectual – muito particularmente o Direito Autoral – e a Cultura está muito longe de ser unívoco. Pelo contrário, a Cultura é invocada sempre, mas desta invocação extraem-se consequências antagônicas.

Os antecedentes do direito de autor encontram-se nos privilégios. O privilégio não protegeu inicialmente o autor, protegeu o empresário – o impressor. Só lentamente surgiram situações em que o autor era beneficiado, ou também beneficiado, com o privilégio. Mas a tutela era patrimonial; e o fato de a proteção se associar a um privilégio de reprodução permite-nos dizer, embora figuradamente, que se não protegia propriamente o autor, protegia-se a obra. É esta ainda hoje a posição dos sistemas de *copyright* (direito de cópia ou reprodução), como tal avessos a um direito pessoal de autor.

No continente europeu a grande transformação inicia-se no séc. XVIII. À abolição dos privilégios reagem os escritores, mentores da época, com a requalificação ideológica do exclusivo do autor como uma propriedade. Atribui-se então ao autor a propriedade dos seus *escritos* – não da *obra*, repare-se, pois não ocorreu na altura o passo intelectual que fez posteriormente tornar clara a distinção entre suporte e obra. Por isso, as leis da época não dão a propriedade da obra, realidade imaterial, mas a propriedade do autor sobre os seus escritos: porque era sobre os escritos que recaía o privilégio de impressão ¹.

A fundamentação cultural foi enfaticamente acentuada. Paladinos do direito de autor eram os ideólogos da época, particularmente os que emergiram vitoriosos com a Revolução Francesa. Eram desde logo os seus próprios escritos que eles protegiam, envolvendo-os no manto “sagrado” (assim diziam) da propriedade.

Mesmo assim, o direito de autor continuou a ser meramente patrimonial. O direito “moral” do autor foi uma descoberta tardia, localizada no virar do séc. XIX para o séc. XX. Na sua origem, o direito de autor foi apenas o novo invólucro do privilégio de impressão, por se lançar mão da categoria da propriedade.

Um exclusivo patrimonial, aplicado à vida de negócios, é um monopólio. O direito de autor continuou assim a representar um monopólio, mesmo quando a categoria do privilégio era enfaticamente verberada. Desde o início, a tendência universal foi a de o beneficiário do monopólio procurar sempre ampliá-lo e estendê-lo a novas zonas.

Assim aconteceu também com o exclusivo intelectual. Já no séc. XVII surgem as irmandades musicais: “somente os sócios da irmandade podiam fazer música, e os improvisadores eram sujeitos a multas e até à prisão” ². Tem a importância de ser um fenómeno já visível no Brasil, mesmo muito antes dos primeiros sinais de proteção do direito de autor. Cada um procura sempre à sua medida a tranquilidade do monopólio.

¹ Esta confusão, surpreendentemente, ainda se manifesta no próprio texto da Convenção de Berna. O art. 2/1, ao exemplificar “obras literárias e artísticas”, começa por referir “os livros, brochuras e outros escritos”. Não são pois as obras literárias que se indicam, mas os suportes das obras – e isto ainda na atual versão, que é de 1971!

² Vasco Mariz, *A Música no Rio de Janeiro no Tempo de D. João VI*, Casa da Palavra (Rio de Janeiro), 2008, 12.

Por isso, dizemos que desde o início há uma tensão entre Cultura e monopólio. Justifica-se o direito autoral com a promoção da Cultura mas a concretização realiza-se afinal pelo monopólio. Esta contraposição carece de ser aprofundada, para apurar em que medida o direito de autor é um instrumento da Cultura ou é pelo contrário obstáculo ao desenvolvimento desta.

O núcleo da questão seria este: o Direito de Autor é um Direito da Cultura? Assim foi pretendido, mas foi também contestado. Numa obra de grande fôlego José Afonso da Silva examina o *Ordenamento Constitucional da Cultura* e abrange o Direito de Autor, mas neste limita-se a uma mera descrição da disciplina legal, sem uma palavra de apreciação da valia cultural, o que ilustra pela negativa o modesto significado a que fica reduzido³. Noutra linha, grandes autores como Hubmann e mesmo autores atuais colocam a valia cultural sobretudo na criação, portanto na proteção do autor, acabando por acentuar o antagonismo entre o interesse do autor e o da coletividade, privilegiando na sequência a posição do autor⁴.

Já versamos este tema em circunstancialismo diverso⁵, procurando definir a relação de afinidade ou antagonismo entre Direito de Autor / Cultura. Há que esclarecer todavia que não integramos o Direito de Autor no Direito de Cultura, pois os respectivos núcleos são diferenciados: assim, o Direito da Cultura não está dependente de haver ou não direito de autor atribuído, nem o Direito de Autor o está hoje em dia da valia cultural. Mas a correlação de ambos é importante. O direito autoral deve conciliar-se com as finalidades culturais, não podendo ser obstáculo a estas porque constituem limites extrínsecos dos direitos atribuídos. Ainda mais especificamente, do Direito de Autor deve resultar um benefício da Cultura. Ao ponto de a obra de valor cultural

³ Malheiro Editores, 2001. Mais radicalmente ainda, Francisco Humberto Cunha Filho, *Federalismo Cultural e Sistema Nacional de Cultura*, Ed. UFC, Fortaleza, 2010, tem uma única referência ao direito de autor (pág. 133) e várias ao acesso à cultura. Mas preocupa-o sobretudo a repartição de competências e recursos.

⁴ No seu *Urheberrecht*, continuado por Rehbinder e atualmente já sem menção do nome de Hubmann.

⁵ Em *O Direito de Autor como Direito da Cultura*, in “II Congresso Ibero Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos – Num novo Mundo do Direito de Autor?”, Livraria Arco-Íris / Edições Cosmos / DGESP, Tomo II, 1994, 1053-1060; e in *Cadernos de Pós-graduação, UERJ* (Rio de Janeiro), ano 1, Set/95, n.º 1, 57-66, n.º 128. Especificamente dedicada ao relacionamento Direito Autoral / Cultura temos a coletânea *Produção Cultural e Propriedade Intelectual*, org. Isabela Cribari, Fundação Joaquim Nabuco / Ed. Massangana, Recife, 2006. Prefaciamos esse livro, chamando a atenção para o contraste entre a vocação e a justificação do direito de autor como serviço da Cultura e a realidade muito diversa atual, em que se encontram zonas de verdadeiro contraste entre o Direito de Autor e as exigências do acesso à cultura.

autêntico dever ser privilegiada. É esta a pista de desenvolvimento da relação entre ambas mais problemática, mas também a que apresenta perspectivas inovadoras que mais nos questionam.

Examinemos vários aspectos em que o relacionamento Direito de Autor / Cultura se pode manifestar.

2. Os acervos digitais

A questão foi agudizada pela apresentação pela Google de ambiciosos programas de digitalização de acervos culturais, a começar pelas bibliotecas digitais. Permitiriam substituir em larga medida o papel e os meios atuais de acesso ao conhecimento: este passar-se-ia a fazer predominantemente em linha, sendo o acesso móvel garantido em qualquer tempo e lugar. Muito ouviremos decerto falar deste projeto no Simpósio, pelo que não careço de o desenvolver mais aqui.

Mas o Direito de Autor existente irá frustrar estas potencialidades? Teremos de nos resignar a bibliotecas digitais constituídas somente por obras tombadas no domínio público, porque os custos com o pagamento dos direitos autorais por obras protegidas seria inoportuno? Então seriam apenas bibliotecas sem atualidade, com óbvio prejuízo da Cultura.

O episódio tem o maior significado. Temos os meios técnicos necessários, mas logo se ergueu a oposição dos titulares de direitos autorais quando a Google, num golpe demasiado ousado, se lançou a digitalizar todas as obras, mesmo protegidas, sem ter pedido autorização.

O processo arrasta-se há já algum tempo. Chegou-se a um princípio de acordo, que sofreu peripécias várias. Imiscuiu-se depois uma objeção concorrencial, erguida por outras empresas que recearam que a Google conseguisse deste modo um poder monopolístico no sector. Também esse obstáculo parecia vencido, mas levou a uma redução no âmbito do acordo, que passa a abranger apenas obras norte-americanas e de Canadá, Reino Unido e Austrália, o que decerto é negativo para nós. Enfim, como derradeira notícia, temos a rejeição do acordo pelo juiz de Nova Iorque, onde corria o processo, uma vez que fora contestado por outras entidades. Volta tudo à estaca 0.

Mas também não avançarei na descrição deste processo, que será certamente objeto de análise específica no decurso deste Simpósio. E, por maioria de razão, não entrarei na análise dos ensinamentos colhidos com a nascente biblioteca Brasileira.

O mais importante não está no acordo em si, mas no marco que poderá representar para uma nova fase do direito de autor. O direito de autor deixaria de ser visto internacionalmente como uma soberania (que é o que se insinua quando se fala em propriedade) para passar a ser um elemento entre outros dentro de um equilíbrio global.

De fato, a exigência de autorização individual inviabilizaria a digitalização em larga escala. Ninguém conseguiria realizar tamanho investimento, nem o público estaria em condições de afrontar os custos daí resultantes.

A solução está no recurso a uma compensação equitativa, em vez da fixação unilateral do custo pelo autor ou pelo ente de gestão. E este seria o grande passo em frente. Particularmente em relação aos entes de gestão, há que ter presente que estes, atuando no mercado, o fazem em situação normal de monopólio ou de quase monopólio. Mas nenhum agente no mercado pode ser imune às regras da concorrência, muito menos quem tem uma posição dominante, *maxime* monopolística. Por esta via, haverá que ter em conta os grandes interesses coletivos – a função social, se se chamar assim – que todos os direitos são chamados a satisfazer.

No que respeita aos acervos digitais, há que conciliar os vários interesses em presença – do autor e do público, bem como o interesse coletivo que sobre estes prima sem os aniquilar. O equilíbrio consegue-se pelo encontro dum meio-termo de que todos beneficiam, trazendo o direito de autor para o palco do debate social mas despido de uma injustificável soberania.

Deste modo abre-se também o caminho para o que a doutrina de ponta considera ser o modo de exploração das obras do futuro. Em vez do acumular de obras em suporte material, teremos ao dispor meios céleres de acesso ao digital, cada vez que uma utilização for necessária. O acesso não será em geral gratuito, mas terá um custo (possivelmente pela integração numa licença geral) que praticamente não se fará sentir: tal como hoje não nos retém o sentido de que estamos realizando uma despesa quando enviamos um *e-mail*. O Acordo Google daria o ponto de partida a esta transição. Deveria por isso ser saudado como um passo decisivo no caminho da imaterialização dos suportes culturais que está ao nosso alcance.

3. As obras tombadas no domínio público

O exclusivo atribuído pelo Direito de Autor é temporário. Continua a sê-lo mesmo quando se prolonga por 70 anos após a morte do autor, o que a nosso entender é completamente desproporcionado: pode atingir 150 anos e beneficiar (calculando 30 anos para cada geração) cinco gerações de descendentes!

Achou-se que era pouco e defendeu-se a perpetuidade do direito. Chegou a vigorar nalguns países, em geral por períodos curtos. Representaria uma distorção completa dos valores aqui em presença, individuais e coletivos.

Mas a perpetuidade ainda continua a aceitar-se em França no que respeita ao direito pessoal (“moral”, na versão francesa) de autor. Levou a admitir que um pretense successor de Vitor Hugo proibisse uma obra atual que se apresentava como uma sequência de *Os Miseráveis*. É absurdo, pois não há ao fim de tanto tempo ligação efetiva, mesmo entre os descendentes, que justifique que alguém fale pelo autor. A Cultura exige, pelo contrário, que cessado o exclusivo sobre a obra esta caia na totalidade no domínio público. Por isso a obra pode ser livremente transformada por terceiros (art. 14 LDA), sem que se lhes possa ser oposta qualquer objeção fundada no exclusivo autoral.

Esta queda no domínio público deve ser bem compreendida em termos culturais. O art. 24 § 2.º, inserido no capítulo “Dos direitos morais de autor”, dispõe que “compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída no domínio público”. Significará isto que o direito pessoal se prolonga indefinidamente, agora em benefício do Estado?

Também isso foi já defendido, e também sem nenhuma verossimilhança. O Estado não age como titular de direitos autorais, mas na sua função de defesa do patrimônio cultural imaterial. Basta pensar que o direito de autor abrange hoje praticamente quaisquer exteriorizações de criações intelectuais, dentro da banalização que caracteriza o direito de autor, enquanto a função do Estado de defesa da Cultura versa sobre os elementos significativos, no ponto de vista cultural, e nada tem que ver

com produções banais que o tempo vai sepultando. Caducado o direito de autor, subsistem só a liberdade de uso público ⁶ e a defesa da Cultura.

E esta conclusão reforça-se ainda considerando que esta função do Estado não está, nem negativamente, conexas ou dependentes de haver ou ter havido um direito de autor. Abrange igualmente obras sobre as quais nunca recaiu direito de autor, por exemplo, porque são anteriores a essa proteção; tal como abrange as obras atualmente tuteladas que tenham valor cultural. É uma verdadeira proteção cultural mas que é completamente alheia ao direito autoral ⁷. Surge como o encargo geral independente de zelar pelo patrimônio cultural imaterial.

Já se legislou no sentido de estabelecer o domínio público remunerado. Seria uma taxa sobre obras tombadas no domínio público. Nunca poderia ter como justificação um direito autoral do Estado. A proteção do patrimônio cultural não pode concretizar-se pelo meio burocrático da autorização de uso; e muito menos pela taxa, que satisfaz a fome de receitas do Estado e que, em vez de promover a Cultura, a onera e reprime. Por isso, todos os sistemas historicamente instituídos neste domínio falharam, o que é decerto consolador.

4. Reforço da tutela autoral e promoção da Cultura

Como dissemos, a justificação do reforço contínuo da tutela do direito autoral tem sido feita pela invocação da promoção da Cultura. É muito curioso ver nomeadamente a generalidade dos documentos internacionais e supranacionais que debatem a Cultura: apontam-se largos objetivos e, quando se chega às medidas concretas, lá surge fatalmente a referência ao reforço da tutela dos direitos intelectuais. Por isso a evolução legislativa tem sido uma via de sentido único, em que mais e mais faculdades, duração e meios de repressão são estabelecidos para reforço do direito autoral, porque assim o exigiria, afirma-se, a tutela da Cultura.

Com isto os direitos intelectuais, incluindo os direitos autorais, passaram a ter uma tutela amplíssima e sempre em crescendo. Não podemos sequenciar todo esse

⁶ Com outras limitações, que não são já autorais, como a do repúdio da apresentação como próprias de obras caídas no domínio público.

⁷ Por isso, na obra mencionada, José Afonso da Silva discorre sobre tutela cultural e política cultural do Estado sem que nos capítulos respetivos faça sequer referência ao Direito Autoral.

movimento, que abrange aspectos tão diversos como a multiplicação de faculdades, o alongamento dos prazos de proteção, o trânsito da proteção do bem imaterial para o do suporte que o incorpora, o transbordar para a imposição de formas de repressão penal, a subordinação à Organização Mundial do Comércio...

Particularmente importante, porque avançamos a cada dia mais para a era da imaterialização, é o que se passa no ambiente digital. Garantem-se direitos intelectuais, mesmo em relação a produtos meramente tecnológicos travestidos de obras literárias ou artísticas, mas não se estabelecem as restrições correspondentes, necessárias para que bens culturais pudessem beneficiar plenamente dos meios de difusão que lhes estão nesta altura abertos.

Há uma unilateralidade evidente na fixação das finalidades dos direitos autorais. Tem manifestações subtis que distorcem os resultados. Raciocina-se como se o autor ou titular dos direitos conexos tivesse o direito de ser sustentado pela sua criação ou prestação. Se os resultados obtidos são insuficientes, aumentam-se as “taxas” exigidas. O direito intelectual toma o caráter de uma espécie de Direito Securitário, destinado a garantir o suporte financeiro do titular durante toda a vida, e possivelmente também na dos sucessores.

A visão é deformada. Dá-se como um axioma que o titular tem o direito de viver da sua obra. Não tem porém nenhuma base de apoio. Viver da sua produção vivem muito poucos, os grandes compositores, os autores de *best sellers*, os diretores cinematográficos consagrados... A imensa maioria conjuga a produção literária, artística ou científica com outros meios de vida. O direito de autor não tem por fito assegurar a sustentabilidade do criador, mas sim compensar a criação de cada obra individual. Se a produção não alcança êxito ou suficiência, é problemática alheia a este direito. Não se pode fazer recair sobre o público a pretensão “sindicalista” de que o autor ou artista, por serem tais, têm o privilégio de aumentar sempre os seus ganhos autorais para garantir a sua independência. Têm direito ao que for a compensação justa da sua produção. Obra por obra haverá que fixar o que seja essa compensação justa. Ir além disso para uma garantia de nível de vida ou de independência econômica extrapola as finalidades do Direito Autoral.

O mesmo haverá que dizer se se utiliza a vertente de um domínio público remunerado que revertesse em benefício dos autores atuais. Bruno Jorge Hammes, que

foi um grande defensor do Direito de Autor e dos direitos de autor, não deixou de mostrar sensibilidade a esta questão. Sentiu que o favorecimento do direito de autor não se poderia fazer em prejuízo da Cultura e do público em geral, que não tem lóbis a defendê-lo. E condenou o parasitismo que poderia representar os autores viverem às custas de outros autores (já falecidos) ⁸.

Com isto vamos avançando na nossa pesquisa. Reforça-se a proteção dos direitos intelectuais para favorecer a Cultura? Justifica-se essa ampliação pela *propriedade* dos autores? Mas esse incessante aumento favorece a Cultura, quando torna mais difícil o acesso do público aos bens culturais? Porque é exatamente esse dogma que fica por provar.

5. A reversão do direito autoral em benefício da empresa

Por outra via se processa e justifica o fortalecimento incessante do Direito Autoral, sob o manto das finalidades culturais. Agora, não pela vertente da criação ou contributo do autor ou do artista, mas diretamente atendendo ao investimento que estaria ligado à produção intelectual. Quer dizer, atendendo à resultante cultural do que se passou a chamar as indústrias de *copyright*. Quase insensivelmente, esta justificação “cultural” passou a ser apresentada ao lado da do estímulo da criatividade, ou até em substituição daquela justificação originária.

O que não deixa de parecer estranho. Se no centro do direito está o autor, há que reconhecer que não é o investimento que caracteriza a atividade do autor ou do artista. Eles atuam, mas em geral não investem. Ou porque não têm com que investir, ou porque não têm aptidão para o fazer, ou porque a sua especialização é muito diferente, podendo ser descrita como concorrente ou antagônica com a do investidor. Pelo que, a fundar-se no autor, só poderia ser uma justificação fragmentária, porque na maior parte dos casos não teria correspondência na realidade.

Mas é evidente que não é o investimento pelo autor ou artista que está em causa. É a empresa que explora os conteúdos intelectuais. Essa não cria, nem sequer na categoria mais objetivante da obra coletiva: quem cria são sempre pessoas. Na realidade, é o investimento diretamente que se quer proteger. Ele é apoiado porque se

⁸ Veja-se *O Direito de Propriedade Intelectual*, 3.^a ed., Ed. Unisinos, 2002, n.ºs 278 a 281.

afirma que proteger as empresas é proteger a Cultura. As manifestações são inúmeras, desde a proteção do produtor na obra audiovisual à equiparação da proteção do editor à do autor ou do artista no regime da reprografia e cópia privada, até aos próprios direitos conexos dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão, que são puros direitos empresariais.

O que está subjacente é sempre a pretensão de que proteger o investimento é favorecer a Cultura. Há desde logo um pressuposto não confessado: o de que a vantagem patrimonial que a lei atribui gongoricamente ao autor ou ao artista reverte afinal para as empresas chamadas culturais. Quer por aquisição originária, como na obra coletiva ⁹, quer por transmissão subsequente, como acontece quase sempre com as obras economicamente mais valiosas, quer pelos contratos de licença que se celebram para efeitos de exploração: é o empresário quem vai subsequentemente recolher as vantagens da exploração.

Mas, além de não ser verdade que favorecer o investimento seja favorecer o autor, seria ainda necessário demonstrar que favorecer o investimento equivale a favorecer a Cultura. A proteção do investimento favorece o mercado, mas não necessariamente a Cultura. Dela resulta a Cultura de massas que é hoje a dominante, com o seu baixíssimo nível, o carácter uniformizador das expressões culturais, a falta de mensagem e de contributo efetivo para a realização humana. Como é natural ainda, traz a marca do sistema de *copyright*: este, como dissemos, baseia-se na *obra* e não no *autor* e nunca sentiu os pruridos do sistema continental europeu de Direito de Autor para afastar, semanticamente até, a categoria do *copyright* da figura do privilégio.

Isto dito, há uma precisão importante a fazer.

As “indústrias culturais”, na expressão corrente, devem ser protegidas. Elas condicionam efetivamente o desenvolvimento cultural, particularmente nas formas de expressão que têm uma base tecnológica particularmente forte. Assim, sem uma produção forte não se pode pensar numa escola cinematográfica que se imponha. Por isso a empresa deve realmente ser protegida para criar as infraestruturas de desenvolvimento. Uma política cultural efetiva procurará consequentemente orientar essa produção empresarial para os resultados culturalmente mais valiosos.

A empresa deve pois ser protegida como tal, pelo contributo que traz para a Cultura. O erro está em desviar o Direito Autoral, da sua função da recompensa e estímulo da criação intelectual, para a de proveito da empresa. A empresa deve ser protegida por meios próprios da empresa, e não através do apossamento “legal”, digamos assim, dos meios criados para proteger o autor para fins de proteção da empresa. Então, o Direito de Autor torna-se mentira, porque passou a ser instrumento de proteção da empresa sob a capa enganosa de proteção do autor ou da criatividade.

É porém isto que a nossos olhos está acontecendo. E tem implicações muito negativas para a Cultura.

O exacerbar da proteção da empresa pelo apossamento por esta do direito de autor leva a sobrecarregar a Cultura em vez de a favorecer, encarecendo-a e fazendo recair os ônus sobre a participação do público em geral nos bens culturais. Mas não há favorecimento da Cultura sem promoção do acesso do público, que é indispensável para o diálogo cultural. A política de favorecimento unilateral e desproporcionado da empresa tem consequências muito graves sobre a participação alargada que mede o nível cultural dum povo.

E aqui surge o remate desta tendência, com a nova base institucional do Direito de Autor a nível global: a subordinação do Direito de Autor à Organização Mundial do Comércio, através do Acordo ADPIC / TRIPS. Representa a consumação da transformação do direito de autor em mercadoria. Num mundo de prevalência quase absoluta dos valores económicos, a Cultura é um adorno, que bem pouco preocupa os líderes mundiais: esses falam de coisas sérias – de finanças, de investimentos, de Bolsas...

Paradoxalmente, porém, eles afirmam-se preocupadíssimos com a Cultura e com a proteção cada vez mais extrema do direito de autor.

O paradoxo desfaz-se quando se atenta à realidade. A UNESCO que se ocupe com umas declarações mais ou menos vagas sobre a diversidade cultural. Da realidade comercial ocupa-se a OMC, que subordina as regulações dos vários países aos interesses mercantis. E aí, tanto que faz que se produza Cultura ou não, desde que renda dólares.

⁹ No nosso entendimento, pois repudiamos a ficção de uma aquisição originária pelo autor e transmissão

Por isso também temos o grande agravamento dos meios repressivos. O princípio internacional nesta matéria era o de que os meios de execução das convenções constituíam matéria que ficava na competência dos Estados. O ADPIC altera tudo. Institui um sistema completo de indenizações, regras processuais, apreensões administrativas e assim por diante. Impõe até a existência de reações penais.

Deste modo, cada país passa a ter dois sistemas de aplicação efetiva paralelos e diferenciados: o nacional e o do ADPIC. O primeiro aplica-se em geral e corresponde ao modo de ser de cada país e à sua circunstância. O segundo é imposto do exterior, não se submetendo aos princípios gerais mas sim às determinações e interesses alheios sobre o comércio internacional. É assim que vemos mercadorias em mero trânsito entre países terceiros serem apreendidas no interior de um país que atravessam, quando são completamente alheias à vida econômica do país pelo qual transitam ¹⁰.

6. O apagamento do autor pelo sistema

No meio de tudo isto, como fica o autor? Como fica o artista?

Têm um papel cada vez mais secundário. São outros os agentes e os beneficiários do sistema.

Poderiam fazer-se ouvir através das entidades de gestão coletiva. Estas são sem dúvida indispensáveis e continuarão a sê-lo, não obstante as possibilidades de gestão digital que vemos agora abrirem-se e podem transformar a face da gestão. Mas estas entidades são também empresas. Como tal têm as suas finalidades próprias, que se não confundem com as de cada titular de direitos que representam. O autor pode por exemplo autorizar a utilização gratuita da sua obra para finalidades que considere cultural ou eticamente relevantes; mas uma vez que entregou a obra ao ente de gestão perde a possibilidade de o fazer. Por seu turno, a entidade de gestão coletiva não tem competência para o fazer. Atinge-se o máximo nos sistemas que exigem para a representação a cessão fiduciária da obra ao ente de gestão: o autor fica então inteiramente dissociado da obra, passando a ser mero destinatário das quantias que a entidade lhe atribua. E em geral por critérios meramente quantitativos de utilização

simultânea para a empresa.

¹⁰ Podendo até ser inteiramente legais quer no país de origem quer no de destino.

(dependentes ainda da maior ou menor fidedignidade dos métodos de avaliação) e sem nenhuma apreciação da qualidade da obra (ou prestação) a que respeitam.

De fato, o sistema tornou-se opaco para a valia cultural da obra. Cada obra é apenas um número, uma quantidade. A Cultura está cada vez mais ausente de tudo isto.

Por isso, as referências usuais à Cultura como o objetivo ou o resultado de direito de autor são ambíguas quanto à realidade que se tem em vista. Habermas falou de um “consumo de cultura”. Com igual legitimidade se pode falar hoje de uma “cultura de consumo”, ostensivamente manifestada no material dominante em muitas livrarias, com a tônica no charlatanismo psicológico, no esoterismo religioso, nos *best sellers* do *reader's digest* e nas revistas de mexericos sobre a vida irregular das estrelas da moda.

Isto tem uma consequência que merece ser assinalada. Quando se quer satisfazer uma preocupação cultural, não se recorre ao direito de autor, mas cada vez mais a meios que o dispensam.

Assim acontece com a livre colocação em linha dos resultados científicos, para que toda a comunidade científica possa deles participar. Trata-se de uma iniciativa de numerosos cientistas, originariamente lançada da parte médica em 2002, que pretende escapar ao monopólio das revistas especializadas, colocando os resultados das investigações científicas na internet à disposição de todos.

Assim acontece com os modelos colaborativos em matéria de produção intelectual¹¹. É o caso do chamado *copyleft* – sistemas de programas de código aberto, para permitir a elaboração ulterior por cada usuário e assim um aperfeiçoamento subsequente coletivo. É o que acontece também com os *creative commons*.

Estes modelos colaborativos são olhados com grande hostilidade pelas entidades de gestão do direito de autor. Não se vislumbra fundamento para tal. São métodos que respeitam totalmente o direito de autor. O autor não perde os seus direitos, apenas abre mão do exercício das faculdades que quiser, nas condições que quiser. Se por exemplo admite a livre utilização, condicionando a que o destinatário o faça igualmente em relação às alterações que introduzir na obra, pode agir contra esse

¹¹ Sobre esta matéria, veja-se o nosso *Modelos colaborativos em direitos autorais*, in “Ensaio sobre o Direito Imaterial – Estudos em Homenagem a Newton Silveira”, Lumen Juris Editora (Rio de Janeiro), 2009, 1-18; e in *Anais do XXVIII Seminário Nacional da Propriedade Intelectual – Inovação e Desenvolvimento*, na Revista da ABPI (São Paulo), 2008, 24-31, com o título *Modelos colaborativos em direitos autorais e creative commons*.

destinatário por violação do direito de autor se este outorgar licenças onerosas ou não disponibilizar as obras derivadas que por sua vez produziu: houve violação do contrato com quebra da licença. Está-se plenamente dentro dos quadros do direito de autor e da lógica da autonomia privada.

7. Proteção do autor e do acesso aos bens culturais

Mas então, insistimos, em que fica no meio disto a Cultura, tão insistentemente apresentada como a justificação do exclusivo do autor?

Afinal, o Direito de Autor é um instrumento da Cultura ou é um obstáculo a esta? É a pergunta que cruamente muitos autoristas têm formulado ¹² e que exige uma resposta clara.

Temos de ter presente que a Cultura não é um elemento que esteja ao arbítrio do legislador prosseguir ou não. Foi ganhando sucessivamente mais espaço nas Constituições modernas. A prioridade pertenceu neste caso à Constituição portuguesa vigente, de 1976 ¹³, que no seu art. 42/2 prevê “a protecção legal dos direitos de autor”, mas subordina-a à liberdade de criação intelectual, artística e científica (n.º 1) – no seguimento aliás da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Mas também a Constituição brasileira retoma decididamente o tema em vários preceitos, tornando clara a consideração do direito à cultura como um direito fundamental, com todas as implicações que tal impõe.

É verdade que destes novos direitos fundamentais, tal como os económicos e sociais, derivam pretensões de aplicação direta menos caracterizadas que dos clássicos. Não é a previsão de um direito à habitação que permite a exigência imediata de uma moradia: são antes de mais comandos dirigidos a comportamentos por parte do

¹² Veja-se por exemplo Thomas Hoeren, *Access right as a postmodern symbol of copyright deconstruction?*, in “Direito da Sociedade da Informação”, vol. VI, Associação Portuguesa de Direito Intelectual / Coimbra Editora, 2006, 9-27; Jane Ginsburg, *From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law*, in Journal of the Copyright Society of the USA, Vol. 50, p. 113, 2003; David Rice, *Copyright as Talisman: Expanding Aproperty@ in Digital Works*, in “Direito da Sociedade da Informação”, vol. VIII, Associação Portuguesa de Direito Intelectual / Coimbra Editora, 2009, 357-390.

¹³ O fato é assinalado por José Afonso da Silva, *Ordenação Constitucional da Cultura* cit., 40 e segs. Também assinala que a referência à proteção é igualmente precedida pela declaração da liberdade de criação cultural. Precede por sua vez o capítulo sobre os direitos e deveres culturais (arts. 73 e segs.), aí incluído o direito e / ou dever de defender o património cultural (art. 78).

Estado. Mas também não são destituídos de todo de efeitos diretos, permitindo nomeadamente impugnar disposições normativas ou atos administrativos que frontalmente os contrariem. Também o direito a Cultura tem um grande significado na ordem jurídica brasileira, na interpretação e impugnação eventual de atos do Estado e outras entidades públicas e no desenho da ordem legislativa ordinária.

Ora, refletindo sobre o tema, há uma conclusão a que não podemos fugir: a Cultura não é só criação intelectual. É também a difusão, em termos de facultar o acesso aos bens culturais. A proteção do autor justifica-se: a defesa do direito de autor por invocação do fomento da criação não é falsa. Mas é insuficiente, se não acentuarmos simultaneamente que o direito à Cultura implica que o público tenha meios efetivos de acesso à Cultura.

Isto quer dizer que, se a proteção do autor se justifica, a proteção do público também. Não adianta dizer que sem proteção do autor não há cultura porque sem proteção do público mediante a garantia do acesso também não. Ou acentuar unilateralmente que sem um direito de autor forte não há criação para tudo justificar. É obviamente falso: o direito de autor tem cerca de 200 anos, mas durante muitos milênios houve criações espantosas sem apoio em direito de autor. O legado grego, que é a base cultural da nossa civilização ¹⁴, supera qualquer outra época de criação intelectual e a ela grandes figuras atuais retornam sempre.

Na realidade, a questão está, como quase sempre no mundo das ideias, na superação da unilateralidade por nos elevarmos a uma visão mais ampla, portanto no achamento do ponto de equilíbrio. Aqui, no equilíbrio entre os interesses do autor e os da coletividade na difusão da Cultura. Sem o que o direito de autor acabaria por servir interesses de terceiros, o que se traduz realmente em prestar um mau serviço à Cultura.

Nunca é demais acentuar, porque há quem o ponha em causa, que toda a criação, sendo pessoal, é também comunitária, pois está marcada pela sua época histórica. O autor recebe a sua inspiração de todo um meio cultural de que participa. Por isso, qualquer obra significativa, mesmo que só agora descoberta, pode ser atribuída com precisão quase total a uma dada época, porque reflete o impacto cultural recebido.

¹⁴ Simultaneamente com o cristianismo.

A abertura da obra à comunidade representa assim uma restituição parcial pelo autor do que da comunidade recebeu.

A Cultura não é monopólio, é diálogo. É um resultado de muitas vozes, é uma abertura de espírito. Seria bom refluirmos para esse ideal, superando o mercantilismo autista em que soçobra hoje este ramo fundamental.

Nos Estados Unidos da América dá-se uma grande importância na disciplina do direito de autor a liberdade de expressão¹⁵. É à primeira vista estranho, mas traduz a consciência que o direito de autor não se pode transformar numa barreira à comunicação e ao diálogo, por impedir o recurso razoável aos elementos que são fundamentais para esse diálogo. Por isso, noutro resultado à primeira vista também surpreendente, o *fair use* norte-americano permite chegar a resultados muito mais válidos culturalmente que a feroz doutrina protecionista europeia, no que respeita ao acesso e uso não comerciais de obras alheias¹⁶.

8. O despertar para a Cultura das entidades internacionais e supranacionais

Podemos assinalar um certo retorno à preocupação cultural a nível mundial, talvez como reação à corrida desenfreada para o aumento de proteção do direito de autor que se verificou até aos nossos dias.

Este movimento é precedido por uma surpreendente viragem no plano intelectual em vários países industrializados. Na Europa temos figuras marcantes, como Jeremy Philips, Ulrich Sieber, Thomas Hoeren e Reto Hilty, que estão na vanguarda duma nova via, que abandona o unilateralismo mercantilista que caracterizou o Direito de Autor comprometido até aí reinante.

Este movimento intelectual não se traduziu ainda em disposições efetivas, antes pelo contrário. Mas andam muitas propostas no ar.

Em 4 de março de 2008 foi apresentado um estudo de Hugenholtz, notável jurista holandês, sobre as indústrias culturais, encomendado pela Comissão da União

¹⁵ Veja-se o nosso *Sociedade da informação e liberdade de expressão*, in “Direito da Sociedade da Informação”, vol. VII, APDI/Coimbra Editora, 2008, 51-73; e in RFDL, XLVIII (2007), n.ºs 1 e 2, 9-29.

¹⁶ Veja-se o nosso *O fair use no Direito Autoral*, in Revista da ABPI – XXII Seminário Nacional de Propriedade Intelectual, Anais 2002, 94-101; in Rev. Forense, 365, Jan/Fev 2003, 73-83; e in “Direito da Sociedade da Informação”, vol. IV, APDI/Coimbra Editora, 2003, 89-106.

Europeia. Ressalva-se repetidamente o respeito pelos direitos intelectuais, a remuneração equitativa para os criadores e o combate à pirataria. Mas fala-se também na necessidade de estruturas mais abertas, na interoperabilidade e no acesso a conteúdos culturais em linha. Parece um bom programa, mas até mais ver são meras propostas.

Em junho de 2009 foi publicado um estudo preparado para a Comissão Europeia sobre o impacto da Cultura na criatividade. Propõe-se determinar como a Cultura estimula a criatividade. Mas também fala no inverso, na Cultura baseada na criatividade, o que parece muito mais razoável. É dirigido particularmente aos aspectos económicos e sociológicos: não se centra no direito de autor¹⁷.

No mesmo ano é emitida uma declaração sobre a matéria, da autoria da Comissária Europeia Viviane Reding; e a seguir outra, da autoria conjunta dos Comissários Reding e McCreevy. Acentuam os interesses coletivos e chamam a atenção para os obstáculos que se defrontam. Mas são meras declarações de intenções e não normas jurídicas. Os autores não mantiveram na atual Comissão Europeia os lugares que ocupavam e por isso estas iniciativas não tiveram sequela.

Vê-se que a União Europeia tem multiplicado apelos para uma política cultural. Neste sentido, a Comissão Europeia acaba de lançar, a 27 de abril de 2010, uma Consulta Pública sobre o Livro Verde com o sugestivo título *Unlocking the potential of cultural and creative industries*. Mas está muito dependente das indústrias culturais. Por isso fala predominantemente em desenvolvimento e criatividade. De certa forma, esta representa o correspondente no Direito Autoral à *inovação* na Propriedade Industrial. Assim, as referências culturais estão ainda em nível muito baixo, de estímulo da atividade económica.

Outra manifestação de desassossego por parte da U.E. encontra-se num Relatório de 2009 sobre o potencial das indústrias culturais e criativas.¹⁸ Analisa em conclusão os efeitos diretos e indiretos na economia (n.º 4 a). Fala em promover o uso de *creative commons* bem como de modelos não apoiados na legislação sobre direitos intelectuais (n.º 4 b). E ainda, que a *intellectual property* seja mais uma base e menos um

¹⁷ Mas faz uma referência positiva a iniciativas de *open innovation*, *open content* (como as licenças de *creative commons*) e *open source products*, o que por si é já notável por contraste com o silêncio hostil precedente.

¹⁸ *Relatório Preliminar do Grupo de Peritos sobre a Maximização do Potencial das Indústrias Culturais e Criativas*, Setembro de 2009. Foi posteriormente publicado o *Relatório Final*, em 3 de Junho de 2010.

obstáculo ao uso e reutilização de produtos culturais. Recomenda uma reflexão imparcial, não influenciada pelo interesse direto em alterações ao Direito de Autor (n.º 4 c). Acentua que as indústrias criativas são mais que fonte de inovação. Propugna uma rede de transferência de conhecimentos das indústrias e a investigação da inovação não tecnológica. Refere o turismo cultural, chama a atenção para a herança cultural. Acentua as vantagens do *design* (n.º 5). E termina com um Apêndice de estudos de casos.

Há também intervenção da UNESCO, que intenta manter um espaço próprio no domínio da Cultura. Desta emana a Convenção sobre Diversidade Cultural de 2005. Embora sobretudo por meio de orientações vagas, busca promover e proteger as expressões culturais e assegurar o acesso a estas. O art. 6/8 g refere os artistas e todas as pessoas envolvidas na criação; não versa contudo o direito de autor. Isto porque o folclore está por definição excluído do Direito de Autor. Respeita antes a uma diversa vertente da Cultura.

Em todo o caso, a repetição de iniciativas permite falar na redescoberta da vertente cultural, embora se mantenha um preocupante hiato entre o que se proclama e as realizações.

9. O Acordo Google e a imaterialização do acesso ao conhecimento

É tempo de virar a agulha diretamente para o tema deste simpósio: as “Políticas Públicas para Acervos Digitais”.

É um tema de extrema atualidade, porque vivemos numa época de transição acelerada. A grande via de comunicação e difusão passou num número muito reduzido de anos a ser a digital. Essa via preciosa de ser estimulada, em vez de ser tolhida pela insistência em esquemas que foram pensados para uma situação diferente.

Já dissemos que um dos grandes problemas que se defronta está na inadequação do Direito de Autor ao ambiente digital. Um Direito de Autor exacerbado reduz as potencialidades dos novos meios. Já causou danos muito sensíveis em instrumentos como os multimídia, que não podem ser utilizados se dependerem das tarifas normais de licenças que essas obras, em geral com tantos intervenientes, precisam reunir. Não há investimento rentável perante o volume a que se chegaria com

a soma dessas quantias, porque os preços não poderiam ser suportados pelo público a que se destinariam.

Passar-se-á o mesmo com a utilização de obras em linha?

10. A síntese promissora ao nosso alcance

Analiticamente, podem os distinguir várias etapas neste processo.

A primeira consiste na digitalização do patrimônio cultural mobiliário materializado, para fins de preservação. Sabendo que grande parte desse material está em risco de perder-se e é susceptível de digitalização, esta representa um passo importantíssimo para a conservação desse patrimônio cultural.

Os problemas surgem quando entre esse acervo se encontram obras protegidas pelo direito de autor. Põe-se então a questão da licitude de proceder à digitalização, se não houver o consentimento dos autores. A digitalização implica uma reprodução e as leis consagram entendimentos vastíssimos de reprodução. Por exemplo, na União Europeia abrangem-se no conceito as reproduções meramente tecnológicas e não detectáveis pelo olhar humano, como a que se processam na memória dum computador¹⁹.

A preservação exige a realização duma cópia digital ao menos. No confronto de valores, a finalidade cultural prevalece sobre o direito de autor²⁰. Este não é em nada atingido nas suas finalidades enquanto o objetivo for meramente a preservação e não a colocação à disposição do público. Não atinge nenhuma das finalidades do direito de autor, nomeadamente o exclusivo de exploração económica da obra.

Por isso a mera digitalização deve ser livre. Não fere o exclusivo, mesmo que camuflado sob a alegada propriedade. Mas para maior segurança era muito bom que a lei contivesse fórmulas gerais que apoiassem esta solução. Não se esqueça que o chamado “teste dos três passos” libera utilizações que não ponham em causa a exploração económica da obra pelo autor nem atinjam de modo injustificado os

¹⁹ Nos termos da Directriz n.º 01/29, de 22 de março, sobre direito de autor e direitos conexos na sociedade da informação, arts. 2 e 5/1.

²⁰ Recorde-se que o acesso à Cultura é repetidamente assegurado pela Constituição.

interesses legítimos daquele. Não é decerto o caso quando se digitaliza material cultural para fins de preservação.

O problema sobe de grau quando o material digitalizado é disponibilizado aos usuários daquele acervo. Aqui há uma finalidade de disseminação cultural, constitucionalmente protegida. Mas note-se que o direito de autor recai sobre a obra intelectual e não sobre o suporte. Assim como é livre disponibilizar obras literárias para consulta em papel, deve ser livre disponibilizar essas mesmas obras em base digital.

Os passos seguintes são a disponibilização dessas obras em convênio de intercâmbio com outras instituições e a disponibilização para usuários fora das instalações da instituição.

Não podemos analisar todos os passos. Concentramo-nos antes sobre a situação-limite – aquela em que as obras digitalizadas estejam diretamente disponíveis em rede, de modo a poderem ser acedidas por qualquer pessoa.

Isso representará um marco milenário na disseminação cultural. Mas pressupõe ultrapassar-se a soberania do titular do direito de autor, através de uma conciliação com as finalidades de interesse coletivo.

Essa conciliação deverá assentar em duas vertentes básicas:

I – O acesso ao material em rede não seria gratuito. Com isto o público sofre um agravamento na sua condição, porque hoje em dia as bibliotecas abertas ao público são em geral gratuitas. O preço pago reverteria para compensar o investimento e, parcialmente ao menos, para o autor;

II – Mas a remuneração deste não seria mais unilateralmente fixada pelo autor ou pelos entes de gestão. Consistiria em remuneração equitativa, susceptível de apreciação e fixação objetivas, segundo critérios legais ou outros objetivamente determinados.

Este seria o grande ensinamento do Acordo Google: levaria a um ponto intermédio, que viabiliza a disponibilização das obras, o acesso generalizado à Cultura com custos razoáveis e a remuneração (equitativa) do autor, em contrapartida de uma forma de utilização de que de outro modo a obra não teria; em que portanto o autor não receberia essa remuneração se o sistema não fosse introduzido. Com isto, a nova forma de utilização pode até simultaneamente revelar-se para o autor mais vantajosa que as utilizações clássicas atualmente praticadas.

Portanto, está à vista uma síntese promissora:

- a disponibilização generalizada em linha da criação intelectual
- a possibilidade de acesso universal a conteúdos culturais
- a contrapartida a preços razoáveis
- e a remuneração equitativa do autor.

Assim, o patrimônio cultural material transitará em grande parte para o suporte digital.

Este será acessível em todo o lugar e a todo o momento, substituindo o atual uso em larga medida do suporte material.

Passará a ser habitual o acesso cada vez que se necessita de uma consulta, em vez de constantemente procurarmos o livro ou um suporte equivalente.

E não obstante, o custo para o usuário não se multiplicará, é de supor, porque a universalização do acesso criará receitas que asseguram o funcionamento do sistema e a remuneração equitativa dos autores.

Depende apenas da lucidez dos intervenientes e da vontade política erguer um sistema que sirva a Cultura, que tire todo o partido da rede universal e que ultrapasse o beco sem saída e o afrontamento penal que caracteriza a aplicação do direito de autor contemporâneo.

11. CONCLUSÃO

Como é natural, nada disto é linear. O choque de interesses continuará fazendo-se sentir, não obstante termos todos os dias notícia de avanços tecnológicos que tornam mais fácil o acesso a conteúdos culturais. A mudança de paradigmas é sempre traumática, perante as rotinas institucionalizadas. Seria bom que a lei passasse a dar um suporte firme a esta evolução.

Mas a janela está aberta e há um novo panorama ao nosso alcance, assente num entendimento a um nível mais alto que traga o aproveitamento de todas as potencialidades da internet. Permite expandir em vez de reprimir. A guerra inglória que se trava hoje só tem vencidos e não vencedores. Uma guerra que recorre desproporcionadamente ao Direito Penal, aliás em vão, em prejuízo do acesso individual e das exigências de expansão cultural.

Estes são alguns dos aspectos da problemática da Cultura na sociedade em rede. Muitos outros haveria que versar em que a batalha pela Cultura se trava, da Lei Sarkozy cominando a suspensão do acesso em rede aos violadores até ao regime das obras órfãs, dos limites ao direito de autor no ambiente digital ao tratamento privilegiado da obra culturalmente valiosa em relação à obra banal. Mas limitamo-nos ao que respeita propriamente aos acervos digitais.

No fundo, há em todos os casos uma manifestação mais da necessidade imperiosa de reconhecer a incidência dos limites **extrínsecos** ao direito de autor – portanto, aqueles que resultam da conjugação do exclusivo com os grandes imperativos, antes de mais constitucionais, independentemente de a lei autoral os referir. Aqui, está em causa a Cultura e os direitos fundamentais nesta compreendidos. O que dissemos basta para confirmar, supomos, que estes limites têm de ser tomados a sério na disciplina e na aplicação da regra autoral.