

Fundamentos para o domínio público no direito autoral brasileiro

Sérgio Vieira Branco Júnior¹

Resumo O estudo do domínio público no direito autoral não se resume a apontar os prazos de proteção conferido às obras intelectuais. De tratamento escasso pela doutrina, o tema é bem mais complexo do que aparenta em um primeiro momento, abrangendo diversas áreas do direito e tendo implicações diretas na vida da sociedade. Uma análise relevante é determinar quais os efeitos sociais, econômicos e jurídicos decorrentes do ingresso de uma obra no domínio público, sendo tais efeitos determinantes para se construir a justificativa de existência do próprio domínio público.

Palavras-chave domínio público, direito autoral

Foundations of the public domain in Brazilian copyright law

Abstract The study of public domain in copyright law is not limited to pointing out the terms of copyright protection. Being scarcely studied by the doctrine, the issue is more complex than it appears at first, covering different areas of law and having direct implications in society. A relevant analysis is to determine the social, economic and legal effects under the entry of a work into the public domain, such effects being crucial to build the justification of existence of the public domain.

Keywords public domain, copyright

Introdução

A lei brasileira de direitos autorais (Lei 9.610/98, doravante “LDA”) data de 1998 e prevê que as obras protegidas em seu âmbito geram para seu autor o surgimento de dois feixes de direitos tão logo seja criada: os de natureza moral e os de natureza patrimonial. Os primeiros têm por objetivo

¹ Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor e pesquisador do Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS) da Fundação Getúlio Vargas - Direito Rio. Endereço postal: FGV, Praia de Botafogo, 190 - 13. andar, Rio de Janeiro, CEP. 22250-900.

primordial vincular o autor à sua criação, tendo natureza extrapatrimonial. Já os direitos ditos patrimoniais são aqueles que autorizam a exploração econômica da obra criada. Por diversos motivos, que serão a seguir discutidos, os direitos patrimoniais vigoram por determinado período, ao fim do qual se extinguem. O tempo padrão de vigência dos direitos autorais patrimoniais no Brasil é hoje de 70 anos contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da morte do autor².

Quais as consequências do término da proteção patrimonial? Expirado o prazo previsto na LDA, as obras ingressam no *domínio público*. Em uma concepção introdutória do instituto, podemos dizer que o domínio público representa o fim dos direitos patrimoniais do autor, normalmente em razão de ter sido atingido o prazo previsto em lei. Dessa forma, ao cabo do prazo de proteção, as obras podem ser utilizadas por toda a sociedade independentemente de licença por parte de seus autores originais, seus sucessores ou outros titulares de direitos autorais. Isso inclui o uso comercial e não há qualquer distinção legal quanto ao uso que se pretenda dar às obras até então protegidas.

A ampla difusão de obras em domínio público pode ter como consequência, entre outras hipóteses:

- a) maior acesso à cultura e à informação, promovendo desenvolvimento educacional e cultural do país;
- b) maior efetividade ao princípio constitucional da liberdade de expressão;
- c) crescimento econômico por conta da maior circulação de obras culturais;
- d) maior segurança jurídica quanto ao uso de obras de terceiros que tenham ingressado em domínio público.

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

Fundamentos para o domínio público

Razões sociais

² LDA, art. 41.

O ser humano sempre criou. Desde as “Vênus Esteatopíguas”, que datam de 40.000 a.C., até o último *tweet*, o ser humano sempre sentiu uma irrefreável vontade de se expressar. É evidente, entretanto, que a criação do ser humano não é fruto de geração espontânea: toda a cultura, de todos os lugares e épocas, é reflexo das circunstâncias. Assim é que “pode-se dizer que a cultura é algo sempre inacabado, assim como é sempre inconcluso um *software* aberto. Em outras palavras: a cultura consiste em um estar-se-fazendo eterno. *Mutatis mutandis*, é possível parafrasear a máxima de Lavoisier: na cultura, nada se perde, tudo se transforma. (...) Portanto, todo criador intelectual age ‘refazendo tudo’, como escreveu Gilberto Gil, em 1975, em sua obra lítero-musical *Refazenda*. Toda criação é, de certo modo, uma derivação” (MORAES, 2007, p. 305).

Durante muitos séculos, a criação a partir de obras alheias não causou maiores especulações sociais ou jurídicas. Era um fato. Até a invenção da prensa mecânica por Guttenberg, no século XV, todas as obras literárias eram copiadas e anotadas manualmente – e a cópia e os comentários a elas apostos eram vistos como uma forma de difundir o conhecimento. Além disso, Shakespeare escreveu “Medida por Medida” sem se preocupar com violação dos direitos à peça Elizabetana “Promos e Cassandra”, escrita cerca de vinte e cinco anos antes de sua própria obra e na qual se inspira. Nem tampouco Milton se indagou se estaria violando direitos autorais do Velho Testamento ao escrever sua obra-prima “Paraíso Perdido”³.

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

A questão do acesso e da criação a partir de trabalhos intelectuais de terceiros e dos elementos culturais disponíveis tem se prestado cada vez mais a calorosos debates⁴. De um lado, há autores que defendem maior acesso às obras intelectuais de modo a se permitir liberdades mais expressivas de criação. De outro, autores propõem maior proteção aos direitos autorais, limitando-se dessa forma o acesso e reaproveitamento das obras por parte da sociedade. Algo, entretanto, é certo: quanto mais extenso o domínio público, maior o manancial para a (re)criação livre.

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

É fácil, portanto, perceber o impacto social do domínio público. Ao se devolver à sociedade aquilo que a própria sociedade propiciou (por conta das múltiplas influências culturais que sofre, individualmente, cada um dos artistas criadores de obras intelectuais), permite-se, de fato, que as

³ Exemplos apresentados por LANDES, POSNER, 2003; p. 66-67.

⁴ Entre outros exemplos de autores que vêm se dedicando à análise da questão, podemos citar: BOYLE, 2008; LESSIG, 2004, 2008; TAPSCOTT, WILLIAMS, 2007. E em sentido oposto ao defendido pelos demais autores: KEEN, 2009.

pessoas possam desfrutar, independentemente das limitações legais ou de licença, da obra anteriormente protegida. Da mesma forma, permite-se que a obra original sirva de matéria-prima direta para novos trabalhos.

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

Passamos a seguir a abordar o segundo aspecto: a utilização de obra alheia que tenha ingressado em domínio público e as suas consequências econômicas⁵.

Razões econômicas

Podemos afirmar, sem muita chance de erro, que todas as obras compostas por autores falecidos até 1910⁶, em todo o mundo, encontram-se no momento em domínio público. Portanto, desde as primeiras pinturas rupestres ou a saga de Gilgamesh até as obras de Mark Twain, toda a cultura compreendida desde a aurora da criação até o início do século XX está em domínio público.

Se a proteção perpétua das obras intelectuais acarretaria diversas dificuldades sociais, não seriam menores os inconvenientes econômicos⁷. Estes serão analisados a partir de duas perspectivas distintas e complementares: primeiro do ponto de vista do autor (ou do titular dos direitos autorais) e a seguir do ponto de vista da sociedade (do usuário da obra intelectual).

Afirma a doutrina, de modo geral, que, para o autor, a exclusividade garantida pelos direitos autorais funciona como incentivo para a criação^{8 9}. No entanto, não faz sentido essa proteção ser

⁵ Uma síntese das razões sócio-econômicas para a construção do domínio público são apontadas pela professora Pamela Samuelson, da Universidade da Califórnia (SAMUELSON, 2006; p. 22). Entre outros motivos para a existência do domínio público, com relação aos direitos autorais e às patentes, podemos citar: servir como base para criação de novos trabalhos; permitir a competição; permitir inovação; permitir acesso a informação a custo mais baixo; dar acesso à herança cultural; promover a educação; promover a saúde pública e a segurança; promover valores e processos democráticos.

⁶ Tomamos como prazo máximo de proteção o definido na lei mexicana, que prevê que as obras intelectuais restam protegidas por até 100 anos contados do falecimento do autor, sendo este o maior prazo atualmente vigente de que temos notícia.

⁷ Sempre houve, entretanto, quem advogasse a perpetuidade dos direitos autorais. Em Portugal, tornou-se clássica a disputa entre Alexandre Herculano, que pregava a perpetuidade dos direitos autorais, e Almeida Garrett, defensor do direito de acesso por parte da sociedade. Para compreensão do panorama na Espanha, ver TOLSADA, 2005, p. 36.

⁸ Ver, por todos, Antônio Chaves que, de maneira um tanto apoteótica, declara: “[o]nde houver criatividade, originalidade, aí estará, sempre solícito e solerte, o direito de autor, procurando dignificar e salvaguardar o trabalho do criador e do artista, a fim de que dele possam auferir meios de subsistência para continuar produzindo cada vez mais e melhor”. CHAVES, 1987; p. 20.

⁹ Não significa, entretanto, que toda a criação existirá por causa da expectativa de proteção. O ser humano cria desde muito antes da primeira lei de propriedade intelectual. Ainda hoje, sobretudo quando tratamos de obras colaborativas (como a enciclopédia virtual Wikipedia), torna-se evidente que a criação não se deu tanto por base o desejo de uma proteção nos moldes tradicionais. Afirmam Landes e Posner: “[a]pesar da ironia de Samuel Johnson ao afirmar que só os tolos não escrevem por dinheiro, sempre houve pessoas talentosas que escrevem ou compõem ou pintam mais por causa

excessivamente longa. Primeiramente por uma questão lógica: se o objetivo conferido pela exclusividade é promover a criação, que criação se pode esperar de um autor morto, já que a proteção se estende – e muito – para além da vida do autor¹⁰? A seguir, porque a expectativa de compensação econômica por parte do autor dificilmente se cumpre após os primeiros anos de divulgação da obra. Ambas as considerações estão intrinsecamente conectadas.

Quanto ao primeiro aspecto, Ana Paula Fuliaro comenta que existe certa deturpação dos direitos patrimoniais, que garantirão “ao empreendedor exploração por período consideravelmente longo, fundamentado em proteção que tem como legítima justificativa a preocupação do criador intelectual com a subsistência dos seus familiares no caso de seu falecimento” (FULIARO, 2007, p. 15). A autora prossegue com sua análise ao sopesamento dos interesses quanto à proteção da obra intelectual:

As razões desta proteção já foram especuladas, chegando-se à conclusão de que a norma visa a assegurar a necessária segurança financeira ao autor para que faça do desenvolvimento da arte seu ofício, garantindo-lhe, também, que sua família não estará imediatamente desamparada no caso de seu falecimento. De outro lado, no que se refere à exploração econômica pelos grupos empresariais, empreendedores da área da comunicação social em geral, a duração no tempo justifica-se como resposta de possibilidade de obtenção de lucro em contraposição ao investimento efetuado. Ambas as razões são absolutamente plausíveis e em tudo se conformam com o pilar do direito de autor que prevê a possibilidade de exploração econômica da obra como forma de incentivo à produção cultural. O que se questiona aqui é algo que, na verdade, tem como pano de fundo questão eminentemente social: será razoável prazo de 70 anos de proteção numa realidade econômico-social de celeridade nunca antes vista? (FULIARO: 2007, p. 18.)

Pelo menos quanto à proteção de fonogramas, Stef van Gompel, pesquisador da Universidade de Amsterdã, vai responder que não. Em sua análise à segunda (e mais importante) das ponderações acima apontadas, o autor, ao discutir um possível aumento de prazo na proteção aos fonogramas no âmbito da União Europeia, informa que¹¹:

da satisfação pessoal do que por causa do rendimento econômico. Se a demanda por um determinado tipo de trabalho é pequena, os esforços de autores automotivados podem ser suficientes para satisfazê-la”. Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “Despite Samuel Johnson’s quip that only fools don’t write for money, there have always been talented people who wrote or composed or painted because of the personal satisfaction it gave them rather than because of the pecuniary income that they obtained. If the demand for a class of work is small, the efforts of the self-motivated producers may be sufficient to satisfy it”. (LANDES, POSNER, 2003, p. 65).

¹⁰ Não há que se subestimar a matéria. Casos de obras psicografadas já foram objeto de análise pelo poder judiciário, sendo o mais célebre de todos o que discutiu a titularidade dos direitos autorais de obras atribuídas a Humberto de Campos.

¹¹ Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “From an economic perspective, a term extension would be sensible if the present term of 50 years was not sufficient for phonogram producers to recoup their investment. Yet, it appears that: “for the large majority of sound recordings the producers are likely to either recoup their investment within the first years, if not months, following their release, or never. If a recording has not recouped its investment after 50 years, it is very questionable that it ever will”. Thus, 50 years seem to be more than enough for producers to recoup their

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

Com a superabundância de bens culturais e o incessante e exponencial crescimento de obras intelectuais, sobretudo na internet, é compreensível que o interesse por determinados produtos diminua (ou mesmo cesse) com o passar do tempo – sendo naturalmente substituído por obras mais recentes. Exemplificando nesse sentido, Chris Anderson afirma que “[o] filme *Twister* foi o segundo maior sucesso de bilheteria em 1996, mas hoje [em 2006], no Amazon, sua versão em DVD vende a metade de um documentário de 2005 do History Channel sobre a Revolução Francesa” (ANDERSON: 2006, p. 140.) Assim, cada vez mais um bem protegido por direitos autorais precisará recuperar seu investimento no menor intervalo de tempo possível.

Não parece ser outra a conclusão a que chegam William Landes e Richard Posner. Os autores informam que, entre 1883 e 1964, quando o prazo de proteção de direitos autorais os EUA era de 28 anos, renováveis a pedido do titular dos direitos, menos de 11% dos registros foram renovados ao final do prazo legal, ainda que os custos de renovação fossem pequenos¹². Parece-nos bastante razoável crer que essa não renovação se deveu ao fato de os autores não verem mais propósito em manter o direito de exclusivo conferido pela lei. O destino da obra era, então, o domínio público por falta de renovação do registro.

Em outro estudo a respeito do tema, mas chegando a conclusão idêntica, James Boyle afirma que “[e]stimativas sugerem que apenas vinte e oito anos após sua publicação, 85% das obras não estão mais sendo comercialmente produzidas. (Sabe-se que quando os EUA requeriam renovação de direitos autorais após vinte e oito anos, cerca de 85 por cento de todos os titulares de direitos autorais não se preocupavam em obter a renovação. Esta é uma indicação razoável, ainda que superficial, de viabilidade comercial)” (BOYLE, 2008, p. 9)¹³.

investment”. (GOMPEL, s/d).

¹² LANDES, POSNER, 2003 p. 212. Stephen Fishman (2008, p. 280) afirma que, de acordo com o Copyright Office dos Estados Unidos, cerca de 15% das obras publicadas antes de 1964 tiveram seu registro renovado. O número é, ainda assim, consideravelmente baixo. Segundo Lessig, entre 1790 e 1799, foram publicadas 13.000 obras nos Estados Unidos e apenas 556 registros foram solicitados. Sem o pedido de registro, a obra ingressava, naquela época, imediatamente em domínio público. Foi o que aconteceu, portanto, com 95% das obras naquela década. LESSIG, Lawrence. *The Architecture of Innovation*; p. 185. Disponível em <http://www.law.duke.edu/pd/papers/lessig.pdf>. Acesso em 20 de janeiro de 2011.

¹³ Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “[e]stimates suggest that a mere twenty-eight years after publication 85 percent of the Works are no longer being commercially produced. (We know that when U.S. copyright required renewal after twenty-eight years, about 85 percent of all copyright holders did not bother to renew. This is a reasonable, if rough, guide to commercial viability)”.

Além disso, de novo segundo Landes e Posner, dos 10.027 livros publicados nos EUA em 1930, apenas 174 continuavam sendo publicados em 2001 (LANDES, POSNER, 2001; p. 3). São duas as conclusões claras a partir desta informação. Em primeiro lugar, que nem toda obra conserva relevância comercial décadas depois de editada. Isso, no entanto, não significa que não haja interesse por ela. O interesse pode ser pequeno (a partir da teoria da cauda longa, apontada por Chris Anderson), pode não justificar um investimento editorial, mas provavelmente subsiste. E tal fato nos conduz à segunda conclusão: não fosse o domínio público, a oferta de acesso à obra seria ainda menor, além de muito mais difíceis as utilizações derivadas.

Em síntese, por todo o exposto, do ponto de vista do autor, não parece haver – em regra – interesse em fazer incidir sobre a obra intelectual direitos autorais perpétuos. Se o fundamento primeiro da exclusividade é remunerar o autor, o fundamento se perde tão logo este venha a falecer. Se a manutenção do direito se dá para além da morte do autor com o intuito de não desamparar os familiares, nem sempre esse objetivo será alcançado, já que a maior parte das obras perde seu valor econômico com a passagem do tempo¹⁴. Uma das razões da perda do valor econômico ocorre certamente por conta do surgimento de obras novas – com as quais as obras mais antigas precisam competir. Como consequência, muitas vezes os próprios autores deixam de ter interesse na republicação de suas obras (como ocorreu nos EUA entre os séculos XIX e XX).

Há ainda um outro problema. Em 2010, a Argentina aprovou uma lei que prorroga o prazo de proteção às obras fonográficas de 50 para 70 anos¹⁵. Uma das justificativas era o iminente ingresso em domínio público de um LP da cantora Mercedes Sosa, gravado em 1961 e que, portanto, entraria em domínio público no início de 2012.

Ocorre que, segundo noticiado pela imprensa, o LP se encontrava fora de catálogo havia 48 anos, de modo que a prorrogação, sem que se impusesse qualquer obrigação aos titulares dos direitos, nada mais seria do que uma extensão no prazo contratual em benefício de apenas uma das partes¹⁶. Ou seja, nem sempre o aumento do prazo de proteção significa, de fato, resguardar os interesses econômicos de quem quer que seja. Muitas vezes perde o artista (ou perdem seus herdeiros) e perde o público.

Para a sociedade, as dificuldades de um direito autoral perpétuo seriam intransponíveis. Em um sistema de proteção como o atualmente vigente, em que a regra é que qualquer uso de obra

¹⁴ O argumento se torna ainda menos eficaz quando se sabe que, no final da década passada, “estimava-se que dois terços de toda exploração econômica de obras intelectuais fossem detidos por apenas seis grupos de empresas”. LEWICKI (2007, p. 55) citando trabalho de Wilhelm Nerdemann: A Revolution of Copyright in Germany. *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* v. 49. n. 4. 2002, p. 1041.

¹⁵ Quanto ao fenômeno corrente e generalizado do aumento de prazos, Yochai Benkler comenta a pouco plausível cena de um produtor de filmes que explicando seu projeto a determinados investidores e dizendo: “não vamos ganhar muito dinheiro com os primeiros 75 anos de proteção que a lei nos confere, mas o Congresso tem tradicionalmente aumentado os prazos de proteção, e se o Congresso estender o prazo para 95 anos, então vamos fazer uma fortuna!”. Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “we won’t make money within seventy-five years that copyright law currently gives us, but Congress has traditionally extended rights over time, and if Congress extends copyright to ninety-five years, we’ll make a killing on this one!” BENKLER, Yochai. *Through the Looking Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain*. Cit..

¹⁶ Disponível em <http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/espectaculos/3-17022-2010-02-21.html>. Acesso em 15 de novembro de 2010.

protegida seja prévia e expressamente autorizado pelo respectivo titular do direito, a produção cultural não seria tão abundante e os titulares dos direitos não seriam, a despeito do prazo perpétuo, mais remunerados.

Sendo assim, Landes e Posner (2003; p. 213 e ss.) apontam diversos argumentos que justificam a limitação do prazo de proteção dos direitos autorais. Dentre eles, podemos mencionar a dificuldade de encontrar o titular dos direitos autorais e o custo de seu licenciamento.

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

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

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

Quanto ao argumento de que seria muito difícil encontrar os titulares de direitos referentes a obras produzidas há muitos anos (ou séculos), Landes e Posner (2003, p. 215) afirmam que “não é o direito a uma propriedade perpétua, mas a ausência de registro, que cria custos proibitivos de se encontrar o titular dos direitos”¹⁷.

Já quanto ao argumento referente ao aumento dos custos de transação, os autores afirmam ser uma justificativa melhor para se limitar a proteção no tempo (LANDES, POSNER, 2003, p. 216). Exemplificam da seguinte maneira¹⁸:

Os custos de transação em um sistema deste tipo [de direitos autorais perpetuamente renováveis] seria maior para compilações, como antologias de obras famosas anteriormente publicadas. Sob a lei existente, o editor de uma coleção dos maiores poemas do mundo precisa licenciar os direitos autorais para apenas um

¹⁷. Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “[i]t is not perpetual property rights but absence of registration that creates prohibitive tracing costs”.

¹⁸ Tradução livre do autor. No original, lê-se que: “[t]ransaction costs under such a system would be greatest for explicitly composite works, such as anthologies of well-known earlier works. Under existing law the publisher of a collection of the world’s greatest poems need obtain copyright licenses for only a subset of the poems – none first published before 1923. Under a regime of indefinitely renewable copyright instituted in 1500 A.D., most of the poems in an anthology of popular poetry might still be under copyright and therefore many more licenses would have to be obtained for a new anthology”.

subconjunto dos poemas - nenhum publicado pela primeira vez antes de 1923 [nos Estados Unidos]. Sob um regime de direito autoral renováveis indefinidamente, instituído em 1500, a maioria dos poemas em uma antologia de poesia popular ainda poderiam estar protegidos por direitos autorais e, portanto, muito mais licenças teriam que ser obtidas para uma nova antologia. (LANDES, POSNER: 2003, p.217)

Por isso é que, sem dúvida, uma proteção excessivamente longa aos direitos autorais necessariamente inibiria a produção cultural¹⁹. Por outro lado, a existência do domínio público estimula a criação e facilita o acesso a obras intelectuais²⁰. Para tanto, vamos tratar de alguns exemplos.

No ano de 2010, o diretor de cinema norte-americano Tim Burton adaptou para a tela grande o clássico “*Alice no País das Maravilhas*”, de Lewis Carroll. Tendo o escritor inglês falecido em 1898, toda sua obra encontra-se em domínio público. Burton teria gasto aproximadamente US\$ 200,000,000.00 na produção do longa²¹, obtendo nas bilheterias mais de US\$ 600,000,000.00 em seu primeiro mês de exibição.

É natural que em produções de grande porte, como é este caso, pouca (ou nenhuma) diferença faria a matéria-prima estar ou não em domínio público. Em Hollywood aparentemente há dinheiro suficiente para se adaptar qualquer obra para o cinema, por mais cara que seja a aquisição do direito de adaptação, desde que o projeto se mostre rentável. O mais interessante é poder constatar que uma obra escrita há tanto tempo (a edição original de “*Alice no País das Maravilhas*” é de 1865) ainda tem força para atrair multidões quando adaptada para o cinema^{22 23}. Não é porque obras em domínio público são muitas vezes antigas, datadas ou pertencentes a outra escola cultural (em razão do grande lapso de tempo entre sua criação e o momento em que ingressa em domínio público) que se pode dizer não terem mais apelo popular. Alguns sucessos de bilheteria são exemplos suficientes.

¹⁹ Landes e Posner (2003, p. 69-70) afirmam que embora inicialmente o aumento do prazo de proteção diminua a extensão do domínio público, ao longo prazo o domínio público aumentaria. A tese é a seguinte: com a proteção dilatada, os autores precisariam ser mais criativos em suas próprias obras, já que precisariam esperar mais tempo até que obras alheias ingressassem em domínio público. No entanto, ponderam Landes e Posner, essa análise tem pouco significado quando o prazo de proteção é longo demais – e eles consideram o prazo atual excessivamente longo.

²⁰ Joaquín Rams Albesa (2005, p. 1 83) lembra que a estreia de uma obra cinematográfica baseada em uma obra literária em domínio público não apenas faz lembrar a existência desta como ainda estimula as editoras a colocar tais obras a venda.

²¹ Disponível em <http://latimesblogs.latimes.com/entertainmentnewsbuzz/2010/03/alice-in-wonderland-opens-to-record-setting-210-million.html>. Acesso em 02 de abril de 2010.

²² É certo que o uso da tecnologia 3D contribuiu bastante para despertar o interesse do público, bem como a direção de Tim Burton e a presença de astros, como Johnny Depp. Ainda assim, de acordo com o website IMDB, o filme de Tim Burton já é a 20ª maior bilheteria de todos os tempos. Disponível em <http://imdb.to/9v5bBb>. Acesso em 04 de dezembro de 2010.

²³ Outros exemplos poderiam ser dados entre os campeões de bilheteria no cinema norte-americano. “*A Christmas Carol*”, filme de 2009, dirigido por Robert Zemeckis e baseado na novela escrita em 1843 por Charles Dickens, arrecadou mais de US\$ 130,000,000.00, resultado também alcançado por “*Troia*”, filme baseado na antiquíssima narrativa épica de Homero, “*A Ilíada*”, escrita possivelmente antes do ano 1.000 anterior ao nascimento de Cristo. Disponível em <http://www.imdb.com/boxoffice/alltimegross>. Acesso em 02 de abril de 2010.

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

Afinal, não são apenas as adaptações financeiramente bem sucedidas que nos servem de exemplo. Na verdade, as obras em domínio público permitem um grande exercício da criatividade. A peça shakespeariana “Romeu e Julieta” foi adaptada para o cinema pelo menos 50 vezes²⁴. E mesmo tendo vivido cerca de três séculos antes da invenção do cinema, Shakespeare é creditado como “coautor” de cerca de 800 filmes baseados em suas peças. No momento, 11 filmes realizados a partir de obras do poeta inglês encontram-se em estágio mais ou menos avançado de produção e seis novas adaptações devem ser realizadas nos próximos anos²⁵.

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

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

A mais notória até o momento é “*Orgulho e Preconceito e Zumbis*”. O escritor e roteirista Seth Grahame-Smith tomou como base o famoso romance de Jane Austen e inseriu os zumbis por sua própria conta²⁶. Segundo seus cálculos, 85% de seu romance foi escrito por Jane Austen, tendo ele contribuído com os outros 15%²⁷. Mas foram exatamente esses 15% que fizeram do livro um sucesso editorial. Tanto que a mesma editora publicou “*Razão e Sensibilidade e Monstros Marinhos*” ainda em 2009 e, em 2010, “*Androide Karenina*”²⁸.

Porém, não apenas a possibilidade de obter sucesso com obras derivadas nem estimular a criatividade justificam economicamente a existência do domínio público²⁹. Ambas as situações

²⁴ Disponível em <http://www.imdb.com/find?s=all&q=romeo+and+juliet>. Acesso em 02 de abril de 2010.

²⁵ Disponível em <http://www.imdb.com/name/nm0000636/>. Acesso em 02 de abril de 2010. O já citado Charles Dickens aparece com cerca de 300 adaptações; Machado de Assis, cujas obras ingressaram em domínio público no final dos anos 1960, conta com 20 adaptações desde então.

²⁶ FREITAS, Guilherme. Jane Austen Reencarnada. Caderno Prosa e Verso, O Globo, 20 de março de 2010; p. 6.

²⁷ Curiosamente, e em razão da preservação dos direitos morais de autor a que Jane Austen faz jus, o livro circula com a autoria de “Jane Austen e Seth Grahame-Smith”.

²⁸ A prática chegou também ao Brasil, onde foram publicados livros como “Dom Casmurro e os Discos Voadores”, de Machado de Assis e Lúcio Manfredi; “A Escrava Isaura e o Vampiro”, de Bernardo Guimarães e Jovane Nunes e “Senhora, a Bruxa”, de José de Alencar e Angélica Lopes.

²⁹ Sobre a relação entre domínio público e o ofício dos escritores, ver THOMPSON, 2007.

dizem respeito diretamente a quem cria. Mas provavelmente o aspecto mais relevante diz respeito ao acesso por parte da sociedade.

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

Veja-se o exemplo de Sigmund Freud. O psicanalista, certamente uma das pessoas que mais influenciaram o pensamento mundial no século XX, faleceu em 23 de setembro de 1939, deixando vastíssima obra de importância singular no estudo da psicanálise. Por isso, sua obra ingressou em domínio público em boa parte do mundo em 01 de janeiro de 2010. No Brasil, até então a editora Imago era a única a ter direito de publicação de seus escritos. Com a entrada das obras de Freud em domínio público, começaram a surgir novas traduções, pelas editoras Companhia das Letras e L&PM³⁰. Agora, o público conta com pelo menos três coleções dos estudos psicanalíticos do médico alemão.

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

Enquanto “O Alquimista”, o *best seller* mundial de Paulo Coelho, conta com apenas duas edições em Português (a versão original pela editora Planeta do Brasil e outra em quadrinhos pela Record³¹), “Dom Casmurro” – que se encontra em domínio público desde o final dos anos 1960 –, por exemplo, tem cerca de 17 edições disponíveis simultaneamente em *websites* especializados em venda de livros³², havendo inclusive um exemplar em *audiobook* e, ainda, uma versão infanto-juvenil.

Razões jurídicas

As razões jurídicas que justificam a existência do domínio público podem ser analisadas sob vários prismas. Vamos nos ater ao ordenamento jurídico brasileiro hoje vigente. Por isso, iniciamos com nosso norte hermenêutico, a dignidade da pessoa humana e sua relação com o domínio público. A

³⁰ Sobre o assunto, ver matéria disponível em http://www.lpm-editores.com.br/site/default.asp?TroncoID=805133&SecaoID=816261&SubsecaoID=935305&Template=../artigosnoticias/user_exibir.asp&ID=929035. Acesso em 02 de abril de 2010.

³¹ Disponível em <http://www.travessa.com.br/Busca.aspx?d=1&cta=1&qtq=o%20alquimista>. Acesso em 02 de abril de 2010. Ainda assim, é importante mencionar que Paulo Coelho vem consistentemente defendendo a cópia privada de seus livros na internet (ver, entre outros, <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u709561.shtml>, acesso em 02 de abril de 2010), de modo que é fácil encontrar seus textos (quase sempre na íntegra) disponíveis para download.

³² Conforme informação do website <http://www.travessa.com.br/Busca.aspx?d=1&cta=1&qtq=dom%20casmurro>. Consulta em 31 de outubro de 2009. Os preços variavam de R\$ 10,50 até R\$ 43,95, a depender da qualidade da edição.

partir daí, esclarecemos por que a LDA não é suficiente para garantir a efetividade de diversos direitos constitucionalmente garantidos, em virtude de sua extrema restritividade. Como consequência, o domínio público passa a exercer papel indispensável na construção da cultura nacional.

(a) Dignidade da pessoa humana

O uso da expressão “dignidade da pessoa humana” no mundo do direito é fato histórico recente³³. No Brasil, não foi senão na Constituição Federal (doravante “CF/88”) que se inseriu, em seu art. 1º, III, que a dignidade da pessoa humana é um dos “fundamentos da República”. Agindo assim, nosso constituinte consagrou tal princípio e, dada a sua eminência, “proclamou-o entre os princípios fundamentais, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática” (MORAES, 2003, p. 83).

É de se notar que o art. 1º, III, da CF/88, exerce função de verdadeira cláusula geral³⁴ no Direito brasileiro, devendo ser esta entendida como formulação de caráter significativamente genérico e abstrato e cujos valores “devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz” (NERY JUNIOR, s/d, p. 6).

Para Antônio Junqueira de Azevedo (2004, p. 3), a expressão é um conceito jurídico indeterminado quando tomada em si mesma e, se utilizada em norma, especialmente constitucional, é princípio jurídico³⁵. Dessa forma, seria sob esta última caracterização que estaria na CF/88, já que ali aparece entre os princípios fundamentais (AZEVEDO, 2004; p.4).

O grande desafio jurídico, no que concerne à análise do princípio da proteção à dignidade da pessoa humana, é lhe definir um conteúdo palpável³⁶. Assim como se passa com todos os demais conceitos

³³ A inserção da cláusula de proteção à dignidade da pessoa humana não foi inovação brasileira. “A Constituição italiana de 1947, entre os princípios fundamentais, também já havia proclamado que ‘todos os cidadãos têm a mesma dignidade e são iguais perante a lei’. Não obstante, costuma-se apontar a Lei Fundamental de Bonn, de maio de 1949, como o primeiro documento legislativo a consagrar o princípio em termos mais incisivos: ‘Art. 1,1 – A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais’”. MORAES, 2003; p. 83.

³⁴ A respeito das cláusulas gerais, anota Gustavo Tepedino (2006, p. 7): “[c]uida-se de normas que não prescrevem uma certa conduta mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação das demais disposições normativas”.

³⁵ A respeito da importância na aplicação dos princípios, comenta Pietro Perlingieri (2002, p. 11): “[a]s normas constitucionais – que ditam princípios de relevância geral – são de direito substancial, e não meramente interpretativas; o recurso a elas, mesmo em sede de interpretação, justifica-se, do mesmo modo que qualquer outra norma, como expressão de um valor do qual a própria interpretação não pode subtrair-se. É importante constatar que também os princípios são normas”.

³⁶ Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 6) indaga, para logo a seguir ponderar: “[m]as em que consiste a dignidade humana, expressão reconhecidamente vaga, fluida, indeterminada? Esta é uma questão que, ao longo da história, tem atormentado filósofos, teólogos, sociólogos de todos os matizes, das mais diversas perspectivas, ideológicas e

jurídicos indeterminados, deverão a doutrina e a jurisprudência fixar-lhe os contornos³⁷. No entanto, em virtude de sua inserção recente em nosso ordenamento jurídico, bem como por conta da dificuldade de se definir o conceito de dignidade, o princípio vem sendo “usado para fundamentar tanto a permissão da introdução quanto a proibição da introdução, da eutanásia, do abortamento, da pena de morte, da manipulação de embriões, do exame obrigatório de DNA, da proibição de visitar os filhos etc” (AZEVEDO, 2004, p. 8.).

Não apenas *in abstracto* a análise do princípio impõe dificuldades. A proteção conferida à dignidade de uma pessoa muitas vezes deverá ser compatibilizada com a dignidade de outra (AZEVEDO, 2004.; p. 14). Portanto, leis, doutrina e jurisprudência precisam encontrar os limites de composição dos interesses envolvidos nas questões relacionadas à dignidade da pessoa humana.

Para Ana Paula de Barcellos, o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana pode ser encontrado por meio da delimitação de seu mínimo existencial, que, segundo a autora, seria composto “de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça”, ressaltando que “esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o status de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário” (BARCELLOS, 2002, p. 258).

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

A preocupação de Ana Paula de Barcellos cinge-se sobretudo quanto ao acesso à qualidade de aluno, de modo que o mínimo existencial relacionado à dignidade da pessoa humana teria como resultado a possibilidade de o indivíduo poder exigir judicialmente uma vaga em alguma escola pública, de qualquer nível federativo, onde possa cursar o ensino fundamental (BARCELLOS, 2002, p. 2361-262). É a própria autora quem antecipa as eventuais críticas que poderia vir a sofrer em razão de limitar a dignidade da pessoa humana ao direito ao ensino fundamental, mas esclarece adequadamente que “a crítica, ainda que pertinente, esvazia-se consideravelmente quando confrontada com a realidade de que boa parte da população brasileira não dispõe de educação alguma – nem pouca, nem muita – o que não apenas a afasta até mesmo [de] (...) postos de trabalho de baixa qualificação, como também a aliena das prerrogativas mais singelas da cidadania” (BARCELLOS, 2002, p. 262-263).

Se por um lado a proposta de Ana Paula de Barcellos garantiria ao cidadão o direito de frequentar aulas do ensino fundamental mesmo onde não houvesse vagas em escolas públicas, quanto ao

metodológicas. A temática tornou-se, a partir de sua inserção nas longas Constituições, merecedora da atenção privilegiada do jurista que tem, também ele, grande dificuldade em dar substância a um conceito que, por sua polissemia e o atual uso indiscriminado, tem um conteúdo ainda mais controverso do que no passado”.

³⁷ Diz Antônio Junqueira de Azevedo (2004, p. 8) que “[m]al o século XX se livrou do vazio do ‘bando dos quatro’ - os quatro conceitos jurídicos indeterminados: função social, ordem pública, boa-fé, interesse público -, preenchendo-os, pela lei, doutrina e jurisprudência, com alguma diretriz material, que surge, agora, no século XXI, problema idêntico com a expressão ‘dignidade da pessoa humana!’”.

conteúdo a ser ministrado em sala de aula, é necessário tecermos outras considerações. Afinal, não se educa exclusivamente a partir da existência de vagas em escolas, públicas ou não. O processo de construção do conhecimento está diretamente ligado à disponibilidade de material didático *stricto* ou *lato sensu*.

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

Para José Afonso da Silva, a interpretação dos artigos 205 e 227 da CF/88 determina que “o Estado tem que aparelhar-se para fornecer, a todos, os serviços educacionais, isto é, oferecer ensino, de acordo com os princípios estatuídos na CF/88 (art. 206); que ele tem que ampliar cada vez mais as possibilidades de que todos venham a exercer esse direito; e, em segundo lugar, que todas as normas da CF/88, sobre educação e ensino, hão de ser interpretadas em função daquela declaração e no sentido de sua plena e efetiva realização” (SILVA, 1992; p. 279-280).

A não indicação expressa dos direitos culturais como direito social (por não constarem do rol do art. 6º da CF/88) não parece diminuir seu campo de atuação. José Afonso da Silva defende que, em conformidade com o art. 215 da CF, “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. Por aí também se vê que se trata de direitos informados pelo princípio da universalidade, isto é, direitos garantidos a todos” SILVA, 1992; p. 280).

E quais seriam tais direitos culturais reconhecidos em nossa Constituição Federal? Para José Afonso da Silva (1992; p. 280), são:

- (i) direito de criação cultural, compreendidas as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
- (ii) direito de acesso às fontes da cultura nacional;
- (iii) direito de difusão da cultura;
- (iv) liberdade de formas de expressão cultural;
- (v) liberdade de manifestações culturais;
- (vi) direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e de proteção dos bens de cultura, que, assim, ficam sujeitos a um regime jurídico especial, como forma de propriedade de interesse público.

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

de ensino pública ou privada – caracterizará uma das hipóteses de funcionalização dos direitos autorais.

Sendo assim, para alcançarmos a plena eficácia da cláusula que protege a dignidade da pessoa humana, é necessário garantirmos não apenas o direito a frequentar aulas do ciclo fundamental de educação, mas também o direito de ter acesso a obras didáticas³⁸ para garantir, como consequência, o direito de se manifestar e de criticar, componentes da liberdade de expressão garantida constitucionalmente.

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

Ainda assim, ou seja, mesmo que possamos justificar o aproveitamento das obras protegidas por direito autoral a partir de seu uso funcionalizado, é claro que o domínio público assume papel relevantíssimo em tal cenário. Afinal, as obras em domínio público podem ser utilizadas de modo muito mais amplo (e certamente sem tantas contestações) do que aquelas cujos direitos patrimoniais ainda se encontram dentro do prazo de proteção.

Em obra dedicada a estabelecer parâmetros concretos para a dignidade da pessoa humana, Maria Celina Bodin de Moraes vai desdobrar o princípio constitucional em quatro postulados: “(i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; (ii) mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; (iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; (iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade.”(MORAES: 2003, p. 85)³⁹.

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

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

³⁸ Neste passo, damos ao conceito de “obra didática” o mais amplo possível. Entendemos que no mundo contemporâneo não dá para ficarmos limitados a livros escolares como exemplo de obras didáticas. Textos de qualquer gênero, bem como obras audiovisuais e obras musicais exercem hoje papel fundamental na educação e daí a importância de seu acesso com fins educativos.

³⁹ A busca pelo conteúdo do princípio é imperativa, dada a amplitude do valor da dignidade, que alcança todos os setores da ordem jurídica. É por isso que Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 16) alerta: “[e]is a principal dificuldade que se enfrenta ao buscar delinear, do ponto de vista hermenêutico, os contornos e os limites do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Uma vez que a noção é ampliada pelas infinitas conotações que enseja, corre-se o risco de generalização absoluta, indicando-se como ratio jurídica de todo e qualquer direito fundamental. Levada ao extremo, essa postura hermenêutica acaba por atribuir ao princípio um grau de abstração tão completo que torna impossível qualquer sua aplicação”.

Como exemplos de situações violadoras da dignidade humana em razão da lesão ao princípio da liberdade, cabe referir a revista íntima a que é submetido o empregado, o exame toxicológico determinado pelo empregador e outros exames em geral, como, por exemplo, a submissão ao chamado “bafômetro”, ou ainda a impossibilidade de não receber transfusão de sangue por motivos religiosos, a incapacidade de controle acerca dos próprios dados pessoais, o rigor excessivo no exercício da autoridade parental, *a restrição à manifestação de pensamento e crítica*, a prisão ilegal e outras circunstâncias que, embora presentes no Direito Civil, têm sido mais tuteladas pelo Direito Penal, tais como o cárcere privado, a violência sexual – dentro ou fora do casamento –, a falsa denúncia. (MORAES: 2003: p. 107)

Carlos Affonso Pereira de Souza entende a conexão entre os temas a partir de duas perspectivas. Na primeira, assim como apontado por Maria Celina Bodin de Moraes, os direitos autorais se relacionariam à ideia de liberdade, em função da liberdade de criação intelectual, tutelada pelo ordenamento jurídico. Em uma segunda concepção, os direitos morais do autor poderiam ser protegidos a partir da tutela da integridade moral da pessoa humana (SOUZA, 2009). Interessa-nos sobretudo, pelo menos neste momento, a primeira abordagem.

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

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

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

Vê-se, assim, que o acesso às obras intelectuais – bem como a consequente liberdade de expressão – acaba por garantir ainda outros direitos fundamentais, como o direito à educação, à cultura e ao lazer, sem se esquecer da livre iniciativa, dentro dos limites autorizados pela lei⁴⁰.

⁴⁰ A livre iniciativa é garantia constitucional, prevista tanto no art. 1º, IV, quanto no art. 170 da CF/88.

Finalmente, cabe lembrar que as justificativas da importância de um direito autoral funcionalizado e de um domínio público amplo não se extinguem aqui. Sendo a liberdade de expressão uma evidente manifestação do direito de personalidade, não pode ser limitada pelas hipóteses de previsão legal. Como já alertou Pietro Perlingieri, “[n]enhuma previsão especial poderia ser exaustiva porque deixaria de fora algumas manifestações e exigências da pessoa que, em razão do progresso da sociedade, exigem uma consideração positiva” (PERLINGIERI: 2008, p. 765). E acrescenta:

O fato de a personalidade ser considerada como valor unitário, tendencialmente sem limitações, não impede que o ordenamento preveja, autonomamente, algumas expressões mais qualificantes como, por exemplo, o direito à saúde (...), ao estudo (...), ao trabalho (...). O juiz, de toda forma, não poderá negar tutela a quem pedir garantia de um aspecto de sua própria existência que não tenha previsão específica, pois aquele interesse já tem uma relevância no ordenamento, e, portanto, uma tutela também em via judicial. (PERLINGIERI: 2008, p. 765)

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

(b) A lei brasileira de direitos autorais: restritividade

Tão logo um músico componha uma de suas obras musicais, esta se encontra protegida nos termos da LDA. Não há qualquer necessidade de registro da obra para o surgimento da proteção. Afinal, segundo o art. 18 da referida lei, a proteção aos direitos autorais independe de registro⁴¹.

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

Em primeiro lugar, como vimos, o registro é dispensável. Caso se opte por registrar a obra, entretanto, o ato se dará apenas para facilitar a prova de autoria. Por isso, não se pode atribuir ao

⁴¹ Não significa, contudo, que o registro não seja recomendável ou mesmo, por outros motivos, obrigatório. A lei 10.192, de 14 de janeiro de 2010, dispõe sobre o depósito legal de obras musicais na Biblioteca Nacional. De acordo com seu art. 3º, ficam os impressores e gravadoras fonográficas e videofonográficas obrigados a remeter à Biblioteca Nacional, no mínimo, 2 (dois) exemplares de cada obra editada ou gravada, bem como sua versão em arquivo digital, no prazo máximo de 30 (trinta) dias após a publicação da obra, cabendo à editora, ao produtor fonográfico e ao produtor videofonográfico a efetivação desta medida. O registro não se presta, entretanto, a conferir a proteção pela lei de direito autoral, que já existe desde a criação da obra. Serve, na própria previsão legal, e entre outras justificativas, para assegurar a preservação da memória musical brasileira.

registro o caráter constitutivo de direito, ao contrário do que se dá, em regra, com o registro das marcas⁴².

Em seguida, podemos afirmar que do ponto de vista do autor, este gozará de todas as prerrogativas de proteção outorgadas pela LDA. Dessa maneira, a simples criação atribuí ao autor os direitos morais e patrimoniais previstos em lei⁴³.

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

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

Outra crítica que se pode fazer é a redundância da redação do mesmo artigo. Em seu *caput*, por duas vezes se aponta que a enumeração é exemplificativa, tanto quando se menciona “por quaisquer modalidades” quanto ao prosseguir com “tais como”. Não achando suficiente, o legislador encerrou o rol com o inciso X que dispõe, *in verbis*, “quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas”, produzindo-se um estranho caso de artigo triplamente exemplificativo em nosso ordenamento jurídico.

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

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

Acerca do tema, Eduardo Vieira Manso afirma:

Confrontam-se, dessa forma, dois interesses igualmente legítimos, igualmente inafastáveis, que o Estado deve atender de maneira igualmente satisfatória para ambos: de um lado, o autor, cujo trabalho pessoal e criativo (dando uma forma especial às idéias) deve ser protegido e recompensado e, de outro, a sociedade que lhe forneceu a matéria-prima dessa obra e que é seu receptáculo natural. Como membro dessa sociedade, o autor não pode opor-lhe seu próprio interesse pessoal,

⁴² A LPI prevê, em seu art. 129, que a propriedade da marca se adquire pelo registro validamente expedido.

⁴³ Conforme disposto, entre outros, nos arts. 24 e 29 da LDA.

em detrimento do interesse superior da cultura; e como mantenedora da ordem, não pode a sociedade subjugar o indivíduo, em seu exclusivo benefício, retirando-lhe aquelas mesmas prerrogativas que o seu governo confere ao autor, para o favorecimento da criação intelectual, e que são instrumento de importância relevante de seu próprio desenvolvimento e de sua subsistência soberana. (MANSO: 1980; p. 90.)

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

Bruno Lewicki define as limitações como “as hipóteses em que o ordenamento reconhece como legítima uma conduta que, inversamente, poderia ser considerada infringente a partir de uma interpretação puramente literal e ‘estática’ dos direitos atribuídos, pela mesma lei, aos autores das obras intelectuais.” (LEWICKI: 2007, p. 1).

É unânime a orientação da doutrina em louvar as limitações aos direitos autorais, pela impossibilidade de haver direitos absolutos. No entanto, a dificuldade maior reside mesmo em se estabelecer “limites à limitação para que não seja permitida a eliminação dos efeitos daquele direito fundamental [o direito autoral], mesmo em nome da pretensa defesa de superiores interesses da coletividade”(MANSO: OpCit.; p. 92). Por outro lado, também não podem ser as limitações tão frágeis e ineficazes que acabem por redundar num sistema de proteção exclusiva do autor.

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

A Convenção de Berna foi o primeiro tratado internacional a reger os direitos autorais. Sua origem remonta a 1886, tendo sido revista 7 vezes desde então⁴⁴, sendo a última em Paris, em 1971 (com modificações em 1979)⁴⁵.

Como regra geral, prevê o texto da Convenção, em seu artigo 9º (1), que aos autores cabe o direito exclusivo de autorizar a reprodução de suas obras, de qualquer modo ou em qualquer forma. No entanto, logo a seguir, o mesmo artigo prevê que às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal

⁴⁴ Segundo Maristela Basso (2000, p. 9) “[a] Convenção de Berna destaca-se pela flexibilidade com Conferências periódicas de revisão e adaptação do texto às novas exigências e realidades (...)”.

⁴⁵ Atualmente, são 161 os países signatários. Disponível em http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?country_id=ALL&search_what=B&bo_id=7. Acesso em 21 de março de 2010. “Em 4 de janeiro de 1913, através da Lei 2.738, o Brasil adere à Convenção de Berna, tendo sido promulgada em 1922 (Decreto n. 15.530). O Brasil aderiu aos textos das seguintes Revisões da Convenção: Berlim, 1908 – Roma, 1928, Bruxelas, 1948, Estocolmo, 1967, Paris, 1971, texto atualmente em vigor, promulgado pelo Decreto n. 75.699, de 06 de maio de 1975”. FRAGOSO, João Henrique da Rocha. Direito Autoral – Da Antiguidade à Internet. São Paulo: Quartier Latin, 2009; p. 91.

reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor. Esta é a regra dos três passos.

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

Para Maristela Basso (2008, p. 258), “[a] regra do teste dos três passos reflete a necessidade de se manter o equilíbrio entre os direitos dos autores e o interesse do grande público, isto é, interesses relacionados à educação, pesquisa e acesso à informação”.

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

Para Alexandre Libório Dias Pereira (2008, p. 298), o *fair use* seria “uma cláusula geral de determinação da licitude ou ilicitude de uma utilização concreta de uma obra protegida por direitos de autor (*copyright*)”.

Em análise ao instituto e tendo por base a seção 107⁴⁶ do título 17 do US Code, José de Oliveira Ascensão aponta os critérios de definição do *fair use*⁴⁷:

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

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

⁴⁶ Diz o texto original, na íntegra: § 107: Limitations on exclusive rights: Fair use. Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106 A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is fair use the factors to be considered shall include: (1) the purpose and character of the use including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes; (2) the nature of the copyrighted work; (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and (4) the effect of the use upon the potential market for the value of the copyrighted work. The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

⁴⁷ Grifos do autor. De acordo com tradução e comentários de ASCENSÃO, 2003; p. 95-96.

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

d) *a incidência da utilização sobre o mercado actual ou potencial da obra*: este é apresentado por alguns como o mais relevante de todos os critérios.

A seguir, é o mesmo autor quem tece as principais distinções entre o sistema norte-americano e o europeu ao dizer que “[o] sistema norte-americano é maleável, enquanto o sistema europeu é preciso. Mas, visto pela negativa, o sistema norte-americano é impreciso, enquanto o sistema europeu é rígido. O sistema norte-americano não dá segurança prévia sobre o que pode ou não ser considerado *fair use*. O sistema europeu, pelo contrário, mostra falta de capacidade de adaptação” (ASCENSÃO, 2003, p. 98).

Afinal, acaba por optar pela superioridade do sistema norte-americano por considerá-lo menos contraditório do que o europeu, além de manter a “a capacidade de adaptação a novas circunstâncias, em tempo de tão rápida evolução”. Já os sistemas europeus poderiam ser tidos como se organismos mortos, tendo os Estados perdido “a capacidade de criar novos limites, e com isso de se adaptar aos desafios emergentes” (ASCENSÃO, 2003, p. 98).

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

Seria ótimo acordar com uma lei que fosse fruto do entendimento dos setores interessados e dos responsáveis pelas políticas públicas; que se valesse da renovada técnica legislativa, caracterizada pela busca de objetivos ligados aos princípios constitucionais e com um uso racional de cláusulas-gerais que pudessem oxigenar o ramo; e que estivesse atenta às mudanças tecnológicas, culturais e artísticas e também às especificidades dos gêneros de que se ocupa. (LEWICKI: 2007, pp.158-159)

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

Não pretendemos acirrar o debate⁴⁸. O que se pretende, neste ponto, é indicar por que a previsão legislativa das limitações aos direitos autorais é insuficiente sem o instituto do domínio público. Afinal, quanto mais restritiva for a lei, mais dependente a sociedade será do domínio público para gozar do direito de acesso às obras intelectuais em todas as suas possibilidades sociais e econômicas, conforme relatado nos tópicos antecedentes.

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

Discute-se muito se o rol apontado no art. 46 da LDA seria taxativo. Em sua grande maioria, a doutrina entende que sim⁴⁹. Contra essa interpretação, insurge-se Bruno Lewicki, com argumentos a nosso ver irrefutáveis⁵⁰.

O capítulo das limitações aos direitos autorais previstas na LDA se estende por apenas 3 artigos⁵¹. No primeiro, o art. 46 da LDA, são apresentadas de maneira pontual e pouco sistematizada as hipóteses em que o uso de obra de terceiro não configura violação aos direitos autorais. O art. 47 trata de paráfrases e paródias e o art. 48, que fecha o capítulo, dispõe a respeito das obras situadas permanentemente em logradouros públicos.

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

⁴⁸ Em primeiro lugar, porque, conforme visto, o tema já foi devidamente debatido na doutrina. Em segundo lugar, porque a matéria é complexa e tem fôlego para ser, ela própria, objeto de teses inteiras (inclusive com exemplos já citados neste trabalho). Dessa forma, pretendemos aqui apenas apontar os objetivos principais da LDA com a instituição das limitações, na medida necessária para a discussão da importância do domínio público no Brasil.

⁴⁹ A título de exemplo, podemos citar os seguintes excertos: “[c]omo disposições excepcionais, as limitações devem ser interpretadas restritivamente. Só permitem atos expressamente previstos”. (HAMMES, 2002; p. 92). “O rol das obras [sic] que independem de prévia autorização do autor para seu uso público é taxativo, porque a limitação é uma exceção à regra geral, e no dia em que o legislador deixar de considerá-la como tal, passará automaticamente a demandar autorização prévia para seu uso”. (ABRÃO, 2002; p. 146). “Por outro lado, enumera taxativamente as hipóteses de uso livre (...)”. (BITTAR, 2004; p. 70).

⁵⁰ Em síntese: “[t]ambém cai por terra, registre-se, o dogma da ‘taxatividade’ das limitações, ou seja, o seu suposto caráter *numerus clausus*. Não só as limitações que compõem o rol da lei autoral podem ser interpretadas extensivamente ou aplicadas por analogia como é, ainda, possível pensar em limitações não expressamente previstas. Vislumbre-se a seguinte hipótese: certo estudioso está escrevendo livro sobre determinada fase da obra de famoso pintor. Sua tese gira em torno da suposta influência que específico quadro pintado por aquele artista teria exercido sobre diversas escolas posteriores, principalmente pelo uso da cor – idéia esta que nunca fora suscitada pelos historiadores da arte. É de se supor que se ele tivesse acesso a uma fotografia que reproduzisse o quadro, dificilmente se poderia negar a ele o exercício do direito de citá-lo, isto é, ilustrar seu livro com aquela fotografia. Mas se tal fotografia não existe, e o quadro está com os herdeiros do autor, por exemplo? Depende o escritor da decisão discricionária da família para ter acesso à obra?”. (LEWICKI, 2007.; p. 174).

⁵¹ Bruno LEWICKI (2007, p. 110) critica fortemente a divisão tripartida da matéria na LDA, ao afirmar que “[m]anter a divisão do tema em três artigos, por exemplo, não traduz nenhum fundamento racional; mais lógico seria se vários fossem os artigos, cada um descrevendo determinada situação (como no Projeto Barbosa-Chaves), principalmente se eles fossem encimados pelos princípios ou postulados que, comuns a todas as limitações, regessem a matéria – e neste ponto é inevitável pensar nos dois últimos ‘passos’ do teste de Berna, além da função social do direito de autor, por exemplo. No limite, que as limitações fossem comprimidas em um extenso dispositivo; a divisão tripartida, contudo, não atende a nenhum critério racional, perfazendo técnica legislativa ruim”.

A LDA não informa que princípios gerais norteiam nosso sistema de limitações. As hipóteses são apresentadas de maneira assistemática, resultando em conjunto evidentemente incompleto, de difícil aplicação prática e que naturalmente não resiste à afirmação de que deve ser interpretado restritivamente.

A partir da análise do art. 46 da LDA, percebe-se que não existe um fio condutor único das limitações no direito brasileiro, apesar de serem em número escasso. O uso integral da obra pode se dar em determinados casos (I, V e VI, por exemplo), enquanto em outros é vedado (II e III, notadamente). Se por um lado o fim não comercial pode ser requisito para o uso de obra de terceiro (II, VI), há hipóteses em que o intuito de lucro pode ser perseguido (III, VIII). Melhor seria o legislador ter se valido de cláusulas gerais no *caput*, tentando identificar nos incisos hipóteses mais flexíveis de limitações aos direitos autorais.

A regra dos três passos de Berna serviu de inspiração direta para a redação do inciso VIII, como visto acima. Nele se encontram explicitamente dois requisitos da Convenção: que a reprodução de pequeno trecho de obra preexistente em obra nova (*i*) não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem (*ii*) cause prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores. Infelizmente, a regra não vem sendo adequadamente respeitada pelo mercado, que em certos casos lhe dá interpretação visivelmente *contra legem*⁵².

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

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

Em síntese, durante o prazo de proteção, vigoram as limitações aos direitos autorais. Transcorrido o prazo, a obra ingressa no domínio público. Deixam de valer, assim, as limitações, vez que deixou de vigorar sobre a obra a proteção econômica conferida pela lei. O domínio público é o destino inexorável das obras protegidas pelos direitos autorais. Daí, podemos afirmar que o domínio público é a regra, sendo a proteção às obras a sua exceção⁵³.

⁵² Já tivemos a oportunidade de nos manifestarmos acerca do assunto: BRANCO (2010 p. 81 e ss).

⁵³ Nesse sentido, ver o “Manifesto do Domínio Público”, elaborado no contexto das atividades do COMMUNIA, rede temática da União Europeia sobre Domínio Público. Afirma o texto que “O domínio público é a regra; a proteção dos direitos autorais é a exceção. Na medida em que a proteção de direitos autorais é concedida apenas a formas originais de expressão, a grande maioria dos dados, informações e idéias produzidas no mundo, em certo momento, pertence ao domínio público. Além das informações que não são passíveis de proteção, o domínio público é ampliado a cada ano por obras cujo prazo de proteção expira. A aplicação combinada dos requisitos de proteção e de uma duração limitada para a proteção de direitos autorais contribui para o enriquecimento do domínio público, garantindo maior acesso à nossa cultura e conhecimento compartilhados” (grifos no original). Disponível em <http://diretorio.fgv.br/node/793>. Acesso em 02 de abril de 2010.

Por fim, é importante mencionarmos que nem todas as limitações aos direitos autorais se encontram no art. 46 da LDA. Há diversas outras situações em que o autor sofre restrições à regra geral de que depende de prévia e expressa autorização sua o uso da obra criada⁵⁴.

Dessa forma, podemos afirmar que, em um sistema de limitações tão estreito como é o brasileiro, o domínio público avulta sua importância, já que dele dependerá muito mais o pleno exercício dos direitos de acesso, de educação, de liberdade de expressão, entre outros.

(c) O domínio público na lei autoral brasileira

A LDA não define o que vem a ser domínio público nem determina sua natureza. A concepção legal do domínio público no Brasil se concretiza, sobretudo, por meio da indicação dos prazos de proteção às obras intelectuais.

O art. 41 da LDA determina o prazo padrão para se proteger uma obra por direitos autorais. Prevê o artigo que “os direitos patrimoniais do autor perduram por 70 (setenta) anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil”. É assim que se afirma que, em regra e de maneira simplificada, o direito autoral dura a vida do autor mais setenta anos. Caso se trate de uma obra indivisível realizada em coautoria, é necessário esperar pelo falecimento do último dos autores para se dar início à contagem do prazo.

Tratando-se de obra anônima ou pseudônima, a contagem do prazo (setenta anos) se dá a partir de sua publicação. O mesmo pode ser dito a respeito das obras fotográficas e audiovisuais.

Tomando por base o decurso do prazo, a LDA determina qual a abrangência do domínio público no Brasil ao prescrever, em seu art. 45, que além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público *(i)* as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores e *(ii)* as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

Uma vez ingressada a obra em domínio público, quatro são os efeitos legais previstos pela LDA:

(i) a criação de obra derivada a partir de obra original (em domínio público) gera direitos autorais para o autor da obra derivada. Assim, quem reescreve uma peça de Shakespeare em linguagem infanto-juvenil ou a transforma em obra audiovisual passa a ser detentor dos direitos autorais sobre o novo trabalho. Não poderá se opor a uma outra adaptação da mesma peça em linguagem infanto-juvenil ou obra audiovisual, a menos que se trate, obviamente, de cópia da sua⁵⁵;

⁵⁴ Dois exemplos que podem ser citados: a Portaria 013 do Ministério da Educação, de 15 de fevereiro de 2006, que prevê a obrigação de se disponibilizar, em meio eletrônico, versão de dissertações e teses defendidas nos programas de pós-graduação do Brasil, a partir de março de 2006 e o art. 27 da Medida Provisória 2.228-1, de 06 de setembro de 2001, que criou a Agência Nacional de Cinema (ANCINE).

(ii) as obras em domínio público podem ser livremente reproduzidas⁵⁶;

(iii) ao Estado competirá defender a integridade e a autoria da obra que tenha entrado em domínio público⁵⁷;

(iv) as obras que se encontravam em domínio público nos termos da lei autoral anterior (lei 5.988/73), em razão de ter expirado o prazo de proteção (que era de sessenta anos contados da morte do autor), não tiveram sua proteção prorrogada nos termos da LDA. Ou seja, uma vez em domínio público, a proteção não poderia retroagir⁵⁸.

Conclusão

O direito é uma construção social. Dessa forma, podemos encerrar afirmando que o motivo definitivo por que as obras entram em domínio público é porque a lei assim prevê. Seria teoricamente possível estabelecer uma proteção perpétua às obras intelectuais. No entanto, já discorreremos sobre os inconvenientes sociais e econômicos dessa hipotética proteção⁵⁹.

Além disso, a construção do domínio público é a mais perfeita forma de se devolver à sociedade aquilo que ela proporcionou: a inspiração livre para obras subsequentes. Mas não é só. Por meio do domínio público, existe grande circulação cultural e econômica. O reaproveitamento das obras hoje em domínio público (em sua versão original ou a partir de obras derivadas) ajuda a fazer circular grandes cifras na indústria criativa.

Finalmente, é possível afirmar que, juridicamente, o domínio público permite a efetivação plena de diversos preceitos constitucionais, como o direito de acesso à informação, à educação, à liberdade de expressão; à dignidade da pessoa humana, enfim.

⁵⁵ É o que prevê o art. 14 da LDA: é titular de direitos de autor quem adapta, traduz, arranja ou orquestra obra caída no domínio público, não podendo opor-se a outra adaptação, arranjo, orquestração ou tradução, salvo se for cópia da sua.

⁵⁶ É a leitura, contrario sensu, do art. 33 da LDA: ninguém pode reproduzir obra que não pertença ao domínio público, a pretexto de anotá-la, comentá-la ou melhorá-la, sem permissão do autor. Parágrafo único. Os comentários ou anotações poderão ser publicados separadamente.

⁵⁷ Previsão do art. 24 (que versa sobre os direitos morais do autor), § 2º: compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público.

⁵⁸ Determinação expressa do art. 112 da LDA: se uma obra, em consequência de ter expirado o prazo de proteção que lhe era anteriormente reconhecido pelo [§ 2º do art. 42 da Lei nº. 5.988, de 14 de dezembro de 1973](#), caiu no domínio público, não terá o prazo de proteção dos direitos patrimoniais ampliado por força do art. 41 desta Lei.

⁵⁹ Carlos Rogel Vide apresenta contra-argumentos em defesa de uma possível perpetuidade da propriedade intelectual. VIDE, Carlos Rogel. Modo de Apêndice: Argumentos a Favor de la Perpetuidad de la Propriedad Intelectual . La Duración de la Propriedad Intelectual y las Obras en Dominio Público. Coord.: Carlos Rogel Vide. Madri: Réus, 2005; p. 325 e ss. Outro argumento, historicamente considerado, é que apenas o monopólio legal poderia garantir a boa qualidade das edições das obras. CHOISY, Stéphanie. Le Domaine Public en Droit d'Auteur. Paris: Litec, 2002; p. 8. Ainda assim, a experiência portuguesa em meados do século XX, ao prever a proteção perpétua, provou justamente o contrário.

Como menciona Denis Borges Barbosa acerca da visão contemporânea do domínio público, seu “espaço real e mítico (...) passa a ser a terra prometida e os campos elísios da Era da Informação”⁶⁰. Esperamos que este breve artigo proporcione alguma reflexão acerca dos fundamentos do domínio público, de modo a dar-lhe o tratamento devido e a importância de que é merecedor.

Artigo recebido em 28/06/11 e aprovado em 07/07/11.

Referências

ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de Autor e Direitos Conexos*. São Paulo: Ed. do Brasil, 2002.

ALBESA, Joaquín Rams. *Las Obras en Dominio Público. La Duración de la Propiedad Intelectual y las Obras en Dominio Público*. Coord.: Carlos Rogel Vide. Madri: Réus, 2005.

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

ASCENSÃO, José de Oliveira. O “Fair Use” no Direito Autoral. *Direito da Sociedade e da Informação – Vol IV*. Coimbra: Coimbra Editores, 2003.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

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

BASSO, Maristela. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000.

⁶⁰BARBOSA, Denis Borges. *Domínio Público e Patrimônio Cultural*. Disponível em denisbarbosa.addr.com/bruno.pdf.

_____. *As exceções e limitações aos direitos de autor e a observância da regra do teste dos três passos (three steps test). Direitos Autorais – Estudos em Homenagem a Otávio Afonso*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2004.

BOYLE, James. *The Public Domain*. New Haven: Yale University Press, 2008.

BRANCO, Sérgio. A produção audiovisual sob a incerteza da lei de direitos autorais. LEMOS, Ronaldo; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de e MACIEL, Marília (orgs). *Três Dimensões do Cinema – Economia, Direitos Autorais e Tecnologia*. Rio de Janeiro: ed. FGV, 2010. Disponível em <http://virtualbib.fgv.br/dspace/handle/10438/6991>.

CHAVES, Antônio. *Direito de Autor – Princípios Fundamentais*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1987.

CHOISY, Stéphanie. *Le Domaine Public en Droit d'Auteur*. Paris: Litec, 2002.

FISHMAN, Stephen. *The Public Domain – How to Find & Use Copyright-Free Writings, Music, Art & More*. Berkeley: Nolo, 2008.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito Autoral – Da Antiguidade à Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

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

GOMPEL, Stef van. *Extending the term of protection for related rights endangers a valuable public domain*. Disponível em <http://www.ivir.nl/staff/vangompel.html>.

HAMMES, Bruno Jorge. *O Direito de Propriedade Intelectual*. 3ª edição. Porto Alegre: Ed. Unisinos, 2002.

KEEN, Andrew. *O Culto do Amador*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2009.

LANDES, William M. e POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Harvard University Press, 2003.

_____. University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper n. 154, 2001. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=319321.

LESSIG, Lawrence. *Free Culture – How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*. New York: The Penguin Press, 2004.

_____. *Remix*. New York: The Penguin Press, 2008.

_____. *The Architecture of Innovation*. Disponível em <http://www.law.duke.edu/pd/papers/lessig.pdf>.

LEWICKI, Bruno Costa. *Limitações aos Direitos de Autor*. Tese de Doutorado defendida perante a Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2007.

MANSO, Eduardo Vieira. *Direito Autoral*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma Leitura Civil Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *O Princípio da Dignidade Humana*. MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.) *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORAES, Rodrigo. *Por que obras Protegidas pelo Direito Autoral Devem Cair em Domínio Público? Direitos Autorais – Estudos em Homenagem a Otávio Afonso dos Santos*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2007.

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

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

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil - 2ª ed.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SAMUELSON, Pamela. *The Future of the Public Domain: Identifying the Commons in the Information Law*. Kluwer Law International, 2006.

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

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *O Abuso do Direito Autoral*. Tese apresentada ao programa de pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009.

TAPSCOTT, Don e WILLIAMS, Anthony D. *Wikinomics – How Mass Collaboration Changes Everything*. New York: Portfolio, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. Temas de Direito Civil II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

THOMPSON, Bill. *The Public Domain and the Creative Author. Intellectual Property – The Many Faces of the Public Domain*. Cheltenham: 2007.

TOLSADA, Mariano Yzquierdo. *La Duración del Derecho de Autor. La Duración de la Propiedad Intelectual y las Obras en Dominio Público*. Coord,: Carlos Rogel Vide. Madri: Réus, 2005.

VIDE, Carlos Rogel. *Modo de Apéndice: Argumentos a Favor de la Perpetuidad de la Propiedad Intelectual . La Duración de la Propiedad Intelectual y las Obras en Dominio Público*. Coord,: Carlos Rogel Vide. Madri: Réus, 2005.