

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO – DIR
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

SARAH HELENA LINKE

O CONFLITO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO À CULTURA EM
FACE DO DIREITO DE IMAGEM À LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO: O CASO
DE PESSOAS RETRATADAS EM OBRAS FOTOGRÁFICAS EM DOMÍNIO PÚBLICO.

Florianópolis

2013

SARAH HELENA LINKE

O CONFLITO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO À CULTURA EM
FACE DO DIREITO DE IMAGEM À LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO: O CASO
DE PESSOAS RETRATADAS EM OBRAS FOTOGRÁFICAS EM DOMÍNIO PÚBLICO.

Monografia submetida à Universidade Federal
de Santa Catarina para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor José Isaac Pilati

Florianópolis

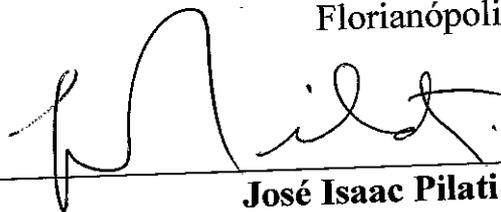
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

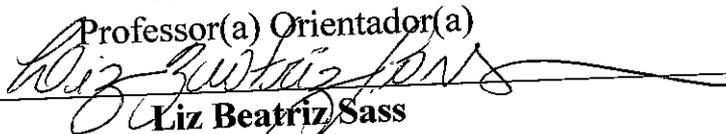
A presente monografia intitulada "**O conflito entre liberdade de expressão e direito à cultura em face do direito de imagem à luz do neoconstitucionalismo: o caso de pessoas retratadas em obras fotográficas em domínio público.**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Sarah Helena Linke**, defendida em **05/07/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 5 de Julho de 2013



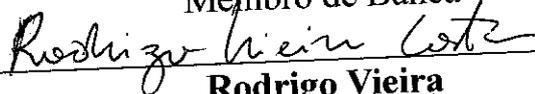
José Isaac Pilati

Professor(a) Orientador(a)



Liz Beatriz Sass

Membro de Banca



Rodrigo Vieira

Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Eu não poderia começar meus agradecimentos sem remissões à minha mãe e ao meu irmão, os quais por tantos dias, na minha vida inteira me deram não só apoio “operacional”, mas me ajudaram a construir a base emocional para enfrentar o mundo que está lá fora, e que também com pequenos gestos e ações me ajudaram a vencer a batalha diária. Sem eles, eu não seria nada do que hoje sou.

A despeito da distância e das divergências existentes agradeço ao meu pai, que me ensinou o valor do trabalho e da dedicação que devemos ter na vida profissional. Neste mesmo sentido, ao meu “meritíssimo” irmão Morian, que serve como um exemplo disto tudo.

Prossigo fazendo um corte histórico, voltando ao ano de 2006, a fim de agradecer a Dona Glácia, dona do colégio Alpha Objetivo, pela bolsa de estudos que obtive no ensino médio e terceiro, proporcionando-me a oportunidade de terminar meus estudos com um ensino de qualidade, que certamente me foram cruciais para ter ingressado à UFSC.

Desta época, impossível não agradecer e lembrar da turma querida, especialmente aquelas que me acompanharam na saga do vestibular: Amanda Vieira, Dayse Dias e Luisa Veiga; ademais, agradeço a todos os professores da época. Alguns deixaram não só o legado do conhecimento, mas muita saudade: como o professor Renato, de história, wikipedia humana; e o professor Otávio Secco, que além de amigo, foi um dos melhores professores que já tive.

Este ainda me acompanhou no meu semestre cursinho, em que não posso deixar de citar também o professor Maurinto, que além de tirar boas risadas, tirava de todos nós o conforto do senso comum e nos instigava ao pensamento crítico – tão ausente na educação brasileira.

Gostaria de agradecer também a minha turma, já formada, da ESAG, vulgo ZigEsag. Foram com eles que passei boa parte das “melhores histórias da minha vida universitária” e impossível não recordar com carinho de todos. Ressalto, contudo, algumas pessoas que levarei eternamente no coração: Camila Martendal Machado (pela amizade forte e a empatia criada já nos primeiros dias de aula, pelas histórias bizarras e pelo seu jeito de ser); Camila Batalha (meu orgulho, exemplo a ser seguido; e pelo fato de parecer que ainda mantemos contatos diariamente, a despeito de nos falarmos às vezes somente); Christiano Marzari, Douglas Ruschel, Fabiano Folster, Marina Coelho, Marcos Marcante, Ricardo Marques e Thais Naza (pelos ótimos momentos vividos juntos e pela amizade permanente); e Mariana

Squizzato (por ser uma das pessoas mais bacanas que já conheci e por termos tantas coisas em comum).

Meus colegas de turma, que me aturaram nestes últimos quatro anos e meio. A certeza de que a amizade não bastará na faculdade e será muito além dos muros: Gabriella Michetti (por ser tantas vezes minha psicóloga), Carolina Pilati (uma das pessoas mais queridas que já conheci), Luiza Rodrigues (pelos cadernos, que me salvaram tantas vezes! Rs); Rodrigo Clímaco José (uma das pessoas mais brilhantes da sala e pela real amizade e carinho); Gringo (que me deve até hoje uma festa na Daniela); Gui (a certeza de que será um grande jurista); Stephen (amigo que tenho muito carinho).

Em especial à Nicolle Feller, sócia do EMAJ, ex-companheira de estágio, colega de turma, cuja convivência intensa construiu verdadeiros laços de amizade; e que também nos últimos tempos me ajudou muito, segurando as pontas, diante dos meus compromissos e para eu poder escrever este trabalho.

A todos do GEDAI – Grupo de Estudos em Direito Autoral e Informação - que convivi, troquei ideias e passei muitas tardes: Amanda Madureira, Ale (porque a gente briga, mas se ama), Guilherme Coutinho (o advogado com menos estereótipo de advogado que conheço), Ligia Vieira (como agregada), Guilherme Formanski (cuja morte do passarinho até hoje não se conformou), Rangel, Rodrigo; em especial à Gabriela Arenhart, cuja amizade perdurou depois daquele Congresso e continua até hoje e ao “dotô” Christiano Lacorte, que me ensinou muito– e ainda ensina – em termos científicos, e que sinto muitas saudades (mas bem mais como amigo e companheiro de Jagermeister do que como mestre); também especialmente à Liz Sass (minha irmã mais velha), Rodrigo Vieira e Heloísa Medeiros, que aceitaram ser membros da minha banca.

Obviamente, ao professor Marcos Wachowicz, que foi o cupido entre minha pessoa e os direitos autorais; que me proporcionou conhecer os melhores autoristas do país e do mundo, os quais eu devo também meus agradecimentos, enquanto uma pequena “padawan”, sedenta por se transformar em “gedai” (talvez sendo o prof. José de Oliveira Ascensão o mestre Ioda).

Oportuno também agradecer ao Sérgio Branco, que despertou em mim o desejo de escrever sobre domínio público, por meio da sua tese; e que prestativamente me sugeriu o tema deste trabalho.

Não poderia deixar de citar a admiração e inspiração, tanto no âmbito acadêmico, quanto fora deste, que tenho pelos amigos que o direito autoral me proporcionou: Allan Rocha de Souza, Pablo Ortellado, Siney Filho e Vitor Almeida.

Saindo do círculo acadêmico-profissional, aos meus amigos que apesar de nem entenderem o que defendo no trabalho, mas que fazem parte da minha vida e reconheço que sem eles, nada disto poderia ter acontecido também, que compreenderam quando eu disse “não posso, tenho que fazer minha monografia”: Sthefany Saibro, Nathalia Mendes, Luana Junckes, Luciana Lamego, Joyce Nolasco de Brito, Tamires Maino.

Aos amigos distantes fisicamente, mas tão próximos de mim: Isabella Delbucio, Leonardo Chamovitz, Henrique Andrade, Lais Zapellini, Sylvio Ribeiro, Mateus Nobre.

Enfim, provável que eu esteja esquecendo de muitas pessoas, todavia, são 05:20 da manhã e entregarei este trabalho daqui a poucas horas, então, gostaria de agradecer a todos àqueles que participaram da minha vida, na construção ou da minha pessoa ou deste trabalho.

A todos os meus mestres, a todos os meus amigos, a toda minha família.

“Sem dúvida, o escritor engajado pode ser medíocre, pode ter até mesmo consciência de sê-lo, mas como não seria possível escrever sem o propósito de fazê-lo do melhor modo, a modéstia com que ele encara a sua obra não de desviá-lo da intenção de construí-la como se ela devesse atingir a máxima ressonância. Nunca deve dizer: ‘Bem, terei no máximo três mil leitores’; mas sim, ‘o que aconteceria se todo o mundo lesse o que eu escrevo?’”

Jean-Paul Sartre

“Que toda vida individual entre o nascimento e a morte pode eventualmente ser contada como uma estória com começo e fim é a condição pré-político e pré-histórico da história, a grande estória sem começo nem fim.”

Hanna Arendt

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

O tema diz respeito ao conflito entre a liberdade de expressão e informação, e direito à cultura em face do direito de imagem, através da ponderação, desenvolvida pela doutrina neoconstitucionalista. A aplicação da técnica se dá ao seguinte caso concreto: foi reproduzida em um livro publicado por Leonel Kaz, que fez uma compilação das obras fotográficas de José Medeiros, uma fotografia de Manuel Bandeira. Esta, por sua vez, estava em domínio público, considerando que a contagem do prazo de proteção de obras dessa natureza se dá a partir de 1º de janeiro do ano subsequente à publicação, que no caso foi em 1936. Os herdeiros de Manuel Bandeira ingressaram em juízo alegando suposto dano por ricochete decorrente da violação da imagem do poeta. Requereram indenização a título de dano moral e a retirada das obras de circulação. As decisões proferidas no âmbito deste caso são criticadas tendo em vista que em primeira instância, o magistrado confundiu a tutela autoral com a de imagem e considerou procedentes os pedidos da autora. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reformou a decisão, considerados improcedentes os pedidos. Apesar de acertada, entende-se que sua fundamentação foi rasa haja vista que dispensou análise devida e profunda que se julga merecida por se tratar de direitos fundamentais que se colidem. O objetivo do trabalho, então, é sugerir uma resolução deste caso, à luz da Constituição Federal, por meio da técnica interpretativa da ponderação, reconhecendo o choque entre liberdade de expressão e informação, e direito à cultura em face do direito de imagem, demonstrando fundamentalmente que devido às circunstâncias do contexto fático devem prevalecer as liberdades e o direito à cultura.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de imagem, Liberdade de Expressão, Direito à Cultura, Domínio Público, Neoconstitucionalismo, Fotografia.

ABSTRACT

The theme concerns the conflict between freedom of expression and information and the right to culture in the face of the right image by weighing, developed the doctrine neoconstitucionalista. The application of the technique is given to the following case: it was reproduced in a book published by Leonel Kaz, who made a compilation of photographic works of José Medeiros, a photograph of Manuel Bandeira. This, in turn, was in the public domain, whereas the count of term of protection for works of this nature takes place from January 1 of the year following the publication, which was the case in 1936. The heirs of Manuel Bandeira entered in court claiming alleged damages arising from any breach by ricochet image of the poet. Required compensation for non-pecuniary damage and removal of works from circulation. Decisions made under this case are criticized considering that in the first instance, the judge confused the copyright protection with the image and considered the claims of the author. The Court of Rio de Janeiro reversed the decision, considered unfounded claims. Although right means that the reasoning proceeded not shallow, deep and proper dispensing analysis that judges deserved for being fundamental rights collide. The objective, then, is to suggest a resolution of this case in the light of the Constitution, through the interpretative technique of weighting, recognizing the clash between freedom of expression and information and the right to culture in the face of the right image, showing primarily due to the circumstances of the factual context must prevail freedoms and the right to culture.

KEYWORDS: Image rights, Freedom of Speech, Right to Culture, Public Domain, Weighting.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 DIREITO DE IMAGEM ENQUANTO DIREITO DA PERSONALIDADE	11
1.1 Direito de Imagem.....	12
1.2 Conceito de direito de imagem.....	14
1.3 Características do direito de imagem	15
1.3.1 Oponibilidade <i>erga omnes</i>	16
1.3.2 Indisponibilidade do direito de imagem	16
1.3.3 Imprescritibilidade.....	17
1.3.4 Vitaliciedade e Transmissão Hereditária	18
1.3.5 Autonomia do direito à imagem	19
1.4 Classificações do direito de imagem	20
1.5 Relativizações ao direito de imagem.....	22
1.6 Releitura Constitucional do artigo 20 do código civil	23
2 A PROTEÇÃO AUTURAL DAS OBRAS FOTOGRÁFICAS	27
2.1 Linhas gerais sobre direito de autor	27
2.1.1 A natureza jurídica do direito de autor	30
2.1.2 A concessão da proteção autoral.....	35
2.1.3 As funções do direito de autor.....	37
2.2 A proteção das obras fotográficas pela lei de direitos autorais	39
2.2.1 A obra fotográfica.....	40
2.2.2 A proteção outorgada às obras fotográficas.....	41
2.3 Domínio público.....	44
2.3.1 A “criação” do domínio público	44
2.3.2 Conceito e Função	46
3 DOCTRINA NEOCONSTITUCIONAL	51
3.1 Sobre regras e princípios	51
3.1.1 Conflito entre regras e princípios	54
3.2 Interpretação jurídica.....	56
3.2.1 A Técnica da Ponderação	58

4	O TRATAMENTO DO DIREITO DE IMAGEM DE PESSOAS RETRATADAS EM OBRAS FOTOGRÁFICAS EM DOMÍNIO PÚBLICO	62
4.1	Apresentação do caso – os herdeiros de manuel bandeira	62
4.2	Liberdade de expressão em sentido amplo	66
4.2.1	Liberdade e direito à informação	68
4.2.2	A “ <i>preferred position</i> ” da liberdade de expressão em sentido amplo no método ponderativo	70
4.3	Direito à cultura.....	74
4.4	Conflito entre liberdade de expressão e direito à cultura em face do direito de imagem...	79
	CONCLUSÃO.....	86
	REFERÊNCIAS	90

INTRODUÇÃO

Sergio Branco Junior, em sua tese de doutoramento, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito de Universidade Estadual do Rio de Janeiro, defendida em 2011, que posteriormente foi publicada como livro, realizou um estudo sistemático e profundo acerca de um tema pouco desenvolvido na doutrina brasileira: o domínio público.

Conforme define o próprio autor, “o domínio público para o direito autoral significa o conjunto de bens que não mais têm seus aspectos patrimoniais, nem parte dos morais, submetidos ao monopólio legal.”. Assim sendo, os bens culturais pertencentes ao domínio público não possuem restrições para seu uso, pelo contrário, seu uso é livre.

No âmbito do tópico “direito a usar obra em domínio público e direitos conferidos pelo uso”, são identificados alguns problemas em que, apesar de prescindir de prévia e expressa autorização, os limites de uso não estão tão claros. As questões que o autor propõe são: que ocorre quando a obra derivada entra em domínio público antes do original em que se baseia?; que ocorre quando obras citadas em obras já em domínio público ainda se encontram protegidas?; qualquer obra derivada de uma obra em domínio público estará protegida ou há requisitos para que lhe seja conferida proteção?; e como tratar o direito de imagem de pessoas retratadas em obras já em domínio público?.

Assim, este trabalho visa tratar do conflito entre liberdade de expressão e direito à cultura em face do direito de imagem à luz do neoconstitucionalismo frente à hipótese sugerida por esta última indagação. À esta última pergunta é que aqui se tenta responder.

Considera o trabalho como ponto de partida a Constituição Federal de 1988, como a norma fundamental do ordenamento jurídico brasileiro. Esta não sendo apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia -, mas se admitindo toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob os valores e diretrizes nela consagrados.

Será abordado no primeiro capítulo o direito de imagem enquanto direito fundamental. A disciplina deste plano infraconstitucional é bastante deficitário, sendo feita uma releitura e análise sempre crítica, à luz da Constituição. São pontuados, então, seu conceito, suas características, a extensão da proteção e as relativizações que este direito sofre em face de outros direitos.

No segundo capítulo, são tratados os aspectos concernentes à proteção autoral das obras fotográficas. São dispostas as linhas gerais do direito de autor, abordando-se sua natureza jurídica, as concessões de proteção autoral e as suas funções sociais, políticas, econômicas e culturais. Proceda-se com a proteção específica às obras fotográficas,

especificando as suas peculiaridades dentro do sistema da tutela autoral. Por fim, são demonstradas as bases, os conceitos e as funções do domínio público.

Ainda dentro do marco teórico, o terceiro capítulo tem por premissa explicar como se dão os conflitos entre os direitos fundamentais, entendidos estes como princípios, sob à ótica do neoconstitucionalismo e como devem ser resolvidos estes, através da técnica interpretativa da ponderação, frente ao caso concreto.

Chega-se, por fim, ao quarto capítulo que adotando a ponderação como a técnica de resolução do problema, possui a seguinte estrutura: narrativa do caso concreto; identificação e agrupamento de direitos e outros elementos relevantes ao conflito; análise das circunstâncias do contexto fático do caso apresentado; e a ponderação propriamente dita, com a devida distribuição dos pesos, com a devida conclusão de quais direitos devem prevalecer em face dos outros.

O caso em questão trata de ação proposta pelos sobrinhos do poeta Manuel Bandeira que, alegando suposta violação de imagem do *de cujus* pela reprodução de fotografia em que este estava retratado, que já estava em domínio público. Os herdeiros requereram indenização a título de dano por ricochete, bem como a retirada de circulação do livro.

As decisões proferidas no âmbito desta demanda são, então, criticadas porquanto em primeira instância, ambos os pedidos foram reconhecidos; e em segunda instância, a despeito da reforma da decisão, reconhecendo a improcedência dos pedidos, não considerou-se que a fundamentação tenha sido profunda o suficiente, não fazendo análise de diversos elementos importantes do caso concreto, mormente do domínio público.

Conforme a técnica da ponderação, foram identificados os elementos que entravam em choque com o direito de imagem ao contexto relatado: a liberdade de expressão e informação; o direito à cultura, tanto na dimensão da fruição e de criação, efetivados pelo direito de acesso; o domínio público, enquanto repositório cultural livre; e o interesse público. Ao final, é feita uma reflexão acerca da inter-relação entre todos estes elementos, já indicando o peso devido a eles, conjuntamente considerados.

As circunstâncias dos fatos foram analisadas, sendo realizada a ponderação em sentido estrito, com atribuição de pesos e valores aos elementos. Foi consubstanciada e indicada então a solução mais adequada ao caso concreto aqui considerado, devendo prevalecer a liberdade de expressão, informação e cultura em face do direito de imagem.

1 DIREITO DE IMAGEM ENQUANTO DIREITO DA PERSONALIDADE

Considerando que o direito de imagem pertence à seara dos direitos da personalidade, ou seja, pertence ao conjunto de características pessoais, atinentes à própria condição da pessoa, consistente em verdadeiro direito subjetivo, imprescindível a realização de estudos preliminares acerca deste tema.

Assim sendo, oportuno os ensinamentos do civilista Carlos Alberto Bittar:

Consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade a honra, a intelectualidade e outros tantos.¹

No mesmo diapasão, Edimilson Pereira Farias obtempera: “A classe dos direitos da personalidade é composta por aqueles direitos que constituem o minimum necessário e imprescindível ao conteúdo da personalidade, sendo próprios da pessoa em si, como ente humano, existentes desde o seu nascimento.”²

Orlando Gomes, prediz que “sob denominação de direitos da personalidade, compreendem-se direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade”.³

Depreende-se que os direitos da personalidade são atributos inerentes à condição da pessoa humana, como por exemplo: a vida, a intimidade, a honra, a privacidade, a imagem, a intelectualidade, a liberdade, etc. e são considerados essenciais para o exercício da sua própria condição.

Ressalta Maria Celina Bodin de Moraes que qualquer reflexão referente dos direitos da personalidade deve ter como ponto de partida o fato de que os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões de cláusula geral de tutela da personalidade humana, contida no art. 1º, III, da CF, princípio da dignidade da pessoa humana.⁴

Seguindo a mesma linha interpretativa, preleciona Anderson Schreiber:

A clara supremacia dos valores existenciais, corporificados na tutela da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, impõe da parte do intérprete a constante vigilância para que os atributos da personalidade não venham tratados sob

¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 2.

² FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 119

³ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 113.

⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: Estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 129.

a ótica patrimonialista que, há séculos, caracteriza a leitura do direito civil. Em matéria de direitos da personalidade, incumbe ao jurista brasileiro não permitir que a venialidade se torne uma falha venial. Somente a segura distinção entre a lógica do ter e do ser pode tutelar adequadamente a pessoa humana, de modo a cumprir, plenamente, o elevado projeto constitucional.⁵

Oportuna a lição de Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Baroza e Maria Celina Bodin de Moraes: “tem-se a personalidade como um conjunto de características e atributos próprios da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico.”⁶

Assim sendo, assinala-se a proteção aos direitos da personalidade por parte do ordenamento jurídico brasileiro - que trata do tema em sede constitucional e infraconstitucional. No que tange à Carta Magna, a proteção dos direitos da personalidade está prevista no art. 5º, inciso X, em que prescrito está que são invioláveis a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem das pessoas, e artigo 5º, inciso V, que assegura o direito à indenização pelo dano material, moral ou de imagem decorrente da violação desses direitos.

O Código Civil aborda este tema em ambiente introdutório de sua redação, Parte Geral, Livro I – Das Pessoas, Título I – Das Pessoas Físicas, Capítulo II – Dos direitos da Personalidade. O novo Código, a despeito de tratar da maneira de forma compilada e objetiva, não esgota e nem trata adequadamente alguns aspectos da matéria. Comenta acerca do tema Carlos Alberto Bittar: “a matéria, apesar de versada de modo exposto e sintético no novo Código, continua ganhando maior espectro de projeção fora da codificação do que dentro dela.”⁷

Feitas as breves e necessárias considerações no que tange aos direitos da personalidade, passa-se à análise do direito de imagem.

1.1 DIREITO DE IMAGEM

Os dispositivos constitucionais mencionados anteriormente se aplicam integralmente ao direito de imagem, porquanto ser este um direito da personalidade, e pretendem proteger o direito de imagem em suas duas vertentes: a imagem-retrato e a imagem atributo, cujos conceitos e diferenças serão estudados oportunamente.

⁵ SCHREIBER, Anderson. Os Direitos da Personalidade e o Código Civil. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 262.

⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 32.

⁷ Op. Cit. 2008, p. 11.

Conforme os ensinamentos de Edilsom Pereira de Farias, não havia proteção deste direito no nosso ordenamento jurídico antes do atual Texto Constitucional. Porém, este já era reconhecido nos Tribunais, que considerava o art. 666, X, do Código Civil de 1916⁸, focalizando antes uma limitação do direito do pintor e do escultor, em favor do proprietário de retratos ou bustos de encomenda particular e da própria pessoa representada e seus sucessores imediatos.

A título de registro - tendo em vista que a interpretação do dispositivo será também estudada com mais profundidade posteriormente – ressalta-se que o Código Civil de 2002, contempla o direito de imagem em seu art. 20:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Concernente à origem e ao desenvolvimento do direito de imagem, ampla parte da doutrina afirma que advém do direito à intimidade. O marco doutrinário é considerado o artigo “right to privacy”⁹, de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, cujos autores defendiam que o uso da imagem se manifesta como direito à privacidade – *right to privacy* –, ou seja, a natureza do direito de imagem seria a faculdade da pessoa escolher se aparece em público, ou não.

Referente ao tópico, disserta Edilsom Pereira de Farias:

Assim, inicialmente considerado como uma simples manifestação do direito à intimidade, os estudos acerca do direito à imagem evoluíram significativamente, dando

⁸ Art. 666. Não se considera ofensa aos direitos de autor: (Revogado pela Lei nº 9.610, de 1998). I - A reprodução de passagens ou trechos de obras já publicadas e a inserção, ainda integral, de pequenas composições alheias no corpo de obra maior, contanto que esta apresente caráter científico, ou seja compilação destinada a fim literário, didático, ou religioso, indicando-se, porém, a origem, de onde se tomarem os excertos, bem como o nome dos autores. II - A reprodução, em diários ou periódicos, de notícias e artigos em caráter literário ou científico, publicados em outros diários, ou periódicos, mencionando-se os nomes dos autores e os dos periódicos, ou jornais, de onde forem transcritos. III - A reprodução, em diários e periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas, de qualquer natureza. IV - A reprodução de todos os atos públicos e documentos oficiais da União, dos Estados e dos Municípios. IV - A reprodução dos actos publico e documentos officiaes da União, dos Estados, dos Municipios e do Districto Federal. (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919). V - A citação em livros, jornais ou revistas, de passagens de qualquer obra com intuito de crítica ou polêmica. VI - A cópia, feita à mão, de um obra qualquer, contanto que se não destine à venda. VII - A reprodução, no corpo de um escrito, de obras de artes figurativas, contanto que o escrito seja o principal, e as figuras sirvam somente para explicar o texto, não se podendo, porém, deixar de indicar os nomes dos autores, ou as fontes utilizadas. VIII - A utilização de um trabalho de arte figurativa, para se obter obra nova. IX - A reprodução de obra de arte existente nas ruas e praças. X - A reprodução de retratos ou bustos de encomenda particular, quando feita pelo proprietário dos objetos encomendados. A pessoa representada e seus sucessores imediatamente podem opor-se à reprodução ou pública exposição do retrato ou busto.

⁹ Artigo disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1321160?seq=1>

a ele caráter autônomo, ou seja, o direito da pessoa se distingue do direito à intimidade, apesar de que em certas ocasiões apareçam conectados.¹⁰

No entanto, com a evolução da matéria, o direito de imagem assumiu contornos próprios e autônomos, desvinculou-se do direito à intimidade e passou a envolver a defesa da figura humana.

Questão relevante, que influenciou o estudo nesta área, foi o desenvolvimento tecnológico, que permitiu a ampla captação e divulgação de imagem própria e de terceiros. Sobre o tema assevera Carlos Alberto Bittar:

De enorme projeção fática, frente ao extraordinário progresso das comunicações, o direito à imagem ocupa lugar de destaque no cenário da teoria em análise, em razão dos múltiplos aspectos que envolve no relacionamento social e dos debates doutrinários travados para a sua exata qualificação jurídica.¹¹

Conclui-se, então, que o direito de imagem é uma das esferas do direito de personalidade, pois se considera que a imagem traduz parte da essencialidade da pessoa humana e deve ser protegida porquanto a conservação da dignidade da pessoa humana, merecendo ampla proteção constitucional.

1.2 CONCEITO DE DIREITO DE IMAGEM

O direito de imagem constitui a proteção da expressão exterior sensível da individualidade humana, seja literalmente o aspecto físico da pessoa (imagem-retrato), correspondente à exteriorização da personalidade do indivíduo, retrato moral (imagem-atributo) ou até a exteriorização de sua voz (imagem-voz).

Nas palavras do eminente professor Carlos Alberto Bittar, o direito de imagem pode ser conceituado como:

O direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e seus respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto) que a individualizam no seio da coletividade. Incide, pois, sobre a conformação física da pessoa, compreendendo esse direito um conjunto de caracteres que a identifica no seio social. Por outras palavras, é o vínculo que une a pessoa a sua expressão externa, tomada no conjunto, ou em partes significativas (como a boca, os olhos, as pernas, como individualizadoras da pessoa).¹²

Com a evolução tecnológica, a questão da exposição da imagem humana ganhou novos contornos, haja vista a facilidade de reprodução e publicação desta. Pode-se citar como

¹⁰ Op. Cit. 2008, 134 – 135.

¹¹ Op. Cit. 2008, 94.

¹² Id. Ibid., p. 94.

meios de divulgação da imagem a pintura, desenho, escultura, a fotografia, as produções audiovisuais, multimídia e a gravação da voz.

Neste sentido, valiosa a lição de Walter Moraes, “toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é imagem para o direito”¹³. A imagem, então, deve ser vista não só como um aspecto físico, mas principalmente como aspecto da personalidade, pois esta tem o poder de revelar ao mundo exterior o ser imaterial da personalidade interior.

No que tange ao cunho prático, os contratos envolvendo direito de imagem devem ter suas cláusulas interpretadas de maneira estrita, somente se possibilitando o uso dos direitos expressamente ajustados e nos fins e nas demais condições ajustadas. Ficam, então, sob reserva do titular os aspectos e os direitos não compreendidos, por expresse, no contrato. São considerados atos ilícitos, portanto, não só o uso não consentido, mas também a extrapolação dos limites contratuais.

A ilação obtida é de que o direito de imagem não é um direito exclusivo, em que se pode impedir que pessoas venham meramente conhecer a imagem de outrem, mas sim o uso contra a vontade, em casos contrários ao ordenamento jurídico, lesando o bem jurídico, com agravamento da situação quando houver comportamento doloso, locupletamento ilícito e descrédito ao efigiado.

1.3 CARACTERÍSTICAS DO DIREITO DE IMAGEM

O direito de imagem possui características as quais pertencem à sua natureza enquanto direito da personalidade: oponibilidade erga omnes; a indisponibilidade, de onde decorrem a intransmissibilidade e a inalienabilidade; a imprescritibilidade; e a vitaliciedade. No âmbito do direito de imagem, estas características ganham novos contornos, os quais serão estudados a seguir. Outrossim, o direito de imagem possui características próprias, tais quais: a autonomia do direito à imagem e a subdivisão em direito à imagem-retrato e o direito à imagem-atributo.

¹³ MORAES, Walter. Direito à própria imagem. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 61, n. 443, setembro de 1972, p. 64. In: NETO FRANCIULLI, Domingos. **A Proteção ao Direito à Imagem e a Constituição Federal**. Disponível em: < <http://www.e-stj.gov.br/publicacao seriada/index.php /informativo/article/viewFile/303/287>>. Acesso em: 18 de maio de 2013.

1.3.1 Oponibilidade *erga omnes*

O caráter “absoluto” dos direitos da personalidade se materializa justamente na sua oponibilidade *erga omnes*, ou seja, irradia seus efeitos em todos os campos e impondo à coletividade o dever de respeitá-los.

Explana Pedro Frederico Caldas:

A carga de eficácia irradiada submete quem quer que seja, esteja ou não presente, de sorte que a relação jurídica formada por um tal direito não envolve, passivamente uma única pessoa, ou determinadas pessoas, mas um sujeito passivo universal, indeterminado, mas determinável toda vez que alguém, saindo das sombras da abstenção, dê um passo à frente e moleste o direito titulado do outro.¹⁴

Ressalva José de Oliveira Ascensão que o caráter absoluto não significa que estes direitos não sejam suscetíveis de limitações - nenhum direito é absoluto, afinal, todos são limitados, necessariamente. Assim sendo, os limites aos direitos de personalidade podem, como em qualquer direito, serem intrínsecos ou extrínsecos:

os limites intrínsecos são os demarcados por lei ao estabelecer o conteúdo dos direitos. Os direitos da personalidade, que como todo o direito têm por conteúdo poderes e deveres, estão sujeitos a estes limites. Os limites extrínsecos resultam da necessidade de conjugação com outras situações protegidas. Não há direito de personalidade, por mais relevante, que não tenha que pelo menos ser conjugado com direitos de personalidade alheios [...] É importante ressaltar que o caráter absoluto do direito de personalidade não pode significar uma arbitrariedade reconhecida ao titular. Até por estarmos em domínio em que o fundo ético é uma constante, a arbitrariedade deve estar mais afastada que em qualquer outro setor do Direito.¹⁵

Ademais, os direitos da personalidade sofrem limitações de direitos com natureza diversa, tal qual a liberdade de expressão, hipótese que será aqui estudada.

1.3.2 Indisponibilidade do direito de imagem

De acordo com Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “a indisponibilidade significa que nem por vontade própria do indivíduo o direito pode mudar de titular”.¹⁶

Segundo os ensinamentos de Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal¹⁷, no que tange à indisponibilidade do direito de imagem, a compreensão deve ocorrer no sentido de sua relativização, ou seja, impede-se que o titular possa dispor em caráter permanente ou total.

¹⁴ CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997, p.8.

¹⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Teoria Geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 81.

¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito Civil: Parte Geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 16.

¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 140.

São admitidas a cessão do seu exercício em determinadas situações e dentro de determinados limites.

É neste sentido a disposição do Enunciado 4, Jornada de Direito Civil: “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”.

Ressaltam os autores que além de não ser permanente, nem genérico, o ato de disposição não pode violar a dignidade do titular, notando assim a conformidade com a Constituição Federal.¹⁸

O direito de imagem, por sua própria natureza, permite tecnicamente a cessão de uso de direitos à imagem, todavia, não se trata da transferência em si, apenas da sua faculdade de uso. Seguindo os ensinamentos de Carlos Alberto Bittar:

[o direito de imagem] reveste-se de todas as características comuns aos direitos da personalidade. Destaca-se no entanto, dos demais pelo aspecto da disponibilidade, que, com respeito a esse direito, assume dimensões de relevo, em função da prática consagrada de uso de imagem humana em publicidade.¹⁹

Conforme a doutrina de José de Oliveira Ascensão²⁰, é da indisponibilidade que decorre a intransmissibilidade, ou seja, não pode ser objeto de cessão e sucessão; a irrenunciabilidade, em que o titular pode renunciar ao exercício de um direito da personalidade, mas não pode renunciar ao direito em si.

1.3.3 Imprescritibilidade

A imprescritibilidade deve ser entendida no sentido de que não há um prazo para seu exercício, nem que irá se extinguir pelo não-uso, ou seja, a omissão de exercício do seu titular.

De acordo com Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves²¹, a imprescritibilidade impede que a lesão a um direito de personalidade venha a convalescer com o passar do tempo, obstando a pretensão de assegurar o livre exercício do direito da personalidade. Não se confunde, todavia, com a prescritibilidade da pretensão indenizatória decorrente de um eventual dano à personalidade, que conforme o Código Civil, art. 206, §3º, V, é de três anos.

¹⁸ Op. Cit. 2009, p. 14.

¹⁹ Op. Cit. 2008, p. 98.

²⁰ Op. Cit. 2010, p. 85.

²¹ Op. Cit. 2009, p. 142.

1.3.4 Vitaliciedade e Transmissão Hereditária

Os direitos da personalidade tais quais os direitos de imagem são vitalícios e se extinguem, portanto, com a morte do titular, não havendo transmissão hereditária, confirmando o seu caráter intransmissível.

Surge, contudo, um direito imaterial próprio dos entes próximos, distinto do direito à imagem, atribuído aos sucessores para a defesa da imagem do *de cuius* – reitera-se que não há transmissibilidade do direito à imagem aos herdeiros no ordenamento jurídico pátrio, consoante dispõe o art. 11 do Código Civil.²²

Esclarecedores os ensinamentos dos professores da UERJ, Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes:

O parágrafo único do art. 20 estende, de certa maneira, a legitimidade para defesa da imagem e da honra, ultrapassando a figura singular do lesado. Mas não se configura aí, uma negação à intransmissibilidade que é própria dos direitos da personalidade, como já assinalou o STJ: “os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem que falece, como se fosse coisa de ninguém, porque ela permanece perenemente lembrada nas memórias como bem imortal que se prolonga para muito além da vida. [...] Entenda-se bem: não há nessa hipótese propriamente uma extensão de legitimação para agir mas o reconhecimento de uma lesão causada à personalidade de diversas pessoas do grupo social, especialmente de uma mesma família.”²³

Ademais, transcreve-se a norma do artigo 12 do Código Civil:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Trata-se assim de exercício de direito próprio e não mera substituição processual. Conforme Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves, “a legitimidade dos lesados indiretos é autônoma, possuindo cada um deles legitimidade para reclamar o dano sofrido, em nome próprio e pleiteando uma indenização própria.”²⁴

De acordo com Carlos Alberto Bittar:

Esses direitos são, ademais, sob certos aspectos, transmissíveis por sucessão mortis causa, cabendo aos herdeiros, ou ao cônjuge sobrevivente, ou a ambos, conforme o caso, promover a sua defesa contra terceiros. Assim ocorre com os direitos morais

²² Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

²³ Op. Cit. 2007, p. 59.

²⁴ Op. Cit. 2008, p. 158.

de autor e com outros direitos da personalidade, agindo, pois, os herdeiros, por direito próprio.²⁵

Considerando que a violação de direito de personalidade se dá quando atingida a pessoa em sua dignidade, apenas ela estaria legitimada para requerer as medidas judiciais cabíveis, todavia, o artigo 12 e o parágrafo único do artigo 20 admite um surgimento de um direito próprio de defesa de personalidade do *de cujus*. Esse interesse de agir da família encontra sua justificação na solidariedade familiar e na possível consequência negativa que o uso ilegítimo da imagem do parente falecido pode provocar a si mesmo e ao núcleo da entidade que pertence.

1.3.5 Autonomia do direito à imagem

Devido às afinidades, semelhanças e aplicações conjuntas que o direito de imagem possui com outros direitos da personalidade, mister delimitar os contornos do direito de imagem em face dos direitos que se aproximam, assim, Carlos Alberto Bittar aduz:

Enquanto tomada em si a pessoa, em razão de sua forma plástica, existe direito à imagem. Há direito conexo ao de autor (ou seja, o direito de interpretação), quando caracterizada a pessoa na representação de um determinado personagem (como um ator ou um humorista enquanto vive um papel). Ambos não se confundem com o direito de autor propriamente dito, que incide sobre a obra intelectual, estética, de cunho literário, artístico ou científico.[...] na divulgação da imagem, é vedada qualquer ação que importe em lesão à honra, à reputação, ao decoro, à intimidade e a outros valores da pessoa, verificando-se, nesse caso, atentado contra os aspectos correspondentes e não violação ao direito de imagem, que se reduzirá a maio para o alcance do fim visado.²⁶

O direito à imagem é autônomo e não se confunde com os demais direitos da personalidade, como a honra, a privacidade e o direito de autor. Inegável a sua correlação íntima com tais direitos, contudo, o direito de imagem deve ser estudado de maneira autônoma, sem interferência de qualquer outro direito que modifique sua interpretação.

Este é o entendimento de Anderson Schreiber, que a tutela da imagem independe da lesão à honra:

O direito à imagem independe, portanto, do direito à honra. Enquanto o último diz respeito à reputação da pessoa em seu meio social, o direito à imagem exprime o controle que cada um detém sobre qualquer representação audiovisual ou tátil da sua individualidade, alcançada por instrumentos técnicos de captação, como filmes, teleobjetivas, registros computadorizados, bem como pela ação artística da criatividade humana nas telas de pintura, na escultura, no artesanato.²⁷

²⁵ Op. Cit. 2009, p. 99.

²⁶ Op. Cit. 2009, p. 101.

²⁷ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 104.

A fim de elucidação, colaciona-se o exemplo dado por Edimilson Farias:

Uma pessoa ao autorizar a publicação ou exposição pública de seu retrato para determinado fim, estará dispondo de sua imagem e provavelmente de sua intimidade. Ao permitir, depois, o uso do mesmo retrato para fins e condições diversas da primeira publicação, não há que se cogitar neste segundo momento sobre a intimidade, devassada já com a primeira exposição. Isto é, na hipótese de republicação do retrato, o objeto do direito é apenas a imagem e não a intimidade, vez que esta já fora invadida quando da primeira publicação [...] o direito à própria imagem não se confunde com o direito à honra, conquanto seja reconhecida a grande importância histórica deste para a afirmação daquele, sendo inclusive considerado o direito à honra como um berço para o direito à imagem [...] a exposição ou publicação da imagem pode ser ilegítima, ainda que não se aporte prejuízo ao decoro ou a reputação.²⁸

Findas as explicações acerca das características inerentes ao direito de imagem, estuda-se sua classificação com base na construção doutrinária.

1.4 CLASSIFICAÇÕES DO DIREITO DE IMAGEM

De acordo com Nelson Rosenvald e Christiano Chaves, o direito à imagem é de grande elasticidade pois se refere não só à proteção da pessoa em relação à sua forma plástica, mas também aos seus componentes identificadores, que a individualizam na coletividade, formado por um conjunto de características que permitem sua identificação no meio social.²⁹

Esta é a corrente adotada por maioria da doutrina, a qual sustenta que o direito à imagem protege tanto a imagem-retrato, aspecto físico da pessoa; quanto a exteriorização da personalidade do indivíduo, seu retrato moral perante a sociedade, imagem-atributo.

A imagem-retrato protege as características fisionômicas do titular, sua aparência física. A representação de uma pessoa pelo seu aspecto visual pode ser encarada no seu aspecto estático, quando da reprodução em um pôster, sua fotografia; ou no seu aspecto dinâmico, como em um filme, por exemplo .

Com mais profundidade disserta Luiz Alberto David de Araújo:

Entendida como retrato, no entanto, a imagem não se limita, apenas e tão-somente à proteção da imagem física. A proteção constitucional, inserida genericamente, no art. 5º, X, não tem uma extensão restrita. Ela vai cuidar e proteger a representação física das pessoas. Essa proteção vai-se estender às partes do corpo, como extensão da imagem, desde que identificáveis [...] nesses casos estamos diante da imagem protegida, pois a partir dessas partes chegamos ao rosto dessas pessoas.³⁰

²⁸ Op. Cit. 2008, 134 – 135.

²⁹ Op. Cit. 2009, 141.

³⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David de. **O conteúdo do direito à própria imagem: um exercício de aplicação de critérios de efetivação constitucional**. Revista do Advogado, São Paulo, v. 23, n. 73, p. 119-126, nov. 2003, p. 120.

Por sua vez, a imagem-atributo protege o conjunto de características peculiares da apresentação e identificação social de uma pessoa, referindo aos seus qualificativos sociais, aos seus comportamentos reiterados, em outras palavras, é seu retrato moral.

Na lição de Denis Borges Barbosa:

a imagem-atributo é o conjunto de atributos cultivados pela pessoa, reconhecidos socialmente. É a visão social a respeito do indivíduo, hipótese em que se configura a imagem atributo. Todavia, esta não pode ser confundida com a honra, pois é personalidade moral (reputação, fama, etc.) do indivíduo no mundo exterior.³¹

Complementando o exposto, são valiosos os ensinamentos de Luiz Alberto David de Araújo:

A imagem-atributo não trata de qualquer traço físico ou de composição da fisionomia. Estamos falando, na verdade, da figura pública que é assumida pelo indivíduo. A honra não tem o mesmo significado neste caso, isso porque há construção de imagem que não levam em conta a honra ou dela não necessitam. Construimos, por anos, a figura da nossa imagem e esta, mesmo que longínquo, possui caráter publicitário. Criamos nossa imagem, apresentamos nossa imagem, vivemos com a nossa imagem e imaginamos que as pessoas nos procurem profissionalmente pela imagem que construimos.³²

Porém, entre a imagem-retrato e a imagem-atributo não se pode inferir uma correlação direta. Há, por exemplo, possibilidade de se ter a imagem-retrato utilizada indevidamente e, ao mesmo tempo, ter a imagem atributo valorizada. É o que ocorre com fotografia não autorizada exibida em revista, enaltecendo a pessoa pela participação em campanha beneficente.

Deduz-se que a Constituição Federal tutela ambos os tipos de imagem: no caso da violação à imagem-atributo, a tutela se dá pelo art. 5º, inciso V, pois trata da violação pela mídia, para tanto assegurou o direito à indenização por dano à imagem; no caso da violação à imagem-retrato, a tutela se dá pelo art. 5º, inciso X.

Maria Celina Bodin de Moraes optempera:

A imagem, cuja proteção se tornou muito mais difícil em virtude dos processos tecnológicos que generalizaram as formas requintadas de manipulação e divulgação. Aqui é possível observar-se um processo de ampliação dos bens jurídicos protegidos: para além da imagem-retrato, o aspecto fisionômico, a forma plástica do sujeito, hoje se protege também a imagem-atributo, isto é, o conjunto de características decorrentes do comportamento do indivíduo, de modo a compor a sua representação no meio social. As duas instâncias referidas são exemplificadas através da diferença que existe entre lesar a imagem de alguém, publicando-se sem autorização uma imagem fidedigna (a lesão aqui se daria de um ponto de vista

³¹ BARBOSA, Denis Borges. **Do direito de propriedade intelectual das celebridades**. Disponível em: http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/pi_celebridades.pdf. Acesso em: 20 de março de 2013.

³² Op. Cit. 2003, p. 122.

estático), e publicar sem autorização, a imagem deformada, fazendo, por exemplo, um comunista passar-se por fascista (lesão dinâmica).³³

Pontuais as palavras de Carlos Affonso Pereira de Souza:

paralelamente à ostensiva exploração da fisionomia, surge no senso comum a significação de imagem como atributo peculiar de uma pessoa. Assim, através do comportamento reiterado do indivíduo em suas relações, adere ao mesmo um amálgama de características que vêm a compor a exteriorização de sua personalidade no âmbito social. Convencionou-se denominar “imagem” tais atributos da pessoa percebidos em sua conduta particular ou em sua atividade profissional. (...) O entendimento de que a imagem tutelado pelo direito apenas compreende a representação gráfica particulariza em excesso escopo de proteção, deixando a descoberto uma série de hipóteses em que a imagem da pessoa é violada sem que se elabora uma reprodução gráfica da mesma. (...) Assim, a fisionomia e a sua reprodução, bem como os atributos comportamentais da pessoa, devem ser entendidos como objeto de proteção pelo Direito.³⁴

Conclui-se, então, que os dispositivos que tutelam ambas as facetas do direito à imagem possuem natureza diversa e consequências jurídicas diferentes, principalmente quando analisado o caso concreto.

1.5 RELATIVIZAÇÕES AO DIREITO DE IMAGEM

Nenhum direito é absoluto, ele pode sofrer relativizações extrínsecas e intrínsecas. Aquelas tratam da colisão com outros direitos fundamentais, esta é quando o direito, por sua natureza, sofre limitações. Estas, no que se refere ao direito à imagem, estão expressas em legislações internas de alguns países, contudo, a brasileira é omissa.

Observa-se, então grande esforço doutrinário para circunscrever tais possibilidades. Considerando ainda a falta de rigor técnico na redação do dispositivo normativo que se refere ao tema, a atividade se torna imprescindível, a fim de oferecer parâmetros de interpretação na aplicação da norma à luz da unidade e dos valores consagrados na Constituição Federal.

Boa parte da doutrina, com o intuito de elencar as hipóteses mais comuns, baseia-se precipuamente nas normas previstas em legislação italiana que tratam do assunto: Código Civil, artigo 10 e Lei de 22 de abril de 1941, artigo 97.

Segundo tais diplomas, devem ser analisados os aspectos quanto à notoriedade da pessoa, justificando tal restrição pelo fato de que as celebridades em geral despertam na sociedade interesse e sofrem restrição ao seu direito à imagem. Carlos Alberto Bittar aduz que

³³ Op. Cit. 2010, p. 136.

³⁴ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de . **Contornos Atuais do Direito à Imagem** . Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 367, 2003.

neste caso admite-se que elas tacitamente consentem na propagação de sua imagem, como consequência da própria notoriedade que possuem.³⁵

Ademais, devem ser observados se a exposição da imagem ocorre tendo em vista acontecimentos de interesse público ou realizados em público, como por exemplo, nos casos de tumultos populares, inaugurações de monumentos, revistas militares, embarques de tropas para uma guerra, etc.

Outra possibilidade, amplamente aceita, ocorre quando da existência de interesse científico, didático ou cultural, justificando o uso da imagem de uma pessoa quando tem por finalidade alcançar tais objetivos.

Por fim, quando sobrevier interesse da ordem pública, ou seja, hipótese prevista na nossa legislação “salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração de justiça ou à manutenção da ordem pública [...] a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas...” “interesses da administração da justiça e da segurança pública”.

De maneira sintética, profere o professor português José de Oliveira Ascensão:

O direito à imagem sofre, como todos os direitos privados, certas limitações decorrentes de exigências da coletividade – enunciadas, por exemplo, na lei italiana – que compreendem: a notoriedade da pessoa desde que preservada a sua vida íntima; o exercício de cargo público; os serviços de justiça e de polícia; a existência de fins científicos, didáticos ou culturais; a repercussão referentes a fatos, acontecimentos ou cerimônias de interesse público (dentro do direito de informação que, ademais é limite natural e constitucional à preservação da imagem).³⁶

Assim, cumpre ao direito tutelar a exposição, a exploração e o abuso da imagem, a fim de proteger o aspecto existencial contido na imagem da pessoa. O direito de imagem não é absoluto, quando existente o conflito deste com outros direitos, mormente de tutela também constitucional, não há premissa de prevalência, devendo-se analisar o caso concreto a fim de verificar qual direito deve ser tutelado.

1.6 RELEITURA CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 20 DO CÓDIGO CIVIL

Com o desenvolvimento da doutrina pós-positivista, ou neoconstitucionalista, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que

³⁵ Op. Cit. 2008, p. 136.

³⁶ Op. Cit. 2010, p. 45

toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.

A constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional.

O movimento de democratização e a Constituição Federal de 1988 marcam o início desta fase no Brasil. A dignidade da pessoa humana é reconhecida como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil - conforme dispõe o inciso III, do artigo 1^a da Carta Magna – e deve ser este princípio o ponto de partida do novo ordenamento jurídico, bem como seu fundamento e sua finalidade.

A dignidade da pessoa humana implica que a cada homem sejam atribuídos direitos, por ela justificados e impostos, que assegurem esta dignidade na vida social. Esses direitos devem representar um mínimo, que crie o espaço no qual cada homem poderá desenvolver a sua personalidade, mas devem representar um máximo, pela intensidade da tutela que recebem.³⁷

Hoje, ao contrário do “papel constitucional” do Código Civil, o direito civil deve ser revisto à luz da Constituição “de maneira a privilegiar os valores não patrimoniais e em particular a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva”.³⁸

Preleciona Maria Celina Bodin de Moraes:

ao contrário do que pode parecer, elevar a dignidade da pessoa humana ao posto máximo do ordenamento jurídico constitui opção metodológica oposta a do individualismo das codificações. Isso porque a pessoa humana, no que se difere diametralmente da concepção jurídica de indivíduo, há de ser apreciada a partir de sua inserção no meio social, e nunca como uma célula autônoma, um microcosmo cujo destino e cujas atitudes pudessem ser indiferentes à demais (...) Os direitos só existem para ser exercidos em contextos sociais.³⁹

A pessoa humana passa a ser vista como um ente jurídico a ser apreciado em seu meio social e não como um indivíduo autônomo. Assim, patente que a interpretação dos direitos da personalidade deve ser procedida em conformidade com todos os outros direitos fundamentais presentes no nosso ordenamento jurídico, e com o interesse público.

Considerando, contudo, a redação do Código Civil, art. 20, indubitável que seu teor constitui verdadeiro obstáculo a uma tutela da imagem condizente com a proteção integral da dignidade da pessoa humana dentro da coletividade. É interessante notar que embora o

³⁷ Op. Cit. 2010, p. 65.

³⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed., Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2004, p.3.

³⁹ Op. Cit. 2010, p. 175

Código Civil seja de 2002, esse dispositivo foi concebido entre o fim da década de 60 e o início da década de 70, pois já constava no Anteprojeto de Código Civil de 1972 – o ambiente no qual nasceu provavelmente explica a inadequação da filosofia a ele subjacente bem como dos conceitos utilizados.⁴⁰

Dispõe o referido dispositivo:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Ressalta-se, inicialmente, o modo de concepção da orientação concernente a não-autonomia da imagem, uma vez que a lei prevê que a lesão só se concretizaria com a concomitante lesão à honra, ou caso se destinasse a fins comerciais. Contudo, conforme já disposto, o direito de imagem é autônomo e não necessita de finalidade comercial para que seja configurada sua transgressão.

O artigo 20 ainda peca pela omissão, pois prevê que somente a “administração da justiça” ou a “manutenção da ordem pública” podem justificar a divulgação não autorizada da imagem. Neste âmbito, poderia ter incluído, sem pestanejar, as hipóteses já consagradas pela doutrina e legislações de outros países, estudadas no tópico anterior.

Poderia o legislador não só ter disposto sobre possíveis exceções, mas também ter traçados parâmetros e critérios razoáveis a serem aplicados pelo juiz em casos concretos. Determinou, contudo, um enunciado rígido, altamente restritivo e, portanto, inapto para resolver grande parte dos diversos conflitos levados a cabo ao judiciário.

Pontuais os ensinamentos de Anderson Schreiber acerca do tema:

O art. 20 acaba por incorrer em dois equívocos graves. Primeiro, ao tentar delimitar as situações em que a imagem de uma pessoa pode ser veiculada sem autorização, o legislador menciona apenas duas situações: administração da justiça ou manutenção da ordem pública. A limitação é excessiva. De um lado nem sempre a administração da justiça e a manutenção da ordem pública autorizam a veiculação de imagem alheia. De outro lado, o dispositivo ignora diversos interesses constitucionais protegidos que podem, em certas circunstâncias, justificar a divulgação desautorizada da imagem alheia. É o caso da liberdade de informação. Além disso, falha o art. 20 ao limitar a possibilidade do retratado obter proibição do uso ou veiculação de sua imagem àquelas hipóteses em que “lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. A restrição não se

⁴⁰ BARROSO, Luis Roberto Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de Direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: **Temas de Direito Constitucional**, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

justifica. Como já se destacou, o direito à imagem é direito autônomo, cuja tutela independe da configuração de lesão à honra do retratado. Tampouco há razão para que a proteção da imagem se limite às hipóteses de reprodução com fins comerciais. O uso não autorizado da imagem alheia pode gerar responsabilidade mesmo quando não haja qualquer intuito comercial na sua utilização.⁴¹

A leitura e interpretação literal do dispositivo em questão culminam no confronto direto com o anseio constitucional de proteção da dignidade da pessoa humana; e abre pouca margem para o abalizamento com outros direitos fundamentais – a liberdade de expressão, direito à informação e à cultura, são praticamente por ele esvaziadas. Assim sendo, o dispositivo há de ser interpretado sistematicamente admitindo-se a divulgação não autorizada da imagem alheia sempre que indispensável à afirmação de outro direito fundamental.

Alguns autores entendem ainda que o art. 20 é inconstitucional, conforme Vitor Almeida:

Não obstante, o aludido dispositivo não foi capaz de representar legitimamente os interesses constitucionalmente albergados de modo a refletir uma norma segura para os operadores do direito e condizente com a sociedade atual. Não é em vão que alguns autores já se inclinaram a reconhecer a inconstitucionalidade do art. 20 do Código Civil, tamanha a incompatibilidade com os princípios constitucionais. Embora se verifique o distanciamento, prefere-se, ao invés de torná-lo simplesmente inconstitucional, concentrar esforços em adequá-lo à sistemática constitucional. Isto é, relê-lo à luz da centralidade e supremacia da Constituição, fornecendo critérios hábeis e seguros à composição dos conflitos imanentes ao domínio da proteção da imagem da pessoa.⁴²

Faltou, portanto, nesse particular, interpretar da Constituição, seus novos marcos, seus novos institutos, valores e diretrizes trazidas pelo novo texto. O legislador do diploma civilista optou por uma adoção acanhada dos bens assegurados constitucionalmente no que se refere ao direito de imagem.

Após o exame do conceito, natureza, característica, classificações e hipóteses intrínsecas de relativização do direito de imagem, neste último tópico foi abordado a necessidade de revisão do instituto através da ótica constitucional. Novas considerações acerca desta nova ordem serão feitas ao longo do trabalho, o qual prossegue a tratar da proteção autoral.

⁴¹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011 p. 103.

⁴² ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. A imagem fora do contexto: o uso de imagens de arquivo. In: SCHREIBER, Anderson. **Direito e Mídia**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 158 – 183, p. 160 – 161.

2 A PROTEÇÃO AUTORAL DAS OBRAS FOTOGRÁFICAS

Neste capítulo será abordado o sistema de proteção autoral no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, destacando seus principais aspectos e características. Assim sendo, os pontos a serem vistos tratam da natureza jurídica do direito de autor, de onde provém a dualidade deste direito, direito moral e direito patrimonial; sua função no âmbito social, econômico e político bem como do impacto desse sistema sobre os bens públicos literários e artísticos; os requisitos de proteção e seu prazo; limitações e restrições extrínsecas e intrínsecas; e por fim, o domínio público.

No que se refere às obras fotográficas, será tangenciado seu conceito e a proteção específica destinada a estas no âmbito da Lei de Direito Autoral

Considerando, contudo, a brevidade do estudo presente, muitos aspectos que a despeito de merecerem profundidade analítica e necessitarem de um olhar crítico, serão tratados de modo sintético.

2.1 LINHAS GERAIS SOBRE DIREITO DE AUTOR

Primordialmente, elucida-se que este trabalho trata apenas do direito de autor, considerando que a expressão “direito autoral” é entendida pelo ordenamento brasileiro enquanto o direito de autor e os que lhe são conexos.

O direito de autor, assim, é ramo da ordem jurídica que disciplina a atribuição de direitos relativos a obras literárias e artísticas. O sistema de regulação do produto autoral e o desenvolvimento de seus estudos são recentes; por muitos séculos não houve disciplina jurídica de qualquer ordem das realidades cobertas pelo atual direito de autor, sendo este fruto da Modernidade e do desenvolvimento do modo de produção capitalista.⁴³

Em razão de sua natureza imaterial, o direito de autor sofre novas delimitações quando do surgimento de cada nova tecnologia que possam impactar no âmbito da reprodução e de autoria. Aliás, o seu mais remoto antecedente está condicionado à invenção de uma tecnologia: a imprensa.

⁴³ Conforme assever a José Antônio Peres Gediel “No contexto das transformações econômicas e sociais ocorridas durante o processo de consolidação do capitalismo e dos Estados nacionais, a arte e as invenções tiveram seu valor econômico alterado e a crescente subjetivação dos direitos tornou possível que se lhes aplicasse o modelo de apropriação privada de bens, no âmbito do direito contemporâneo.” GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

Foram, inicialmente, criados privilégios ou monopólios os quais eram concedidos ao impressor. O intuito, claramente, era de tutelar a empresa e não o autor, ou seja, a *ratio* da proteção, desde o início, foi o investimento privado e não a criação intelectual.⁴⁴

O autor só veio a ser tutelado com o Estatuto da Rainha Ana, em 1710, na Grã-Bretanha, passando este a ser o titular dos privilégios que eram da indústria⁴⁵. Surge a partir daí, no âmbito do direito anglo-saxão, um dos grandes sistemas do direito autoral, o *copyright*, em que a própria nomenclatura já deixa claro, direito de cópia, cujo cerne da proteção recai, portanto, sobre a obra intelectual (teoria monista).⁴⁶

Ainda no século XVIII, na Europa Continental, especificamente na França, a proteção seguiu rumo diferente. Não obstante se tenha recorrido também à figura do privilégio, outros contornos foram delineados, centrando-se a proteção na atividade criadora em si, em detrimento da materialidade do exemplar somente. Construiu-se, a doutrina do *droit d'auteur*, com foco na pessoa do autor e a defesa de uma suposta propriedade deste sobre sua obra (teoria dualista).

Oportunas as palavras de Karin Grau-Kuntz:

Explico a posição dualista e, em relação de oposição a ela a posição monista, em linhas gerais, pela adoção de uma das seguintes perspectivas: a proteção jurídica repousa no ato criativo de alguém não desvinculado de seus efeitos exteriores (posição monista), ou considera o ato criativo e os efeitos exteriores do ato criativo como fenômenos distintos (posição dualista).⁴⁷

Por conta das disposições da Convenção de Berna, Tratado Interacional, firmado em 1886 e filiada ao *droit d'auteur*, que teve com o decorrer dos anos ampla adesão, a maioria dos países, por corolário, adota tal sistema – como o Brasil. Os países anglo-saxões assinaram

⁴⁴ Op. Cit 1997, p. 4.

⁴⁵ José de Oliveira Ascensão faz a seguinte crítica: “hoje, teremos de perguntar se no final a indústria se não apoderou da tutela do autor”.

⁴⁶ O copyright nasceu como um conjunto muito específico de restrições, proibindo que terceiros reeditassem um livro. Em 1710, o “direito de cópia” significava poder usar uma máquina específica para reproduzir uma obra específica. Ele não ia além dessa restrição muito específica. Não regulava, de maneira mais genérica, os modos de uso de uma obra. Hoje, o Direito inclui uma extensa coleção de restrições às liberdades alheias. O autor tem o direito exclusivo de copiar, o direito exclusivo de distribuir, o direito exclusivo de executar, e assim por diante. Dessa forma, o “direito de cópia”, quando visto como um direito de monopólio, era naturalmente tido como um direito que demandava limites. (Por mais convincente que seja o argumento de que “a propriedade é minha e eu deveria mantê-la para sempre”, tente soar convincente ao argumentar “o monopólio é meu e eu deveria mantê-lo para sempre”.) O Estado protegeria o direito exclusivo, mas apenas enquanto isso beneficiasse a sociedade. Os ingleses viram os perigos do favorecimento a interesses específicos, então aprovaram uma lei para detê-lo. LESSIG, Lawrence. **Cultura livre: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade**. São Paulo: Trama, 2005

⁴⁷ KUNTZ, Karin Grau. **Domínio público e Direito de Autor: do requisito da originalidade como contribuição reflexivo- transformadora**. Revista Eletrônica: Ibpi nº 6, 2012. Disponível em: < <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/fc1a1cbd42ddb27 fff8033ffff ffef.PDF>> . Acesso em 18 de maio de 2013.

o referido Tratado tardiamente e impuseram algumas modificações no texto do diploma internacional, porém ainda conservam a estrutura do *copyright*.⁴⁸

No que diz respeito às questões de direitos intelectuais, as normas internacionais possuem enorme relevância e influência sobre as ordens internas⁴⁹. Além de Berna, pode-se citar os seguintes Tratados que regem a aplicação dos direitos autorais: Convenção Interamericana; Convenção Universal; e o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio – ADPIC – conhecido tradicionalmente pelo seu nome na língua inglesa Trade-Related Aspects Of Intellectual Property Rights – TRIPS.

O Brasil, signatário de tais tratados, deve seguir todos os padrões mínimos de proteção que são por estes delimitados. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXVII confere “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”; no plano infraconstitucional, a regulação se dá pela Lei 9610 de 19 de fevereiro de 1998, bastante conhecida como LDA.

A despeito de não ser o foco deste estudo, relevante pontuar que toda a estrutura do direito de autor, independente do sistema, hoje está obsoleta. Cada nova tecnologia que possa interferir em questões de obra, autoria, publicação e reprodução, torna-se um desafio jurídico. Com as novas tecnologias, com a internet, em que foi criado um meio digital, toda a estrutura teórica e prática do direito de autor caíram por terra. Hoje, a dependência de intermediários e do meio analógico para reprodução e publicação de obras é cada vez menores ou até inexistente, conforme o arbítrio do autor. Este, por sua vez, também já não é mais um ser estático, mas sim dinâmico. Autoria e obra mudaram seus conceitos e concepções diante da colaboratividade na rede e de tecnologia que propiciam o compartilhamento e mixagem de arquivos.

Porém, a indústria cultural, indústria do entretenimento, exerce enorme pressão às sociedades (principalmente dos países em desenvolvimento) e aos governos sobre a “necessidade da proteção autoral”. Há uma tendência legislativa internacional de

⁴⁸ Entretanto, os países da *common law* apresentaram objeções à proposta, uma vez que os direitos morais do autor normalmente são protegidos diretamente pelo *copyright*, mas apenas indiretamente por outros meios. Assim, para resolver o impasse foi incluído o art. 6 bis: “Independentemente dos direitos patrimoniais de autor, e mesmo após a cessão dos referidos direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opor a qualquer deformação, mutilação ou outra modificação da obra ou a qualquer outro atentado contra a mesma obra, prejudicial à sua honra ou à sua reputação.”

⁴⁹ Conforme José de Oliveira Ascensão: “é típica do direito autoral a grande influência dos instrumentos internacionais. Ao contrário do que acontece com outros ramos do direito, essa contratação internacional não consolida o estado pelas leis internas. Frequentemente as antecipa, representando um instrumento de pressão sobre estas. Impõe-se um modelo de normatização estabelecido por Berna, sob pena de não se proteger suficientemente, no plano global, os autores e as suas criações intelectuais.” Op. Cit. 1997, p. 201 – 202.

endurecimento dos parâmetros de direito de autor, ainda sob o discurso antigo de legitimação, em que na realidade visa apenas tutelar o próprio investimento de grupos econômicos.

Surge, por sua vez, um movimento que defende a reestruturação do direito de autor, entendendo que não é a realidade que precisa se amoldar ao direito, mas ao contrário; e que a nova estrutura vise ao equilíbrio do interesse público de acesso a bens culturais e do interesse privado de exclusão e remuneração.

2.1.1 A natureza jurídica do direito de autor

A natureza jurídica de um direito pode ser entendida como a sua categorização e a sua classificação dentro de determinado ordenamento jurídico. É importante auferir um enquadramento aos direitos não só pela sistematização e didática, mas precipuamente pela determinação da aplicação de normas e princípios nos casos concretos.

Inicialmente, é importante destacar que o direito de autor é um ramo autônomo, sendo uma unidade inserida no ramo do direito civil, nos termos das lições de José de Oliveira Ascensão.⁵⁰

O entendimento predominante e clássico na doutrina do *droit d'auteur* é de que este é um direito *sui generis*, pois é composto por dois feixes de direitos distintos: os direitos morais e os direitos patrimoniais.

Neste sentido, assevera Carlos Alberto Bittar: “o aspecto do direito intelectual que diz respeito à tutela da obra como entidade própria, assentado em um duplo fundamento: respeito à personalidade do autor e defesa da obra considerada em si mesma como um bem, com abstração de seu criador.”⁵¹

A Lei de Direitos Autorais dispõe que pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou - em evidente alinhamento à teoria dualista francesa. Neste aspecto, aponta José Isaac Pilati:

Os Direitos Autorais são, em essência, mescla de elemento moral (pertinente à personalidade do autor), com direitos patrimoniais (poder de explorar economicamente a obra, como mercadoria), isso configura direito subjetivo de estrutura e tutela *sui generis*, a dita propriedade imaterial.⁵²

⁵⁰ Op. Cit. 1997, p. 20.

⁵¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do Direito do Autor**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 34.

⁵² PILATI, José Isaac. Direitos autorais e internet. In: ROVER, Aires José (Org.). **Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

Complementando o exposto, cabível a crítica de Sérgio Staut:

A teoria dualista geralmente é apresentada pelo discurso tradicional dos direitos autorais como sendo o último estágio do desenvolvimento doutrinário, o ápice da elaboração teórica nessa matéria. Na linha do discurso tradicional, é a que melhor explica sua natureza jurídica. Além de estar positivada na LDA, atualmente, a jurisprudência reconhece o aspecto moral dos direitos autorais.⁵³

Os direitos morais são aqueles que tutelam “a expressão do espírito criador da pessoa, como emanção da personalidade do homem na condição de autor de obra intelectual estética”, segundo Carlos Alberto Bittar.⁵⁴

Reconhece o ordenamento jurídico brasileiro os seguintes direitos morais do autor, dispostos no artigo 24 da Lei de Direitos Autorais⁵⁵: o direito de paternidade (reivindicação de autoria da obra); direito à nomeação (ter seu nome ou pseudônimo indicado como sendo o autor da obra); direito ao inédito (conservar a obra inédita); direito à integridade da obra (direito de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra); direito de modificação (o direito de modificar a obra, antes ou depois de utilizada); direito à retirada (direito de retirar a obra de circulação ou suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação ou imagem); e o direito de acesso à exemplar único (direito de acesso a exemplar único ou raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem).⁵⁶

⁵³ STAUT JUNIOR, Sergio Said. **Direitos Autorais: entre as relações sociais e as relações jurídicas**. Curitiba: Moinho de Verbo, 2006.

⁵⁴ Op. Cit. 2008, p 54.

⁵⁵ Art. 24. São direitos morais do autor: I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; III - o de conservar a obra inédita; IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra; V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada; VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado. § 1º Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV. § 2º Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público. § 3º Nos casos dos incisos V e VI, ressalvam-se as prévias indenizações a terceiros, quando couberem.

⁵⁶ Conforme Sergio Staut Junior, a importância atribuída à função dos direitos patrimoniais e de personalidade do autor é tão grande que, na linha desse discurso, se não houver proteção jurídica, aos moldes do atual modelo de regulação das idéias em sociedade, não se produz cultura. A proteção à personalidade do autor e aos possíveis frutos econômicos que sua obra possa produzir é que impulsionam a inventividade e a criatividade do autor. Salta aos olhos, nesse discurso, a valorização do indivíduo em relação à sociedade que, aliás, lhe é anterior e, por isso, lhe transmite a base para a própria atividade criativa. Op. Cit. 2006, p. 81.

No que se refere à proteção constitucional do direito moral de autor, divergência se impõe na doutrina. O enunciado que trata do assunto, art. 5º, XXVII, possui a seguinte redação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

Explícito está seu teor patrimonialista (que será abordado em próximo tópico), contudo, há omissão quanto ao direito moral. Parte da doutrina entende que a tutela se dá pelos dispositivos gerais da liberdade de expressão e dos direitos de personalidade. Outra corrente entende que houve falha do Constituinte em não tutelar o direito moral de autor e apenas seu aspecto patrimonial.

Sustenta José de Oliveira Ascensão:

Diretamente, não estão previstos os direitos morais de autor. A sua tutela basear-se-á predominantemente em razões de defesa da personalidade, que não poderão deixar de ser tidas em conta pela força supra-constitucional do princípio da tutela da dignidade humana.⁵⁷

Foi a doutrina, com destaque à Civil Constitucional, que trabalhou e se empenhou em valorizar o conteúdo personalíssimo dos direitos autorais, de modo que este prevaleça em detrimento do direito patrimonial do autor.

Invoca-se a visão de Sérgio Staut quanto ao tema:

Em relação aos direitos de personalidade do autor e ao discurso de valorização desses direitos, talvez fosse interessante discutir um pouco mais o que se entende, o que significa e qual o papel desempenhado pelo conteúdo pessoal dos direitos autorais. Além disso, verificar o que se está protegendo quando se valoriza ou se consagra um aparato jurídico estatal de proteção à personalidade/criatividade do autor.⁵⁸ [...] A leitura dos direitos autorais, sob a ótica da CF e das noções de constitucionalização e repersonalização do direito civil passa também pelo binômio direitos patrimoniais e direitos de personalidade do autor. O autor deve encontrar nos direitos autorais um espaço de liberdade para a sua atividade de criação e expressão, um espaço de realização pessoal e participação na sociedade.⁵⁹

⁵⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade**. Disponível em <http://www.oa.pt/upl/%7B10ca2eef-a374-4211-8b85-3541b0658872%7D.pdf>. Acesso em: 18 de maio de 2013.

⁵⁸ Op. Cit. 2006, p. 95

⁵⁹ Id. Ibid. p. 146.

No que se refere ao direito patrimonial, algumas explicações preliminares são necessárias. A característica principal dos bens intelectuais é que estes são economicamente não rivais e não exclusivos, ou seja, sendo um bem por sua essência livre, você não precisa pagar por ele, nem o uso dele por alguém impede outrem de fazê-lo igualmente.

O direito patrimonial cria uma escassez artificial – necessária para a economia – através da criação e outorga de um direito exclusivo. O fundamento deste direito está, portanto, na possibilidade de exclusão de terceiros da utilização pública sem autorização do autor e na exploração econômica da obra.⁶⁰

A fim de efetivar a exploração patrimonial desses direitos são necessários mecanismos que possibilitem a sua circulação. Por isso, os direitos patrimoniais de autor podem ser transferidos, total ou parcialmente, pelo autor ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por seus representantes e podem ser transferidos mediante licenciamentos, concessões, cessões e outros meios admitidos pelo direito.

O direito patrimonial de autor é tutelado constitucionalmente, conforme a transcrição supra. Ademais, a Lei de Direitos Autorais, dispõe em seu artigo 29⁶¹ extenso rol de direitos e prerrogativas do autor tais como reprodução, edição, adaptação, tradução, inclusão em fonograma ou produção audiovisual, distribuição e uso, expressar sua autorização previamente.

Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra por terceiros, em qualquer modalidade das mencionadas anteriormente. Fica claro que é possível a sua alienabilidade e transmissibilidade, considerando que este é bem móvel, ao contrário dos direitos morais.

Em resumo, cabível a síntese de Marcos Wachowicz e Danielle Annoni:

⁶¹ Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: I - a reprodução parcial ou integral; II - a edição; III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações; IV - a tradução para qualquer idioma; V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual; VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra; VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário; VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante: a) representação, recitação ou declamação; b) execução musical; c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos; d) radiodifusão sonora ou televisiva; e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva; f) sonorização ambiental; g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado; h) emprego de satélites artificiais; i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados; j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas;

IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero; X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.

Entende-se por direitos patrimoniais, o carácter vitalício e transmissíveis por sucessão hereditária ou inter vivos, bem como apresentar a forma de usar, fruir e dispor através de licença ou cessão para comercialização da obra criada tutelada pelo Direito Autoral. A legislação brasileira estabelece que os Direitos Patrimoniais do autor consiste no direito de uso, gozo e disposição do bem intelectual. Assim, poderá o autor celebrar contrato com uma editora para publicação de sua obra, de participar da comercialização da mesma.⁶²

José de Oliveira Ascensão relata que para outorgar esta proteção foi usada “uma justificação económico-social incessantemente repetida até nossos dias: toda a tutela do autor reverte em estímulo da criação intelectual. Quanto mais forte fosse essa tutela, maior seria o impulso dado à cultura”⁶³. Contudo, de acordo com James Boyle, a realidade é mais complexa que parece ser. Afirma o autor americano que há muito mais motivações para a criação autoral que não dependem do mecanismo de mercado. As pessoas criam porque procuram fama ou porque possuem criatividade que querem exteriorizar. Onde estas motivações estão presentes nós não precisamos de incentivo financeiro para criar, e o “problema” da cópia barata torna-se uma virtude.⁶⁴

Karin Grau-Kuntz, com seu rigor científico, prediz:

O direito patrimonial do autor (prerrogativas de controle de acesso à obra, insisto) funciona como uma “muralla” ao redor da obra. O autor poderá estabelecer condições para a entrada do público na área delimitada pelo muro. Aqueles que satisfazem as prerrogativas de controle de acesso, ao contato com a obra, incorporam-na ao seu intelecto. E, ao deixarem o terreno cercado, levam-na consigo, expandindo-a agora para além dos muros do controle exclusivo do autor. A partir desse momento, a obra é introduzida no fluxo incontrolável da dinâmica cultural.⁶⁵

Outro aspecto relevante que merece ser abordado é a necessidade de conciliação e equilíbrio entre o interesse privado do autor de remuneração e o interesse público de acesso aos bens culturais produzidos. Acerca do tema, transcreve-se a lição de Christiano Lacorte:

Há, portanto, o embate entre o interesse individual do autor, que detém a exclusividade sobre o uso da obra, e o interesse público da sociedade de ter acesso ao conhecimento e à cultura. Trata-se de conflitos entre interesses privados, onde o autor busca proteger sua obra para garantir a exploração econômica desta, e públicos, onde há a coletividade interessada em fruir da criação autoral. Ao conceder a exclusividade de exploração ao autor são criadas barreiras que podem ser prejudiciais à própria cultura, caso não haja equilíbrio entre esse direito concedido e às limitações a essa exclusividade. É preciso lembrar que o processo criativo é, em geral, cumulativo, ou seja, uma nova obra surge a partir de algo construído anteriormente, criações anteriores são fontes de inovação. Ampliar a proteção autoral desmedidamente, por exemplo, com a utilização de prazos protetivos muito longos, pode significar conseqüentemente a redução no acesso a obras que serviriam

⁶² 26 WACHOWICZ, Marcos; ANNONI, Daniele. **Estudo Sobre o Direito da Personalidade e a Tutela dos Direitos Autorais**. Disponível em: < http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/05_547.pdf > Acesso em: 14 de abril de 2013.

⁶³ Op. Cit. 1997, p.57.

⁶⁴ BOYLE, James. **Public Domain: Enclosing the commons of the mind**. New Heaven: Yale University Press, 2008, p. 4.

⁶⁵ Op. Cit. 2012.

de matéria-prima para novas criações e levar ao aumento do custo da inovação, chegando até o ponto de, por vezes, impedir que ela ocorra. Arrisca-se, em caso de desequilíbrio entre direitos de autor e limites a esses direitos, à redução ou até ao bloqueio da atividade criativa.⁶⁶

O direito exclusivo de exploração econômica da obra pelo detentor dos direitos patrimoniais se extingue depois de decorrido determinado período, findo o qual a obra passa a compor o acervo denominado domínio público, tema que será tratado ulteriormente.

2.1.2 A concessão da proteção autoral

O direito de autor pressupõe uma obra - não há direito de autor sem obra - e esta deve ter sido criada, necessariamente, pelo espírito humano. Consequentemente, “a obra literária ou artística pertence ao mundo da cultura. Só se capta através do espírito”⁶⁷, exigindo, portanto, que a criação seja exteriorizada, devendo ser expressa por qualquer meio ou fixada em qualquer suporte, tangível ou intangível.

Explica José de Oliveira Ascensão:

A criação do espírito, desde o início, está associada necessariamente à forma. É uma ideia formal; deverá se revestir de uma forma, que é a essência da obra.⁶⁸ [...] A obra é pois uma realidade incorpórea; a exteriorização que ela representa ainda pode ser imaterial, bastando que se revele aos sentidos. Por isso, o direito de autor sobre a obra como coisa incorpórea é independente do direito de propriedade sobre as coisas materiais que sirvam de suporte à sua fixação ou comunicação.⁶⁹

Considerando esta criação humana como pertencente ao âmbito da cultura, pressupõe-se para a proteção o contributo mínimo criativo, que é o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida por direito de autor⁷⁰ – para que seja considerada como uma criação, o patrimônio cultural deve ser enriquecido.

Sobre o tema, assevera José de Oliveira Ascensão:

Se a obra é a forma de uma criação do espírito, necessariamente haverá que exigir nesta o caráter criativo. É difícil determinar o quantum desta criação. Não podemos confundir obra com obra de qualidade: uma pornochanchada não deixa de ser uma obra protegida. Mas tem de haver um mínimo de criatividade ou originalidade, que por vezes se torna até essencial para determinar se há violação de direito de autor

⁶⁶LACORTE, Christiano Campos. **Bens públicos literários e artísticos**: a proteção autoral em face dos princípios administrativos, da função social da propriedade e dos direitos fundamentais de acesso ao conhecimento e à cultura. 2012. 186 f. Dissertação (Mestrado) - Ufsc, Florianópolis, 2012, p. 85.

⁶⁷ Op. Cit, 1997, p. 27.

⁶⁸ Id Ibid. p. 30.

⁶⁹ Id. Ibid. p. 31.

⁷⁰ Para melhor elucidação, pode-se fazer uma analogia do requisito do contributo mínimo criativo no direito de autor com o requisito da inventividade, no seio das patentes.

preexistente. Se não há criatividade na expressão, mínima que seja, não há obra literária.⁷¹

Logo, todo direito de autor é necessariamente direito da cultura. A componente cultural tem que estar presente, sendo inadmissível o atendimento somente de preocupações de corporações ou até mesmo egocêntricas.

Parte da doutrina sustenta também que deve haver originalidade na obra para sua proteção. Este requisito não deve ser entendido como “novidade absoluta”, mas sim como elemento capaz de diferenciar a obra daquele autor das demais, sendo despiciente a verificação do valor e o mérito da obra.⁷²

Conforme a doutrina de Ascensão, o direito de autor tutela a criação do espírito no que respeita à forma de expressão, porém isto não acontece quando a obra se situa no limite do óbvio. Não teria sentido outorgar um exclusivo em contrapartida de uma “criação” que representa a mera aplicação de ideias comuns. Ademais, não há tutela da obra quando sua expressão é a única via de manifestar a ideia⁷³.

A Lei de Direitos Autorais traz um rol meramente exemplificativo acerca das obras que são protegidas por direito de autor⁷⁴, ou não⁷⁵. Todavia, esta outorga não é perpétua, em regra geral, os direitos autorais patrimoniais são limitados a 70 anos contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente à morte do autor. No caso, contudo, de obras audiovisuais e fotográfica, o início do cômputo se dá a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da divulgação da obra.

⁷¹ Id. Ibid. p. 50.

⁷² PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO JUNIOR, Sergio. **Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 24.

⁷³ Op. Cit. 1997, p. 39.

⁷⁴ Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas; II - as conferências, aloçções, sermões e outras obras da mesma natureza; III - as obras dramáticas e dramático-musicais; IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma; V - as composições musicais, tenham ou não letra; VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas; VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia; VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética; IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza; X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência; XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova; XII - os programas de computador; XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

⁷⁵ Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: I - as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais; II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios; III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções; IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais; V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas; VI - os nomes e títulos isolados; VII - o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras.

Disserta acerca do prazo de proteção Christiano Lacorte:

Na definição de prazos de proteção, deve estar a frente a premissa que norteia a concessão de um direito de exploração exclusivo concedido ao autor: o de servir de estímulo à criação. A ocorrência dessa premissa é essencial para um sistema autoral equilibrado, e necessário para a promoção efetiva da cultura. Os prazos de proteção representam um ponto crucial no que se refere a estabelecer o equilíbrio de interesses que compõem o contexto do sistema autoral. [...] Assim, a lei busca equilibrar interesses de elementos tão distintos como a sociedade, criadores, investidores, usuários e órgãos de gestão coletiva. O prazo de proteção dos direitos patrimoniais é peça chave para que essa balança penda para um lado ou para outro⁷⁶.

O que ocorre, normalmente, é a apropriação desses direitos pelas empresas intermediárias da indústria do entretenimento, que usa o discurso tradicional dos direitos autorais para proteger seus investimentos econômicos, desequilibrando a balança existente entre o interesse público e o interesse privado.

Findo o prazo de proteção, a obra passa a compor o acervo denominado domínio público; a partir desse momento não há a necessidade de autorização prévia e expressa de um titular para utilização da obra, inclusive comercialmente.

2.1.3 As funções do direito de autor

Tutela do autor e forma de incentivo à criação: esta é a justificação tradicional e clássica do direito de autor⁷⁷. Só deve entrar, então, no domínio do direito de autor quando o objeto for uma verdadeira obra literária ou artística.

José de Oliveira Ascensão assevera:

A tutela da criação literária e artística faz-se basicamente pela outorga de um exclusivo. A atividade de exploração econômica da obra, que de outro modo seria livre, passa a ficar reservada para o titular. Deste modo se visa compensar o autor pelo contributo criativo trazido à sociedade. Por isso esta aceita o ônus que representa a imposição do exclusivo. Todo o direito intelectual é assim acompanhado da consequência. A tutela da criação literária e artística faz-se basicamente pela outorga de um exclusivo. Deste modo se visa compensar o autor pelo contributo criativo trazido à sociedade. Por isso esta aceita o ônus que representa a imposição do exclusivo.⁷⁸

Com base na obra de Guilherme Carboni⁷⁹, depreende-se que o direito de autor possui funções econômicas, políticas e sociais. Cumpre a sua função econômica ao permitir a

⁷⁶ Op. Cit. 2008, p. 83

⁷⁷ O direito de autor não deve ser encarado como um recurso de repressão à imitação, este poderá ser feito com outros recursos do direito, tal qual a concorrência desleal.

⁷⁸ Op. Cit. 1997, p. 3

⁷⁹ CARBONI, Guilherme. **Função Social do Direito de Autor**. Curitiba: Juruá, 2006.

apropriação da informação, enquanto mercadoria, por meio da concessão de um direito de uso exclusivo, garantindo ao titular poder de barganha na sua comercialização⁸⁰.

No que se refere à função política, cumpre a função de ser um instrumento e uma garantia da possibilidade de um maior número possível de pessoas participar do processo cultural na qualidade de criadores, a estrutura do sistema do direito de autor tem de ser construída de forma a incentivar e não inibir este processo.

Concernente às funções sociais, cumpre a função garantir a identificação do autor de uma determinada obra ou informação, em um ambiente de liberdade de expressão e democrático, visando não só ao interesse privado, mas também ao coletivo; a promoção e o desenvolvimento técnico e cultural, ressaltando-se o interesse público e considerando o objeto e o tempo da proteção autoral.

Sobre o tema, indispensável a doutrina de Allan Rocha de Souza:

Entre os diversos interesses que devem ser coordenados podem-se apontar como essenciais os seguintes: o interesse geral, pelo qual o direito de autor destina-se a servir para o desenvolvimento cultural, que também é educacional; o interesse dos consumidores, a quem afinal não cabe apenas o papel de absorver passivamente os postulados dos titulares; o interesse empresarial, que consubstancia na equação entre investimento, risco, tempo e lucro, devendo ser diretamente admitido, e não travestido como interesse do criador; os interesses das entidades de gestão coletiva, que são diversos de seus representados, ainda mais quando sua adesão é forçosa; o interesse de prestadores de atividades culturais, que são os titulares dos direitos conexos, e inclui todos os casos de prestações relevantes na coordenação, utilização e exploração dos bens intelectuais; e os interesses do criador intelectual, que será valorizado quando estiverem claramente todos os interesses expostos, lucrando o autor com o afastamento de interesses alheios fazendo passar por de autores, permitindo o ultrapassar da situação de menoridade onde se encontra como pessoa de quem se fala e por quem se fala, e raramente sendo a pessoa que fala.⁸¹

Nenhum direito é absoluto. Ainda com base na doutrina de Guilherme Carboni, sua relativização se dá por restrições intrínsecas, próprias à sua natureza e restrições extrínsecas, enquanto a convivência com outros direitos. Tais restrições visam justamente ao cumprimento da sua função social, econômica e política, em atenção à tentativa de balancear o interesse público e o interesse privado. Os direitos exclusivos foram criados tendo em vista um interesse social e não se pode ignorar a função social que os justificam.

As restrições intrínsecas são aquelas que pertencem à própria natureza do direito de autor. Ambas já foram aqui estudadas: os requisitos de proteção de uma obra – o que pode ser tutelado pelo direito de autor, ou não – e o seu lapso de duração.

⁸⁰ Ressalta o autor: “A exarcebação da apropriação privada da informação pelo direito de autor, sem uma ampliação de seus limites e sem o direcionamento desse direito ao atendimento da sua função social, pode levar a uma redução das experiências culturais, tornando os recursos culturais artificialmente escassos, tal qual ocorre com os recursos naturais.

⁸¹ SOUZA, Allan Rocha de. **Função social dos direitos autorais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 269.

No que diz respeito às restrições extrínsecas, de suma importância são as “limitações de direito de autor” que são as hipóteses nas quais, por força de regra especial, as utilizações que a princípio dependeriam da autorização do autor, portanto vedadas, passam a ser livres⁸².

Considerando a Lei de Direitos Autorais, as limitações pelo interesse público previstas são: o direito à reprodução de notícia; o direito de imagem; o direito dos deficientes visuais; o direito à reprodução de pequenos trechos; o direito de citação de passagens para fins de estudo, crítica ou polêmica; o direito ao aprendizado; o direito de demonstração da obra à clientela; o direito à representação teatral e à execução musical em domicílio e para fins didáticos; o direito de produzir prova judiciária ou administrativa; o direito de reproduzir trechos de obras preexistentes em obra maior; o direito à paráfrase e à paródia; e o direito de reprodução de obras situadas logradouros públicos. Como se vê, cada uma destas hipóteses é justificada por um direito diverso, que suprime o direito individual em prol do interesse social, como por exemplo, o direito à educação ou o direito de deficientes visuais⁸³.

Além destas limitações, Guilherme Carboni, cita os casos mais comuns de restrições ao direito de autor: da função social da propriedade; a função social dos contratos do direito de autor; o abuso do direito de autor.

Vale lembrar ainda que o direito de autor, como qualquer outro direito, sofre restrição pela convivência, nem sempre harmônica, com outros direitos fundamentais constitucionais, notadamente: a liberdade de expressão, o direito de livre acesso à informação e à cultura; e o direito ao desenvolvimento tecnológico.

2.2 A PROTEÇÃO DAS OBRAS FOTOGRÁFICAS PELA LEI DE DIREITOS AUTORAIS

Considerando o caso que será aqui estudado, é oportuno realizar elucidações acerca da proteção específica às fotografias outorgadas pela Lei de Direito Autoral, bem como as fotografias em si.

⁸² José de Oliveira Ascensão sustenta que frequentemente é usado o termo de “limitações ao direito de autor” para tudo aquilo que impede que o direito de autor tenha caráter absoluto. Defende o autor que não tem sentido considerar limites ao direito de autor as regras que fixam a sua duração, por exemplo, pois este é intrinsecamente temporário; a regra relativa à duração é uma regra sobre atribuição, não uma restrição ao direito. “Também não é de imputar a um capítulo de limites ou restrições ao direito de autor a própria existência de obras não protegidas”. Op. Cit. 1997, p. 91.

⁸³ Importante documento internacional foi assinado recentemente, o Tratado de Marrakech, que visa garantir o direito de acesso de pessoas com deficiência visual, total ou parcial, às obras publicadas, por meio da limitação aos direitos autorais. O texto do tratado está disponível em: <http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=241683>. Acesso em: 30 de junho de 2013.

2.2.1 A obra fotográfica

Fotografia é a técnica de criação de imagens por meio de exposição luminosa, fixando-as em uma superfície sensível. Segundo Ricardo Crisafulli Rodrigues a fotografia pode ser conceituada como:

uma combinação de luzes, penumbras e sombras que, em frações de segundos, se transforma num elemento visível e interpretável. Protagonista de incontáveis feitos científicos, artísticos, religiosos, psicológicos e afetivos do homem, é utilizada para captar, emocional, documental e plasticamente, a rotina de sociedades de origens e histórias diversas.⁸⁴

Conforme o autor supramencionado, a fotografia é cópia de um referente, ou seja, de algo ou de alguém reproduzido como imagem. No mundo da representação fotográfica, o referente é uma primeira realidade, e a imagem é uma segunda realidade. Contudo, o aquele é efêmero, enquanto este pode existir por muito tempo. Ademais, a imagem fotográfica é polissêmica por natureza, passível de inúmeros significados dentro do contexto em que está inserida.⁸⁵

De acordo com Boris Kasso⁸⁶, com o surgimento da fotografia, iniciou-se um novo processo de conhecimento do mundo, com mais detalhes, fragmentário em termos visuais. Ela passa a exercer papel fundamental enquanto possibilidade inovadora de informação conhecimento, instrumento de apoio à pesquisa nos diferentes campos da ciência e também como forma de expressão artística.

Explana o autor em questão:

Toda fotografia é um resíduo do passado. O objeto nos oferece indícios quanto aos elementos constitutivos (assunto, fotógrafo e tecnologia) que lhe deram origem, por outro o registro visual nele contido reúne um inventário de informações acerca daquele preciso fragmento de espaço/tempo retratado. O artefato fotográfico, através de sua matéria e de sua expressão, constitui fonte histórica.

Assim, cientistas de diversas áreas do conhecimento, encaram-nas como documentos e instrumento de pesquisa, prestando-se à descoberta, à análise e interpretação da vida histórica. É uma possibilidade de investigação e descoberta que promete frutos na medida em que se tenta sistematizar suas informações, estabelecer metodologias adequadas de pesquisa e análise.⁸⁷

⁸⁴ RODRIGUES, Ricardo Crisafulli. **Análise e tematização da imagem fotográfica**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ci/v36n3/v36n3a08.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2013.

⁸⁵ Id. Ibid..

⁸⁶ KASSOY, Boris. **História e Fotografia**. 2. ed. São Paulo: Ateliê Editorial, 2001.p. 25 - 26

⁸⁷ Id. Ibid., p. 52 – 54.

Comenta Boris Kassoy:

As fotografias representarão sempre um meio de informação, um meio de conhecimento e conterão sempre seu valor documental iconográfico. Isso não implica, no entanto, que essas imagens sejam despidas de valores estéticos. Toda fotografia é um testemunho segundo um filtro cultural, ao mesmo tempo que é uma criação a partir de um visível fotográfico. Toda fotografia representa o testemunho de uma criação. Por outro lado, ela representará sempre a criação de um testemunho.⁸⁸

Nesta senda, preleciona Rosane de Andrade:

Foi atribuído à fotografia o peso de expressar o real, sendo a foto vista como uma espécie de prova, necessária e suficiente, que atesta a existência daquilo que é visto. Classificada por alguns ora como um simples instrumento de uma memória documental do real, ora como pura criação imaginária, a fotografia assume o papel de auxiliar a memória.⁸⁹

É evidente que decorrente do progresso tecnológico, houve uma crescente veiculação de imagens nos meios de comunicação, nascendo e intensificando então a necessidade de proteção da imagem.

Feitas as breves explanações acerca de alguns aspectos da obra fotográfica, veremos como é a proteção legal deste meio de expressão.

2.2.2 A proteção outorgada às obras fotográficas

A Convenção de Berna trata das obras fotográficas em alguns momentos ao longo de seu texto. No artigo 2, parágrafo 1, dispõe que estão abrangidas pelo termo “obras literárias e artísticas”, justamente “as obras fotográficas e as expressas por processos análogos a da fotografia” .

Sua disciplina aparece também no artigo 7, parágrafo 2:

Os países da União reservam-se, nas suas legislações nacionais, a faculdade de regular a duração da proteção das obras fotográficas e das obras de arte aplicadas protegidas como obras artísticas; entretanto, a referida duração não poderá ser inferior a um período de vinte e cinco anos contados da realização da referida obra.

Ademais, o artigo 10 bis, parágrafo 2, dispõe:

Os países da União reservam-se igualmente a faculdade de regular nas suas legislações as condições nas quais, por ocasião de relatos de acontecimentos da atualidade por meio de fotografia, cinematografia ou transmissão por fio ao público, as obras literárias e artísticas, vistas ou ouvidas no decurso do acontecimento podem, na medida justificada pela finalidade de informação a atingir, ser reproduzidas e tornadas acessíveis ao público.

⁸⁸ Id. Ibid., p. 45.

⁸⁹ ANDRADE, Rosane de. **Fotografia e Antropologia**. São Paulo: Estação Liberdade; Educ, 2002, p. 38.

Em respeito ao Tratado Internacional, o ordenamento jurídico brasileiro oferece, como já visto, um rol das obras as quais são protegidas no art. 7º da Lei de Direitos Autorais. Neste dispositivo, expresso está a previsão de tutela das obras fotográficas:

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia.

Contudo, a despeito de haver esta previsão normativa tanto no plano internacional quanto interno, a doutrina diverge quanto ao âmbito de sua proteção. Existe uma corrente que considera que toda fotografia a uma obra artística, enquanto outra, opostamente, considera que a fotografia nunca é obra artística. Existe ainda uma terceira que defende que apenas algumas fotografias seriam protegidas e outras não – com base no cumprimento dos requisitos de criatividade e originalidade.⁹⁰

O âmago da discussão está na identificação da fotografia como arte ou como técnica. Aos que entendem que fotografia é produzida meramente por meio mecânico, estaria neste caso excluído do âmbito da arte.

Este entendimento foi predominante por muito tempo e por isso a fotografia foi aos poucos adentrando à proteção autoral. Por corolário, recebeu tutela diminuta - quando comparado às outras obras - considerando o início da contagem de prazo de proteção concedido. Pela Convenção de Berna, o mínimo previsto é o de 25 anos contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente à divulgação da obra e não post mortem do autor, como a maioria das obras. No Brasil, a proteção concedida vai muito além deste mínimo, chegando aos 70 anos após a divulgação.

Acerca do tema, obtempera José de Oliveira Ascensão:

De fato, podem-se dar exemplos de fotografias que não são certamente obras artísticas. As fotografias destinadas a documentos de identidade, produzidas por máquinas automáticas, não são obras artísticas. Mais categoricamente ainda, podemos imaginar uma câmera assestada sobre uma rua, que automaticamente tira dela fotografia a intervalos regulares. Não já aqui ato humano na operação. Há uma verdadeira fotografia, mas nunca pode haver obra artística. Tal como as fotografias enviadas por satélites. Também não devem alcançar a proteção do direito de autor as fotografias meramente técnicas, em que se procura uma reprodução tal qual de certo objetivo, sem a menor preocupação artística.⁹¹

No Brasil, houve uma tendência expansiva: protege-se a fotografia, e deixa-se em segundo plano a exigência da criação artística.⁹²

⁹⁰ Op. Cit. 1997, p. 418.

⁹¹ Op. Cit. 1997, p. 419.

⁹² Id. Ibid., p. 420.

A antiga Lei de Direitos Autorais, Lei 5.988/78, em seu art. 6º, VII, dispunha:

Art. 6º São obras intelectuais as criações do espírito, de qualquer modo exteriorizadas, tais como:

VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia, desde que, pela escolha de seu objeto e pelas condições de sua execução, possam ser consideradas criação artística;

Ou seja, era imprescindível para a proteção da obra, o seu caráter artístico. A Lei atual, conforme visto, não cita este requisito, protegendo de modo amplo as fotografias. Mas esta tendência expansiva propicia exageros. É necessário reconhecer que, quando aplicado o requisito do contributo mínimo criativo, há fotografias que não cabem nos quadros do direito de autor.

Retoma-se a questão suscitada anteriormente acerca da criatividade para a proteção das obras, sendo oportuno os ensinamentos de Sérgio Staut:

O fundamento dos direitos autorais, em sua versão tradicional, é a criação. Só há direito autoral se houver criação. A atividade intelectual tutelada pelo direito autoral é aquela que implica a existência de um mínimo de criatividade e originalidade. Sem emprego da criatividade e, para alguns autores, de originalidade, não há a tutela do direito autoral. O problema, entretanto, é diferenciar o que é uma criação do que não é e verificar se determinada expressão intelectual possui ou não um mínimo de originalidade e criatividade.^{93 94}

Retomando o texto legal, a expressão “processos análogos”, que aparece tanto na Lei de Direitos Autorais e na Convenção de Berna, refere-se às imagens transmitidas pela televisão, incluindo as transmissões ao vivo, de acordo com o magistério de José de Oliveira Ascensão.⁹⁵

Especificamente, a Lei de Direitos Autorais trata da utilização da obra fotográfica, em seu capítulo IV, em dispositivo normativo único:

Art. 79. O autor de obra fotográfica tem direito a reproduzi-la e colocá-la à venda, observadas as restrições à exposição, reprodução e venda de retratos, e sem prejuízo dos direitos de autor sobre a obra fotografada, se de artes plásticas protegidas.

§ 1º A fotografia, quando utilizada por terceiros, indicará de forma legível o nome do seu autor.

§ 2º É vedada a reprodução de obra fotográfica que não esteja em absoluta consonância com o original, salvo prévia autorização do autor.

Acerca desta norma, merecem ser transcritos os comentários de José de Oliveira Ascensão:

O fato de a lei ter especificado estes suscita necessariamente um problema maior: o de saber se a enumeração é taxativa ou meramente exemplificativa. Quer dizer, devemos apurar se o autor da obra fotográfica só tem estes direitos, ou tem todos os

⁹³ Op. Cit. 2006, p. 74.

⁹⁴ Considerando a brevidade do trabalho, este é um tema que a despeito de ser de interesse da ora autora, não poderá ser aprofundado.

⁹⁵ Op. Cit. 1997, p. 421.

que genericamente são atributos aos autores. Não é mero fato de a lei enunciar especificamente faculdades que são atribuídas ao titular do direito sobre a fotografia que induz à exclusão dos poderes gerais do autor: de outra maneira estaríamos raciocinando a contrario, portanto, de modo vicioso. Mas é importante considerar a evolução histórica que levou a que a fotografia só muito lentamente fosse acolhida no terreno do direito de autor. [...] No § 2º aflora o direito de integridade à obra. Não parece, porém que não se apliquem as restrições gerais recaírem sobre este direito à integridade da obra e não as restantes faculdades pessoais.⁹⁶

Feitas as considerações acerca da proteção da obra fotográfica, a próxima análise a ser feita trata da entrada das obras em domínio público, após o decurso do interregno de proteção.

2.3 DOMÍNIO PÚBLICO

O domínio público foi citado detidamente no presente trabalho algumas vezes, contudo, considerando a importância de uma análise profunda para este trabalho, destinou-se um tópico próprio para a explanação do assunto, no que concerne a sua história, estrutura e função.

2.3.1 A “criação” do domínio público

Com base na obra de Lawrence Lessig⁹⁷, expõe-se a síntese do que o autor descreve como a “história da ‘criação’ domínio público”. Conforme narrado em tópico anterior, a proteção das obras se iniciou com a outorga pelo Estado aos livros mediante um “direito de cópia”. Contudo, este enquanto direito de monopólio, era naturalmente tido como um direito que demandava limites a serem delineados.

Foi por muito tempo aceitável e convincente o argumento absolutista acerca da propriedade em geral de que “a propriedade é minha e eu deveria mantê-la para sempre”. Todavia, no campo dos direitos intelectuais, em que não há uma propriedade real, mas sim um monopólio, um direito exclusivo, não era visto com bons olhos a alegação que “o monopólio é meu e eu deveria mantê-lo para sempre”

O Estado sabia deveria proteger um direito exclusivo somente enquanto isso trouxesse benefícios não só ao indivíduo, mas também à sociedade. O parlamento inglês, ao perceber os perigos existentes no favorecimento a interesses específicos dos livreiros e sob uma condição de perpetuidade do monopólio, aprovou uma lei para restringir direitos.

⁹⁶ Id. Ibid. p. 421 – 422.

⁹⁷ LESSIG, Lawrence. **Cultura livre**: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade. São Paulo: Trama, 2005, p. 105 – 109.

Os livreiros à época mantinham a condição de monopólio do *copyright*, com altos índices lucrativos. Já se sustentava que o poder exercido por eles sobre a edição de livro, e conseqüentemente a disseminação do conhecimento, estava sendo prejudicial. Os principais críticos se filiavam a corrente iluminista, que à época, ganhava espaço e ensinava a importância da educação, defendia-se que o conhecimento deveria ser livre e tais interesses comerciais estavam interferindo na difusão deste.

Para equilibrar esse poder, em 1710, o parlamento decidiu fomentar a competição entre os livreiros, e a maneira mais simples de fazê-lo era espalhando a riqueza intrínsecas aos livros. O parlamento, assim, limitou o termo de *copyright* e assegurou que as referidas obras se tornassem acessíveis a qualquer editor depois de um prazo. Logo, o advento do “contrato” de 21 anos para obras preexistentes foi um compromisso de luta contra o poder dos livreiros. Esse limite foi uma maneira indireta de garantir não só a competição entre os livreiros, mas também a produção e a propagação da cultura.

Em outras palavras, a estratégia do parlamento foi oferecer um termo para obras existentes que fosse longo o suficiente para comprar a paz com os livreiros, mas curto o suficiente para garantir que a cultura passaria à competição dentro de um período razoável de tempo – à época, reitera-se, 21 anos.

Findo o íterim de proteção estabelecido, em 1731, os livreiros ignoraram o disposto no Estatuto de Anne e continuaram a defender seu monopólio. A pressão sobre o parlamento aumentou para a dilatação do prazo.

O parlamento, contudo, rejeitou a demanda, justificando com palavras que valem transcrever:

Eu não vejo nenhum motivo para conceder um termo mais longo agora, a não ser para criar o precedente de concedê-lo sucessivamente, toda vez que o antigo expirar; dessa forma, se esse projeto fosse aprovado, teria como efeito o estabelecimento de um monopólio perpétuo, algo digno de ódio aos olhos da lei; seria um enorme obstáculo ao mercado, um desestímulo ao aprendizado. O projeto não só não traria nenhum benefício aos autores, como ainda criaria uma taxa geral ao público; e tudo isso apenas para aumentar o ganho privado dos livreiros.⁹⁸

Os livreiros, então, compraram briga nos Tribunais, defendendo que a *common law* se sobreporia ao Estatuto de Anne. Apesar de lograr êxito nas instâncias primeiras, a Câmara dos Lordes (Câmara Alta do Parlamento Britânico), em 1774, rejeitou por maioria a tese do *copyright* perpétuo. A partir de então que efetivamente o domínio público começou a ser entendido e estruturado, como ainda é hoje.

⁹⁸ Id. Ibid p. 106

Mudando o eixo da história, nos Estados Unidos, em 1790, foi editada a primeira lei de *copyright* neste país⁹⁹. Algumas prorrogações foram feitas no decorrer do século XIX, contudo, foi em meados do século XX que as dilatações mais significativas aconteceram, conforme explica Lawrence Lessig:

No começo de 1962, o Congresso deu início a uma prática que passou a definir exclusivamente a lei de *copyright*. O Congresso ampliou os contratos de *copyright* existentes 11 vezes nos últimos 40 anos; por duas vezes nesses 40 anos, ampliou os contratos de futuros *copyrights*. Inicialmente, as expansões para os contratos de *copyrights* existentes eram curtas – um ou dois anos apenas. Em 1976, o Congresso prolongou todos os *copyrights* existentes por 19 anos. E, em 1998, no Ato Sonny Bono de Extensão de Contrato de *Copyright*, o Congresso prolongou os contratos de *copyright* existentes e futuros por 20 anos.¹⁰⁰

Colaciona-se a crítica de Christiano Lacorte:

Prazos muito longos interessam a quem já tem seu modelo de negócio estabelecido, porém afetam o interesse da coletividade, uma vez que esses prazos podem ter reflexos danosos para o domínio público, como obras que se perdem no tempo ou mesmo a dificuldade de se estabelecer se determinado trabalho faz parte ou não do domínio público.¹⁰¹

Tais ampliações sempre tiveram por objetivo a anulação do domínio público, do uso livre das obras, por conta do interesse patrimonial privado dos antigos intermediários, que compõem a indústria cultural. Frente a este panorama de alargamento da proteção temporal, é praticamente impossível assegurar quando (ou se) uma obra criada hoje vai passar ao domínio público.

2.3.2 Conceito e Função

Destarte, vale a ressalva de que o domínio público ora tratado não se confunde com o regime e classificação de bens públicos utilizado no direito administrativo.

O domínio público, observando a doutrina tradicional e clássica, pode ser conceituado como o conjunto de obras nas quais não mais incide a proteção patrimonial do direito de autor, e que, em virtude disto, o seu uso é totalmente livre, independente de autorização ou pagamento.^{102 103}

⁹⁹ A primeira sistemática de proteção nos EUA era de 14 anos, os quais poderiam ser prorrogados por igual período, a requerimento do autor. Segundo Lessig essa estrutura ainda faria sentido hoje em dia. A maior parte do trabalho criativo tem uma vida comercial real de apenas uns poucos anos. A maioria dos livros pára de ser editado depois do primeiro ano

¹⁰⁰ Id. *Ibid* p. 147.

¹⁰¹ Op. Cit. 2012, p. 85.

¹⁰² The public domain is generally defined as encompassing intellectual elements that are not protected by copyright or whose protection has lapsed, due to the expiration of the duration for protection.

Conforme Sérgio Branco Junior, “o domínio público para o direito autoral significa o conjunto de bens que não mais têm seus aspectos patrimoniais, nem parte dos morais, submetidos ao monopólio legal.”¹⁰⁴¹⁰⁵

As obras pelas quais se encontram em domínio público podem ser usadas livremente, ou seja, serem copiadas, reeditadas, transformadas, traduzidas, adaptadas etc., sem que seja necessário obter autorização de titulares e até mesmo podem ser utilizadas para fins comerciais.

De acordo com Séverine Dusollier:

The main result of the lack or expiration of copyright in an element of the public domain is the absence of any exclusivity in the use of such element. Public domain material is said to be free for all to use. In other words, no one can control or prevent its reproduction, public communication or any other use that would be in the realm of the copyright prerogatives. Any regime applied to the public domain should ensure such free use. Yet, the ‘public domainness’ does not guarantee as such a freedom to access to the resources it contains. Access to a public domain work will depend on many factors.¹⁰⁶

Em observação ao ordenamento jurídico brasileiro, as obras entram em domínio público pelo decurso do tempo do direito patrimonial de autor; pelo falecimento do autor sem deixar herdeiros; pela obra ser de autoria desconhecida; pela obra publicada em países que não participem de tratados a que tenha aderido o Brasil, e que não confirmam aos autores de obras aqui publicadas o mesmo tratamento que dispensam aos autores sob sua jurisdição; e quando o próprio autor, por disposição própria disponibiliza sua obra ao domínio público.¹⁰⁷

De acordo com o prof. José de Oliveira Ascensão, o "domínio público em relação à obra não representa nenhum domínio ou propriedade, mas simplesmente uma liberdade do público"¹⁰⁸, ou seja, a partir do momento que se finda a proteção patrimonial da obra

¹⁰³ Há ainda um outro conceito mais amplo: This extension of the concept of the public domain so as to include any resource, whose use would be unencumbered by exclusivity, has also been conveyed by a change of vocabulary. The terminology of “commons”, “intellectual commons” or “open content” has started to substitute for the terms of “public domain” so as to insist on the open or free use of public domain materials and on the collective and shared nature of such use.

¹⁰⁴ BRANCO JUNIOR, Sergio. **O Domínio Público no Direito Autoral Brasileiro: Uma Obra em Domínio Público**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, p. 55.

¹⁰⁵ De acordo com José de Oliveira Ascensão: a expressão “domínio público”, embora tradicionalmente utilizada, é má, pois cria a confusão com o regime particular de certos bens de entes públicos, também tradicionalmente chamado domínio público. Aliás, o domínio público em relação à obra não representa nenhum domínio ou propriedade, mas simplesmente uma liberdade do público. Op. Cit. 1997, p. 79.

¹⁰⁶ DUSOLLIER, Severine. **Scoping study on copyright and related rights and the public domain**. Disponível em: < http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/cdip_4/cdip_4_3_rev_study_inf_1.pdf > Acesso em: 20 de maio de 2013.

¹⁰⁷ Hipótese esta tratada e colocada em prática por Sérgio Branco Junior, em sua tese de doutoramento, posteriormente publicada como livro: “O domínio público no direito autoral brasileiro – Uma Obra em Domínio Público”.

¹⁰⁸ Op. Cit. 1997, p. 353.

mediante o direito autoral, seu uso é livre, pois não há mais um titular exclusivo - o titular da obra caída em domínio público é a própria coletividade.

A coletividade é usuária passiva dos bens culturais existentes no domínio público, no sentido que os consome e os usufrui da maneira que lhe convier. Outrossim, é também usuária ativa no sentido de que o domínio público oferece a matéria-prima para a criação de novos bens culturais (afinal, toda criação é uma derivação), potencializando a atividade criativa da coletividade e oportunizando que seja também autora.

Nesta senda, Sérgio Branco preleciona:

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. A discussão acerca da proteção conferida aos direitos autorais abrange inevitavelmente tratar da estrutura e da função jurídica do domínio público. Adicionalmente, podemos encarar o domínio público como elemento importante na construção da educação e do acesso ao conhecimento.¹⁰⁹

Enquanto sinônimo de liberdade, o domínio público é a situação normal da obra intelectual, é a regra; o direito de exclusivo é a exceção, porquanto toda restrição à liberdade deve ser justificada. Conforme José de Oliveira Ascensão:

O domínio público não se justifica por ser o cemitério das obras que perderam interesse. Muito pelo contrário. O domínio público é a situação normal da obra intelectual. É o espaço de diálogo social livre. Traduz que a obra, que só em comunidade foi produzida, tem o seu destino natural na disponibilização ao uso por essa comunidade. Entendido assim, não é o domínio público que terá de se justificar: é, pelo contrário, o exclusivo, como exceção a essa comunicação livre em comunidade, que tem de demonstrar a sua fundamentação”¹¹⁰¹¹¹

¹⁰⁹ Id. Ibid. p. 57.

¹¹⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. **A questão do domínio público. Estudos de Direito de Autor e Interesse Público** – Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, Fundação Boiteaux (2008), disponível em: http://www.direitoautoral.ufsc.br/arquivos/anais_na_integra.pdf

¹¹¹ Neste sentido está disposto o texto do Manifesto do Domínio Público, confeccionado no âmbito da Communia, rede temática da União Européia sobre Domínio Público, em que a máxima “o domínio público é a regra; a proteção dos direitos autorais é a exceção” é tida como um dos princípios essenciais para a compreensão e garantia do domínio público. Expõe o texto que “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”. Disponível em: <http://publicdomainmanifesto.org/sites/www2.publicdomainmanifesto.org/files/Public_Domain_Manifesto_po.rtf>. Acesso em: 3 de maio de 2013.

Na mesma linha, sustenta James Boyle: “The baseline – intellectual property rights are the exception rather than the norm; ideas and fact must always remain in the public domain – is still supposed to be our starting point. It is, however, under attack”.¹¹²

Diante da construção artificial autoral e de prazos de proteção cada vez mais extensos – outrossim, da existência de movimentos que defendem até o direito de autor perpétuo – caso não fosse a garantia e a existência ainda do domínio público, a oferta de acesso aos bens culturais seria ínfima, além de que as criações de obras derivadas seriam inviáveis.

Suscita James Boyle que, após o primeiro movimento de “enclausuramento” das terras enquanto propriedade privada, estaríamos vivendo atualmente um segundo enclausuramento, mas dos bens intelectuais. Justifica o autor a assertiva considerando que ao passo que prazos de proteção possuem um mínimo de cinquenta anos e atingem até cem anos, após a morte do autor, vemos toda a criação cultural do século XX ser aprisionada em direitos exclusivos.¹¹³

Como brilhantemente observou Denis Borges Barbosa, “o domínio público, espaço real e mítico passa a ser a terra prometida e os campos elísios da Era da Informação.”¹¹⁴

Não obstante hoje inegavelmente haja uma produção em grande escala de bens culturais devido às novas tecnologias e à internet, a alimentação do domínio público é e será cada vez menor, porque com a extensão de prazos, este dia parece que nunca vai chegar.

Com o passar dos anos, teremos uma proporção muito maior de bens protegidos que bens livres, atravancando a criação e produção destes bens. O sistema, então, logo entrará em colapso – quase tudo estará protegido.

Mister estudar a importância do fomento e preservação do domínio público, afinal, como assevera James Boyle este não é um resíduo deixado para trás quando todas as coisas boas já foram tomadas pelo direito exclusivo: o domínio público compõe a estrutura que suporta a construção da nossa cultura. Ele é, de fato, boa parte da nossa cultura. Ou ao menos costumava ser.¹¹⁵

Conforme este autor os direitos, que seriam supostamente limitados no tempo com o escopo de haver monopólio mínimo necessário para estimular a produção, tornaram-se meio de perpetuação de corporações, restringindo próximas gerações de criadores ao invés de

¹¹² Op. Cit. 2008, p. 49.

¹¹³ Id. Ibid. p. 49.

¹¹⁴ BARBOSA, Denis Borges. Domínio Público e Patrimônio Cultural. Disponível em <<http://www.denisbarbosa.addr.com/bruno.pdf>> Acesso em: 4 de maio de 2013.

¹¹⁵ Op. Cit. 2008, p.41.

estimulá-los. Conforme suas palavras: “The system that was supposed to harness the genius of both the market and democracy sometimes subverts both.”¹¹⁶

O objetivo do sistema sempre foi outorgar o monopólio apenas pelo tempo necessário para promover incentivo. Depois disto, a obra viria ao domínio público onde todos podem usar, transformar, adaptar, construir e republicar como bem entender. Porém, são necessários prazos tão longos? O autor defende que para a maioria das obras, os titulares esperam receber todo o dinheiro que planejam recuperar do trabalho em cinco a dez anos de direitos exclusivos. O resto do termo do tempo de direito autoral é como um bilhete de loteria, no caso da obra dar algum retorno.¹¹⁷

Conforme os ensinamentos de Sérgio Branco Junior:

A instituição de um 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. 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. Quanto mais amplo o domínio público maior a garantia de acesso a obras intelectuais por parte da sociedade. Além disso, maior será também a possibilidade de criação de novas obras a partir de obras alheias, independentemente de autorização prévia e expressa para esse fim.¹¹⁸

A promoção deste domínio público é essencial para o desenvolvimento social, principalmente nas áreas de educação, ciência, patrimônio cultural e de informação do setor público. Um domínio público fortalecido é um dos meios para assegurar os princípios do artigo 27 da Declaração Universal dos Direitos Humanos que dispõe que “todos tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar no progresso científico e de seus benefícios.”

É neste sentido que ensina Allan Rocha de Souza, de que “a livre participação e o pleno exercício dos direitos culturais só se realizam com o acesso às fontes e ao patrimônio cultural e a possibilidade concreta de fruição dos bens culturais.”¹¹⁹

Acerca das funções do domínio público, disserta com precisão Severine Dusollier:

One of the functions of the public domain is to enable productive practices, whether cultural, creative, purely cognitive or consumptive, and to exempt them from the exercise of an exclusive proprietary right. In that regard, it is akin to the operation of many copyright exceptions that allow for use of a protected work in a consumptive or creative ways. Public domain can also be seen as a key tool for development as it enables countries to build creation, education and innovation through access to information, knowledge and culture. Parallel to copyright, economic growth can be developed from public domain

¹¹⁶ Id. Ibid. p. 9.

¹¹⁷ Id. Ibid. p. 11.

¹¹⁸ Op. Cit. p. 86.

¹¹⁹ SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos culturais e as obras audiovisuais cinematográficas: entre a proteção e o acesso. Tese apresentada ao programa de pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010. p. 104.

material, which justifies the renewed attention we see today devoted to the field of unprotected material.¹²⁰

Estas premissas e funções do domínio público devem ser consideradas de alto relevo, quando se verifica o uso das obras que já estão neste âmbito, devendo servir de peso na balança da ponderação, técnica interpretativa, que será estudada a seguir.

3 DOUTRINA NEOCONSTITUCIONAL

Já não é possível examinar com seriedade os problemas contemporâneos sob um único ponto de vista e oferecer-lhes uma resposta simples e direta, já que, com frequência, eles envolvem valores e interesses diversificados e conflitantes.

Assim sendo, com base na doutrina neoconstitucionalista os pontos principais acerca da estrutura, delimitação e divergência entre regras e princípios serão aqui delineados.

Todavia, a Constituição abriga princípios que apontam em direções diversas, gerando tensões e eventuais colisões entre eles. Todos os princípios têm o mesmo valor jurídico, o mesmo status hierárquico, conforme o princípio da unidade da Constituição.

3.1 SOBRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Inicialmente, mister pontuar que regras e princípios são espécies do gênero “norma”, porquanto ambos se formulam com a ajuda de expressões deônticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição¹²¹. Contudo, possuem diferenças qualitativas e não meramente gradativas¹²², ou seja, possuem diferenças no que se refere à sua natureza, estrutura, finalidade e aplicação.

Ressalta-se também que a estrutura normativa e o modo de aplicação dos direitos fundamentais se equiparam aos princípios e por isso o disposto acerca destes são aplicáveis àqueles.¹²³

Paulo Bonavides afirma que ao estudar uma teoria material dos direitos fundamentais em bases normativas - a teoria normativa-material – Robert Alexy instituiu a distinção entre

¹²⁰ Op. Cit. Disponível em < http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/cdip_4/cdip_4_3_rev_study_inf_1.pdf

¹²¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 277.

¹²² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

¹²³ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 332.

regras e princípios, que, na essência, é a mesma de Ronald Dworkin: a conjugação das duas modalidades debaixo do conceito de normas.¹²⁴

Conforme os ensinamentos de Robert Alexy, “a distinção entre regras e princípios é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais.”¹²⁵

Robert Alexy aduz que sem uma base sólida de diferenciação entre tais tipos de normas, não é possível haver teoria adequada acerca do papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico, bem como suas restrições e colisões.^{126 127}

Outrossim, disserta sobre os diversos critérios para se distinguir regras de princípios: generalidade; determinabilidade dos casos de aplicação; a forma de seu surgimento(criadas ou desenvolvidas); o caráter explícito de seu conteúdo axiológico; a referência à ideia de direito ou uma lei jurídica suprema.¹²⁸

No que concerne às regras, estas descrevem comportamentos, sem se ocupar diretamente dos fins que as condutas descritas procuram realizar. Devem ser aplicadas na modalidade de tudo ou nada – estrutura biunívoca - ou seja, se a hipótese fatural prevista ocorrer, a norma deverá incidir, produzindo o efeito previsto. Caso aconteça a omissão ou a aplicação de diversa, violação à norma ocorrerá.

Conforme Ronald Dworkin: “As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso nada contribui para a decisão.”¹²⁹

Quando se trata deste tipo de norma, não há maior margem para elaboração teórica ou valoração por parte do intérprete, ao qual caberá aplicar a regra mediante a técnica de subsunção: premissa maior (norma), premissa menor (fato) e conclusão objetiva. Por isso que as regras são mandados ou comandos definitivos: uma regra somente deixará de ser aplicada se outra regra a excepcionar ou se for inválida.¹³⁰

Os princípios, por sua vez, indicam uma direção, um valor, um fim, que funcionam como referencial geral para o intérprete, dando diretrizes e identidade ideológico-ética ao sistema jurídico, possuindo no seu cerne um conteúdo axiológico.

¹²⁴ Op. Cit. 2008, p. 277.

¹²⁵ Op. Cit. 2008, p. 84.

¹²⁶ A distinção entre regra e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais. Id. Ibidem, p. 85.

¹²⁷ Id. Ibid.. p. 85.

¹²⁸ Id. Ibid.. p. 85 – 90.

¹²⁹ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

¹³⁰ Op. Cit. 2011, p. 208.

A indeterminação e amplitude dos princípios constitucionais permite ao intérprete estendê-los a situações que não foram originariamente previstas, mas que se inserem logicamente no raio de alcance dos mandamentos constitucionais.¹³¹ Se há um caminho que liga o efeito às condutas no caso das regras, há uma variedade de caminhos que podem ligar o efeito dos princípios a diferentes condutas.

A Constituição abriga princípios que apontam em direções diversas, gerando tensões e eventuais colisões entre eles. Todos os princípios têm o mesmo valor jurídico, o mesmo status hierárquico, conforme o princípio da unidade da Constituição.

Assim, os princípios são aplicados de acordo com a dimensão de peso que assumem na situação específica. Cabe ao intérprete proceder à ponderação dos princípios e fatos relevantes, e não a subsunção do fato a regra. Conclui-se que os princípios são mandados de otimização: devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese.¹³²

Na lição de Robert Alexy:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.¹³³ [...] Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.¹³⁴

O principal valor subjacente às regras é a segurança jurídica. Não transferem competência valorativa ou ponderativa ao intérprete, cuja atuação, embora não seja mecânica, não envolverá maior criatividade ou subjetividade.¹³⁵

Princípios, por sua vez, no plano jurídico, funcionam como referencial geral para o intérprete, dando diretrizes e identidade ideológico-ética ao sistema. Dão unidade ao ordenamento, permitindo articular suas diferentes partes em torno de valores e fins comuns. Ademais, seu conteúdo aberto permite a atuação integrativa e construtiva do intérprete,

¹³¹ Id. *Ibid.*, p. 210.

¹³² Id. *Ibid.*, p. 209.

¹³³ Op. Cit. 2008, p. 90.

¹³⁴ Id. *Ibid.*, p. 91.

¹³⁵ Op. Cit. 2011, p. 209.

capacitando-o a produzir a melhor solução para o caso concreto, assim realizando o ideal de justiça.¹³⁶

Como o direito gravita em torno desses dois grandes valores – justiça e segurança – uma ordem jurídica democrática e eficiente deve trazer em si o equilíbrio necessário entre regras e princípios. A decisão do constituinte de empregar princípios ou regras em cada caso está associada às diferentes funções que essas duas espécies normativas podem desempenhar no texto constitucional, tendo em conta a intensidade de limitação que se deseja impor aos Poderes constituídos.¹³⁷

Os princípios são espécies normativa que se ligam de modo mais direto à ideia de justiça justamente porque são instrumentos que permitem o amoldamento da norma em face do caso concreto e conseqüentemente apontando a solução mais justa. As regras, no sistema romano-germânico, possui relação com a segurança, estabilidade e previsibilidade dentro do sistema jurídico.¹³⁸

De acordo com Humberto Ávila:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Por sua vez, os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.¹³⁹

Findas as considerações acerca da definição e delimitação do escopo das regras e princípios, estuda-se a causa e os efeitos de possíveis colisão entre regras e princípios.

3.1.1 Conflito entre regras e princípios

A complexidade e o pluralismo das sociedades modernas levam ao abrigo da Constituição valores e interesses diversos, que frequentemente entram em colisão. Sendo os direitos fundamentais expressos, freqüentemente, sob a forma de princípios, sujeitam-se à

¹³⁶ Id. Ibid., p. 209.

¹³⁷ Id. Ibid., p. 209.

¹³⁸ BARCELOS, Ana Paula. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional**. 3. Ed. Rio de Janeiro:2009, p. 55.

¹³⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 70.

concorrência com outros princípios e à aplicabilidade no limite do possível, à vista de circunstâncias fáticas e jurídicas.¹⁴⁰

De acordo com Robert Alexy, um conflito entre regras somente pode ser solucionado: se for introduzido uma cláusula de exceção, que seja capaz de eliminá-lo; ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida.¹⁴¹ Ou uma regra jurídica é válida, ou não é. Impossível que sua validade esteja condicionada ou aplicada na maior medida do possível, tal quais os princípios. Assim, se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, sua consequência jurídica é válida.

Transcreve-se os deveres de Ronald Dworkin:

Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes.¹⁴²

No que tange aos princípios, eles devem ser interpretados de maneira coerente à concorrência com outros princípios, por conta do princípio da unidade da Constituição.¹⁴³ As resoluções destes conflitos devem ser solucionadas de forma totalmente diversa, conforme Robert Alexy:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.¹⁴⁴

Conforme Ronald Dworkin, os princípios possuem uma dimensão inexistente às regras: a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam, o intérprete deve levar em conta a força relativa de cada princípio envolvido na resolução do caso – deve se perguntar qual peso ele tem ou quão importante ele é¹⁴⁵ ¹⁴⁶. A resposta, no entanto, não

¹⁴⁰ BARROSO, Luis Roberto. **Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.** Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm. Acesso em: 2 de junho de 2013.

¹⁴¹ Op. Cit. 2008, p. 279.

¹⁴² Op. Cit. p. 43.

¹⁴³ Op. Cit. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm. Acesso em: 2 de junho de 2013.

¹⁴⁴ Op. Cit. 2008, p. 93.

¹⁴⁵ Segundo o autor, pode-se definir o peso de um direito, admitindo que ele não é absoluto, como sua capacidade de suportar tal concorrência [com outros princípios]. Op. Cit. 2002, p. 144

pode ter uma mensuração exata e definitiva, devendo ser analisada diferentemente a cada peculiaridade de um diferente caso.¹⁴⁷

De acordo com Humberto Ávila, as diferentes tensões e o seu modo de resolução é que distinguem os princípios e regras, “enquanto no conflito entre regras é preciso verificar se a regra está dentro ou fora de determinada ordem jurídica, o conflito entre princípios já se situa no interior desta mesma ordem (teorema da colisão).”¹⁴⁸

Conclui-se que um princípio deve ceder lugar a outro, quando, em análise do caso concreto, verificar-se que deve ser conferido um peso maior a outro princípio antagônico, a fim de solucionar de forma efetiva e justa o embate em questão.

3.2 INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

A interpretação jurídica, em síntese, consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos, com a finalidade de solucionar problemas. Trata-se de uma atividade intelectual que utiliza diferentes métodos, técnicas e parâmetros que procuram dar-lhe legitimidade, racionalidade e controlabilidade. Quando da aplicação, converte-se uma disposição abstrata em uma regra concreta, conformando a realidade ao direito. É nesse momento que a norma jurídica se transforma em norma de decisão ¹⁴⁹.

Conforme Lênio Streck, não há pura interpretação, não há hermenêutica “pura”: “Hermenêutica é facticidade; é vida; é existência; é realidade. É condição de ser no mundo. A interpretação não se autonomiza da aplicação”.¹⁵⁰

A doutrina positivista encara a interpretação como atividade que lida com os significados possíveis das normas em abstrato; e a aplicação, como a função de concretização daqueles significados.¹⁵¹ No pós-positivismo ou neoconstitucionalismo há o equacionamento entre as dimensões entre direito, moral e política, transcendendo a dimensão puramente jurídica. A forma de interpretar e encarar a Constituição são no sentido de entender que a despeito de sua unidade e harmonia, ela não é um sistema estanque em si, ela é o modo de olhar e interpretar seu próprio texto normativo, bem como os demais ramos do direito.

Neste sentido, obtempera Luis Roberto Barroso:

¹⁴⁶ Segundo o autor, as regras não tem essa dimensão, pode-se somente dizer que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes.

¹⁴⁷ Op. Cit. 2002, p. 42.

¹⁴⁸ Op. Cit. 2005, p. 70.

¹⁴⁹ Op. Cit. 2011, p. 269.

¹⁵⁰ STRECK, Lênio. **Caderno de Direito Constitucional**. Porto Alegre: Emegis, 2006, p. 36.

¹⁵¹ Kelsen, em sua obra *Teoria Pura do Direito*, demonstra a teoria da moldura, segundo a qual as leis seriam molduras nas quais se encontram as várias respostas certas para a solução de contendas.

a compreensão atual é a de que a atribuição de sentidos aos enunciados normativos faz-se em conexão com os fatores relevantes e a realidade subjacente.”¹⁵² [...] A singularidade de tal percepção é considerar a norma jurídica como o *produto* da interpretação, e não como seu *objeto*, este sendo o relato abstrato contido no texto normativo. A interpretação consiste na atribuição de sentido a textos ou a outros signos existentes, ao passo que a construção significa tirar conclusões que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados. São conclusões que se colhem no espírito, embora não na letra da norma. A interpretação é limitada à exploração do texto, ao passo que a construção vai além e pode recorrer a considerações extrínsecas.¹⁵³

As maiores dificuldades de interpretação não dizem respeito às normas infraconstitucionais, sejam entre elas mesmas ou entre elas e a Constituição, mas sim quando surgem tensões dentro do próprio texto Constitucional – uma norma expressa neste não pode ser declarada inconstitucional em face de outra.

No exercício da harmonização de sentido entre normas dialéticas e contrapostas, o intérprete deverá promover a concordância prática entre os diferentes interesses e bens jurídicos tutelados, preservando o máximo possível de cada um. Em algumas situações, “precisará recorrer a categorias como a teoria dos limites imanentes: os direitos de uns têm de ser compatíveis com os direitos de outros. E em muitas situações, inexoravelmente, terá de fazer ponderações, com concessões recíprocas e escolhas.”¹⁵⁴

Na interpretação constitucional contemporânea, a norma jurídica deixa de ser um “fim em si mesmo” – pois em múltiplas situações ela fornece apenas um início de solução, não contendo todos os elementos para determinação de seu sentido. Frequente esta técnica legislativa nos textos constitucionais que por muitas vezes recorre a cláusulas gerais, deixando o “preenchimento” da norma aos intérpretes e aos julgadores no caso concreto, que se tornam co-participantes do processo de criação do direito.

Depreende-se, diante do exposto, que quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, elas não possam fornecer por si sós a solução do problema. Nesses casos, a atuação do intérprete cria o direito aplicável ao caso concreto, a partir das balizas contidas nos elementos normativos em jogo, as quais são normalmente construídas pela doutrina, pela jurisprudência e pelos fatores econômicos, políticos, culturais e sociais à época.

¹⁵² Conforme o autor, daí a crescente utilização pela doutrina da terminologia *enunciado normativo* (texto em abstrato), *norma jurídica* (tese a ser aplicada ao caso concreto, fruto da interação texto/realidade) e *norma de decisão* (regra concreta que decide a questão).

¹⁵³ Op. Cit. 2011, p. 270.

¹⁵⁴ Id. Ibid., p. 304.

3.2.1 A Técnica da Ponderação

A consagração em um mesmo texto de opções e interesses políticos diversos e até mesmo de direitos que em vários dos seus desenvolvimentos poderão se chocar reciprocamente, exigem o esforço do intérprete em preservar cada uma das normas envolvidas, definir seus contornos, com a finalidade de manter a unidade da Constituição.

A ampliação do espaço de atuação do intérprete culminou no desenvolvimento de técnicas e princípios específicos de interpretação constitucional, para além dos elementos clássicos da hermenêutica jurídica. Destaca-se, então, a técnica que se convencionou chamar de ponderação e que vem sendo cada vez mais utilizado diante de situações nas quais, parece ao intérprete, as fórmulas hermenêuticas tradicionais são insuficientes.

Considerando o ordenamento jurídico, é possível a colisão entre normas infraconstitucionais; entre norma infraconstitucional e constitucional; e entre normas constitucionais, cujos casos que envolvem tais questões são normalmente chamados de “hard cases”. A técnica da subsunção nestes casos é incapaz de resolver os problemas que envolvam a colisão de princípios e direitos fundamentais, sendo imprescindível utilizar a técnica interpretativa de ponderação.

De acordo com Humberto Ávila, “a ponderação de bens consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam”.¹⁵⁵ Tais elementos podem ser bens jurídicos, interesses, valores e princípios que devem ser levados em consideração no momento da busca do equilíbrio entre estes.

De maneira sintética, os bens jurídicos são situações, estados ou propriedades essenciais à promoção dos princípios jurídicos; os interesses são os próprios bens jurídicos na sua vinculação com algum sujeito que os pretende obter; os valores constituem o aspecto axiológico das normas, na medida em que indicam que algo é bom e, por isso, digno de ser buscado ou preservado; e, por fim, os princípios constituem o aspecto deontológico dos valores, pois, além de demonstrarem que algo vale a pena ser buscado, determinam que esse estado de coisas deve ser promovido¹⁵⁶.

Princípios são mandados de otimização porquanto em meio à avaliação de pesos, busca-se a realização máxima de valores que se imbricam, observando a coexistência destes – que apontam total ou parcialmente para sentidos contrários.

¹⁵⁵ Op. Cit.2005, p. 94.

¹⁵⁶ Id. Ibid., p. 103.

Trocando em miúdos, em um exercício dialético, após determinar a importância de cada um dos elementos envolvidos, é necessário fazer concessões recíprocas. Visando à preservação do máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, procederá à escolha do bem ou direito que irá prevalecer em concreto.

De acordo com Ana Paula Barcellos, é possível descrever a estrutura da ponderação como um processo em três etapas. Em uma primeira fase, se identificam os comandos normativos ou as normas relevantes em conflito (bem como os interesses). As diversas indicações devem ser agrupadas em função da solução que se esteja sugerindo. Ou seja: informações que indicam a mesma solução devem formar um conjunto de argumentos.

Na segunda fase cabe examinar as circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os elementos normativos. A importância que deverá atribuir a cada um dos elementos normativos indicados na primeira fase depende dos fatos.¹⁵⁷

Até o exposto, em nada diverge a ponderação com a subsunção, todavia, é justamente na terceira e última parte em que há a diferenciação das técnicas. Na fase da decisão se estará examinando conjuntamente os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos sobre eles, a fim de apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diferentes elementos em disputa. Diante da distribuição de pesos – esse o diferencial da ponderação – será possível definir, afinal, o grupo de normas que deve prevalecer em detrimento dos demais, ou seja: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, será necessário avaliar qual deve ser o grau apropriado no caso.¹⁵⁸ Imperioso transcrever as palavras do constitucionalista brasileiro Luis Roberto Barroso:

Nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, será preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.¹⁵⁹

A despeito de Luis Roberto Barroso e grande parte da doutrina se referir ao termo “princípio” da proporcionalidade ou razoabilidade (aqui entendido como termos fungíveis)¹⁶⁰, é importante entender que estes não são princípios nos parâmetros da explanação feita, baseada precipuamente em Ronald Dworkin e Robert Alexy.

¹⁵⁷ Op. Cit. 2009, p. 58.

¹⁵⁸ Id. Ibid., p. 59.

¹⁵⁹ Op. Cit. 2011, p. 334 – 335.

¹⁶⁰ Parte da doutrina, contudo, entende que não há fungibilidade entre os termos. Ver mais em: SILVA, Afonso Virgílio. **O proporcional e o razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Assim sendo, de acordo Humberto Ávila, entende-se que a proporcionalidade e a razoabilidade são postulados, postulados normativos aplicativos como deveres estruturantes da aplicação de outras normas. Profere o mencionado autor: “os postulados estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos”.¹⁶¹

Conforme Afonso Virgílio da Silva:

O chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, já que entra em conflito com outras normas-princípios, não é concretizado em vários graus ou aplicado mediante criação de regras de prevalência diante do caso concreto, e em virtude das quais ganharia, em alguns casos, a prevalência. O chamado princípio da proporcionalidade não é um princípio no sentido acima descrito [conforme a definição de Robert Alexy].¹⁶²

Os postulados da proporcionalidade e razoabilidade, então, ajudam a guiar e a instrumentalizar a técnica da ponderação, pois tem por escopo orientar a interpretação da norma frente ao caso concreto, visando à melhor realização do fim constitucional.¹⁶³

Quando da utilização do postulado da proporcionalidade ou razoabilidade, o primeiro aspecto a ser analisado se refere à adequação entre o fim almejado e o meio empregado; o segundo se refere se a medida tomada é exigível ou necessária, com análise da existência de meio alternativo menos gravoso para chegar ao resultado equivalente; por fim, a proporcionalidade, aqui em sentido estrito, minucia se os custos superam os benefícios - o que se ganha com a medida possui maior valor ou não que aquilo que se ganha, é a chamada limitação da proibição do excesso.

Nesse âmbito, a realização do exame da proporcionalidade é apresentada como processo que tem, sucessivamente, natureza classificatória (adequação), eliminatória (necessidade) e axiológica (proporcionalidade em sentido estrito)

Prediz Luis Roberto Barroso, em consonância com os ensinamentos de Robert Alexy, que o princípio opera no sentido de “permitir que o juiz gradue o peso da norma, em determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, fazendo assim a justiça do caso concreto.”¹⁶⁴

¹⁶¹ Op. Cit. 2005, p. 94.

¹⁶² SILVA, Afonso Virgílio. **O proporcional e o razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹⁶³ A ideia de proporcionalidade encontra-se enraizada no pensamento jurídico-constitucional contemporâneo. Desenvolvida originalmente nos seus moldes jurídicos dogmáticos pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

¹⁶⁴ Op. Cit. 2011, p. 337.

Assim, em resumo, a técnica da ponderação, guiada pelo postulado da proporcionalidade ou razoabilidade, consiste na identificação das normas pertinentes, seleção dos fatos relevantes e atribuição geral de pesos, com a produção de uma conclusão que terá efeito no mundo prático.

Chega-se por fim à argumentação, à razão prática, ao controle da racionalidade das decisões, especialmente as proferidas mediante ponderação. As decisões que envolvem a atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de poderes. Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: reconduzi-las sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento; utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado a casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Op. Cit. 2011, p. 339.

4 O TRATAMENTO DO DIREITO DE IMAGEM DE PESSOAS RETRATADAS EM OBRAS FOTOGRÁFICAS EM DOMÍNIO PÚBLICO

4.1 APRESENTAÇÃO DO CASO – OS HERDEIROS DE MANUEL BANDEIRA

Conforme delineado, quando há o conflito de direitos fundamentais, é necessário que se analise o caso concreto para que seja, através da ponderação, buscada a melhor aplicação – interpretação – das normas constitucionais, frente ao caso concreto.

O cerne do imbróglio aqui apresentado se refere ao direito de imagem das pessoas retratadas em obras fotográficas que estão em domínio público, que normalmente são questionadas judicialmente - devido longo prazo de proteção das obras, na maioria das vezes - não pelo próprio titular deste direito pessoal, mas sim seus herdeiros a título próprio.

A constatação deste problema foi feita por Sérgio Branco Júnior, em sua tese de doutoramento: “O Domínio Público no Direito Autoral Brasileiro: Uma Obra em Domínio Público”. Contudo, o autor não pôde trabalhar com maior profundidade o tema tendo em vista estar além do enfoque de seu trabalho, tentando-se, aqui, elucidar e aprofundar a questão.

Sérgio Branco Júnior, ao introduzir a questão, transcreveu a coluna de Joaquim Ferreira dos Santos, no Segundo Caderno do jornal “O Globo”, do dia 04 de abril de 2010:

O poeta Alexei Bueno saiu em defesa do livro de José Medeiros, que, por ter uma foto de Manuel Bandeira, deve ser recolhido a pedido dos herdeiros: “O ‘direito de imagem’ representa a morte da cultura. É jurisprudência sórdida. Enquanto o direito à obra literária chega a 70 anos após a morte do autor, o ‘direito de imagem’ não tem prazo de validade. Eu sou o 11º neto de Anhanguera. Poderia processar livro didático que reproduzisse o morto há mais de três séculos! Como poderão trabalhar os antologistas, os documentaristas?”

Conforme o autor, os fatos que subsidiaram o protesto de Alexei Bruno foram os seguintes:

O livro em questão era “Olho da Rua: o Brasil nas Fotos de José Medeiros”, publicado por Leonel Kaz, e de fato incluía uma fotografia de Manuel Bandeira em 1936, em que o poeta era visto ao lado de Orígenes Lessa. O agente literário de Bandeira, Alexandre Teixeira, teria exigido o pagamento de R\$ 1.500,00 para permitir o uso da foto em 3.000 exemplares que, segundo ele, “não seria nada, [já que] o livro teve patrocínio da Lei Rouanet”.

A fotografia, de autoria de José Medeiros – e é sobre este que recai a proteção autoral, não se devendo confundir com o direito de imagem do efigiado - já estava em domínio público ao tempo da ação e o uso da obra tinha a pretensão de ser livre.

Contudo, os sobrinhos do poeta Manuel Bandeira, a título próprio, postularam ação condenatória e mandamental¹⁶⁶, visando à indenização a título de danos morais por violação à imagem, e ao recolhimento e restrição da circulação da referida obra, sob a alegação de que a fotografia havia sido publicada sem autorização. O polo passivo da demanda era composto por Leonel Kaz, autor do livro, e sua editora, a Aprazível Edições Ltda..

O juiz de primeira instância confundiu a tutela ao direito de imagem (de que trata o processo) com proteção ao direito autoral (afinal, não havia qualquer obra de Manuel Bandeira sendo usada indevidamente), assim, as decisões proferidas foram desastrosas. Em sede liminar, o juiz deferiu a antecipação de tutela, sendo os exemplares do livro retirados de circulação. A decisão definitiva confirmou a liminar e ainda condenou os réus ao pagamento de R\$ 20.000,00.

Ambas as partes interpuseram apelação: os autores requerendo majoração da indenização; e os réus requerendo, preliminarmente, o reconhecimento da ilegitimidade ativa, e quanto ao mérito o reconhecimento da improcedência da ação.

A preliminar arguida pelo réu, quanto à ilegitimidade ativa, foi rejeitada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, pois os herdeiros estavam pleiteando a título próprio a indenização e conforme visto neste estudo, esta possibilidade é plenamente cabível.

Quanto ao mérito, acertadamente, foi reconhecida a natureza diversa entre direito de imagem e direito autoral, e, conseqüentemente, foi afastada a aplicação deste. Reconheceu-se que não houve lesão a qualquer direito da personalidade aos herdeiros pois o uso da imagem alheia não se deu de modo indevido, inexistindo qualquer vinculação ou veiculação de informação falsa ou ofensiva. Ademais, considerou-se os fatos que Manoel Bandeira era pessoa pública e posou para a foto de um fotógrafo reconhecido em lugar público, sendo ilógico aplicar a súmula nº 403 do STJ¹⁶⁷.

A ementa do acórdão foi a seguinte:

Direito à personalidade. Reprodução de fotografias de Manoel Bandeira em obra fotográfica de profissional de foto jornalismo. Danos morais vindicados por parentes do falecido poeta. Alegação de ofensa ao direito de imagem deste. Procedência do pedido. Apelos recíprocos. Ilegitimidade ativa. Não se confunde pretensão de ressarcimento por alegado uso ilícito de imagem com a proteção ao direito autoral decorrente da obra literária do falecido escritor. Bens juridicamente tutelados que se revelam como diferentes em sua essência, de molde a justificar a titulação à demanda. Rejeição da preliminar. Mérito. Fotografia de Manoel Bandeira inserida

¹⁶⁶ TJRJ, AC 0269599-93.2007.8.19.0001. Rel. Des. PEDRO FREIRE RAGUENET. DJ: 01/12/2010 DE19/01/2011

¹⁶⁷ STJ Súmula nº 403 - 28/10/2009 - DJe 24/11/2009 Prova do Prejuízo - Indenização pela Publicação de Imagem de Pessoa - Fins Econômicos ou Comerciais Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.

em contexto de obra fotográfica de autoria de terceiro. Proteção dada pela lei no. 9.610/96 a este tipo de manifestação artística ao autor do trabalho fotográfico. Não aplicação da Súmula no. 403 do STJ. Fotografado ademais que, por sua profissão, se revela como figura pública. Mitigação da defesa à intimidade em decorrência da notoriedade do retratado. Exposição do mesmo em situações nem vexatórias e nem tampouco como violadoras de seu direito à intimidade, senão como cotidiano do mesmo. Precedentes, a contrário senso, do STJ. Danos morais inexistentes. Sentença que se reforma, com inversão das verbas de sucumbência. Provimento do segundo apelo, restando prejudicado o primeiro recurso. (TJRJ, AC 0269599-93.2007.8.19.0001. Rel. Des DES. PEDRO FREIRE RAGUENET. DJ: 01/12/2010 DE19/01/2011)

Assim, a ré se sagrou vencedora. Todavia, a despeito de ter reconhecido a improcedência da ação, critica-se a rasa argumentação da decisão, que não obstante tenha sido acertada, merece reparos na sua fundamentação. Em nenhum momento esta considerou o fato da obra já estar em domínio público, aspecto relevante a ser considerado em meio ao sopesamento de direitos, valores e interesses, porquanto este ser um meio para a concretização para a liberdade de expressão, acesso à cultura e à informação, em conformidade com o interesse público.

O objetivo deste capítulo é, portanto, sugerir uma solução para o problema identificado neste caso concreto - como deve ser tratado o direito de imagem de pessoas retratadas em obras fotográficas em domínio público - à luz da Constituição Federal, por meio da técnica interpretativa da ponderação.

No caso descrito, os elementos que entram em colisão, em face do direito fundamental à imagem, são o direito fundamental à liberdade de expressão, o direito fundamental de acesso à informação e o direito fundamental de acesso à cultura. Estes, por sua vez, conforme já delineado em capítulo próprio, são fins do domínio público, cujo fortalecimento atende ao interesse público justamente porquanto ser meio de efetivação destes últimos direitos mencionados.

Concernente à questão, prediz Anderson Schreiber:

Está superada a fase de afirmação dos direitos da personalidade. O que precisamos agora é estabelecer parâmetros para a solução dos conflitos. Não adianta mais fazer um discurso apaixonado em prol do direito à imagem, nem fazer um manifesto pela liberdade de informação. Passamos dessa fase. É preciso estabelecer parâmetros para a interação entre estes direitos, que entram freqüentemente em rota de colisão. E os parâmetros do passado estão claramente ultrapassados. [...] Os parâmetros precisam ser revistos, reformulados e detalhados, para que as pessoas tenham segurança sobre como podem e como não podem agir, o que respeita e o que desrespeita estes direitos essenciais do ser humano. A falta de parâmetros gera cenários conflituosos, como aquele relativo às biografias não-autorizadas, gênero cuja existência está hoje ameaçada pela ausência de um posicionamento jurídico claro e eficiente. Precisamos de parâmetros.¹⁶⁸

¹⁶⁸ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. Carta Forense. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direitos-da-personalidade/8362>>. Acesso em: 20 de junho de 2013.

Considerando que o direito à imagem já teve atenção no primeiro capítulo, trata-se aqui acerca do interesse público e do direito fundamental à liberdade de expressão, o direito fundamental de acesso à informação e o direito fundamental de acesso à cultura.

Assim, cada um dos direitos fundamentais será especificado, com a delimitação do seu fim, para que sejam construídas as relações entre as próprias norma constitucionais, em respeito a unidade da Constituição.

As últimas considerações a serem feitas se tratam da constatação de que o caso apresentado não é uma ação isolada dos herdeiros de Manuel Bandeira, há diversas outras demandas que se alega violação à imagem. A singularidade do caso apresentado, e o interesse científico, se dá justamente porque a obra estava em domínio público e nos outros casos não se verificou.

A família, com atitudes claramente restritivas, cobra o “devido pagamento a título de direito de imagem”, frente à recusa do usuário, justificam uma suposta violação de direito de imagem judicialmente. Para evitar maiores conflitos, Ledo Ivo, amigo de Manuel Bandeira, desistiu de inserir o retrato do poeta em seu livro de recordações fotográficas. Comenta o contista em uma entrevista para Folha de São Paulo:

Não posso publicar nenhuma foto do Bandeira, que era meu amigo, porque teria de pagar aos herdeiros. Se eu quiser publicar uma foto do Barack Obama, o homem mais poderoso do mundo, eu posso. Do Bandeira, eu tenho que pagar, porque os herdeiros acham que é extensão da sua obra.¹⁶⁹

Em outra ação, a Sarapuí Produções Artísticas, dona do selo musical Biscoito Fino, foi condenada a pagar indenização por danos morais aos herdeiros de Manuel Bandeira. O pagamento de R\$ 5 mil foi determinado pela violação ao direito de imagem do poeta em conteúdo de DVD; e ainda a abstenção e distribuição do DVD “Encontro marcado com o cinema de Fernando Sabino e David Neves”. Foi interposto recurso de apelação por ambas as partes, sem ainda julgamento.¹⁷⁰ Contudo, disponível o relatório, transcreve-se o trecho inaugural:

Afirmam ser co-proprietários dos direitos autorais decorrentes da obra do poeta Manuel Bandeira, tendo constatado que a ré ao lançar o DVD “Encontro Marcado com o Cinema de Fernando Sabino” violou seus direitos uma vez que o documentário “O Habitante de Pasárgada”, nele inserido, contém material áudio visual do referido poeta, além de reproduzir, sem autorização, caricaturas e fotos daquele violando a Lei 9.610/98. Por tais motivos requerem, em antecipação de tutela, o imediato recolhimento dos exemplares do referido DVD, bem como abstenção da reprodução ou distribuição do material e, ao final, pagamento de

¹⁶⁹ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/904286-ledo-ivo-questiona-veto-de-familiares-ao-uso-de-fotos-do-poeta-manuel-bandeira.shtml>

¹⁷⁰ TJRJ, AC nº 0106397-37.2008.8.19.0001. Relator: Mario Assis Gonçalves – ainda não julgado.

indenização pelos danos causados e pelo uso indevido de imagem." E o juiz ainda entendeu ser parcialmente procedente.

A exordial dos herdeiros é uma aberração jurídica. A alegação de ser co-proprietária de direitos autorais é totalmente infundada, afinal, o DVD “Encontro Marcado” utilizou excertos de material do documentário “Habitante de Pasárgada” e no caso haver alguma violação de direito autoral, quem teria legitimidade para questioná-la seriam os titulares dos direitos patrimoniais desta e não pelos herdeiros que pretendem “reconhecimento reflexo” de co-propriedade.

Ademais, conforme expõe o relatório, outro argumento utilizado foi de que “além de reproduzir, sem autorização, caricaturas e fotos daquele violando a Lei 9.610/98”. A lei de direitos autorais não trata em momento algum de proteção à imagem de caricaturas ou de fotos; aliás, a menção de proteção à imagem que este diploma legal se refere é apenas quanto ao direito moral do autor, enquanto imagem-atributo e em relação aos direitos conexos, como a extensão da proteção à voz e a imagem nas atuações de intérpretes.

Não bastasse, diante de todas as supostas violações, por meio de antecipação de tutela, requereu o recolhimento dos exemplares e da abstenção de reprodução e distribuição.

As partes, na realidade, podem “pedir o que quiserem” - o processo é um jogo. Contudo, a estratégia do autor logrou êxito, porquanto, o juiz, confundindo, mais uma vez, os institutos de direito de autor e direito de imagem, entendeu ser parcialmente procedente os pedidos do autor, conforme relato inicial. Esta decisão acaba sendo uma afronta ao interesse público, pois em nenhum momento levou em consideração a liberdade de expressão, de informação e o direito à cultura; pelo contrário privilegiou tão somente a um (inexistente) direito de autor e ao direito de imagem, enquanto direito privado.

Espera-se que esta decisão também seja reformada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, pois haveria não só lesão aos direitos mencionados, mas também colocaria em risco até o direito à memória nacional, caso haja a abertura de tais precedentes.

4.2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM SENTIDO AMPLO

A liberdade de expressão é um imperativo da condição humana. A racionalidade e a capacidade de raciocinar são características exclusivas do ser humano, que dependem da liberdade de consciência para efetivar o desenvolvimento de seu pensamento e chegar às suas opiniões, à maneira de ver o mundo, por suas conclusões.

A liberdade de expressão é consectário da liberdade de consciência, porquanto é meio de efetivação e realização desta. Conforme Edmilson Pereira de Farias, a liberdade de expressão é direito subjetivo fundamental assegurado a todo cidadão, consistindo na faculdade de manifestar livremente o próprio pensamento, ideias e opiniões através da palavra, escrito, imagem ou qualquer outro meio de difusão, bem como no direito de comunicar ou receber informação verdadeira, sem impedimentos nem discriminações.¹⁷¹

Cada Estado Democrático de Direito possui extensão variável no que se refere à liberdade de expressão. O contexto é determinante nesta questão, pois vários fatores são influentes, como a tradição jurídica, o contexto cultural e a história política que alargam ou restringem a esfera de proteção.¹⁷²

A Constituição Federal de 1988 dispõe acerca da liberdade de expressão em seu inciso X artigo 5º: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”; e também no artigo 220, em que o faz algumas restrições, visando a proteger outros direitos tais como a inviolabilidade da honra, da intimidade e da imagem:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Segundo João dos Passos, para que um ato comunicativo possua valor expressivo - e então seja revestido de proteção constitucional – deve-se atender alguma das seguintes razões: promoção do funcionamento da democracia; da busca da verdade e do conhecimento; da autonomia de consciência e do ensino da tolerância.¹⁷³

Destaca-se aqui o argumento de busca da verdade e do conhecimento, enquanto forma de expressar e desenvolver o campo científico, artístico e literário tendo em vista este ser meio de efetivação do direito de exercício e de acesso à de cultura.

Através de um ângulo diferente, Claudio Chequer¹⁷⁴ expõe em sua obra as teorias as quais justificam a liberdade de expressão como direito fundamental, que a despeito de serem

¹⁷¹ FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 145.

¹⁷² PASSOS, João dos. Fundamentos da Liberdade de Expressão. Florianópolis: Insular, 2008, p. 33.

¹⁷³ Op. Cit. 2008, p. 71.

¹⁷⁴ CHEQUER, Claudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

formuladas em tempo e contextos diferentes, devem ser encaradas e interpretadas reconhecendo sua multifuncionalidade.

A liberdade de expressão é direito fundamental para cada uma das teorias, pois: a) garante a autossatisfação individual - através da liberdade de expressão o homem encontra a realização de suas características e potencialidades como ser humano; b) perfaz instrumento importante para a descoberta da “verdade”, enquanto a possibilidade de permitir o avanço do conhecimento e possibilitar a descoberta da verdade; c) possibilita a participação do cidadão na democracia ¹⁷⁵; e d) em razão de determinar a manutenção da balança entre a estabilidade e a mudança da sociedade^{176 177}.

Considerando Constituição Federal, não se pode inferir a adoção estanque de uma das teorias mencionadas somente. Pelo contrário, sendo a dignidade da pessoa humana, a cidadania e a democracia fundamentos da República, deve-se reconhecer a inter-relação e a multifuncionalidade, legitimando-se, portanto, todas, reconhecida a sua multifuncionalidade.

4.2.1 Liberdade e direito à informação

Concernente ao conteúdo de tais liberdades, a liberdade de expressão se relaciona outro semelhante direito: o direito fundamental de liberdade/direito à informação. Assim, duas posições doutrinárias divergem acerca do tratamento conjunto ou individual de tais liberdades.

O primeiro entendimento compreende que tanto a liberdade de expressão em sentido estrito quanto a liberdade de informação não devem ser analisados separadamente, de forma que esta última não seria mais do que espécie daquela.

O segundo, por sua vez, sustenta que apesar de estarem sob a liberdade de expressão em sentido amplo, são direitos diferentes. Assim, a liberdade de expressão, em sentido estrito, compreende o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor, expressão artística, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano. Por seu termo, o direito à informação

¹⁷⁵ Como afirma Robert Dahl, a liberdade de expressão e a diversidade de fontes de informação são consideradas como instituições políticas básicas que devem reunir toda democracia. Elas, afirma o autor, são exigidas, em primeiro lugar, para que os cidadãos possam participar efetivamente da vida pública e adquirir uma compreensão substancial das ações e políticas governamentais possíveis. Sem a liberdade de expressão, os cidadãos acabariam perdendo sua capacidade de influenciar na agenda das decisões políticas. Segundo essa teoria, a liberdade de expressão não é apenas politicamente útil, mas também representa uma indispensável operação de uma democrática forma de governo.

¹⁷⁶ Para essa teoria, a liberdade de expressão se apresenta como uma condição essencial para garantir a estabilidade governamental, pois um estado formado com base na ampla liberdade de expressão é mais forte, e, portanto, está menos sujeito a convulsões sociais do que um estado autoritário, que impõe seu poder com base na repressão, no ressentimento e no medo.

¹⁷⁷ CHEQUER, Claudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 18.

trata de direito individual de comunicar livremente fatos com a exigência da prova da verdade ou a existência de um necessário trabalho preparatório da informação; e do direito difuso de ser informado, considerado como pressuposto da formação da opinião que precede a expressão desta ¹⁷⁸.

Somente com acesso à informação é possível a livre formação e expressão da opinião, tanto em relação ao indivíduo tanto quanto para a sociedade, capaz de atingir a finalidade de cada ato comunicativo, para que este possua valor expressivo. A verdade representa assim o limite apenas do direito fundamental à liberdade de informação, não produzindo o mesmo efeito no que diz respeito à liberdade de expressão ¹⁷⁹.

Conforme defendido por Luis Roberto Barroso, a liberdade de informação se insere na liberdade de expressão em sentido amplo, sendo a distinção imperiosa por conta do interesse prático, relacionado com os diferentes requisitos exigíveis de cada uma das modalidades e suas possíveis limitações. A informação, por exemplo, não pode prescindir da verdade pela circunstância de que é isso que as pessoas legitimamente supõem estar conhecendo ao buscá-la, porém, não se cogita desse requisito quando se cuida de manifestações da liberdade de expressão.

Percebe-se, contudo, que as linhas que dividem tais direitos estão ficando menores e mais frágeis quando se analisa o âmbito em que a sociedade contemporânea está inserida. Na chamada sociedade da informação, em que convivemos com as novas tecnologias, a internet, o meio digital, a liberdade à expressão e informação ganham novos contornos. O “falar em praça” assume dimensões intercontinentais e a velocidade em que informações e opiniões são proferidas dão ensejo à reflexão dos parâmetros e da interação desses direitos.

Por exemplo, em análise da dimensão individualista das liberdades de expressão e informação, enquanto sendo o discurso um meio de realização da liberdade de pensamento e exercício da própria racionalidade, a figura de um emissor e uma massa de receptores estáticos já é bastante retrógrada. Nesse novo cenário, ocorre uma ampla divulgação da expressão, de opiniões, em que o emissor interage diretamente com o seu receptor, em um sistema de retroalimentação de liberdades.

Assim, pode-se dizer que a dimensão individual se aproxima à dimensão coletiva, que é o direito dos receptores em receber livremente as informações, a opinião e o conhecimento que procura. Em tempos de debates acerca da liberdade e neutralidade na rede, referentes à

¹⁷⁸ Id. Ibid., p. 12 – 14.

¹⁷⁹ Id. Ibid., 2011, p. 13.

responsabilidade do servidor e o mecanismo de retirada de conteúdos considerados ilícitos o debate acerca liberdade de expressão e informação ganham especial relevo.

4.2.2 A “*preferred position*” da liberdade de expressão em sentido amplo no método ponderativo

Conforme já visto, tanto a liberdade de expressão quanto informação, em suas ambas esferas, são imprescindíveis para o desenvolvimento educacional e cultural da população, para a formação de uma sociedade pluralista e tolerante, elementos que são cada vez mais essenciais para o funcionamento dos regimes democráticos.

Dispõe Luis Roberto Barroso:

Na verdade, tanto em sua manifestação individual, como especialmente na coletiva, entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência – *preferred position* – em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados. Tal posição, consagrada originariamente pela Suprema Corte americana, tem sido reconhecida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol e pela do Tribunal Constitucional Federal alemão.¹⁸⁰

A conclusão a que se chega, portanto, é a de que o interesse público no que se refere aos direitos de liberdade de expressão e informação é presumido. Deve ser exceção, situação limite, a prevalência dos interesses privados levando em consideração a *preferred position* de tais liberdades.

Assim, o interesse público aqui deve ser visto não como superestrutura burocrática e superindividual, mas como síntese e atuação equilibrada dos valores das pessoas consociadas na unidade de seus direitos. Complementa, então, Pietro Perlingieri:

Se o fundamento de cada ramo do direito de um ponto de vista não somente formal, mas também substancial, deriva do quadro constitucional, os atos e as atividades devem ser influenciados, nos seus requisitos de validade e de eficácia e nos seus próprios pressupostos, pela hierarquia dos interesses que resulta da análise das normas de uma Constituição rígida, fonte privilegiada das relações pessoais, econômicas e sociais.¹⁸¹

É imprescindível, conforme já exposto no primeiro capítulo, que o artigo 20 do Código Civil seja interpretado à luz da Constituição Federal, tendo em vista sua afronta a esta. Caso fosse interpretado literalmente, a liberdade de expressão e de informação seriam por ele esvaziadas.

¹⁸⁰ BARROSO, Luis Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de Direitos fundamentais e critérios de ponderação, in **Temas de Direito Constitucional**, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 200, p. 97.

¹⁸¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 285.

Relembrando, o artigo 20 do Código Civil prevê a utilização da imagem sem autorização: se houver autorização do seu titular; quando necessária a administração da justiça; e se for preciso para manter a ordem pública. Do modo como está redigido, o dispositivo assinala uma inconstitucionalidade material, pois existe uma outra relevante situação de licitude na utilização da imagem, prevista no art. 220 da Constituição da República, ao estabelecer o direito à liberdade de informação, pensamento e expressão. Assim, o art. 20 precisa ser interpretado extensivamente para incluir tais liberdades como uma quarta exceção à proteção do direito à imagem, a ser casuisticamente ponderado.

Assim, quando colidem direito de imagem e liberdade de expressão é necessário avançar à ponderação¹⁸², como meio de técnica interpretativa para decidir não apenas qual bem constitucional deve preponderar no caso concreto, mas também em que medida ou intensidade ele deve preponderar. Sopesa-se, assim, no caso concreto, o grau de realização do interesse lesivo (liberdade de informação) com o grau de sacrifício do interesse lesado (direito de imagem).

Todavia, conforme a teoria do *preferred position*, considera-se que, em caso de conflito entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, a liberdade de expressão deve ser considerada sempre como um direito preferencial. O conflito ainda deve ser solucionado por meio da ponderação, com a peculiaridade de “o prato da balança” inicialmente conferir mais peso ao direito fundamental preferencial, sendo uma preferência *prima facie*, mas não uma preferência absoluta entre os direitos fundamentais, reconhecendo todos os direitos fundamentais como relativos.

O constitucionalista Luis Roberto Barroso oferece parâmetros de análise a serem considerados na ponderação entre a liberdade de expressão e informação, de um lado, e os direitos da personalidade de outro. São eles: i) a veracidade do fato - a divulgação de informação falsa, em detrimento do direito da personalidade de outrem não constitui direito fundamental do emissor, devendo ser observada uma verdade subjetiva, subordinada a um juízo de plausibilidade; ii) a licitude do meio empregado na obtenção da informação; iii) se o objeto da notícia se refere à personalidade pública ou estritamente privada; iv) local do fato -

¹⁸² Anderson Schreiber explica: “é preciso compreender que a ponderação somente se impõe quando há colisão entre dois interesses merecedores de igual proteção na ordem jurídica. Assim, se certo ente jornalístico veicula imagem adulterada de certa pessoa, transmitindo fato que não seja verídico, não há que se falar em liberdade de informação: a notícia, muito ao contrário, desinforma. A ponderação, nessa hipótese, nem chega a se iniciar, já que um dos interesses conflitantes sequer está presente. Em termos mais técnicos, a conduta empregada não se mostra adequada a realizá-lo.” SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 135.

se ocorreu em local público, de acesso público ou privado; v) a natureza do fato divulgado; vi) existência de interesse público na divulgação – se o interesse público sobrepuja o interesse privado; vii) no caso de violação a direito à imagem, que seja aplicada sanção a posteriori, que não envolva a proibição prévia da divulgação.

Anderson Schreiber, por sua vez, apresenta os seguintes parâmetros para avaliar o grau de realização do exercício da liberdade de informação por meio da vinculação de imagens: o grau de utilidade para o público do fato informado por meio da imagem; (ii) o grau de atualidade da imagem; (iii) o grau de necessidade da veiculação da imagem para informar o fato; e (iv) o grau de preservação do contexto originário onde a imagem foi colhida. Para auferir a intensidade do sacrifício imposto do direito de imagem, estabelece: i) o grau de consciência do retratado; ii) o grau de identificação do retratado na imagem veiculada; iii) a amplitude da exposição do retratado; iv) a natureza e o grau de repercussão do meio pelo se deu a divulgação da imagem.¹⁸³

184

Claudio Chequer faz uma análise bastante detalhada acerca do não acolhimento pelos Tribunais desta teoria, que a despeito de ter ampla aceitação doutrinária, não é aplicada pelos magistrados. Analisou o autor os casos de conflito as liberdades e direitos da personalidade:

A maioria esmagadora dos tribunais, apesar de falar em ponderação, nos fundamentados das decisões têm adotado uma premissa completamente falsa – a premissa de que a liberdade de expressão só pode ser exercida se não atingir em qualquer grau os direitos da personalidade. Ora, isso coloca a liberdade de expressão, nesse conflito real e posterior com os direitos da personalidade, como letra morta. É como se afirmássemos: a liberdade de expressão só pode ser exercida se não atingir qualquer direito da personalidade. Se atingir os direitos da personalidade, em qualquer nível, ainda que não ofenda o núcleo essencial desses direitos, não interesse o motivo, é ilícita. Neste caso, se a manifestação da liberdade for culposa ou dolosa, gera indenização. O exercício da liberdade de expressão deve fazer-se, na medida do possível, no respeito pelos direitos de personalidade do indivíduo. Em não sendo possível observar os direitos da personalidade do indivíduo em toda a sua extensão, resta-nos analisar se o caso concreto autoriza ou não a liberdade de expressão nessa amplitude ou se exige a restrição da liberdade de expressão em prol dos direitos da personalidade.¹⁸⁵

O referido autor defende a adoção e aplicação da teoria da liberdade de expressão como *preferred position*, sustentando que se a liberdade de expressão, quando relacionada a assuntos de interesse público, não for tratada de uma forma privilegiada, a veiculação de

¹⁸³ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 135.

¹⁸⁴ Após a questão dos parâmetros, há um segundo momento do conflito, que diz respeito não aos parâmetros de ponderação propriamente ditos, mas ao remédio que será empregado na solução do caso concreto. De qualquer modo, não há dúvida de que o juiz deve, sempre que possível, compatibilizar a liberdade de expressão com o direito à imagem, optando por remédios menos drásticos, como a restrição ao conteúdo da notícia, e ocultação de detalhes que permitam a identificação do retratado e outras medidas semelhantes. Isso não deriva de qualquer preferência da liberdade de informação sobre o direito de imagem.

¹⁸⁵ Op. Cit., 2011, p. 204.

ideias, pensamentos, fatos, expressões não estariam suficientemente protegidas, prejudicando-se a efetividade do sistema democrático.¹⁸⁶

O autor colaciona diversas decisões demonstrando o entendimento jurisprudencial de que havendo a mínima violação de direito da personalidade, a liberdade de expressão deve ser suprimida. Não é necessário pegar emprestado nenhum destes exemplos, nem ir muito longe para comprovar o defendido pelo autor. As duas decisões de primeira instância apresentadas neste trabalho seguem exatamente esta linha e entendem que uma suposta violação a um direito de imagem, pleiteado a título próprio por herdeiros de pessoa pública e histórica deve prevalecer sobre a liberdade de expressão, informação e direito à cultura.

Veja-se excerto da sentença nos autos nº 2007.001.103933-7, que, em uma análise rasa aduz haver violação de imagem porque os DVD's teriam fins comerciais, aplicando sumariamente um entendimento que não faz qualquer balizamento com quaisquer outros direitos.

Da mesma forma que não foi comprovada pela Ré a autorização para uso da obra literária do poeta, também não houve prova da existência de autorização para uso do direito de imagem de Manuel Bandeira com a publicação de fotos do poeta DVD. Tendo em vista que os DVDs destinavam-se a fins comerciais, por mais que as referidas fotos - que se encontram no interior da capa do DVD de fl.136 - não tenham atingido a honra, boa fama ou respeitabilidade do poeta, tal uso desautorizado é considerado indevido pela lei e pela jurisprudência. Neste sentido, afirmou a 3ª Turma do STJ: Cuidando-se de direito à imagem, o ressarcimento se impõe pela só constatação de ter havido a utilização sem a devida autorização. O dano está na utilização indevida [...] O dano, neste caso, é a própria utilização para que a parte aufera lucro com a imagem não autorizada de outra pessoa. (STJ, Ac. 3ª T. REsp 138.883, rel. Min. Menezes Direito, j. 4.8.98)

Conforme também já pontuado, a despeito de uma das decisões ter sido reformada e outra ainda não ter sido julgada, não podendo fazer maiores reflexões acima desta, o caso é que a adoção deste entendimento por magistrados é altamente preocupante. A abertura de precedentes, admitindo a existência de dano moral e determinando a retirada de obras de circulação, sem uma análise profunda dos valores e interesses que estão em jogo, com a prevalência dos direitos da personalidade fere o princípio da dignidade da pessoa humana de cada indivíduo da sociedade, porquanto estar amputado seu direito à informação, de acesso à cultura e até de educação. Imagine-se se agora a Família Real Brasileira resolver litigar em razão da imagem de Dom Pedro II, frente a museus, editoras, televisão, por exemplo, até o direito à própria memória nacional seria colocado em cheque.

¹⁸⁶ Id. Ibid., p. 245.

4.3 DIREITO À CULTURA

Segundo Beatriz Gonzalez Moreno, para o direito, a cultura se apresenta como um conceito jurídico indeterminado. A elaboração de um conceito preciso de cultura no âmbito jurídico é o objetivo dos esforços de um setor da doutrina, que constatou que os direitos conectados com a cultura são, em comparação com outras categorias de direitos humanos, os menos desenvolvidos enquanto ao seu alcance, conteúdo e via de tutela.¹⁸⁷

Diante desta indeterminabilidade e não sendo o escopo deste trabalho encontrar a definição de cultura, transcreve-se o entendimento da Declaração da Cidade do México sobre Políticas Culturais da UNESCO, isto é, "o conjunto dos traços distintivos, espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social e que abarca, para além das artes e das letras, os modos de vida, os direitos fundamentais do ser humano, os sistemas de valores, as tradições e as crenças"¹⁸⁸.

Quanto ao ambiente normativo, no plano internacional há de se destacar a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural da UNESCO, que visa promover o respeito e a valorização da diversidade cultural no mundo, reconhecendo estes aspectos como uma das maiores riquezas da humanidade, para a manutenção da pluralidade, da paz, da criatividade e da democracia.

No plano interno, a Constituição Federal se refere à cultura nos artigos 5º IX, XXVII, XXVIII, LXXIII, e 220, §§ 2º e 3º, como manifestação de direito individual e de liberdade e direitos autorais; nos artigos 23, 24 e 30, como regras de distribuição de competência e como objeto de proteção pela ação popular; nos artigos 215 e 216, como objeto do direito e patrimônio brasileiro; no art. 219, como incentivo ao mercado interno, de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural; no art. 221, como princípios a serem atendidos na produção e programação das emissoras de rádio e televisão; no art. 227, como um direito da criança e do adolescente; e no art. 231, quando reconhece aos índios sua organização social, costumes, língua, crenças e tradições e quando fala em terras tradicionalmente ocupadas por eles necessárias à reproduções física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.¹⁸⁹

Como pode se perceber, os direitos culturais possuem diversas dicotomias e dimensões internas. Por exemplo, o artigo 215 da Constituição, cuja redação do caput é "O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura

¹⁸⁷MORENO, Beatriz Gonzalez. **Estado de Cultura, derechos culturales y libertad religiosa**. Madrid: Civitas, 2003, p. 87.

¹⁸⁸ Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001847/184755por.pdf>

¹⁸⁹ SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 43.

nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.”, pode ser caracterizado como *norma agendi*, enquanto norma de atuação positiva Estatal. Aqui há a construção do chamado direito objetivo da cultura, enquanto as normas jurídicas, constitucionais e/ou ordinárias que tratam do dever de atuação positiva Estatal frente a este direito¹⁹⁰.

Por outro lado, as normas relacionadas à cultura são *facultas agendi*, pois tratam da faculdade do indivíduo exercer, ou não, a cultura que lhe é disposta. Demanda-se aqui uma atuação negativa do Estado, que apenas tem o dever de proporcionar o acesso, mas não pode impor a ninguém o exercício de fruição. Constrói-se, assim, o direito subjetivo da cultura.¹⁹¹

Ademais, os direitos culturais possuem claramente outras dicotomias, enquanto privado e público, individual e coletivo, está a construção da identidade e de formação pessoal, que está inserida dentro do social. Somente após o exercício da cultura de modo “solitário” é que se pode falar em inclusão e exercício da cidadania cultural e até ao diálogo intercultural.

Conforme Allan Rocha de Souza:

A experiência cultural é um dos pilares formadores da pessoa e *conditio sine qua non* para o desenvolvimento integral de sua personalidade. A partir destas experiências são elaboradas e reelaboradas as visões construídas os universos simbólicos com os quais o mundo é apreendido. A participação na vida cultural da sociedade e o exercício dos demais direitos culturais, são, portanto, condições para um ser humano saudável e para uma existência digna, postulados da ordem constitucional brasileira.¹⁹²

Este autor defende que os direitos culturais significam o direito de participação cultural, de vivenciar as experiências culturais desejadas, sendo um caminho seguro para a construção da cidadania e da dignidade, ao instrumentalizar a emancipação individual e coletiva. Assim, os direitos culturais podem ser encarados como aqueles em que “o indivíduo tem em relação à cultura da sociedade da qual faz parte, que vão desde o direito à produção cultural, passando pelo direito de acesso à cultura e até mesmo o direito à memória histórica.”¹⁹³

Vasco Pereira da Silva elenca direitos culturais subjetivos: o direito de criação cultural, o direito de fruição cultural, o direito de participação nas políticas públicas de cultura; e os

¹⁹⁰ Id. Ibid., p. 47.

¹⁹¹ Id. Ibid., p. 47.

¹⁹² Op. Cit. 2010, p. 74

¹⁹³ Id. Ibid., p. 97.

direitos de caráter especial: o direito de autor e o direito de fruição do patrimônio cultural, sendo pressupostos de todos estes o direito de acesso à cultura.¹⁹⁴

A despeito da relevância de todos os direitos supramencionados para a compreensão do direito à cultura e pela delimitação deste trabalho, trata-se aqui apenas com o direito de criação e fruição cultural, bem como o direito que os assegura, o direito de acesso à cultura. Destaca-se que o direito de autor já foi abordado em tópico próprio.

Para este autor, o direito à criação cultural¹⁹⁵ se relaciona com a liberdade de criação intelectual e artística, pois além de não ser possível haver criação cultural sem liberdade, a liberdade e o direito de criação cultural são “duas faces da mesma moeda, correspondentes às vertentes negativas e positivas da mesma posição jurídica subjetiva, não sendo, por isso, possível dissociá-las.”.

O direito de criação depende do exercício da fruição - só consegue criar cultura quem um já fruiu cultura. Considerando a sociedade pós-moderna, em que existe um “mercado da cultura”, o gozo da cultura por um cidadão, ou por um grupo, aumenta a possibilidade de fruição dos demais, pelo próprio fomento cultural. A criação, por sua vez, cria as condições e favorece a fruição cultural, em razão do incremento e da diversificação da oferta cultural.¹⁹⁶

Todavia, o acesso às fontes de cultura deve ser garantido, pois sem acesso não há fruição, sem fruição não há criação e sem criação não há cultura. Neste tocante, precisos os ensinamentos de Allan Rocha de Souza:

A livre participação e o pleno exercício dos direitos culturais só se realizam com o acesso às fontes e ao patrimônio cultural e a possibilidade concreta de fruição dos bens culturais. A concretização deste comando permite afirmar que as possibilidades e formas de acesso condicionam os próprios direitos culturais, afetando sua realização e amplitude. O acesso é a condição indispensável para a concretização de quaisquer dos direitos culturais, mormente o de participação.

Não é possível pensar em acesso sem o correspondente direito de fruição destes bens e vivência das experiências. [...] acesso sem a possibilidade de fruição é preceito vazio, inócuo, inoperante, contrário à lógica da substancialidade das normativas constitucionais. Assim, da perspectiva dos direitos culturais, a exceção jurídica é a restrição ao acesso, porque afeta negativamente a participação e o próprio exercício dos direitos cultura¹⁹⁷

Peter Haberle apud Vasco Pereira de Santos, aborda o status negativo cultural enquanto a “íntima vinculação forçosamente existente entre cultura e liberdade”, que faz com

¹⁹⁴ SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 70.

¹⁹⁵ Criar cultura, no fundo, consiste em transformar realidades naturais ou sociais, mediante a impregnação de valores.

¹⁹⁶ Op. Cit. 2010, p. 74 – 75.

¹⁹⁷ Id. Ibid.. p. 104 – 105.

que a “a garantia de liberdade para todos, ou seja, o próprio conceito de liberdade, enquanto tal, implique liberdade cultural”.¹⁹⁸

Diante de tais considerações, conclui o autor português que cultura é objeto da liberdade em dois planos distintos, tanto do indivíduo, considerado a título individual; como do povo, considerado como forma coletiva.¹⁹⁹ As relações entre liberdade e cultura, e indivíduo e coletividade devem ser vistas como pressuposto ao diálogo inclusivo e intercultural, sendo toda e qualquer restrição ao acesso e à expressão, atentatórios ao direito à cultura.

Contudo, José Afonso da Silva defende que a liberdade não deve ser concebida apenas como ausência de resistência e impedimento por parte do Estado ou outro cidadão, mas como um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal: “Mas se a liberdade, em qualquer de suas formas, é um valor essencial à dignidade e ao desenvolvimento da pessoa humana, não é porem um valor absoluto e ilimitado. A Constituição indica regras de restrição às liberdades.”²⁰⁰

Neste caso, além das restrições expressas indicadas no artigo 220 da Constituição – que se referem aos direitos da personalidade, trabalhado em tópico anterior – existem as restrições impostas pelo direito de autor, haja vista que este, enquanto direito de exclusivo, tem por prerrogativa cercear terceiro o pleno acesso da sociedade à sua obra. Cria-se aqui um conflito entre o interesse público e o privado, pois enquanto todos têm direito de acesso à cultura, apenas alguns têm o direito de impedir.

Há um grande paradoxo no sistema, pois o discurso tradicional do direito de autor legitima a prerrogativa de exclusão como forma de incentivar à criação, assegurando ao autor o seu direito patrimonial. Todavia, do que adianta assegurar um suposto retorno patrimonial ao potencial autor, se não proporcionado a este oportunidade, por meio do acesso, de fruir cultura, que é o pressuposto inicial da criação.

Qualquer limite imposto ao acesso a bens culturais dificulta a criação de novos. As normas de direitos de autor - não apenas no Brasil, mas em todo o mundo - estão ficando cada vez mais rígidas, por exemplo: novos elementos (banco de dados, por exemplo) que são outorgadas a proteção autoral; dilatação dos prazos de proteção; a supressão das hipóteses de limitação de direito autoral; sanções civis e penais mais austeras.

¹⁹⁸ HABERLE, Peter. Teoria de la Constitución como Ciencia de la Cultura. Madrid: Tecnos, 2000. In. SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura.** Coimbra: Almedina, 2007, p. 97.

¹⁹⁹ Op. Cit. 2007, p. 97.

²⁰⁰ Id. Ibid., p. 149.

Os usos estão cada vez mais condicionados à autorização do autor - melhor dizendo, ao titular do direito patrimonial, que muitas vezes não é o criador - que detém cada vez mais poder em excluir terceiros do acesso à cultura. Metaforicamente, uma suposta cultura, que deveria ser livre, foi transformada numa cultura de autorização.

Diante deste cenário, o direito de autor acaba contrariando seu próprio discurso de legitimação, pois nos moldes em que hoje está estruturado, sacrifica a capacidade de criação e garantia de retorno patrimonial de outros em prol de um criador só.

As limitações do direito de autor, ao prescindir de autorização para o uso das obras, tentam regular a balança entre o interesse público e privado. Todavia, com o pequeno rol previsto em lei, bem como as interpretações restritivas que lhe é imposta, as limitações no direito brasileiro pouco cumprem sua função de buscar equilíbrio no sistema autoral.

As licenças gerais públicas tentam contornar este direito de autor retrógrado, ainda analógico. Porém, considerando a possibilidade de revogação e pelo fato dos autores manterem para si parte de seus direitos, não se pode considerar que estas obras façam parte do *commons*.

Diante disto, ganha ainda mais destaque o repositório cultural efetivamente livre, que é alimentado pela entrada de obras em domínio público. Todavia, com o alargamento dos prazos de proteção às obras, com o passar dos anos, em números relativos, menos obras passam a compor este repositório. Mesmo que o domínio público não seja sinônimo de acesso sem retribuição pecuniária, este deve ser reconhecido e fortalecido, porquanto ser pressuposto do direito à cultura.

O pleno exercício deste direito, por sua vez, se sujeita à garantia de liberdade de expressão e informação. Percebe-se uma íntima ligação e semelhanças entre o direito de fruição cultural e o direito à informação, na dimensão de ser informado, enquanto o “consumo” de bens culturais; e entre a criação cultural, a liberdade de expressão e o direito à informação, na dimensão de informar. É imprescindível para o exercício de cada um desses direitos, que todos os outros relacionados sejam não só previstos no ordenamento jurídico, mas efetivados dentro da realidade social.

Toda a experiência cultural - considerando agora somente a esfera individual, em que são construídas as visões de mundo, os juízos de valor – de uma pessoa é condição para o desenvolvimento de sua personalidade e cidadania, que são projetadas e se relacionam com a sociedade.

A personalidade, apesar de interagir com o social, é um direito eminentemente privado e também possui tutela constitucional. O direito de imagem é espécie deste direito e tutela não

só a imagem-retrato – reprodução gráfica da fisionomia –, bem como a imagem atributo – conjunto de características da pessoa que a tornam singular e reconhecível, visando proteger a personalidade da pessoa humana em sua integralidade.

Sendo, porém, a fotografia – e tantas outras tecnologias – um meio de expressão e de informação, quando alguma pessoa está nela retratada, instaurada está uma tensão entre tais direitos. Sentindo-se lesada, ela é legítima em recorrer ao judiciário para instauração e discussão da lide.

O direito de personalidade é intransmissível, não sendo objeto de sucessão aos herdeiros. Todavia, estes são legitimados para, de forma autônoma, reclamar em juízo o dano sofrido, pleiteando indenização própria, na condição de lesado indireto.

Chega-se ao último tópico deste estudo, com a apresentação de sugestão da resolução do conflito entre liberdade de expressão e direito à cultura em face do direito à imagem, à luz da Constituição Federal, por meio da técnica interpretativa da ponderação.

4.4 O CONFLITO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO À CULTURA EM FACE DO DIREITO DE IMAGEM

Conforme delineado no capítulo terceiro, quando existente colisão entre normas constitucionais, a técnica interpretativa da subsunção não oferece as ferramentas necessárias para a resolução do conflito, pois não basta a mera aplicação da norma ao fato, deve-se levar em conta o peso de cada elemento envolvido no caso concreto.

A técnica interpretativa da ponderação é a mais recomendada para a resolução destes choques normativos no âmbito da Constituição, pois ela justamente permite que sejam atribuídos pesos aos princípios, direitos, interesses, valores que estão em cada lado da balança. A partir daí, verifica-se para qual lado pendeu a balança e por corolário quais princípios devem prevalecer frente ao caso concreto.

O método da ponderação consiste em três diferentes fases: identificação das normas e outros elementos relevantes ao conflito, que devem ser agrupadas em função da solução que se esteja sugerindo; exame das circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os elementos normativos; e por fim, a ponderação propriamente dita, que seria justamente a distribuição dos pesos, conforme já elucidado.

Considerando que a primeira fase da ponderação foi objeto da exposição dos tópicos anteriores, julga-se dispensável fazer considerações no presente, evitando a repetição. Assim,

sucedem-se ao exame das circunstâncias do caso concreto, que foi detalhadamente relatado no início do capítulo, sendo aqui apenas os pontos mais importantes ressaltados.

Alegando suposta violação de imagem, os sobrinhos de Manuel Bandeira ajuizaram ação pleiteando indenização e a retirada de circulação do livro cuja fotografia do poeta estava reproduzida. Estão estes legitimados para, a título próprio, pleitear indenização por dano reflexo à violação do direito de imagem do ascendente morto. Compuseram o polo passivo a editora e o autor do livro.

No que se refere aos direitos autorais do livro, à família não cabe discutir nada, porque foi reproduzida apenas a fotografia de Manuel Bandeira e não alguma obra de sua autoria. Direito de autor não se confunde com direito de imagem. Os direitos autorais do livro pertencem ao autor e à editora somente.

Concernente à fotografia, recorda-se que o artista deixou-se fotografar por profissional em lugar público, juntamente com Orígenes Lessa, e de cuja obra não se extraem circunstâncias torpes, maliciosas ou capazes de macular o conceito coletivo e idealizado da imagem do poeta, quer na memória do seu público, quer na de seus familiares.

O titular dos direitos autorais era José Medeiros, o próprio fotógrafo. A publicação desta se deu no ano de 1936, tendo o prazo de contagem de proteção de 70 anos ter iniciado, portanto, em 1937. A obra entrou para o domínio público, portanto, em 1º de janeiro de 2008 e a referida ação foi distribuída em 12 de dezembro de 2007, dias antes da entrada em domínio público da obra.

Na fase postulatória a obra já estava em domínio público, todavia, o juiz sequer reconheceu isto. Pior, atribuiu ainda um suposto direito de autor aos herdeiros, que era óbvio inexistente não só porque a eles não cabiam, mas porque a obra estava em domínio público e não poderia ser titular autoral quem quer que fosse, na realidade.

Entende-se cabível aqui uma reflexão: seria possível, por analogia aplicar o princípio do domínio público, de livre uso das obras, ao direito de imagem? Por exemplo: os herdeiros de Dom Pedro II podem alegar, ainda, violação do Direito de Imagem? E os herdeiros de Chiquinha Gonzaga? Se as obras de Chiquinha caíam em domínio público, a faceta patrimonial do seu direito de imagem será para toda a eternidade um bem privado? Estes são problemas ainda mais específicos.

O parágrafo único do artigo 12 do Código Civil dispõe que terá legitimação para requerer medida para que cesse ameaça ou lesão a direito de personalidade do morto por

qualquer parente em linha reta, sem definir até que grau vai esta legitimação, como o faz com os parentes colaterais.²⁰¹

Assim, é possível – apesar de desarrazoado – que herdeiros em linha reta poderiam sempre pleitear uma suposta violação. Parece que quão mais distante o grau do herdeiro, mais difícil a existência e a comprovação de um dano reflexo, necessitando de provas incontestas de violação ao direito de imagem, devendo ser afastada a aplicação da súmula 403 do STJ que dispõe que independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.

Ainda, quanto ao uso por analogia do domínio público ao direito de imagem, não parece cabível porque o direito de imagem é direito da personalidade tutelado constitucionalmente. Admitir a adoção de uma analogia prévia, com o afastamento sumário do direito de imagem, seria uma afronta à ordem constitucional, que prima pela sua unidade e pela harmonia dos princípios. Não se pode tratar de princípios como se regras fossem.

Ademais, considerando que a contagem de prazo das obras fotográficas se dá a partir da publicação e da possibilidade do autor dispor sua obra ao domínio público por vontade própria, caso fosse admitida esta premissa, poderia ocorrer casos em que mesmo com a pessoa viva, sua imagem “estaria em domínio público”.

A solução destes problemas deve se dar de forma semelhante daqui proposta: a ponderação de princípios, interesses, bens em valores que estão em jogo, frente ao caso concreto.

Justifica-se, então, que o domínio público não deve ser tomado como premissa única, mas deve ser atribuído a ele maior peso na hora que todos os elementos forem levados à balança. Impedir ou dificultar o uso de obra em domínio público por haver pessoa sendo retratada é impedir ou dificultar a livre circulação das obras em domínio público. Sendo o repositório cultural livre existente, o uso das obras que estão ali contidas não devem sofrer restrições, somente justificando estas quando demonstrada violação grave de algum outro direito, o qual deva prevalecer.

Retomando à análise fática, a decisão do juiz de primeira instância demonstrou não só o desconhecimento generalizado dos magistrados no Brasil acerca da matéria de direito autoral, afinal, confundiu direito de imagem e direito de autor (o que na realidade, não é incomum, devido à falta de conhecimento na área por grande maioria deles, conforme até a

²⁰¹Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

decisão do outro caso citado), mas também elevou os direitos privados, ratificando a tendência jurisprudencial apontada por Claudio Chequer anteriormente. A condenação em vinte mil reais e a determinação de retirada dos livros de circulação é o reflexo prático disto.

A despeito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ter, acertadamente, reformado a decisão, considerando a ação improcedente – e ter separado as questões entre direito de autor e direito de imagem – acredita-se que não foi procedida à análise profunda devida, tendo sido a argumentação rasa e simplória.

Ora, para que serve a crítica e a dogmática jurídica?! Assim, com o intuito de sugerir a resolução do caso concreto, com fundamentação mais aprofundada, à luz da Constituição Federal, procede-se, então, à última fase da ponderação, que será feita dentro dos parâmetros consagrados pela doutrina entre o conflito da liberdade de expressão e direito de imagem; e com a atribuição de pesos outros elementos influenciáveis identificados.

Parte-se da premissa inicial que as liberdades de expressão e informação assumem posição de preferência, “preferred position”, em relação a outros direitos fundamentais individualmente considerados. Esta posição foi longamente justificada em tópico próprio, sendo aqui ressaltado seu caráter de fundamentação para o exercício de outras liberdades; por ser premissa do próprio Estado Democrático de Direito; e por ser meio de efetivação da autossatisfação pessoal.

Assim, nesta colisão entre liberdade de expressão e informação em face dos direitos da personalidade, o prato da balança já se inicia pendendo àquele lado. Prossegue-se com a análise dos fatos aos parâmetros de análise oferecidos por Luis Roberto Barroso: veracidade do fato; licitude do meio empregado; se o efigiado era personalidade pública ou privada; e o local do fato.

O livro em que foi reproduzida a foto é uma mera compilação das obras do fotógrafo, não havendo distorção do contexto em que a fotografia foi retirada e que estava sendo apresentada; conforme já exposto, Manuel Bandeira se deixou fotografar, não havendo, portanto, nenhuma ilicitude do meio empregado, porquanto o efigiado sabia o que estava acontecendo; evidentemente que o poeta é uma personalidade pública – e de grande relevo, considerando a literatura e a cultura brasileira; por fim, o local era público e juntamente estava retratado Orígenes Lessa, cujos herdeiros em momento algum suscitarão violação de imagem.

Toma-se também por análise os parâmetros propostos por Anderson Schreiber para avaliar o grau de realização do exercício da liberdade de expressão em sentido amplo por meio da vinculação de imagens, quais sejam: o grau de utilidade para o público do fato

informado por meio da imagem; o grau de necessidade da veiculação da imagem para informar o fato; e o grau de preservação do contexto originário ponde a imagem foi colhida.

No que se refere à utilidade e necessidade, a fotografia em questão, constante no livro de Leonel Kaz não estava lá isoladamente, na realidade, fazia parte de sua própria essência, afinal, era uma compilação das obras de José Medeiros. A escolha daquela foto específica evidentemente faz parte do exercício da liberdade do autor do livro, que teve uma razão para escolhê-la; um motivo não só pessoal, mas com finalidade de mostrar ao público. Quanto ao grau de preservação do contexto, não foi imputada a esta contexto diverso algum, apenas se apresentava mais uma obra fotográfica do artista.

Igualmente o faz para auferir a intensidade do sacrifício imposto do direito de imagem: o grau de consciência do retratado; o grau de identificação do retratado na imagem veiculada; a amplitude da exposição do retratado; a natureza e o grau de repercussão do meio pelo se deu a divulgação da imagem.

Conforme já exposto, Manuel Bandeira sabia que estava sendo fotografado. Sua identificação era patente, apenas dividia o quadro com Origines Lessa, cujos herdeiros em momento algum suscitaram violação de imagem. Outrossim, da fotografia não havia nenhuma circunstância vexatória ou desprezível, que pudesse abalar o sentimento público ou de seus herdeiros. Quanto à exposição, o livro foi publicado em meio físico, assim, a amplitude e a repercussão da divulgação da imagem ficaram restritos a quantia de 3 mil exemplares publicados.

Iniciou a balança pendendo para o lado da liberdade de expressão, tendo em vista sua posição preferencial. Julga-se que ela deve pender mais ainda, pois demonstrado o cabimento dos fatos aos parâmetros delimitados pela melhor doutrina para a prevalência da liberdade de expressão.

Outro direito que está “deste” lado da balança é o direito à cultura –intimamente relacionado com a liberdade de expressão – cujo peso deve ser atribuído considerando juntamente o domínio público, enquanto ser este um meio para sua efetivação.

Independentemente da natureza da restrição – seja por direito autoral ou por violação ao direito de imagem – qualquer limite imposto ao acesso a bens culturais impede não só a fruição cultural, mas também a criação. O acesso é condição indispensável para a concretização de quaisquer dos direitos culturais, devendo ser entendido que a liberdade deve ser a regra e a restrição a exceção.

Como já sustentado, existe íntima ligação entre o direito de fruição cultural e o direito à informação, na dimensão de ser informado, enquanto o “consumo” de bens culturais; e entre

a criação cultural, a liberdade de expressão e o direito à informação, na dimensão de informar. Deve-se reiterar ainda a relação indivíduo/sociedade que esses direitos possuem. Assim, cada um desses direitos deve ser assegurado para serem efetivados todos os outros, não podendo encará-los aqui de modo dissociado e por isto estão do mesmo lado da balança.

Estes direitos se perfazem na finalidade do domínio público, que se insere nesta multiinteração porquanto ser o amálgama disponível para fruição e recriação de bens culturais de modo livre.

Neste caso, o fato da obra estar já em domínio público também pesa na balança, pois se pressupõe que aquela obra deveria ter seu uso livre, sendo a alegação de violação à imagem, restrição à liberdade. O interesse público resta prejudicado nestes casos, pois solapado o direito à cultura em face de um direito privado.

Do outro lado da balança resta o direito de imagem, espécie de direito da personalidade, que possui estreita ligação à dignidade da pessoa humana, porquanto ser a personalidade o próprio fundamento de ser do indivíduo e a imagem sua exteriorização física, tangível, merecendo ampla tutela do ordenamento jurídico. O direito de imagem é autônomo e prescinde da violação de outros direitos personalíssimos para que reste lesionado.

A despeito de legitimados, quando a alegação de dano é feita pelos herdeiros, a presunção que independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais, conforme a súmula 403 do STJ, é afastada, cabendo a parte comprovar o dano reflexo.

Todavia, de acordo com o já argumentado no ajustamento dos fatos aos parâmetros sugeridos pela doutrina, não houve motivo que justificasse violação à imagem e muito menos dano moral por ricochete.

Imagine-se o que a abertura de um precedente destes pode causar para a liberdade de expressão, cultura e memória nacional, suscitando o interesse de outros herdeiros pleitearem indenização, com manifesto intuito de enriquecimento, por uso da imagem de seus ascendentes. Risco maior ainda considerando a tendência da proteção privada da jurisprudência e o pouco conhecimento técnico da maioria dos magistrados sobre a diferença entre direito de autor e direito de imagem, exarando decisões que determinem proibição de reprodução e a retirada das obras de circulação.

Por fim, vale transcrever as considerações feitas por Sérgio Branco Junior em sua tese, que mesmo em uma análise *en passant*, foram concisas e orientaram este trabalho:

Não nos parece razoável que o direito de imagem de terceiros – trate-se de pessoa pública ou celebridade ou, ainda, um desconhecido – impeça ou sirva de obstáculo ao uso de obra em domínio público. Se assim for, não haverá mais obras

fotográficas ou audiovisuais em domínio público se alguém estiver nelas retratado. O domínio público em fotografias e obras audiovisuais se restringiria às obras que retratassem exclusivamente – se tanto! – paisagens, animais e objetos inanimados. Por tudo, aliás, essa reivindicação no uso da fotografia de Manuel Bandeira causa estranheza. Nunca se ouviu falar que o uso normal de um filme de Charles Chaplin ou de Buster Keaton em domínio público fosse questionado por violar direito de imagem de qualquer dos dois. Na verdade, nunca soubemos de qualquer caso em que obra audiovisual em domínio público tivesse sua livre utilização impedida em razão de alegado direito de imagem. E a proteção conferida a este direito é a mesma – em obra audiovisual ou fotográfica. Impedir ou dificultar o uso de obra em domínio público por haver pessoa sendo retratada na obra é impedir ou dificultar a livre circulação das obras em domínio

De todo o exposto, entende-se que devem prevalecer a liberdade de expressão e informação, e o direito à cultura em face do direito à imagem. Reconhece-se então a “improcedência do pedido inaugural, invertendo-se as verbas de sucumbência, restando os autores responsáveis pelas custas do processo e pelos honorários de advogado fixados em 10%”(dez por cento) sobre o valor da causa.”

CONCLUSÃO

Todos aqueles que criam obras artísticas são inevitavelmente influenciados por toda a produção cultural que lhes serve de fonte. Quando um bem cultural ingressa ao domínio público, seu uso é livre, o titular da obra caída em domínio público é a própria coletividade, que pode (e deve) copiá-lo, reeditá-lo, transformá-lo, adaptá-lo, traduzi-lo, enfim, o que almejar, sem necessidade de obter quaisquer autorizações. Assim, o domínio público é o lugar ideal para a plena satisfação do direito à cultura, mormente o de fruição e de criação. Ademais, considerando o direito de acesso à cultura como pressuposto à efetivação destes, o domínio público proporciona a ampliação do acesso – por meio da concorrência entre editoras ou pela disponibilização na internet, por exemplo –, porquanto uso livre não é sinônimo de acesso gratuito. Contudo, o exercício do direito à cultura está sujeito, além do acesso, à liberdade de expressão e informação. Percebe-se uma íntima inter-relação entre o direito de fruição cultural e o direito à informação, na dimensão de ser informado, enquanto o “consumo” de bens culturais; e entre a criação cultural, a liberdade de expressão e o direito à informação, na dimensão de informar. É imprescindível para o exercício de cada um desses direitos, que todos os outros relacionados sejam não só previstos no ordenamento jurídico, mas efetivados dentro da realidade social. As relações entre liberdade e cultura, e indivíduo e coletividade devem ser vistas como pressuposto ao diálogo inclusivo e intercultural, sendo toda e qualquer restrição ao acesso e à expressão, atentatórios ao direito à cultura. Toda e qualquer liberdade precisa de uma justificação para ser restringida. Neste caso, o direito de autor legitima a prerrogativa de exclusão de terceiros, como outra forma de

incentivar à criação, assegurando ao autor o seu direito patrimonial. Todavia, há uma tendência geral de ampliação do âmbito do direito de autor (dilatação dos prazos de proteção, a supressão das hipóteses de limitação de direito autoral, sanções civis e penais mais austeras), restringindo cada vez mais os direitos de liberdade de acesso, fruição, criação, expressão e informação. Surge, então, um paradoxo, pois assegurado está um suposto retorno patrimonial ao potencial autor, mas do que adianta se não for proporcionado a este a oportunidade, por meio do acesso, de fruir cultura, que é o pressuposto inicial da criação. Diante deste cenário, de supressão de liberdades pelo direito de autor, o domínio público passa a ter maior importância, devendo ser estudado e fortalecido.

Todavia, seria o direito a usar a obra em domínio público, um direito absoluto e irrestrito? Frente à asserção que esta pode ser utilizada sem a necessidade de se obter prévia e expressa autorização, algumas fronteiras não se fazem muito claras ainda. É neste contexto que está inserido o problema deste trabalho: como tratar o direito de imagem de pessoas retratadas em obras já em domínio público? Poderia o direito de imagem restringir esta liberdade? Tratando-se, porém, de evidente conflito entre direitos fundamentais, a solução não poderia ser tão simples, a mera subsunção não conseguiria trazer uma resposta adequada. É na busca de sugerir a melhor solução possível, à luz da Constituição Federal, que perfaz o objetivo deste trabalho: o resultado da colisão entre liberdade de expressão e direito à cultura em face do direito de imagem de pessoas retratadas em obras em domínio público, frente ao caso apresentado, através da técnica da ponderação. Esta técnica foi eleita porquanto ser método destinado à atribuição de pesos não só a direitos fundamentais, mas também a elementos que se chocam e se entrelaçam, podendo o domínio público ser mensurado conjuntamente. A aplicação da ponderação se deu ao cerne da disputa judicial travada pelos herdeiros de Manuel Bandeira, que a título próprio pleiteavam indenização, por dano reflexo, frente à suposta violação à imagem do tio. Uma fotografia de Manuel Bandeira, que entrou para o domínio público, foi reproduzida em um livro de autoria de Leonel Kaz, cujo objetivo era compilar fotografias de José Medeiros. Em primeira instância, foram deferidos os pedidos de retirada de circulação da obra e indenização; o Tribunal reformou a decisão pois entendeu que não houve violação do direito de imagem. Nenhuma das duas decisões, entretanto, levou em consideração que a obra estava em domínio público, elemento o qual deveria ter sido apreciado. Procedeu-se, então, à identificação das normas e outros elementos relevantes ao conflito; o exame das

circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os elementos normativos; e por fim, a distribuição dos pesos. No que se refere ao domínio público, entendeu-se que ele não deve ser tomado como premissa única; admitir o afastamento sumário do direito de imagem seria uma afronta à ordem constitucional, que prima pela sua unidade e pela harmonia dos princípios. Ademais, considerando que a contagem de prazo das obras fotográficas se dá a partir da publicação e da possibilidade do autor dispor sua obra ao domínio público por vontade própria, caso fosse admitida esta premissa, poderia ocorrer casos em que mesmo com a pessoa viva, sua imagem estaria em “domínio público”.

A ilação obtida é que deve ser atribuído ao domínio público grande peso na hora que todos os elementos forem levados à balança, afinal, impedir ou dificultar o uso de obra em domínio público por haver pessoa sendo retratada é restrição à liberdade de expressão e informação, bem como ao direito à cultura. Conclui-se que nestes casos, deve ser afastada a súmula 403 do STJ, exigindo-se prova do prejuízo e violação da imagem. Neste caso, ainda, quão mais distante o grau de parentesco, maior deve ser a carga probatória do dano reflexo. Foi assumida a preferred position da liberdade de expressão, devendo ter maior peso quando confrontado com direitos da personalidade, pois o exercício de outras liberdades se sujeitam a estas; por ser premissa do próprio Estado Democrático de Direito; e por ser meio de efetivação da autossatisfação pessoal. Foram adotados os parâmetros consagrados por Luis Roberto Barroso e Anderson Schreiber, respectivamente, para a análise no caso concreto: veracidade do fato, licitude do meio empregado, se o efigiado era personalidade pública ou privada e o local do fato; e o grau de utilidade para o público do fato informado por meio da imagem, o grau de necessidade da veiculação da imagem para informar o fato e o grau de preservação do contexto originário ponde a imagem foi colhida. Da aplicação ao caso concreto, depreende-se: o livro em que foi reproduzida a foto é uma mera compilação das obras do fotógrafo, não havendo distorção do contexto em que a fotografia foi retirada e que estava sendo apresentada; o efigiado se deixou fotografar, não havendo, portanto, nenhuma ilicitude do meio empregado; o poeta é uma personalidade pública e de grande relevo, o local era público e juntamente estava retratado Orígenes Lessa, cujos herdeiros em momento algum suscitaram violação de imagem; a escolha daquela foto específica para inclusão na obra evidentemente faz parte do exercício da liberdade do autor do livro, que teve uma razão para apresentá-la ao público. No que concerne ao direito à cultura, foi considerado que o acesso é condição indispensável para a concretização de

quaisquer dos direitos culturais, devendo ser entendido que a liberdade deve ser a regra e a restrição a exceção, devendo haver fortes motivos para fazê-lo. Deve-se ressaltar, igualmente, a relação com a liberdade de expressão e informação, o qual, certamente, quando analisados conjuntamente, merecem mais peso do que a soma de tais separados. Por sua vez, o direito de imagem, considerado direito da personalidade, possuindo estreita ligação à dignidade da pessoa humana, porquanto ser a personalidade o próprio fundamento de ser do indivíduo e a imagem sua exteriorização física, tangível, admitida está a necessidade de ampla tutela do ordenamento jurídico. Apesar de legitimados, os herdeiros não conseguiram provar que houve prejuízo e violação a direito de imagem que provasse um dano moral por ricochete. Igualmente foram utilizados os parâmetros ensaiados por Anderson Schreiber, para auferir a intensidade do sacrifício imposto do direito de imagem: o grau de consciência do retratado, o grau de identificação do retratado na imagem veiculada, a amplitude da exposição do retratado e a natureza e o grau de repercussão do meio pelo se deu a divulgação da imagem. Manuel Bandeira sabia que estava sendo fotografado; sua identificação era patente, apenas dividia o quadro com Origines Lessa, cujos herdeiros em momento algum suscitaram violação de imagem; da fotografia não havia nenhuma circunstância vexatória ou desprezível, que pudesse abalar o sentimento público ou de seus herdeiros; e quanto à exposição, o livro foi publicado em meio físico, assim, a amplitude e a repercussão da divulgação da imagem ficaram restritos a quantia de 3 mil exemplares publicados. Conclui-se por fim que o tratamento do direito de imagem de pessoas retratadas em obras fotográficas em domínio público não é um imbróglio que possa ser solucionado no plano abstrato, tendo em vista que estão envolvidos direitos fundamentais que se inter-relacionam e se chocam. É necessário analisar o caso concreto para avaliar quais direitos fundamentais deverão prevalecer, buscando parâmetros já apontados pela doutrina. Assim, sopesando direitos, bens e valores, buscou-se no presente trabalho sugerir a melhor solução à lide apresentada, entendendo a prevalência da liberdade de expressão e de informação, e o direito à cultura, potencializados pelo fato da obra estar em domínio público, em face do direito à imagem.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. A imagem fora do contexto: o uso de imagens de arquivo. In: SCHREIBER, Anderson. **Direito e Mídia**. São Paulo: Atlas, 2013.

ANDRADE, Rosane de. **Fotografia e Antropologia**. São Paulo: Estação Liberdade; Educ, 2002.

ARAÚJO, Luiz Alberto David de. **O conteúdo do direito à própria imagem: um exercício de aplicação de critérios de efetivação constitucional**, Revista do Advogado, São Paulo, v. 23, n. 73, p. 119-126, nov. 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A questão do domínio público. Estudos de Direito de Autor e Interesse Público – **Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**, Fundação Boiteaux (2008), disponível em: http://www.direitoautoral.ufsc.br/arquivos/anais_na_integra.pdf.

_____. **Direito Civil: Teoria Geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade**. Disponível em <http://www.oa.pt/upl/7B10ca2eef-a374-4211-8b85-3541b0658872%7D.pdf>. Acesso em: 18 de maio de 2013.

BARBOSA, Denis Borges. **Do direito de propriedade intelectual das celebridades**. Disponível em: http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/pi_celebridades.pdf. Acesso em: 20 de março de 2013.

_____, Denis Borges. **Domínio Público e Patrimônio Cultural**. Disponível em: < <http://www.denisbarbosa.addr.com/bruno.pdf>>. Acesso em: 30 de abril de 2013.

BARCELOS, Ana Paula. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional**. 3. Ed. Rio de Janeiro:2009.

BARROSO, Luis Roberto. **Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa**. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm. Acesso em: 2 de junho de 2013.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade: colisão de Direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: **Temas de Direito Constitucional**, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do Direito do Autor**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOYLE, James. **Public Domain: Enclosing the commons of the mind**. New Heaven: Yale University Press, 2008.

BRANCO JUNIOR, Sergio. **O Domínio Público no Direito Autoral Brasileiro: Uma Obra em Domínio Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CARBONI, Guilherme. **Função Social do Direito de Autor**. Curitiba: Juruá, 2006.

CHEQUER, Claudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DUSOLLIER, Severine. **Scoping study on copyright and related rights and the public domain**. Disponível em: < http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/cdip_4/cdip_4_3_rev_study_inf_1.pdf> Acesso em: 20 de maio de 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito Civil: Parte Geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

KASSOY, Boris. **História e Fotografia**. 2. ed. São Paulo: Ateliê Editorial, 2001.

KUNTZ, Karin Grau. **Domínio público e Direito de Autor: do requisito da originalidade como contribuição reflexivo- transformadora**. Revista Eletrônica: Ibpi nº 6, 2012. Disponível em: < <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/fc1a1cbd42ddb27ffff8033ffffffef.PDF>> Acesso em 18 de maio de 2013.

LACORTE, Christiano Campos. **Bens públicos literários e artísticos: a proteção autoral em face dos princípios administrativos, da função social da propriedade e dos direitos fundamentais de acesso ao conhecimento e à cultura**. Dissertação (Mestrado) - Ufsc, Florianópolis, 2012

LESSIG, Lawrence. **Cultura livre: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade**. São Paulo: Trama, 2005.

MARQUES, Andrea Neves Gonzaga. **Liberdade de expressão e a colisão entre direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: Estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORENO, Beatriz Gonzalez. **Estado de Cultura, derechos culturales y libertad religiosa**. Madrid: Civitas, 2003.

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO JUNIOR, Sergio. **Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

PASSOS, João dos. **Fundamentos da Liberdade de Expressão**. Florianópolis: Insular, 2008

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PILATI, Isaac. Direitos autorais e internet. In: ROVER, Aires José (Org.). **Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

RODRIGUES, Ricardo Crisafulli. **Análise e tematização da imagem fotográfica**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ci/v36n3/v36n3a08.pdf>>. Acesso em: 18 de maio de 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007.

SOUZA, Allan Rocha de. **Função social dos direitos autorais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Os direitos culturais e as obras audiovisuais cinematográficas: entre a proteção e o acesso**. Tese apresentada ao programa de pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **Contornos Atuais do Direito à Imagem**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 367, 2003.

STAUT JUNIOR, Sergio Said. **Direitos Autorais: entre as relações sociais e as relações jurídicas**. Curitiba: Moinho de Verbo, 2006.

STRECK, Lenio. **Caderno de Direito Constitucional**. Porto Alegre: Emegis, 2006.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. V1 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

WACHOWICZ, Marcos; ANNONI, Daniele. **Estudo Sobre o Direito da Personalidade e a Tutela dos Direitos Autorais**. Meio Eletrônico. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/05_547.pB