

**UFSC – UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CCJ - CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PPGD - PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Christiano Vítor de Campos Lacorte

**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 submetida ao Curso de Pós-graduação Stricto Sensu, Programa de Mestrado em Direito, área de concentração Direito, Estado e Sociedade, da Universidade Federal de Santa Catarina, para a obtenção do Grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Wachowicz

Florianópolis
2012

L143b Lacorte, Christiano Vítor de Campos

Bens públicos literários e artísticos [dissertação] : a proteção autoral em face dos princípios administrativos, da função social da propriedade e dos direitos fundamentais de acesso ao conhecimento e à cultura / Christiano Vítor de Campos Lacorte; orientador, Marcos Wachowicz. - Florianópolis, SC, 2012.

186 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito – administrativo e autoral. 2. Propriedade intelectual. 3. Domínio público. 4. Bens públicos literários e artísticos. I. Wachowicz, Marcos. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU 34

Christiano Vítor de Campos Lacorte

**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**

Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de “Mestre”, e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Florianópolis, _____ de _____ de _____.

Prof.º Dr.º **Luiz Otávio Pimentel**
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof.º Dr.º **Marcos Wachowicz** - Orientador
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof.º Dr.º **Allan Rocha de Souza**,
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Prof.º Dr.º **Humberto Vecchio**,
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof.º Dr.º **Aires José Rover**,
Universidade Federal de Santa Catarina

A Clóvis e Mônica, meus pais, pelo apoio incondicional, sempre.
A Lania, minha esposa, companheira de todas as horas, fonte de apoio e
inspiração.
A Luana e Leonardo, meus filhos, por fazerem tudo valer a pena.

AGRADECIMENTOS

Aos amigos do Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, especialmente Adolfo Furtado, José Luiz Camargo e Rodrigo Póvoa, pelo apoio e incentivo para que essa jornada acontecesse.

Aos amigos do Grupo de Estudo em Direitos Autorais e Informação da Universidade Federal de Santa Catarina (GEDAI/UFSC), turma cuja convivência foi essencial para o aprimoramento dos temas de Direito Autoral abordados nesse trabalho: ao Alexandre Pessler e ao Guilherme Coutinho, pelos profundos debates sobre todos os temas, de política e filosofia até direitos autorais, mas especialmente sobre a revisão da Lei 9610/98, cuja atualização é premente para que o Brasil trate adequadamente as criações autorais no contexto da Sociedade da Informação; às maranhenses Heloísa Medeiros e Amanda Madureira, estudiosas da propriedade intelectual, e que me apresentaram a assuntos relacionados à vanguarda dos estudos dessa área do Direito; ao Rangel Trindade, companheiro de turma no mestrado, e ao Rodrigo Otávio, que compartilharam os extensos e trabalhosos momentos de leituras e produção científica, bem como as longas e boas conversas sobre temas de propriedade intelectual nas reuniões do grupo de estudo, nas salas de aula e nos congressos; e às futuras Juristas (com J maiúsculo) Sarah Linke e Gabriela Arenhart, estudiosas de energia sem fim e alegria contagiante.

Aos companheiros da turma de Mestrado em Direito da UFSC de 2010, que fizeram dessa experiência a possibilidade de criar boas amizades, e a quem agradeço nos nomes da amiga Lígia Vieira e do amigo Karlo Kawamura.

Aos alunos da disciplina Direito da Propriedade Intelectual do curso de Graduação em Direito da UFSC, companheiros na discussão de diversas questões sobre Propriedade Intelectual no primeiro semestre de 2011, durante a atividade de estágio docência.

Aos professores do Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD/UFSC), que provocaram novamente minha curiosidade e vontade de aprender sobre assuntos não abordados durante o curso de graduação em Direito, mostrando a importância de estar sempre disposto a aprender sobre novos temas.

Ao coordenador do GEDAI/UFSC, orientador, professor e amigo Marcos Wachowicz, incansável na tarefa de ensinar, promover o debate de ideias e estimular a circulação do conhecimento.

A minha família, essenciais em tudo que fiz e farei na vida: não são apenas incentivadores, mas também inspiração para estar sempre buscando o aprimoramento: a meus pais, Clóvis e Mônica, por estarem sempre ao meu lado, e tornarem fácil o que era para ser complicado; a Rodrigo, meu irmão e amigo desde sempre; a Ana Júlia, minha sobrinha e afiliada, fonte de alegria; a Lania, minha esposa e companheira de todas as horas, a quem fica um agradecimento especial por tornar tudo melhor ao lado dela, e a meus filhos, Luana e Leonardo, por fazerem tudo valer a pena.

“Quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignorando o Direito.”

Georges Ripert

RESUMO

Versa o trabalho acerca da tutela autoral dos bens públicos literários e artísticos, em face dos princípios administrativos, da função social da propriedade e do direito fundamental de acesso ao conhecimento e à cultura. Ao mesmo tempo em que fundamenta a inclusão de determinados bens no patrimônio público, a finalidade pública justifica o emprego de um regime jurídico que afaste desses bens os institutos de direito privado, quando com ela incompatíveis. A Administração Pública não pode aplicar aos bens literários e artísticos de caráter público o mesmo tratamento previsto às obras pertencentes a particulares, o qual se traduz em extensos prazos de proteção dos direitos autorais patrimoniais e em autorizações prévias e expressas, como o regime geral prevalecente na Lei 9610/98, a Lei de Direitos Autorais brasileira. Elaborados sob a ótica do interesse público, os bens literários e artísticos da Administração necessitam de normativo específico, alicerçado em três fundamentos: a absorção dos princípios administrativos aplicáveis à gestão do patrimônio público; a efetivação da função social da propriedade pública e o estabelecimento de diretrizes para que os bens públicos sejam utilizados pelo Estado como um dos meios para garantir à sociedade o acesso à cultura e ao conhecimento. A adoção de licenças gerais públicas pela Administração – autorizando antecipadamente o uso dos bens literários e artísticos de sua propriedade – complementa o já citado normativo específico e coloca as obras de caráter público mais próximas da sociedade. O domínio público também tem um importante papel para a obtenção das finalidades coletivas dos bens públicos literários e artísticos, pois somente ao se garantir a efetiva entrada desses bens no domínio público é que se completa o ciclo da máxima finalidade coletiva a eles associada. Em síntese, dada sua finalidade pública, os bens públicos literários e artísticos devem ser submetidos a regime jurídico específico que busque maximizar sua efetividade social, fundado no amplo acesso a esses bens.

Palavras-chave: Direito administrativo. Bens públicos literários e artísticos. Propriedade intelectual. Direito autoral. Licenças gerais públicas. Domínio público.

ABSTRACT

This work is about literary and artistic public goods' copyright protection, given the administrative principles, the social function of property and the fundamental right of accessing knowledge and culture. The public purpose founds the inclusion of certain goods in the set of public assets. Besides, it justifies the employing of a legal regime which keeps the rules of private law away from those goods, when incompatible with that purpose. Public Administration cannot apply to public literary and artistic goods the same treatment it provides to private Works, which is based on extensive copyright protection periods and prior authorizations as the general rules prevailing in Law 9610/98, the Brazilian Copyright Law. Prepared under the perspective of public interest, literary and artistic public goods require specific legal regime, supported by three basis: the absorption of the administrative principles applicable to the management of public assets; the effectuation of the social function of the public property and establishing policies for these goods being used by the State as a means of ensuring access to culture and knowledge. The use of general public licenses by the Administration – previously authorizing the use of its works – completes the specific rules to the literary and artistic public goods, placing the work closer to society. The public domain has also an important role in the achievement of the collective purposes of the literary and artistic public goods, because the cycle of maximum collective purpose is only completed by ensuring the effective entry of the literary and artistic public goods in the public domain. In summary, given its public purpose, the literary and artistic public goods should be submitted to a specific legal regime that seeks to maximize its social effectiveness, grounded in the broad access to these goods.

Keywords: Administrative law. Literary and artistic public goods. Intellectual property. Copyright. general public license. Public domain.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

LDA - Lei de Direitos Autorais – Lei 9610/98
CC - Creative Commons
CC16 - Código Civil de 1916 – Lei 3071/16
CCB - Código Civil Brasileiro – Lei 10406/02
CF - Constituição Federal
CUB - Convenção da União de Berna
EUA - Estados Unidos da América
FGV - Fundação Getúlio Vargas
GPL - General Public License
LGP - Licença Geral Pública
OMPI - Organização Mundial da Propriedade Intelectual
STF - Supremo Tribunal Federal
UE - União Europeia
WIPO - World Intellectual Property Organization

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	21
1.1 ESTRUTURA	24
1.2 CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS.....	25
2 BENS PÚBLICOS LITERÁRIOS E ARTÍSTICOS	27
2.1 DEFINIÇÃO DE BEM PÚBLICO	30
2.2 CRIAÇÃO, AQUISIÇÃO E TITULARIDADE DE OBRAS LITERÁRIAS E ARTÍSTICAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .	37
2.3 IMATERIALIDADE DOS BENS PÚBLICOS LITERÁRIOS E ARTÍSTICOS.....	40
2.4 NÃO RIVALIDADE DOS BENS PÚBLICOS LITERÁRIOS E ARTÍSTICOS.....	44
2.5 REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AOS BENS PÚBLICOS LITERÁRIOS E ARTÍSTICOS	45
2.6 AFETAÇÃO E BENS PÚBLICOS LITERÁRIOS E ARTÍSTICOS	50
2.7 VALOR DE TROCA E VALOR DE USO DO BEM PÚBLICO ..	51
2.8 CLASSIFICAÇÃO E BENS PÚBLICOS LITERÁRIOS E ARTÍSTICOS.....	54
2.9 FINALIDADE E BENS PÚBLICOS LITERÁRIOS E ARTÍSTICOS.....	60
2.10 CONSIDERAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO.....	63
3 SISTEMA DE PROTEÇÃO AUTORAL	65
3.1 DIREITO AUTORAL E SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	66
3.2 DIREITO AUTORAL E LEGISLAÇÃO	70
3.3 OBJETO DA PROTEÇÃO	74
3.4 TIPOS DE OBRAS	75
3.5 DIREITOS AUTORAIS MORAIS	76
3.6 DIREITOS AUTORAIS PATRIMONIAIS	80
3.6.1 Prazo de Proteção.....	84
3.6.2 Limitações aos Direitos Patrimoniais de Autor	86
3.6.3 Cessão e Licença de Direitos Autorais.....	90
3.7 DOMÍNIO PÚBLICO	92
3.8 HISTÓRICO NORMATIVO DA PROTEÇÃO AUTORAL DOS BENS PÚBLICOS LITERÁRIOS E ARTÍSTICOS NO BRASIL	95
3.8.1 Código Civil de 1916	96
3.8.2 Lei 5.988 de 1973	98
3.8.3 Lei 9.610 de 1998	99
3.9 PROTEÇÃO AUTORAL DAS OBRAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM OUTROS PAÍSES.....	100

3.9.1 Estados Unidos da América	100
3.9.2 Portugal.....	103
3.9.3 Argentina	105
3.9.4 Composição do Domínio Público e Textos Oficiais	106
3.10 CONSIDERAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO	107
4 ELEMENTOS PARA A TUTELA AUTORAL DIFERENCIADA DOS BENS PÚBLICOS LITERÁRIOS E ARTÍSTICOS	111
4.1 PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS E BENS PÚBLICOS LITERÁRIOS E ARTÍSTICOS	111
4.1.1 Princípio da Supremacia do Interesse Público	112
4.1.2 Princípio da Eficiência.....	115
4.1.3 Princípio da Finalidade	118
4.1.4 Princípio da Razoabilidade	119
4.1.5 Princípio da Publicidade	121
4.2 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E BENS PÚBLICOS LITERÁRIOS E ARTÍSTICOS.....	122
4.2.1 Função Social da Propriedade e Direitos Autorais	126
4.2.2 Função Social da Propriedade e Bens Públicos	130
4.3 DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À CULTURA E AO CONHECIMENTO E BENS PÚBLICOS LITERÁRIOS E ARTÍSTICOS	131
4.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO	138
5 TUTELA E DISPONIBILIDADE DOS BENS PÚBLICOS LITERÁRIOS E ARTÍSTICOS	141
5.1 ALTERAÇÕES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITOS AUTORAIS	142
5.1.1 Regime Jurídico Específico para Bens Públicos Literários e Artísticos	142
5.1.2 Propostas e Justificativas para Dispositivos Legais	144
5.2 APLICAÇÃO DE LICENÇAS PÚBLICAS ÀS OBRAS SOB TITULARIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	147
5.2.1 Licenças Gerais Públicas.....	147
5.2.1.1 Histórico das Licenças Gerais Públicas	149
5.2.1.2 As Licenças Creative Commons	151
5.2.2 Licenças Gerais Públicas e Administração Pública	154
5.3 DOMÍNIO PÚBLICO: EFICÁCIA NA UTILIZAÇÃO E NA GESTÃO	156
5.3.1 Bens Públicos Literários e Artísticos e Domínio Público.....	159
5.3.2 Propostas Relacionadas a Normas Sobre Domínio público..	162
5.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO	165
6 CONCLUSÃO	167

REFERÊNCIAS	175
GLOSSÁRIO	185

1 INTRODUÇÃO

Obras literárias e artísticas pertencentes à Administração Pública são bens públicos; porém, a tutela desses bens tem ficado a cargo da Lei 9610/98, a Lei de Direitos Autorais (LDA) brasileira, cujo texto tem por linha central a proteção de bens privados, especialmente no que se refere aos direitos patrimoniais de autor sobre a obra.

Na LDA os interesses privados se sobrepõem ao interesse público, visando a remuneração do autor, quer pela exploração direta dos usos da obra, quer pela venda dos direitos patrimoniais sobre ela. No caso das obras cujo domínio é de titularidade da Administração Pública, os interesses públicos devem prevalecer, pelas razões que guiam a atuação da própria Administração. É por esse motivo que para essas obras o tratamento diferencial é necessário.

Por outro lado, as leis que tratam dos bens públicos também não têm previsões específicas para as obras literárias e artísticas pertencentes à Administração Pública, previsões que poderiam fazer com que as características específicas desse tipo de bem fossem utilizadas para se atingir à máxima finalidade pública possível.

As mudanças trazidas pela tecnologia digital e pela interconectividade proporcionada pelas redes de computadores – em especial, a Internet – têm levado ao questionamento do modelo de proteção autoral elaborado sob a ótica vigente nos séculos XIX e XX. No Brasil, a LDA tem passado, nos últimos anos, por amplo processo de debate acerca da revisão de seus institutos. Porém, nessa discussão, pouco tem surgido com relação ao tratamento das obras de titularidade da Administração Pública.

O modelo de proteção aos bens intelectuais reflete diretamente na criação e no acesso a esses bens e, portanto, definir o modelo adequado para cada tipo de bem – público ou privado – representa escolher a opção cujos frutos representem o maior benefício nos aspectos de criação e acesso ao conhecimento e à cultura para a sociedade.

Há a necessidade, tanto na esfera privada e ainda mais na pública, de se identificar a necessidade de encontrar um modelo de proteção cujas regras não cerceiem os potenciais proporcionados pela tecnologia digital e pela Internet, de modo que esses potenciais sejam utilizados a favor da criação e do acesso aos bens intelectuais.

Para a busca de modelos de proteção adequados à esfera pública é necessário o estudo particularizado das obras cuja titularidade dos direitos patrimoniais pertença à Administração Pública, de modo que se

aproveite as características desses bens na aplicação dos princípios que regem a atuação da Administração quanto à gestão e uso desse acervo.

Essas obras, em geral criadas em decorrência das atividades de um órgão público, ou então adquiridas para dar suporte a elas, requerem um tratamento que corresponda aos objetivos que levaram ao investimento público realizado para a criação ou aquisição desse bem intelectual.

Os bens literários e artísticos cujo domínio é de titularidade da Administração Pública devem ser estudados sob a ótica do que efetivamente são: bens públicos. Nessa condição, devem se submeter a um regime que considere os princípios administrativos que regem esses bens, afastando normas de direito privado que não sirvam para a adequada tutela em face dos interesses da Administração e da sociedade.

Há ainda que se levar em consideração os princípios constitucionais de acesso à cultura¹ e preservação do patrimônio cultural². Sob esses aspectos de bens públicos e de direitos fundamentais se percebe a importância de que sobre essas obras recaia um modelo de proteção específico, condizente com a atuação da Administração e com os interesses da sociedade.

Entretanto, não há na legislação brasileira sobre proteção autoral um tratamento específico para as obras da Administração, de modo que não prejudique a finalidade pública de que se cercam essas criações. Também não há no regime aplicável aos bens públicos dispositivos que façam proveito das características desse tipo de bem para um ganho efetivo da coletividade.

Diante da importância do amplo acesso a esses bens, não apenas o regime jurídico aplicável aos bens literários e artísticos da Administração deve ser diferenciado, como também devem ser colocados à disposição dos administradores mecanismos para que estes, no exercício de suas atribuições, possam estabelecer o alcance adequado

¹ CF, 1988. Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

² CF, 1988. Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: (...)

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

do acesso a esses bens, como, por exemplo, nas situações em que o prazo estabelecido de proteção seja excessivo a ponto de prejudicar a finalidade daquela criação intelectual.

Ainda que a função social da propriedade intelectual apareça norteando a revisão das normas da Lei de Direitos Autorais, como nos tópicos referentes às limitações aos direitos autorais, a questão de tratamentos específicos para obras que pertençam à Administração Pública, apesar de o interesse público estar diretamente associado à utilização desses bens intelectuais, tem sido pouco abordada nas discussões sobre a revisão da LDA.

A atualidade da discussão acerca do tratamento autoral das obras pertencentes à Administração Pública também se justifica sob outro aspecto: do mesmo modo que as ferramentas de tecnologia têm facilitado a criação e distribuição de obras pelos particulares, os órgãos públicos contam com o acesso não apenas a computadores e programas que permitem maiores possibilidades para criar, mas muitas vezes contam também com verdadeiros escritórios de criação, como estúdios de televisão, editoras de revistas, jornais e livros, gerando acervos importantes de conteúdos que deveriam chegar à sociedade sem as barreiras criadas para proteger os interesses de particulares.

Os elementos centrais desenvolvidos no trabalho têm por base a noção de utilidade pública como função inerente aos bens públicos literários e artísticos, concepção que aponta para a necessidade de buscar um regime jurídico compatível com os desafios atuais e as possibilidades advindas da tecnologia e dos conceitos jurídicos mais atuais relacionados à propriedade, como a função social aplicada aos bens públicos. Bens públicos são meios para que, direta ou indiretamente, o Poder Público atinja seus objetivos – é, portanto, a finalidade pública o elemento a nortear o uso do bem público.

O presente estudo abrange, sob o aspecto da proteção autoral apontado, a gestão, o acesso e a utilização das obras literárias e artísticas de titularidade da Administração Pública, e esse exame só se completa com a análise dessas obras em seu contexto de bem público, cujo uso deve ser permeado pelos princípios constitucionais e administrativos pertinentes.

Portanto, o estudo proposto tem por base apresentar e examinar os elementos que apontam a necessidade de que o modelo de proteção autoral das obras cuja titularidade do domínio pertença à Administração Pública se harmonize não apenas com as amplas possibilidades oferecidas pelas ferramentas tecnológicas disponíveis, mas também, e

especialmente, com a finalidade da atividade pública e das novas expectativas do cidadão que vive nesse ambiente digital em rede.

1.1 ESTRUTURA

O presente estudo se propõe a analisar a proteção autoral das obras literárias e artísticas de titularidade da Administração Pública Federal Direta, sob a ótica dos princípios administrativos, da função social da propriedade e do direito fundamental de acesso ao conhecimento e à cultura, bem como ao exame de propostas para a tutela autoral específica para esses bens públicos literários e artísticos, que seja ajustada aos ditames e princípios analisados.

O trabalho será ordenado pela seguinte divisão dos temas: inicialmente, se abordará a teoria relacionada aos bens públicos e que se refletem nas obras literárias e artísticas sob o domínio da Administração Pública, tratando dos conceitos, classificações, finalidade dos bens públicos, e aquisição e gestão dos bens públicos literários e artísticos, passando pela criação, o acesso e a utilização dessas obras.

A seguir se passará ao exame do sistema de proteção autoral no Brasil, sob a ótica da proteção autoral vigente e da influência da tecnologia digital e das redes de computadores. Neste ponto serão abordados o objeto da proteção autoral, os direitos autorais morais e patrimoniais, a previsão de autorização prévia de uso e as limitações aos direitos autorais, sob o enfoque dos bens públicos literários e artísticos. Ainda no estudo da tutela autoral, se analisará o histórico da proteção das obras literárias e artísticas pertencentes à Administração Pública na legislação brasileira, seguido pela análise de legislações estrangeiras que tratam da proteção autoral das obras da Administração Pública.

Depois serão tratados os elementos que dão base para que se proponha uma tutela específica para os bens públicos literários e artísticos, começando pelos princípios de Direito Administrativo aplicáveis na gestão e utilização desses bens, passando pela função social da propriedade, e concluindo com o exame dos direitos fundamentais de acesso à cultura e ao conhecimento.

Por fim, serão apresentadas propostas de mudanças normativas para que se principie a discussão acerca da elaboração de regime jurídico específico aplicável aos bens públicos literários e artísticos. Também será examinada a utilização de licenças públicas como mecanismo de acesso e gestão das obras autorais pertencentes à Administração. Por fim, será estudada a importância do fortalecimento

do domínio público como mecanismo para que o Estado cumpra a obrigação constitucional de promover o acesso e a preservação do patrimônio cultural brasileiro, e a relevância dos bens públicos literários para a efetividade do domínio público.

1.2 CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS

O problema em análise neste trabalho diz respeito à verificação da necessidade de proteção autoral diferenciada para as obras literárias, artísticas e científicas de titularidade da Administração Pública Direta, em face dos princípios administrativos, da função social da propriedade e do direito fundamental de acesso ao conhecimento e à cultura.

A razão do enfoque do estudo nas obras pertencentes à Administração Pública Direta (entidades estatais que compõem o sistema federativo – União, Estados, Distrito Federal e Municípios –, e que são responsáveis pelo desempenho das atividades administrativas de forma centralizada (CARVALHO FILHO, 2011, p. 11)) diz respeito à possibilidade de se pensar em um tratamento mais homogêneo a esses bens, ante às características dos entes tratados. Busca-se, assim, evitar a ampliação demasiada dos tópicos a serem examinados, haja vista que o estudo dos bens pertencentes à Administração Pública Indireta (composta pelas autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações públicas (CARVALHO FILHO, 2011, p. 11)) levaria à necessidade de uma análise bastante extensa, diante das especificidades de cada um desses componentes, bem como à propostas heterogêneas de tratamento dos bens destes entes, diante das distinções entre estes, que extrapolaria os objetivos desse estudo. Portanto, neste trabalho, ao se referir de modo geral à Administração Pública, está-se referenciando à Administração Pública Direta.

O método dedutivo – partindo da teoria geral aplicável aos bens públicos e às obras literárias e artísticas, para então estabelecer as relações com a questão particular dos bens públicos literários e artísticos – foi o escolhido para a elaboração da análise dos temas que compõem esse trabalho. A hipótese a ser avaliada é a de que a Administração Pública, em atendimento aos princípios administrativos, à função social da propriedade e aos direitos fundamentais de acesso ao conhecimento e à cultura, deve ser provida dos meios específicos para assegurar a finalidade pública dos bens literários e artísticos de sua titularidade.

Os bens públicos literários e artísticos considerados neste estudo são somente aqueles cuja titularidade do domínio dos direitos autorais

patrimoniais inquestionavelmente pertence à Administração Pública Direta. Essa delimitação se faz necessária, pois em razão de lacuna na Lei 9.610/98 quanto às obras produzidas por encomenda ou decorrentes da atividade funcional, há o questionamento sobre a titularidade do domínio das obras produzidas nessas condições. Apesar da relevância desse tema³ essa discussão não será, como indicado, alvo do estudo presente nesse trabalho, cujo foco será centrado na avaliação da tutela autoral das obras que têm seus direitos autorais patrimoniais inquestionavelmente pertencentes à Administração Pública, qualquer que tenha sido a forma de aquisição.

Os bens públicos literários e artísticos de que trata este trabalho não se confundem com os atos oficiais sobre os quais versa o inciso IV do artigo 8º da Lei 9.610/98⁴. Como se depreende do dispositivo legal, esses atos, mais próximos do conceito de ato administrativo, no sentido de uma declaração do Estado destinada a produzir efeitos jurídicos e que, portanto, dependem justamente da publicidade de seu conteúdo, não são protegidos pelo direito autoral. Também não se inclui neste estudo a questão da proteção dos programas de computador cujo domínio é de titularidade da Administração Pública, haja vista que as especificidades dessa proteção ampliariam demasiadamente o objeto do estudo. Apesar disso, diversas considerações apresentadas no trabalho podem também contribuir para o estudo acerca da gestão e da utilização dos programas de computador da Administração Pública.

³ José Carlos da Costa Netto (2008, p. 100) aborda o tema em sua obra “Direito Autoral no Brasil”, bem como Plínio Cabral (2009, p. 122), em “Direito Autoral: Dúvidas e Controvérsias.”

⁴ Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: [...]IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais;

2 BENS PÚBLICOS LITERÁRIOS E ARTÍSTICOS

Esta parte do trabalho compreende o exame do objeto deste estudo: os bens públicos literários e artísticos. É abordada inicialmente a teoria relacionada aos bens públicos em geral, como eles são conceituados, quais suas características, as classificações relevantes para a análise da proteção autoral das obras literárias e artísticas de domínio da Administração Pública, bem como a questão da finalidade desses bens.

Optou-se neste trabalho por adotar a expressão “bens literários e artísticos” para indicar as obras protegidas pelos direitos autorais, associadas ao adjetivo “públicos” para apontar que a titularidade do domínio pertence à Administração Pública, e que esses bens fazem, portanto, parte do acervo que compõe o patrimônio público.

A expressão “bens literários e artísticos” é utilizada na Convenção de Berna⁵, referência normativa para os direitos autorais, abrangendo as obras do domínio literário, artístico e científico. Segundo João Henrique da Rocha Fragoso (2009, p. 84), a Convenção de Berna, “firmada em 09 de setembro de 1886, [...] constitui, até hoje, o instrumento-padrão para o Direito de Autor.” Ainda segundo esse autor, a convenção foi inicialmente elaborada com um caráter claramente protecionista da produção intelectual da Europa, porém adquiriu uma amplitude universal, tornando-se o instrumento típico para a interpretação e aplicação do Direito de Autor (FRAGOSO, 2009, p. 85).

Explicada, portanto, a nomenclatura utilizada para o objeto deste estudo, cabe estabelecer de forma mais completa quais os tipos de obras que se enquadram entre os bens públicos literários e artísticos. A própria Convenção de Berna traz uma lista em que referencia quais obras compõem os bens literários e artísticos protegidos pelo direito autoral, em seu artigo 2⁶:

Os termos ‘obras literárias e artísticas’ abrangem todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou

⁵ Artigo 1 da Convenção de Berna: “Os países a que se aplica a presente Convenção constituem-se em União para a proteção dos direitos dos autores sobre as suas obras literárias e artísticas.” (grifou-se). Fonte: http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/cv_berna.pdf. Acesso em: 15 ago. 2011.

⁶ Artigo 2 da Convenção de Berna Fonte: http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/cv_berna.pdf. Acesso em: 15 ago. 2011.

a forma de expressão, tais como os livros, brochuras e outros escritos; as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas ou dramático-musicais; as obras coreográficas e as pantomimas; as composições musicais, com ou sem palavras, as obras cinematográficas e as expressas por processo análogo ou da cinematografia; as obras de desenho, de pintura, de arquitetura, de escultura, de gravura e de litografia; as obras fotográficas e as expressas por um processo análogo ao da fotografia; as obras de arte aplicada; as ilustrações e os mapas geográficos; os projetos, esboços e obras plásticas relativos à geografia, à topografia, à arquitetura ou às ciências. (grifou-se)

Esse rol é meramente exemplificativo como se depreende da expressão “tais como”, presente logo ao início do dispositivo⁷. Diante desta norma tem-se o suficiente para identificar se nessa lista podem ser incluídas as obras que compõem o acervo da Administração Pública na condição, portanto, de bens públicos. Atualmente, a Administração não apenas adquire diversos conteúdos apresentados na lista de obras protegidas pelo direito autoral, como também as produz⁸.

Antes, porém, importante verificar se a composição do acervo público comporta bens literários e artísticos, como definidos anteriormente.

Acerca da composição do acervo público, assim se manifesta Marques Neto (2009, p. 225):

O patrimônio público é composto por todas as espécies de bens. A teoria tradicional dos bens públicos, dissemos antes, sempre se baseou muito mais nos bens imóveis. Não obstante, pode-se cogitar, cada vez mais, de bens móveis relevantes na constituição deste acervo patrimonial. Como ensina Massimo Severo GIANNINI, as normas (e diríamos nós, a doutrina) sobre os bens públicos são sobretudo referenciadas sobre os bens

⁷ Esse tema é abordado com mais detalhes no item 3.3 deste trabalho (Objeto da Proteção).

⁸ Conforme abordado no item 2.2 deste trabalho (Criação, Aquisição e Titularidade dos Bens Públicos Literários e Artísticos).

imóveis, força do peso da tradição passada, na qual estes bens, imóveis, constituíam fonte importante da riqueza. Porém, segue GIANNINI, 'é indiscutível que por aspectos funcionais nos dias atuais os bens patrimoniais disponíveis [de uso especial, vale dizer] constituem a categoria mais relevante e entre estes bens os bens móveis são os que têm maior importância.' (grifou-se)

Destaque-se a relevância que o autor aponta que foi dada aos bens imóveis na construção da teoria tradicional dos bens públicos. É patente a percepção, na doutrina administrativista, do amplo espaço concedido ao tratamento jurídico dado aos bens imóveis da Administração, enquanto aos bens móveis se reserva um espaço notoriamente menor.

Como indicado também no trecho citado, os bens móveis vêm ganhando importância no contexto contemporâneo, e cada vez mais a Administração se vê a frente de situações em que esses tipos de bem – móveis – pedem um tratamento para o qual o sistema jurídico não apresenta a solução mais adequada, como no caso dos bens literários e artísticos da Administração, objetos desse estudo.

As obras literárias e artísticas de titularidade da Administração Pública são bens públicos, e por essa razão devem se submeter ao regime jurídico a eles aplicáveis.

Embora a teoria dos bens públicos esteja sempre presente na doutrina administrativista, percebe-se que o foco desses estudos se dá sobre os bens corpóreos ou materiais. São os bens corpóreos, sejam eles móveis ou imóveis, que são utilizados como exemplos nas obras de direito administrativo quando se discorre a respeito da teoria dos bens públicos.

Os bens incorpóreos ou imateriais, e mais especificamente os bens literários e artísticos que fazem parte do acervo público, apesar dessa condição, passam à margem desses estudos, sendo raramente abordados, nem mesmo como exemplos. Apesar disso, como se viu anteriormente, essa condição deve se alterar, em face da importância que os bens intangíveis vêm adquirindo em termos de valor, especialmente pelos benefícios que se passa a obter mediante o uso desses bens.

Desse modo, a indiferença da doutrina administrativista acerca dos bens incorpóreos não se justifica no cenário da sociedade da informação. Se anteriormente era mais visível a atribuição de valor aos

bens corpóreos, o bem incorpóreo tem sido conduzido ao eixo central da era da informação e do conhecimento.

A facilidade de criação dos bens intangíveis, destacadamente das obras literárias e artísticas, em razão das ferramentas tecnológicas de produção, ampliará o acervo dos bens incorpóreos da Administração Pública, e esta deverá estar plenamente preparada para, sob a ótica do princípio da eficiência, extrair o máximo de ganho social com o uso desses bens.

2.1 DEFINIÇÃO DE BEM PÚBLICO

O desenvolvimento desse estudo passa pela inclusão das obras literárias e artísticas no acervo dos bens públicos da Administração, situação que justificaria regime jurídico particular a essas obras, em face da finalidade dos bens públicos e dos princípios administrativos a eles aplicáveis. Por essa razão, deve-se apresentar logo de início o conceito de bem público, de modo que se verifique se as obras literárias e artísticas de titularidade da Administração se encaixam nesse conceito.

O termo “bem”, como visto, possui diversos significados. É importante que se delimite, então, aquele ao qual se prende o presente estudo.

Segundo Dênis Barbosa (2003, p. 34):

[...] para o jurista, “bem” é o objeto de um direito. É de se notar que nem todos os bens jurídicos serão bens econômicos, pois os há de caráter apatrimonial, como as relações de família puras e a cidadania. Noção próxima de bem é coisa, que boa parte da doutrina considera sinônimo, porém é mais correto reservar a palavra coisa para os “elementos destacáveis da matéria circundante”. De outro lado, nem todas as coisas são bens, por serem incapazes de satisfazer um desejo ou uma necessidade humana; como há coisas capazes de satisfazer desejo ou necessidade, mas que não são disponíveis nem escassos (como o ar), têm-se tanto coisas que não são bens econômicos como bens jurídicos patrimoniais que não são coisas. São as coisas que, simultaneamente, são bens jurídicos patrimoniais que se tornam objeto dos direitos

reais, inclusive da propriedade, na acepção tradicional, romanística.

Para Sílvio Rodrigues, bens econômicos são “aquelas coisas que, sendo úteis ao homem, existem em quantidade limitada no universo, ou seja, são bens econômicos as coisas úteis e raras, porque só elas são suscetíveis de apropriação”, ressaltando ainda que “bens” e “coisas” são conceitos de extensão diferente, sendo “coisas” – para o autor, “tudo aquilo que existe objetivamente, com exclusão do homem” – o gênero do qual “bem” é espécie. Continua Sílvio Rodrigues (2002, p.115) ressaltando que alguns valores não se corporificam em coisas, mas por terem conteúdo econômico são objeto de regulamentação pelo Direito Civil; são “os bens incorpóreos, tais como o direito autoral.” Bens, portanto, podem ser corpóreos ou incorpóreos, como ressalta Marques Neto⁹ (2009, p. 50):

Na conceituação por nós aqui adotada, ‘bens’ seriam os objetos dotados de utilidades às quais de possa atribuir valor econômico. No universo destes há ‘coisas’ (objetos dotados de materialidade) e ‘não coisas’ (objetos desprovidos de materialidade, mas existentes independentemente do seu suporte material). Valor econômico não apenas de troca (ao qual normalmente corresponde a relação jurídica do bem), mas também valor de uso. A acepção que adotamos para conceito de ‘bem’ envolverá, dessarte, não apenas o universo dos objetos materiais (‘coisas’ em sentido não jurídico), mas também os objetos imateriais, intangíveis, passíveis de valoração econômica independente do seu suporte físico. [...] Entendemos, então, serem ‘bens’ os objetos que, com ou sem materialidade (é dizer, mesmo sem ser

⁹ A obra “Bens Públicos – Função Social e Exploração Econômica – O Regime Jurídico das Utilidades Públicas”, de Floriano de Azevedo Marques Neto, apresenta proposta de caráter inovador acerca do tratamento jurídico a ser dado ao bem público. Ainda que o autor não tenha a intenção de examinar especificamente a questão dos bens imateriais (que são os elementos centrais deste estudo, no que se relaciona aos direitos autorais), mencionando-os eventualmente (ressaltando, entretanto, a importância desses bens no contexto atual), os argumentos apresentados na obra – com destaque para a otimização da finalidade social ou coletiva do bem público, servem de amparo a parte das propostas presentes nesse estudo.

propriamente coisas), são dotados de utilidades susceptíveis de valoração econômica (pelo seu valor de troca ou de uso). (grifou-se)

Identificados os atributos que fazem de algo um “bem” para o Direito, pode-se partir para a definição do que seriam os bens públicos. Preliminarmente, tome-se o conceito que aparece no artigo 98 do Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/02):

Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Esse dispositivo indica que o acervo de bens públicos é determinado em razão da relação de propriedade entre o bem e uma pessoa jurídica de direito público interno. Pode-se dizer que esse artigo apresenta um conceito subjetivo de bem público, ou seja, que o define em função do detentor do domínio do bem.

Também pode ser utilizado o critério objetivo, que define se um bem é público com base no fim ao qual ele está designado. Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 803) adota ambos os critérios para definir bens públicos; para ele, bens públicos “são todos os bens que pertencem às pessoas jurídicas de direito público” e acrescenta ainda aqueles que “embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público.”

Ainda acerca da definição de bem público, e estendendo a definição subjetiva do artigo 98 do Código Civil, assim dispõe Celso Spitzcovsky (2005, p. 444):

Nesse sentido, poderemos definir bens públicos como todos aqueles pertencentes às pessoas jurídicas de direito público, integrantes da Administração direta e indireta e aqueles que, embora não pertencentes a essas pessoas, estejam afetados à prestação de serviços públicos, o que acabaria por abranger, também, os bens diretamente relacionados aos serviços públicos executados por concessionários e permissionários.

Neste ponto, se deve fazer referência aos bens intelectuais. Se uma obra literária ou artística é de propriedade – e aqui se está falando em direitos patrimoniais – de pessoa jurídica de direito público interno, essa obra, de acordo com o artigo 98 do Código Civil, fará parte do acervo de bens públicos nacionais.

Muito se discutiu sobre o exercício da propriedade dos bens públicos por parte da Administração. Segundo Maria Sylvia Di Pietro, alguns autores do ramo, como Berthélemy e Gaston Jèze ou Ducroq, a negavam, alegando faltar três atributos para configurá-la: uso, fruto e disponibilidade. Continua a autora:

Na época contemporânea, no início deste século, os autores, liderados por Maurice Hauriou, passaram a afirmar a tese da propriedade administrativa sobre o domínio público¹⁰, mas uma propriedade regida pelo direito público. Ela tem pontos de semelhança e diferença com a propriedade privada: assim é que a Administração exerce sobre os bens de domínio público os direitos de usar ou de autorizar a sua utilização por terceiros; o de gozar, percebendo os respectivos frutos, naturais ou civis; o de dispor, desde que o bem seja previamente desafetado, ou seja, desde que o bem perca a sua destinação pública. [...] Em razão disso, foram afastadas as doutrinas que viam na propriedade do Estado um direito de propriedade privada ou que negavam a existência desse direito em relação aos bens de domínio público. (DI PIETRO, 2005, p. 582)

Antes de se avançar na questão dos bens intelectuais, é importante mencionar que, partindo do próprio texto do artigo 98 citado, a propriedade de um bem público não é do povo (situação em que os bens estariam, então, meramente sob a guarda do Estado), mas sim do próprio Estado. Pela mesma razão não se deve entender que um bem público não é de propriedade de ninguém (*res nullius*). Nesse sentido se manifesta Marques Neto (2009, p. 93):

¹⁰ A autora utiliza a expressão “domínio público” abrangendo os bens de uso comum do povo e os de uso especial, conforme explicado na página 581 da obra citada.

Nem a concepção de bens públicos como propriedade do povo (apenas sob guarda do Estado), nem a tese de bens públicos como res nullius se mostraram compatíveis com o Direito ou mesmo convenientes. São incompatíveis com o Direito porquanto todas as coisas que são dedicadas ao cumprimento das finalidades estatais são tratadas como bens integrantes do patrimônio das pessoas jurídicas de direito público interno integrantes da Federação, seja pela Constituição (artigo 20 e artigo 26), seja pelo direito positivo (artigo 98 e artigo 99 do CCB e artigo 1º, Decreto-Lei nº 9.760/46). À luz da redação dada pelo artigo 98 do CCB, não vemos como haveria espaço para se cogitar de uma terceira espécie de bens além dos públicos e dos privados. Afinal, diz a lei que dentre os bens do domínio nacional (bens integrantes do território brasileiro) os que pertencem ao Estado são públicos e ‘todos os demais’ serão do domínio de algum privado, o que afasta a idéia da existência de bens que não pertençam a ninguém.

A questão é relevante, pois se prosperasse o entendimento de que o bem público é bem que não está no patrimônio de ninguém (*res nullius*), haveria situação desfavorável ao bem, podendo ocasionar a redução da sua utilidade, especialmente pelo aproveitamento oportunista (no caso, por exemplo, de uso sem preocupação com o seu esgotamento), ou até mesmo pela captura privada do bem (por exemplo, no caso em que um particular cerca um determinado bem, impedindo o uso pelos demais, buscando apropriar-se dele).

Voltando ao artigo 98 do CCB, para que o bem seja público – e, portanto, se submeta ao regime jurídico próprio desses bens – é necessário que haja uma relação de domínio, ou seja, que o bem pertença a “uma pessoa jurídica de direito público interno”. Pertencer leva à ideia de propriedade, de estar incluso na esfera patrimonial de alguém. Orlando Gomes (2005, p. 109) apontou as características que marcam o conceito de propriedade:

Sinteticamente, é de se defini-lo, como Windscheid, como a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa.

Analiticamente, o direito de usar, fruir e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem injustamente o possui. Descritivamente, o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei.

Desse modo, pertencendo o bem a uma pessoa jurídica de direito público interno, esta exerceria sobre ele os direitos de usar, fruir e dispor de bem, o qual estaria submetido às vontades do proprietário. Porém, diante dos deveres que esse ente estatal tem em face dos administrados, os poderes oriundos da propriedade do bem devem ser praticados dentro de determinados limites definidos primordialmente em razão da finalidade do bem, e da própria função da pessoa jurídica de direito público interno que detém a propriedade do bem. Nesse sentido, Marques Neto (2009, p. 108):

O que significa dizer que a pessoa jurídica de direito público interno, em relação aos bens que lhe pertencem, possui direitos reais em face de todos os administrados. Como, à luz do Direito Público, o ente estatal assume deveres em relação a estes mesmos administrados (princípio da função), pode-se dizer que, em face dos bens, as pessoas de direito público mantêm uma dupla relação de poderes e deveres, que variará consoante a natureza e a utilidade de cada bem.

Desse modo, a propriedade exercida sobre um bem público se dá de forma diferenciada, justamente em razão da função pública exercida pelo ente proprietário. E não se trata apenas de limitação proporcionada pela função social da propriedade (que está presente tanto na relação de propriedade particular quanto na propriedade de bens públicos), mas também pela finalidade do Estado, que tem nos princípios administrativos os elementos que norteiam sua atuação.

Apontar que um bem pertence ao acervo público significa dizer que sobre ele não recaem as regras gerais de propriedade a que se submetem os bens privados. Pensam-se de imediato em algumas normas protetivas peculiares aos bens da Administração, como inalienabilidade, impenhorabilidade, não oneração e imprescritibilidade.

Porém, não são apenas essas regras a distinguir o regime aplicável aos bens públicos, mas principalmente o entendimento de que esses bens devem estar voltados ao atendimento das necessidades da sociedade, e por essa razão, devem ser adquiridos, administrados e vendidos sempre sob a ótica de eficiência para essa finalidade coletiva.

É importante ainda salientar que não há um único regime aplicável aos bens públicos, mas sim regimes que são utilizados para que se trate o bem público da forma que se obtenha a finalidade a ele conferida. Esses regimes afastam ou vão além do direito privado, como ocorre na aquisição, alienação e gestão dos bens públicos, que devem observar normas específicas. Essas regras de direito público que regem os bens da Administração variam conforme o tipo de bem, ao seu domínio e ao uso ao qual ele está afetado. Conforme indica Márcio Pestana (2010, p. 485), o regime jurídico aplicável ao bem público “distingue-se, sensivelmente, do regramento aplicável ao Direito Privado, que consagra disciplinas jurídicas distintas daquelas aplicáveis a realidade pública.”

A já citada classificação pelo critério objetivo – que define se um bem é público com base no fim ao qual ele está designado, em contraposição ao critério subjetivo, que leva em consideração a pessoa jurídica detentora do bem – traz relevante elemento para a caracterização do bem público, que somente poderá ser assim qualificado se tiver sua finalidade vinculada a um interesse público, direta ou indiretamente.

Esses dois critérios são complementares e, portanto, não se excluem mutuamente. Entretanto, o critério subjetivo, que se fundamenta na definição do titular do domínio, não é o mais adequado para o estabelecimento do regime jurídico-administrativo que determina a forma de aquisição, utilização, alienação e, principalmente, gestão dos bens públicos, pois, como visto, essa forma deve ter por base a natureza e finalidade do próprio bem, além da função exercida pelo ente público que exerce o domínio sobre o bem. Portanto, é necessário para o estabelecimento das normas sobre o bem público que se considere não apenas a pessoa detentora do domínio do bem, como também as próprias características e a finalidade do bem.

2.2 CRIAÇÃO, AQUISIÇÃO E TITULARIDADE DE OBRAS LITERÁRIAS E ARTÍSTICAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O amplo acesso e utilização de ferramentas tecnológicas para a criação de obras literárias e artísticas teve reflexos na esfera da Administração Pública. Cada vez mais órgãos da Administração produzem programas de televisão, filmes, músicas, clipes, personagens, livros e fotografias, obras que, como visto na introdução deste tópico¹¹, segundo a Convenção de Berna, são protegidas pelo direito autoral. Porém, como parte do acervo da Administração, essas obras compõem o conjunto de bens públicos do Estado.

A criação ou a aquisição dessas obras literárias ou artísticas pela Administração, em geral, estão relacionadas às atividades finalísticas dos órgãos públicos, ou seja, são criadas para que estes executem suas funções de servir a sociedade. Essa razão indica a importância, para a sociedade, de ter acesso facilitado a essas obras.

Além do interesse da sociedade, ainda deve ser ressaltado que a produção do bem intelectual na Administração se dá pela aplicação de verbas públicas, quer pela remuneração paga aos criadores, quer pela estrutura adquirida pelo órgão para dar suporte à criação, como a aquisição de equipamentos e demais insumos.

Porém, ao se analisar o acesso aos bens públicos literários ou artísticos sob os critérios dos princípios administrativos, se percebe que o dever da Administração de promover de modo amplo o acesso à esse acervo vai além desse argumento de utilização da obra como meio para se atingir os objetivos coletivos dos órgãos que compõem a Administração Pública, ou mesmo da utilização de verbas públicas na criação ou aquisição do bem.

No que diz respeito a aquisição de bens pela Administração Pública, há que se ter em mente que esta deve ser orientada sempre por algum objetivo da coletividade¹², o qual justifica a movimentação da estrutura administrativa, bem como o próprio gasto de recursos públicos, para a compra de um determinado bem. Nesse sentido, aponta Marques Neto (2009, p. 250):

¹¹ Ver a introdução do capítulo 2 deste trabalho (Bens Públicos Literários e Artísticos).

¹² Ver item 2.9 deste trabalho (Finalidade e Bens Públicos Literários e Artísticos).

Como a Administração Pública, diversamente do que ocorre com os particulares, não maneja seus instrumentos financeiros, administrativos e legais sem que esteja a perseguir uma determinada finalidade de interesse geral, a aquisição de um bem pelo poder público presume que haja alguma finalidade de interesse da coletividade a justificar tal intento. (grifou-se)

No caso dos bens literários e artísticos, a aquisição da titularidade do domínio pela Administração pode se dar a partir da própria criação decorrente da atividade do serviço executado pelo órgão público, resultado da atuação dos servidores nele alocados. Como exemplo, se poderia citar a elaboração de um livro referente ao perfil de um parlamentar, em trabalho realizado por alguma das Casas do Congresso Nacional. Ou ainda um programa de televisão tratando de determinada lei que será objeto de discussão em tribunal superior. Esse programa poderia ser criado pelo próprio órgão público, ou ter sido comprado pelo órgão de uma produtora contratada para realizar a obra. Até mesmo uma música poderia ser criada por algum órgão da Administração, por exemplo, para uma determinada campanha de interesse da sociedade. E essa criação pode envolver diversos profissionais, que podem trabalhar em produtos e etapas distintas, como a melodia, letra ou produção.

Um ponto a ser mencionado é que se para a maior parte dos bens materiais a Administração se vale da compra para obter um determinado bem, no caso dos bens literários e artísticos se percebe que, com a facilidade proporcionada pelos recursos tecnológicos de criação, a própria Administração passa a ser uma importante fonte originária de aquisição, ao criar os bens literários e artísticos, conforme a necessidade decorrente das atividades precípuas dos órgãos públicos.

Também vale lembrar que a doação pode ser meio de aquisição de bens intelectuais pela Administração Pública – é comum, por exemplo, que bibliotecas públicas, ou museus, recebam doações de particulares que acabam enriquecendo o acervo cultural do Poder Público.

Por fim, cabe mencionar que o acervo de obras da Administração pode ser ampliado também pelos bens advindos de sucessão

testamentária (decorrente de ato de última vontade) ou de herança vacante (previsto no artigo 1820 do CCB)¹³.

À Administração não basta adquirir um bem, mas principalmente saber como utilizá-lo adequadamente após a aquisição. E adequadamente significa extrair do bem o máximo de ganho para o interesse da coletividade, de forma direta ou indireta. Portanto, é com a gestão apropriada dos bens públicos que se pode identificar os caminhos para a otimização desses ganhos coletivos. Importante destacar a aplicação dos princípios administrativos a guiar a Administração quanto ao gerenciamento desses recursos¹⁴. Sobre a adequada gestão dos bens públicos, aponta Marques Neto (2009, p. 270):

A gestão dos bens públicos envolve dois aspectos inter-relacionados: a gestão patrimonial, entendida como a otimização do emprego do patrimônio público, com vistas a obter a maior racionalidade econômica, e a disciplina do uso, voltada a assegurar que este emprego seja consentâneo com as finalidades de interesse geral aos quais o bem está consagrado. É da combinação destes dois aspectos que se dá a adequada gestão dos bens públicos. (grifou-se)

Diante desse contexto de ampliação da produção de obras no âmbito da Administração Pública, do interesse da sociedade em ter o acesso facilitado a esses bens e da aplicação de verbas públicas na criação desses bens intelectuais, é preciso questionar se o tratamento de proteção autoral concedido a eles representa a melhor solução sob a ótica dos princípios que regem a Administração. Para tanto, é necessário conhecer o sistema de proteção autoral vigente no Brasil¹⁵. Antes, porém, deve-se examinar algumas características intrínsecas dos bens literários e artísticos, e que devem influenciar o regime jurídico sob o qual tais bens, quando públicos, devem estar subordinados.

¹³ Lei 10.406/02. Art. 1.820. Praticadas as diligências de arrecadação e ultimado o inventário, serão expedidos editais na forma da lei processual, e, decorrido um ano de sua primeira publicação, sem que haja herdeiro habilitado, ou penda habilitação, será a herança declarada vacante.

¹⁴ Tema a ser abordado no item 4.1 deste trabalho (Princípios Administrativos e Bens Públicos Literários e Artísticos).

¹⁵ O sistema de proteção autoral brasileiro é objeto do capítulo 3 deste trabalho (Proteção Autoral no Brasil).

2.3 IMATERIALIDADE DOS BENS PÚBLICOS LITERÁRIOS E ARTÍSTICOS

Segundo o dicionário Houaiss, “imaterial” é algo que “não tem consistência material, não é da natureza da matéria, não tem existência palpável; impalpável”. Essa característica é marca do objeto da proteção autoral. As obras literárias ou artísticas protegidas são as “criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”¹⁶.

O fato de ter de ser expressa não significa que o bem protegido é tangível. A obra não se confunde com o suporte utilizado para expressá-la. O que se protege nos direitos autorais é a imaterialidade da obra, e não o suporte desta, que serve para tornar esse bem intangível em algo perceptível aos sentidos. Portanto, mesmo uma obra de artes plásticas, como uma estátua, deve ser entendida como uma concepção que foi apresentada por meio de um suporte. Essa é a obra original, mas dela podem ser realizadas cópias que seguem a criação do espírito do autor. Portanto, o bem protegido é imaterial. Quem adquire um livro não está adquirindo a obra do autor, mas sim uma cópia daquela criação original elaborada pelo autor.

A imaterialidade é característica, portanto, das obras protegidas pelo direito autoral, a despeito do suporte físico aos quais muitas delas se encontram expressas. Sobre o tema, destaca Denis Barbosa (2003, p. 62):

Como se viu, a noção empírica de imaterialidade ingressa no campo do Direito, em particular no que toca à Propriedade Imaterial, quando se constata que a diferença entre a coisa - livro, células, máquinas - e a concepção da obra. Uma vez que existam meios de reproduzir coisas pela re-especificação de bens físicos pela aplicação de um mesmo conceito imaterial, o sonho flutuante de Gautier se transforma numa regra de reprodução. Sempre se pode reproduzir a planta de um palácio num outro terreno, em outra construção idêntica - dois prédios diversos mas uma só concepção. A planta descreve a regra pela qual se repete o palácio,

¹⁶ Lei 9610/98, artigo 7º.

mas a regra transcende o papel. Quando se gravam em placas de madeira, escavadas com técnica e criatividade, a imagem reversa de um desenho, a matriz de xilogravura incorpora fisicamente a regra de reprodução; mas outra placa pode ser escavada, igual, incorporando em outra matéria a mesma regra, e revelando que a regra é imaterial. Num soneto guardado de cor, e reproduzido em manuscrito, a regra é puramente imaterial – continente e conteúdo igualmente intangíveis. (grifou-se)

Continuando no tema da imaterialidade do objeto protegido pelo Direito Autoral, deve-se destacar que em razão da possibilidade de reprodução do conteúdo se busca criar uma escassez artificial do bem, impedindo-se, por exemplo, reproduções não autorizadas. A escassez artificial pode ser criada inclusive em bens tangíveis, como lembra Marques Neto (2009, p. 426):

Imagine-se o seguinte exemplo: num país dominado por um tirano, há uma importante estrada cuja capacidade comporta o uso por todos os proprietários de veículos. Porém, por questões políticas, só podem por ela circular os detentores de uma senha, concedida apenas aos próceres e apaniguados do ditador. A estrada não será rival (o uso por um não exclui a utilização por outrem). Porém, a exclusão de parte dos indivíduos do uso pode ensejar uma escassez e, por exemplo, conferir valor econômico ao passe (direito de uso) no mercado negro do hipotético e desafortunado país.

Essa escassez artificial possibilita que o detentor de direitos patrimoniais sobre a obra intelectual possa explorá-la comercialmente, graças ao valor econômico obtido por meio da escassez. O que se pergunta, nesse ponto, é se essa escassez artificial é também benéfica sob a ótica da finalidade pública que deve nortear a gestão e utilização dos bens públicos e, especialmente, para este estudo, das obras literárias e artísticas da Administração.

Sobre a imaterialidade do objeto da proteção autoral, Denis Borges Barbosa destaca ainda que a noção de imaterialidade ingressa no

Direito quando se percebe a diferença entre a coisa – elementos tangíveis, como um livro, uma célula, uma máquina – e a concepção da obra; existindo meios para reproduzir a coisa pela aplicação de um mesmo conceito imaterial, tem-se a regra de reprodução, que é a essência da obra protegida.

Há uma frase de Thomas Jefferson (2005, p.101), lembrada por Lessig no livro *Cultura Livre*, que ressalta a característica essencial dos elementos incorpóreos: “aquele que recebe uma ideia minha aprende sobre ela tanto quanto eu, sem diminuir o que eu já sei; assim como quem acende seu lampião no meu recebe luz sem me deixar no escuro.”

¹⁷ Nestes dias de rede mundial de computadores e tecnologia digital, o impacto dessa imaterialidade é ressaltado, como lembra Hermano Vianna¹⁸:

Imagine o que [Victor] Hugo e [Thomas] Jefferson pensariam da época pós-internet, quando meu fogo pode iluminar a vela de criadores de todo o mundo num piscar de olhos, quando o raro se tornou abundante através de cópias digitais baratas e perfeitas, quando o sampler já é há décadas motor da criatividade musical.

Essa característica de bem abundante, não escasso, haja vista que uma obra pode ser reproduzida – e, a depender do tipo de obra – com bastante facilidade, especialmente as obras em formato digital, como a maior parte dos textos, fotos, músicas e vídeos atualmente, faz com que seja necessário criar um mecanismo artificial de escassez para trazer valor econômico à obra autoral.

Quem cumpre esse papel de criar uma escassez artificial para as obras literárias e artísticas é a própria lei, que impede que a obra seja reproduzida sem a autorização do autor ou do detentor dos direitos de reprodução sobre a obra. Desse modo, o autor pode explorar economicamente a obra, permitindo que tire daí seu sustento, bem como toda uma cadeia de negócios pode ser montada sobre os direitos de

¹⁷ Extraído de Letter from Thomas Jefferson to Issac McPherson (13 de agosto de 1813), in *The Writings of Thomas Jefferson*, vol. 6 (Andrew A. Lipscomb e Albert Ellery Bergh, eds., 1903), 330, 333-34.

¹⁸ Extraído da coluna publicada pelo autor no jornal *O Globo* (Segundo Caderno), de 09/07/2010.

reprodução dos bens protegidos pelo direito autoral. Segundo Denis Barbosa (2005, p.63):

Irrestrita sua aplicação como regra, a criação imaterial não tem, intrinsecamente, a escassez necessária para transformar um bem em bem econômico. Para que se mantenha a produção intelectual como atividade racional de produção econômica, é preciso dotá-la de economicidade, através de uma escassez artificial. A transformação desta regra de aplicação ilimitada, num bem econômico, se dá pela atribuição de uma exclusividade de Direito.

A escassez artificial criada pela LDA sobre as obras literárias e artísticas é o principal reflexo do foco no bem intelectual privado; mitigar essa escassez é essencial para que o bem público literário e artístico possa ser adequadamente gerido e utilizado.

A escassez artificial criada para que a obra possa ser explorada comercialmente traz um elemento importante para a discussão sobre a gestão das obras literárias e artísticas pertencentes à Administração Pública. Garantir ao autor, dentro de determinados limites, o direito de uso exclusivo sobre a obra, bem como a exclusividade também para autorizar qualquer tipo de uso sobre ela, é necessário não só para o benefício do próprio autor, mas também a sociedade, que se favorecerá com o fato de o autor ter condições de continuar a criar obras para a coletividade.

Porém, no caso das obras pertencentes à Administração Pública, pelas quais o autor, de alguma forma, já foi remunerado, a escassez artificial proporcionada pela lei de direitos autorais pode ir de encontro aos interesses finalísticos da própria atuação pública.

Se um bem público literário e artístico poderia ser acessado por uma parcela bem maior da sociedade, haja vista a característica da imaterialidade e facilidade de reprodução do bem intangível, há que se repensar os limites à escassez artificial criada pelos direitos autorais para o caso das obras pertencentes à Administração Pública.

Como se verá adiante, a característica imaterialidade das obras intelectuais protegidas pelo direito autoral traz uma propriedade que deve ser levada em consideração para a elaboração de um regime jurídico específico para os bens públicos literários e artísticos. Essa propriedade é a não rivalidade.

2.4 NÃO RIVALIDADE DOS BENS PÚBLICOS LITERÁRIOS E ARTÍSTICOS

Em Economia, rivalidade é a situação em que o consumo de um bem por uma pessoa impede o consumo do mesmo bem por outra pessoa. Bens não rivais, portanto, são aqueles cujo consumo por uma pessoa não impede que outras pessoas também o façam.

Não se deve confundir não rivalidade com não excludência. O bem não excludente é aquele cuja utilização pode ser impedida. Por exemplo, um biscoito é um bem rival e também excludente. É rival porque se alguém estiver comendo o biscoito, ninguém mais pode comê-lo no mesmo momento. É excludente porque o dono do biscoito pode privar outros de consumirem, estipulando um preço para o biscoito.

Os peixes no mar são bens rivais, mas não excludentes. Rivais porque se alguém pesca um peixe, ninguém mais pode pescá-lo naquele momento. É não excludente porque é virtualmente impossível privar as pessoas de irem ao mar para pescar.

Um canal de televisão a cabo é não rival, já que muitas pessoas podem assisti-lo simultaneamente, porém é excludente, pois os proprietários podem privar que se assista ao canal sem o pagamento de um valor mensal.

Uma fórmula matemática é um bem não rival¹⁹, pois muitas pessoas podem usá-la ao mesmo tempo. É também não excludente, pois seria praticamente impossível que se privasse o uso da fórmula, caso esta seja de conhecimento público.

Deve-se levar em consideração que um bem ser excludente não depende somente de sua natureza física, mas também do sistema legal.

Trazendo esses conceitos às obras literárias e artísticas da Administração Pública, marcadas, como visto, pela imaterialidade, é possível verificar que a não rivalidade também é propriedade inerente a esse conteúdo. A não rivalidade dos bens públicos literários e artísticos traz importantes reflexos para serem observados na definição do regime jurídico a eles aplicável.

Caso seja possível o uso de um bem público literário e artístico simultaneamente por várias pessoas – já que são bens não rivais, ou seja, a utilização do bem por uma pessoa não exclui as demais –, facilitar esse

¹⁹ É um conhecimento, e neste ponto se pode fazer a remissão à frase de Thomas Jefferson (ver item 2.3 – Imaterialidade dos Bens Públicos Literários e Artísticos), que apontou que quem espalha suas ideias não tem seu conhecimento reduzido.

acesso deve ser a regra a ser aplicada sobre esses bens, e a limitação ao acesso, a exceção.

No caso dos bens literários e artísticos da Administração, a escassez artificial proporcionada pela lei de direitos autorais não está ajustada para o ponto ótimo da utilização do bem público com máxima finalidade pública, mas sim ao interesse privado na exploração comercial da obra. Ao se analisar o regime jurídico hoje aplicado sobre as obras literárias e artísticas da Administração, a limitação ao acesso é a regra geral. O interesse privado deve ser parte da norma, referente às obras particulares, mas há que se ter tratamento específico aos bens públicos literários e artísticos.

2.5 REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AOS BENS PÚBLICOS LITERÁRIOS E ARTÍSTICOS

Sobre os bens públicos literários e artísticos da Administração se aplica o regime geral dos bens públicos e, subsidiariamente, as regras da Lei de Direitos Autorais brasileira, a Lei 9.610/98. Como aponta José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 1068):

Toda a atividade de gestão dos bens públicos é basicamente regulada pelo direito público, e só quando não há norma expressa é que se deve buscar os fundamentos supletivos no direito privado.

Porém, dizer que se aplica o regime geral dos bens públicos sobre essas obras não significa dizer que o tratamento dado a elas já contemple na plenitude as finalidades coletivas que deveriam nortear a utilização e gestão dessas obras. Como já se abordou neste trabalho, os bens móveis tem uma parcela normativa bastante reduzida quando comparada à preocupação legislativa relacionada aos bens públicos imóveis. Essa parcela reduz bastante quando se passa ao tratamento dos bens intangíveis²⁰, ainda que esses bens venham ganhando espaço central na identificação do valor de um acervo.

E ao se considerar as obras literárias e artísticas tem-se uma parcela ainda mais reduzida, pois não existiu, por parte do legislador,

²⁰ Ver item 2.3 (Imaterialidade dos Bens Públicos Literários e Artísticos).

elaboração normativa específica para o tratamento particularizado do acervo representado pelos bens públicos literários e artísticos.

Portanto, valem para as obras literárias e artísticas da Administração as regras gerais aplicáveis aos bens públicos. Como lembra Maria Sylvania Di Pietro (2005, p.584), enquanto estiveram afetadas, não podem ser objeto de qualquer relação jurídica regida pelo Direito Privado, como compra e venda, permuta, comodato, locação ou hipoteca. Prossegue a autora:

Se isto não decorresse da própria afetação desses bens, a conclusão seria a mesma pela análise dos artigos 100, 102 e 1.420 do Código Civil. O primeiro estabelece a inalienabilidade dos bens de uso comum do povo e dos bens de uso especial, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma qual a lei determinar. O segundo determina que os bens públicos não estejam sujeitos a usucapião; e o terceiro, estabelece que só os bens que se pode alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca. A tudo isso, acrescenta-se o artigo 100 da Constituição Federal, que exclui a possibilidade de penhora de bens públicos, ao estabelecer processo especial de execução contra a Fazenda Pública.

A única menção atualmente feita diretamente para obras literárias e artísticas, relacionando-as à Administração Pública na Lei de Direitos Autorais, está no artigo 8º, e mesmo assim para informar que não são de domínio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios as obras por eles subvencionadas. Interessante observar que, apesar do investimento público realizado na criação, afasta-se a possibilidade de vir a Administração a ter parte na propriedade do bem criado, e ainda mais, sem criar contrapartida que traga um benefício para a sociedade, como a obra estar disponível de modo mais amplo para utilização, por exemplo.

Assim, observado o regime geral aplicável aos bens públicos, resta ao Administrador a Lei de Direitos Autorais brasileira para poder

realizar a gestão do acervo composto pelas obras literárias e artísticas pertencentes à Administração Pública²¹.

Sobre o uso da Lei 9.610/98, a atual Lei de Direitos Autorais brasileira, pela Administração Pública para lidar com os bens públicos literários e artísticos, é sintomático o exemplo encontrado na análise do processo judicial de número 003632-0003632-38.2010.4.5.05.8300, da Seção Judiciária de Pernambuco, no qual a União ajuizou ação ordinária contra Roberval Rocha Ferreira Filho e a Editora Livro Rápido-Elógica. Nesta ação, segundo a sentença proferida em 30 de novembro de 2010, a União pretende “a determinação, em sede liminar, de suspensão da venda dos exemplares da obra 'A constituição segundo a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal' que porventura ainda estejam em circulação”. No mérito requer a “condenação dos réus, (...), nas sanções previstas nos artigos 102 e seguintes da Lei 9.610/98”.

Ainda Segundo o relatório dessa decisão, a União alega que “o Supremo Tribunal Federal mantém, na sua página oficial da internet (...), um link que permite acesso ao texto ' A Constituição e o Supremo', o qual relaciona a jurisprudência da Suprema Corte aos artigos da Constituição Federal de 1988, tendo sido elaborado por Analistas Judiciários daquele Tribunal” e que os réus “publicaram e comercializaram o livro ' A Constituição segundo a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal', cujo conteúdo é idêntico ao disponibilizado no site oficial da Suprema Corte.” E prossegue o relatório indicando que a União esclarece que “após a realização do procedimento prévio para apuração dos fatos, concluiu-se que o caso em apreço revela violação ao direito autoral do Supremo Tribunal Federal” e diante disso foi promovida reunião conciliatória com os réus na Procuradoria Regional da União mas não houve a formalização de nenhum acordo apesar de ter-lhes sido deferido prazo para apresentação de contraproposta.

No procedimento prévio citado (Processo Administrativo nº 00405.003906/2009-70/Procuradoria-Geral da União), há o ofício de número 150 do Supremo Tribunal Federal, de 31 de março de 2009, assinado pelo então presidente desse tribunal, ministro Gilmar Mendes, encaminhado ao Advogado Geral da União, informando que havia chegado ao conhecimento daquela Corte a comercialização de “obra denominada ‘A Constituição segundo a Jurisprudência do Supremo

²¹ O capítulo 3 deste trabalho (Proteção Autoral no Brasil) aborda os principais institutos dessa lei, especialmente aqueles cujos reflexos possam ter maior incidência sobre a adequada gestão dos bens públicos literários e artísticos.

Tribunal Federal’, do autor Roberval Rocha Ferreira Filho, cujo conteúdo constitui cópia daquele apresentado no site do STF”, e que “a reprodução do conteúdo da página eletrônica, bem como sua versão impressa constitui apropriação indevida de trabalho intelectual, fato que poderá incidir na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998”, solicitando a comparação entre as obras e as providências cabíveis. Portanto, o próprio STF aponta para a Lei 9.610/98 o diploma a tutelar a obra desenvolvida pelos servidores daquele tribunal.

No mesmo procedimento administrativo, há o Parecer nº 172/2009, do Departamento de Estudos Jurídicos e Contencioso Eleitoral, da Procuradoria-Geral da União, /DEE/PGU/AGU, o qual indica que a obra elaborada pelos servidores do STF, mesmo contendo decisões judiciais, as quais não são protegidas pelo direito autoral em face do artigo 8º, inciso IV da LDA, apresenta um “trabalho de avaliação, organização e compilação”, razão pela qual não se poderia afastar a proteção outorgada pelo artigo 7º, inciso XIII, da também da LDA (página 4). No mesmo parecer, após ressaltar a exploração comercial da obra que seria cópia daquela produzida pelos servidores do STF, há a lembrança de que “consoante o art. 28 da Lei 9.610, de 1998, ‘cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística e científica’”, e que o artigo 29 da mesma lei indica que depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra (página 6). Percebe-se novamente que a Lei 9.610/98 é amplamente utilizada pela Administração para tratar da tutela de um bem público literário e artístico. Cabe destacar um parágrafo do mesmo parecer, bastante elucidativo:

O direito de propriedade intelectual da obra ‘A Constituição e o Supremo’, s.m.j, pertence à União (artigo 11, parágrafo único, da Lei nº 9.610, de 1998), haja vista que é fruto do trabalho desenvolvido por servidores do E. STF, no exercício de suas atribuições funcionais e para atender uma finalidade pública específica (no caso, garantir o direito de informação aos cidadãos, com a disponibilização gratuita da pesquisa jurisprudencial). (Parecer nº 172/2009/DEE/PGU/AGU, p. 7)

Deve-se notar que o parecer destaca a finalidade pública do bem intelectual elaborado, cuja proteção autoral é demandada. A

Procuradoria Geral da União, como mencionado, destaca no parecer a irregularidade da exploração comercial da obra que seria cópia daquela produzida no STF (página 7), mas a irregularidade se estenderia mesmo diante no caso de reprodução integral para fins não comerciais, haja vista não haver a informação de autorização para esse fim, por meio, por exemplo, de uma licença geral pública.

O processo judicial 003632-0003632-38.2010.4.5.05.8300 ajuizado pela União na Seção Judiciária de Pernambuco foi sentenciado em primeiro grau no dia 30 de novembro de 2010, tendo sido declarado improcedente o pedido da União, por entender o juízo prolator da sentença que a obra elaborada pelos servidores do STF não vislumbrou conteúdo a ser protegido pela tutela autoral no compêndio "A Constituição e o Supremo". Ainda segundo a citada decisão, "o produto do trabalho do STF nada mais foi senão a sistematização dos acórdãos principais do Tribunal acerca do texto da Constituição. Nem de obra coletiva se pode falar, porquanto sequer os nomes dos servidores vieram a ser citados por extenso no texto, nem a título de agradecimento". Esse entendimento é o oposto daquele apresentado no Parecer nº 172/2009/DEE/PGU/AGU, que apontava haver proteção autoral em face do trabalho de avaliação, organização e compilação, como indica o artigo 7º, inciso XIII da LDA. A União recorreu da sentença prolatada em 02 de março de 2011, situação em que se encontra o processo atualmente (novembro de 2011). O que se avalia neste trabalho é que mesmo sendo considerada obra protegida pelo direito autoral, poderia a legislação, diante de uma reconhecida finalidade pública do bem público literário e artístico, garantir um acesso mais amplo dele ao cidadão.

O caso apresentado ressalta, portanto, a utilização da Lei 9.610/98 pela Administração para tutelar os bens literários e artísticos a ela pertencentes. O ponto a ser analisado diz respeito à verificação de os dispositivos dessa norma não se apresentarem demasiadamente restritivos para o tratamento dos bens públicos literários e artísticos, aplicando sobre estes bens um regime de direito privado que não se coaduna com a finalidade pública inerente a eles, nem tampouco aos princípios administrativos que devem reger a gestão dos bens públicos.

2.6 AFETAÇÃO E BENS PÚBLICOS LITERÁRIOS E ARTÍSTICOS

Como a finalidade a qual o bem público está adstrito é essencial para a determinação do regime jurídico a ele aplicável, torna-se importante o estudo do instituto da afetação, que significa a consagração do bem a um uso relacionado a uma utilidade pública.

A afetação, segundo Marçal Justen Filho (2005, p. 706), “é a destinação do bem público à satisfação das necessidades coletivas e estatais, do que deriva sua inalienabilidade, decorrendo ou da própria natureza do bem ou de um ato estatal unilateral.” Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 1055), “pode-se conceituar afetação como sendo o fato administrativo²² pelo qual se atribui ao bem público uma destinação pública especial de interesse direto ou indireto da Administração.”

Ainda acerca da afetação, indica Celso Antonio Bandeira de Melo (2002, p. 769) que é a preposição de um dado bem público a um determinado destino categorial de uso comum ou especial, podendo advir da própria destinação natural do bem ou ainda ser imposto por lei ou ato administrativo. Seguindo a mesma linha, Diógenes Gasparini (2003, p. 688) aponta que afetar é atribuir ao bem uma destinação; é consagrá-lo ao uso comum do povo ou ao uso especial.

Se um bem público está afetado, portanto, ele está destinado ao interesse público. Ao contrário, se o bem público não está afetado não há vínculo – pelo menos direto – a uma utilização de interesse público. A desafetação é condição, por exemplo, para que um bem público possa ser alienado. Se o bem estiver de algum modo associado ao interesse público, deverá ser primeiro desafetado, para só então poder ser alienado, conforme a interpretação do artigo 100 do Código Civil²³.

O bem público literário e artístico, do mesmo modo que os outros tipos de bens pertencentes à Administração, pode estar afetados – e vir a ser desafetado – ou simplesmente não estar afetado.

Porém, afetado ou não, nota-se que ao bem público deve se dar utilidade coletiva, caso contrário não há razão para que ele se incorpore ao patrimônio público, sob a ótica do princípio da eficiência. Possuir um

²² O autor distingue fato administrativo de ato administrativo, indicando que o fato “tanto pode ocorrer mediante a prática de ato administrativo formal, como através de fato jurídico de diversa natureza”, mesmo entendimento de Diógenes Gasparini e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p. 1055).

²³ Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

recurso que não traz benefícios à sociedade e ter que gastar, no mínimo, com a gestão desse bem, é afrontar o princípio apontado. Nesse sentido, Marques Neto (2009, p. 283):

Todos os recursos (materiais, humanos e financeiros) do Estado só tem razão de ser se prestantes ao atendimento (direto ou indireto, imediato ou remoto) de uma necessidade coletiva. Caso contrário, a utilização dos recursos estatais implicaria em retirar riqueza da sociedade para imobilizá-la na pessoa jurídica política, esvaziando-a de utilidade. (grifou-se)

O mesmo autor, reforçando o argumento apresentado, indica que não se coaduna com o nosso texto constitucional que o poder público possua bens apenas pelo valor de troca destes, e que se o bem integra o patrimônio público ele deve possuir um valor de uso social, ou seja, uma utilidade suficiente para a coletividade, a qual justificaria a imobilização desse bem junto ao patrimônio do Estado (MARQUES NETO, 2009, p. 312).

2.7 VALOR DE TROCA E VALOR DE USO DO BEM PÚBLICO

Do ponto de vista econômico podem-se estabelecer dois eixos para o conceito de valor, como apontado por Adam Smith (2007, p.26): valor de troca, que se refere ao potencial econômico do bem decorrente da relação comutativa, ou seja, de quanto uma pessoa está disposta a ceder para incorporar o bem em seu patrimônio; e valor de uso, que diz respeito ao potencial econômico decorrente da relação utilitária do bem, derivando da satisfação de uma necessidade ou desejo humano específico, relacionado a quanto uma coletividade se dispõe a pagar para poder utilizar o bem. O valor de uso de um bem, portanto, está ligado à utilidade do bem; o valor de troca tem por base a capacidade de detentor do bem em obter outros bens no mercado. Não há necessariamente uma relação entre valor de uso e valor de troca, como Adam Smith aponta no que ficou conhecido como o paradoxo da água e do diamante:

Não há nada de mais útil que a água, mas ela não pode quase nada comprar; dificilmente teria bens com os quais trocá-la. Um diamante, pelo contrario, quase não tem nenhum valor quanto ao

seu uso, mas se encontrará frequentemente uma grande quantidade de outros bens com o qual trocá-lo (SMITH, 2007, p. 26).²⁴

O valor de uso vem se sobrepondo ao valor de troca quanto ao estabelecimento do potencial econômico dos bens, como se verifica diante da importância que os bens imateriais vêm adquirindo na sociedade contemporânea. É a utilização desses bens intangíveis e, portanto, seu valor de uso, que tem garantido a eles o predomínio valorativo frente aos bens tangíveis.

No caso da Administração Pública, amplia-se a percepção de que o valor de uso de um bem se sobrepõe ao valor de troca, pois é a função do bem, diante das finalidades da atuação do Estado, que exerce ponto central no estabelecimento da valoração – potencial econômico – daquele bem, além do próprio papel do bem no acervo público.

Porém, diferentemente dessa concepção, o regime jurídico dos bens públicos foi elaborado sobre a premissa oposta, e se pautou na visão de que o valor da propriedade partiria da aptidão do bem para a troca (correspondente à concepção vigente à época de elaboração das normas que formam o regime dos bens, na qual a presença de um corpo físico, ou seja, a tangibilidade do bem, é que o tornava relevante, inclusive financeiramente), e não predominantemente em função da sua capacidade para uso.

Portanto, o regime jurídico criado sob a prevalência do valor de troca sobre o valor de uso dificulta que se dê o tratamento correto aos bens públicos sob a ótica do interesse público, pois não é a função pública do bem o eixo a definir o tratamento que se deve dar ao acervo que compõe o Patrimônio Público, mas sim a aptidão do bem para troca. Somente colocando o valor de uso no centro da questão é que se pode buscar um regime jurídico que privilegie a finalidade pública do bem.

Outras duas premissas, segundo Marques Neto, pautaram a elaboração do regime jurídico dos bens públicos: “(i) a relação jurídica entre proprietário e bem conferiria aqueles direitos plenos de disposição, uso e gozo; (ii) o objeto de propriedade seria predominantemente pensado como objeto dotado de materialidade”. Esses pressupostos também trazem consequências negativas ao regime jurídico aplicável

²⁴ Tradução do original em inglês: “Nothing is more useful than water: but it will purchase scarce anything; scarce anything can be had in exchange for it. A diamond, on the contrary, has scarce any use-value; but a very great quantity of other goods may frequently be had in exchange for it”

aos bens públicos diante da realidade contemporânea, como prossegue Marques Neto (2009, P. 387):

[..] nos dias de hoje a noção de propriedade, mesmo no Direito Civil ou na teoria geral do Direito, sofre profunda transformações. Dois são os vetores principais destas mudanças.

De um lado há a crescente 'desmaterialização da propriedade', entendida como o deslocamento de importância dos bens materiais para os bens intangíveis. Podemos dizer que vivemos um processo de 'desmaterialização da riqueza', na medida em que os ativos intangíveis passam a ter muito mais importância econômica do que os bens materiais. Tal processo não decorre apenas da imaterialidade ditada pela tecnologia ou pelo conhecimento, marcantes do processo produtivo contemporâneo. À 'desmaterialização da riqueza' corresponde um predomínio do uso em detrimento da comutação. Os bens, hoje mais do que nunca, valem muito mais pela utilidade que franqueiam à coletividade, do que pelo incremento patrimonial que conferem ao seu titular.

De outro lado está o que poderíamos chamar de 'funcionalização da propriedade', manifestada na crescente atenção do Direito para com a finalidade a ser cumprida pelo emprego dos bens, públicos e privados, e que tem como indicador mais patente a adstrição dos bens à função social. A esses vetores se somam as transformações no papel do Estado contemporâneo, com demandas crescentes e recursos escassos. (grifou-se)

Dois fatores, portanto, afetam a aplicação do regime jurídico aos bens públicos no cenário contemporâneo. Primeiro, a importância que os bens imateriais têm assumido na sociedade, relevância essa que advém justamente do valor de uso associado a eles, ou seja, à utilidade que esses bens proporcionam à coletividade, muitas vezes intimamente ligada à tecnologia que permite a ampla fruição desse bem, além do caráter central que o conhecimento representa no processo produtivo moderno.

Em segundo lugar, o caráter de função social que cada vez mais tem moldado o conceito de propriedade, e em especial, o da propriedade pública. A propriedade não está presente apenas para preencher as necessidades individuais do ente detentor do bem, mas também para fazer com que o bem seja parte de um sistema – a sociedade – cujas peças se encaixam justamente pelas finalidades comunitárias existentes nesse próprio sistema.

Os bens públicos literários e artísticos, nesse contexto, refletem os vetores de mudança citados, pois a intangibilidade desses bens representa de modo direto a “desmaterialização da riqueza”, onde o valor de uso se sobrepõe ao valor de troca, e a finalidade a ser cumprida por esses bens, na esfera cultural, ressalta a relevância da função social dessa propriedade, sempre cabe ressaltar, pública.

2.8 CLASSIFICAÇÃO E BENS PÚBLICOS LITERÁRIOS E ARTÍSTICOS

Classificar os bens públicos tem importância prática: é de acordo com o agrupamento em que o bem se encaixa que se determinam quais regras se aplicam a ele, ou seja, quais normas específicas serão aplicáveis ao bem público em razão do grupo ao qual ele pertence.

Existem diversas formas de classificar ou agrupar os bens públicos, conforme a necessidade, que pode ser para fins de estudo do tema, ou então, como dito, para que se determinem as regras que balizam a utilização desses bens.

Uma das classificações que determinam regras específicas para bens públicos encontra-se disposta no artigo 99 do Código Civil (Lei 10.406/02), e tem por base a utilização do bem:

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

Pelo dispositivo citado, existem três categorias de bens públicos: os de uso comum do povo, os de uso especial e os dominicais.

Os bens de uso comum são aqueles colocados à disposição dos administrados de modo indistinto, sem que haja a necessidade de qualquer titulação especial ou que se cumpra alguma condição prévia, exceto a observância de regras relacionadas ao uso ordenado do bem. Dirley da Cunha Junior (2010, p. 362) indica que “os bens públicos de uso comum são aqueles destinados, como o próprio nome diz, ao uso comum e geral de toda a comunidade, tais como os rios, os mares, as estradas, ruas e praças. Há uma destinação específica ao uso coletivo.”

Um membro da coletividade tem, portanto, o direito de utilizar qualquer bem na categoria de uso comum do povo, porém ele não será titular do domínio desse bem. Esse direito de uso não se apresenta em moldes individuais, mas sim como um direito público subjetivo, ou ainda, um direito coletivo de ordem pública, já que não integra o conjunto de direitos individuais do sujeito, e nem por ele é renunciável. Sobre os bens de uso comum, acrescenta Carvalho Filho (2011, p. 1050):

Nessa categoria de bens [de Uso Comum] prevalece é a destinação pública no sentido de sua utilização pelos membros da coletividade. Por outro lado, o fato de servirem a esse fim não retira ao Poder Público o direito de regulamentar o uso, restringindo-o ou até mesmo o impedindo, conforme o caso, desde que se proponha à tutela do interesse público.

A segunda categoria a que se refere o inciso II do artigo 99 do Código Civil, os bens de uso especial, são aqueles móveis ou imóveis destinados à materialização de atividades de interesse público, podendo ser utilizados na consecução de determinado serviço, ou mesmo compor uma repartição pública (ou ser a própria, no caso de bem imóvel).

Segundo Dirley da Cunha Júnior, os bens de uso especial “destinam-se a prestação de serviço administrativo, tais como os

edifícios ou terrenos destinados a serviços ou estabelecimento da Administração Federal, estadual, distrital ou municipal, inclusive os de suas autarquias e fundações públicas” (2010, p. 362).

Os bens de uso especial têm, portanto, caráter instrumental, ou seja, servem de meios para que a Administração obtenha suas finalidades coletivas. Esses tipos de bens públicos não são de fruição geral dos administrados, mas sim utilizados em um serviço público, sendo o Poder Público o usuário direto do bem, mesmo que seja para prestar à sociedade o benefício público decorrente da atividade do órgão da Administração. Carvalho Filho (2011, p. 1051) aponta como exemplos de bens de uso especial:

[...] os edifícios públicos , como as escolas e as universidades, os hospitais, os prédios do Executivo, Legislativo e Judiciário, os quartéis e os demais onde se situem repartições públicas; os cemitérios públicos, os aeroportos; os museus; os mercados públicos; as terras reservadas aos indígenas etc. Estão ainda nessa categoria, os veículos oficiais, os navios militares e todos os demais bens móveis necessários às atividades gerais da Administração, nessa incluindo-se a administração autárquica, como passou a constar do Código Civil em vigor. (grifou-se)

A distinguir ainda o bem de uso comum do de uso especial, no primeiro há características de generalidade, impessoalidade e incondicionalidade, enquanto no segundo, diversamente, o usuário – em geral, a própria Administração – deverá possuir algum título especial que legitime o uso do bem, e o benefício para a coletividade se dará de modo indireto pela utilização realizada por esse uso legitimado.

Outro ponto diz respeito à consagração do bem ao uso coletivo: enquanto os bens de uso comum, sejam eles naturais ou artificiais, apresentam características que intrinsecamente o predicam para a utilização direta da coletividade, os bens de uso especial não demonstram de modo direto essa aptidão – um terreno ou um prédio utilizado para servir de repartição pública tem características que também estariam aptas a suprir uma atividade privada (MARQUES NETO, 2009, p.219).

Já a terceira categoria de bens públicos, chamados dominicais ou dominiais, são aqueles que não têm uma destinação específica,

constituindo o patrimônio disponível das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito real dessas entidades (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 362). Por não estarem destacados a uma finalidade pública, são habitualmente definidos pela doutrina como bens não afetados, fazendo parte do acervo público somente para fins patrimoniais. Porém, como destaca Marques Neto, o fato de não possuir destinação coletiva de ordem geral ou direta, não significa que o bem dominial não deve se prestar a fins públicos. Segundo esse autor:

[...] Em regra, os bens dominicais, ainda que não possuam uma destinação de ordem geral ou específica ao uso do administrado, não deveriam deixar de ter uma função. [...] [se prestar] a gerar receitas que sejam empregáveis no cumprimento das crescentes demandas da sociedade. Aqui voltamos ao tema da função social da propriedade. Todos os bens objeto de relação dominial, diz a Constituição (artigo 5º, XXIII), devem cumprir sua função social. [...] No caso do domínio público²⁵ esta função social se confundirá com os usos de interesse geral que são reservados a cada espécie de bem. (MARQUES NETO, 2009, p. 220, grifou-se)

Também apontando para finalidades públicas aplicáveis aos bens dominicais, assinala Maria Sylvia Di Pietro (2005, p. 587) que “hoje já se entende que a natureza desses bens não é exclusivamente patrimonial; a sua administração pode visar, paralelamente, a objetivos de interesse geral” e conclui que:

Além disso, a própria administração financeira constitui objetivo apenas imediato, pois, em uma perspectiva mais ampla, atende a fins de interesse geral. Esse novo modo de encarar a natureza e função dos bens dominicais leva alguns autores a considerar sua administração como serviço público sob regime de gestão privada. O duplo aspecto dos bens dominicais justifica a sua

²⁵ Neste caso, o autor está se referindo ao domínio público administrativo (bens públicos), não se confundindo com o domínio público autoral (obras cuja proteção dos direitos autorais patrimoniais se extinguiu).

submissão a regime jurídico de direito privado parcialmente derogado pelo direito público. (DI PIETRO, 2005, p. 587, grifou-se)

Os bens públicos ainda podem ser classificados, além da finalidade, quanto à titularidade – bens federais de titularidade da União, estaduais, dos estados, distritais, do Distrito Federal, e municipais, dos municípios (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 361) –, além das classificações quanto a natureza jurídica, cabíveis também aos bens privados – bens móveis e imóveis, bens fungíveis, consumíveis, divisíveis, singulares e coletivos (PESTANA, 2010, p. 485).

Todavia, é a classificação pela finalidade anteriormente detalhada e disposta no artigo 99 do Código Civil que traz elementos importantes para a discussão acerca dos bens públicos literários e artísticos.

Como visto, a identificação da categoria do bem servirá como elemento para identificar, dentro do regime jurídico aplicável aos bens públicos, quais as regras de aplicação específica para o bem analisado. Porém, também se devem identificar características relacionadas à natureza jurídica do bem, como o caso de ser móvel ou imóvel, haja vista também a existência de regras distintas para cada um destes tipos.

Os bens protegidos pelo direito autoral são imateriais, e essa característica traz um problema quando se trata de bens públicos: as normas que formam o arcabouço jurídico aplicável aos bens públicos não dão tratamento específico a essa classe de bens, possivelmente pela pouca importância dada a eles nos momentos de elaboração legislativa, apesar das características bastante distintas entre esses bens intangíveis e os bens tangíveis. Os bens imateriais passam a fazer parte central da atribuição de valor a um acervo patrimonial, em face da importância do valor de uso sobre o valor de troca²⁶, e a classificação dos bens públicos, com vistas a se obter a tutela adequada ao bem, deveria considerar as especificidades dos bens intangíveis, haja vista as repercussões da imaterialidade do bem, especialmente a não rivalidade²⁷.

De todo modo, pode-se utilizar a já abordada classificação quanto à finalidade para o enquadramento dos bens literários e artísticos da Administração, que poderiam ser incluídos nas três categorias, conformes os exemplos a seguir:

²⁶ Os conceitos de valor de uso e valor de troca foram alvo de análise no item 2.3 deste trabalho (Imaterialidade dos Bens Públicos Literários e Artísticos).

²⁷ Ver item 2.4 (Não rivalidade dos Bens Públicos Literários e Artísticos).

- Bens de Uso Comum: as obras em domínio público, como uma fotografia do acervo de órgão da Administração cujo prazo de proteção dos direitos patrimoniais tenha se encerrado.
- Bens de Uso Especial: as obras criadas para dar suporte à atividade administrativa, como um filme criado para treinamento de servidores públicos em uma determinada atividade.
- Bens Dominicais: uma obra, ainda com prazo de proteção dos direitos patrimoniais vigentes, que tenha sido utilizada para pagamento de dívida com o Estado.

A caracterização das obras literárias e artísticas da Administração na categoria de bens de uso comum do povo traz aspectos importantes para a gestão desses bens, pois em geral bens móveis (especialmente aqueles tangíveis) são entendidos como bens dominicais ou de uso especial; porém, no caso dos bens literários e artísticos, há a possibilidade de serem considerados bens de uso comum do povo. É o que indica Marçal Justen Filho (2008, p. 856), ao analisar as obras de arte pertencentes ao Estado:

[...] é usual tratar como bens de uso comum apenas os imóveis. Mas assim não é necessariamente. Suponha-se uma obra de arte, dotada de grande simbolismo para a Nação, o que justifica a aquisição de seu domínio pelo Estado. Assim ocorrendo, será um bem de uso comum do povo. Todo o patrimônio artístico e cultural composto por bens móveis e que não seja aplicado diretamente numa atividade estatal ou na prestação de um serviço público, será enquadrado na categoria de bem de uso comum do povo. (grifou-se)

A existência de exemplos de obras para as três categorias de bens públicos não retira a importância de se buscar uma classificação que leve em conta a tangibilidade dos bens públicos, pois como apontado, o tratamento específico dos bens intangíveis, que observe as características advindas da imaterialidade, pode trazer novas possibilidades ao Administrador Público, que contará com tratamento particularizado para esses bens, de modo a tornar mais eficiente a sua utilização e, conseqüentemente, terá maior probabilidade de atingimento

pleno da finalidade pública no uso desses bens, mais especificamente das obras literárias e artísticas de titularidade da Administração.

É essa busca pela eficiência na utilização desses bens, com base no aproveitamento de suas características específicas, visando o atingimento da finalidade pública a qual esses bens devem estar adstritos, que mostra a necessidade de um regime jurídico específico a tratar dos bens públicos intangíveis, e mais especificamente das obras literárias e artísticas cuja titularidade do domínio seja da Administração Pública.

2.9 FINALIDADE E BENS PÚBLICOS LITERÁRIOS E ARTÍSTICOS

Ponto relevante a se destacar dos bens públicos diz respeito à finalidade destes ou, mais especificamente, a razão pela qual a Administração Pública entendeu como necessária a integração do bem ao seu acervo. Não há sentido, como visto, sob a ótica do princípio administrativo da eficiência, que a Administração detenha em seus domínios bens que não beneficiem a coletividade de alguma forma, seja direta ou indiretamente. O uso dos bens públicos é sempre um mecanismo utilizado pelo poder público na busca dos seus objetivos, de modo que a finalidade pública será a baliza a ser utilizada para atribuir um determinado uso a um bem público. Essa finalidade pública não é a da própria Administração (decorrente do interesse público secundário), mas sim aquela relacionada ao interesse público primário²⁸, portanto, aquele atinente à finalidade do próprio Estado, ou como aponta Luís Roberto Barroso (2007, p. XIV) da “razão de ser do Estado, e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social.” É esse interesse público – primário – que deve orientar a aquisição e a gestão do bem público.

Bens literários e artísticos de titularidade da Administração devem estar associados a fins públicos e, desse modo, se deve buscar o regime jurídico sobre esses bens que dê suporte a máxima eficiência para esse benefício público, que no caso das obras literárias e artísticas está associado diretamente a vantagens coletivas relacionadas ao conhecimento e à cultura.

²⁸ Sobre “interesse público”, ver também item 4.1.1 (Supremacia do Interesse Público)

Há que se pensar no aspecto funcional dos bens que compõem o patrimônio público, e funcional para a sociedade, para a coletividade. Sobre o tema, aponta Marques Neto (2009, p. 68):

[...] o Estado há de ter poder suficiente para proteger a propriedade dos indivíduos (propriedade privada) contra os esbulhos de terceiros e contra a invasão estrangeira. Contudo, não pode deter prerrogativas de se apropriar de bens que não sejam os estritamente necessários ao cumprimento de suas funções precípuas. E é exatamente neste ponto que ao aspecto dominial (bens públicos como aqueles objetos de direito de propriedade da pessoa jurídica Estado) se agregará o aspecto funcional, finalístico, do acervo de bens públicos (aqueles bens que direta ou indiretamente servem a um fim de interesse público). (grifou-se)

A questão da finalidade é também um elemento a diferenciar os bens públicos dos particulares: se ao bem particular os limites ao uso, gozo e fruição são menos rígidos, no caso dos bens públicos o regime aplicável observa premissas diferentes, pois a relação jurídica não leva em consideração apenas o proprietário e a coisa, mas também, e de forma essencial, a sociedade, observada justamente a finalidade coletiva, a destinação comunitária que será imbuída ao bem. Sobre essa distinção entre os bens públicos e os particulares discorre Odete Medauar (2003, p. 236):

[os bens públicos] são os bens pertencentes a entes estatais, para que sirvam de meios ao atendimento imediato e mediato do interesse público e sobre os quais incidem normas especiais, diferentes das normas que regem os bens privados. (grifou-se)

Se o atendimento da finalidade pública não é direto, imediato, pode-se pensar em como se obteria propósitos coletivos de forma indireta. Uma das maneiras diz respeito ao aproveitamento econômico dos bens públicos, situação que pode ocorrer inclusive – e, provavelmente, com maior frequência – para bens não afetados. Segundo Marques Neto (2009, p. 433), o aproveitamento dos bens públicos se

modelaria em razão de três objetivos: i) gerar receitas para a Administração; ii) interessar particulares para que estes deem determinada utilidade de interesse geral ao bem; iii) estimular a utilização de bens públicos ociosos, para que estes venham a cumprir suas finalidades sociais, gerando riqueza coletiva.

Os ganhos indiretos com a utilização dos bens públicos podem ocorrer também pela capacidade de alavancar o desenvolvimento. E essa capacidade, dado o tamanho do Estado frente à economia de um país, é bastante relevante, como aponta Marques Neto (2009, p.433):

Quando estamos refletindo sobre o aproveitamento econômico dos bens públicos, temos que ter em mente a importância que os ativos públicos têm na economia, não apenas por ser o Estado o maior proprietário individual, mas porque os bens que possui têm um impressionante potencial de alavancar o desenvolvimento econômico. Não nos referimos apenas ao patrimônio fundiário estatal ou aos recursos naturais. Referimo-nos à enorme quantidade de bens intangíveis com potencial de oportunidades de aproveitamento econômico. Os investimentos públicos em pesquisa de base e em desenvolvimento tecnológico, por exemplo, produzem bens intangíveis consubstanciados em inventos. (grifou-se)

Importante destacar a relevância que o autor designa aos bens intangíveis, cujo destaque já foi abordado nesse trabalho, indicando o papel cada vez mais central desse tipo de bem dentro do patrimônio público. Em outro exemplo, utilizando o objeto desse estudo, pode-se pensar no amplo acesso a obras culturais da Administração, e a permissão de criação de obras derivadas, o que possibilitaria, além de desenvolvimento do conhecimento e da cultura, a criação de novos bens culturais, favorecendo a ampliação e propagação do acervo cultural para a sociedade.

Tendo sempre o bem público uma finalidade coletiva, mesmo que indiretamente, cabe à Administração estender ao máximo esse benefício, dentro da ótica de princípios administrativos como o da eficiência e o da proporcionalidade, conforme se abordará de modo mais detalhado no item 3.1 deste trabalho.

Para que se maximize a finalidade coletiva do bem público, deve-se buscar, a princípio, aquele uso que proporcione o mais amplo acesso e benefício aos usuários do bem. Em algumas situações a Administração, para atender o interesse público, pode cercear o uso do bem, como nos casos de utilidades rivais (nos casos que a utilização do bem por alguém exclui o uso pelos demais) ou em que a limitação do uso coletivo gere um padrão de ganhos que supere a perda proporcionada pelo cerceamento.

Porém, situações que limitem o uso do bem público devem ser as exceções; a regra deve ser a de prevalência do uso livre e amplo do bem pela coletividade, e o que fugir dessa regra deve ser justificado, haja vista que há a exclusão, por parte da Administração, de administrados que por ventura poderiam ter interesse em ter acesso ao bem público pelo qual, em geral, contribuiu pela aquisição, por exemplo, na forma de pagamento de impostos.

No caso dos bens imateriais, como é caso dos bens públicos literários e artísticos, em razão da não rivalidade, em geral se obterá maior eficiência quanto mais amplo for o acesso²⁹.

2.10 CONSIDERAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO

A Administração exerce a propriedade sobre os bens públicos observando as necessidades da sociedade, razão pela qual esses bens devem ser geridos buscando-se a maior eficiência para essa finalidade coletiva. Nesse contexto aparece o bem público literário e artístico.

O acesso facilitado às ferramentas tecnológicas de criação tem servido para ampliar a produção de obras intelectuais pela Administração, e a Internet tem colocado essa produção cada vez mais próxima da sociedade. A imaterialidade desse tipo de bem, associada à não rivalidade, faz com que se tenha a possibilidade de obter benefícios sociais amplos, já que a utilização do bem por alguém não impede o uso por outras pessoas. Entretanto, não há normativos aplicáveis a esses bens que façam proveito dessas características de modo a garantir o máximo proveito relacionado à finalidade coletiva inerente a esses bens.

Os bens imateriais têm assumido posição de destaque no contexto econômico, em fenômeno conhecido como “desmaterialização da

²⁹ No item 4.1 (Princípios Administrativos e Bens Públicos Literários e Artísticos) deste trabalho são abordados os princípios administrativos, a partir dos quais as finalidades dos bens públicos são obtidas ou se aperfeiçoam.

riqueza”. Essa relevância vem do valor de uso associado a esses bens, da utilidade que eles podem proporcionar à coletividade. Nesse sentido, a Administração deve se valer de seus acervos intangíveis para oferecer o maior benefício social decorrente da utilização desses bens.

A Administração Pública, entretanto, tem se valido da Lei 9610/98 para tratar de suas obras literárias e artísticas; essa lei não tem previsão de tratamento específico para os bens públicos literários e artísticos, sendo um instrumento legal que tem por base a proteção de bens privados, com prazos de proteção de direitos patrimoniais extensos e baseado em autorizações prévias de uso, como se verá no próximo capítulo.

3 SISTEMA DE PROTEÇÃO AUTURAL

Nesta parte do trabalho será abordado o sistema de proteção autoral brasileiro, com a análise da legislação pertinente e dos principais institutos desse ramo jurídico, bem como do impacto desse sistema sobre os bens públicos literários e artísticos. Serão analisados os elementos que compõem o objeto da tutela, a dualidade entre direitos morais e patrimoniais de autor, os limites aos direitos de autor e a constituição e proteção do domínio público.

Ainda nessa parte do trabalho será examinado o histórico normativo da proteção autoral das obras de titularidade da Administração Pública, verificando-se em que medida se dava o acesso a essas obras pela sociedade nos textos normativos anteriores, bem como o tratamento dado a elas pela atual legislação de direitos autorais brasileira.

Finalizando esse capítulo, se verificará o tratamento das obras literárias e artísticas pertencentes à Administração Pública de outros países, de modo que se possa comparar com o regime adotado no Brasil.

O modelo brasileiro de proteção autoral deriva do modelo francês, que deu origem ao principal tratado internacional acerca do tema, a Convenção da União de Berna (CUB)³⁰. A Lei 9610/98, conhecida como Lei dos Direitos Autorais, ou simplesmente LDA, é o texto normativo que, conforme o artigo 1º dessa norma, “regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos.”. A LDA abarca os elementos que constituem a tutela jurídica das obras literárias e artísticas, como a autoria, os direitos morais, os direitos patrimoniais, as limitações aos direitos autorais e a transferência de direitos patrimoniais.

A destacar, no modelo de proteção brasileiro, a decomposição dos direitos autorais em direitos morais e direitos patrimoniais³¹, adotados no modelo francês de tutela, e que se consagrou na Convenção de Berna, de 1886, da qual o Brasil é signatário e que moldou o sistema

³⁰ A Convenção da União de Berna (CUB), ou simplesmente Convenção de Berna, foi fruto da atuação de entidades privadas de autores, especialmente as francesas *Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques* (o escritor Victor Hugo estava entre os fundadores) e *Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de musique*. É o instrumento-padrão para o Direito de Autor, e a adesão do Brasil se deu por meio da Lei 2738/13, tendo aderido às revisões da CUB por meio do Decreto 75699/75 (FRAGOSO, 2009, p.84-91)

³¹ Um dos principais pontos a distinguir do modelo adotado pelos EUA e Inglaterra, conhecido como *Copyright*, com base na exploração econômica dos direitos de cópia sobre a obra autoral.

nacional de tutela dos direitos autorais. Sobre esse aspecto aponta José Isaac Pilati (2000, p. 128):

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.

Antes do exame dos institutos da proteção autoral adotados pela legislação brasileira, faz-se relevante analisar o contexto em que essa proteção se aplica contemporaneamente, para se identificar quais os reflexos desse cenário nos institutos que serão apresentados adiante neste trabalho.

3.1 DIREITO AUTORAL E SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A Sociedade da Informação marca a história como o momento em que o conhecimento torna-se elemento central para a humanidade. Diante desse marco, a propriedade intelectual, e especialmente o Direito Autoral, assumem grande relevância, como pontua Aires Rover (2003, p. 75):

Numa sociedade em que a informação assume papel de destaque tanto para o desenvolvimento econômico como para o social e cultural, a Propriedade Intelectual, particularmente o chamado direito autoral, ganha uma importância nunca antes vista.

O direito autoral também assume proeminência no campo econômico, ao tutelar não apenas autores, mas também uma indústria composta por inúmeros profissionais e que movimentava valores financeiros bastante elevados. Como ressalta João Henrique Fragozo (2009, p. 24):

Cumpre-nos, ainda, ressaltar a importância econômica do Direito Autoral no mundo moderno [...] Deparamo-nos a cada momento com esse fato

[autoral], seja pela leitura de um livro ou de um jornal, à visão de um cartaz publicitário ou com a audição de um disco ou de um programa radiofônico; no teatro, no cinema, em frente à televisão ou navegando na Internet, todo o tempo estamos diante de um bem protegido pelo Direito Autoral.

Diante da importância da proteção autoral na sociedade contemporânea, se amplia a necessidade de que as normas que tratam do tema sirvam como elemento de equilíbrio entre os interesses daqueles que criam as obras, os autores, daqueles que as reproduzem e as distribuem, os intermediários, e daqueles que as utilizam, os usuários das obras protegidas pelo Direito Autoral. Nessa relação de equilíbrio há que ser colocadas também as diferenças entre os bens intelectuais particulares e os bens públicos.

Nesse cenário, de tecnologia digital e Internet, de facilidade na criação, reprodução e distribuição de obras intelectuais, surgem fortes questionamentos ao modelo de proteção autoral elaborado sob a ótica de séculos passados. Sobre o tema, aponta Marcos Wachowicz (2001, p. 244):

A Internet reduziu drasticamente de tamanho as barreiras de espaço e tempo, facilitando o desenvolvimento da Sociedade da Informação baseada no conhecimento, na pesquisa de ponta e no acesso à informação. Contudo, evidencie-se que cada conquista tecnológica é acompanhada do surgimento de novos desafios na esfera do Direito. Foi assim desde a época da invenção da impressão gráfica com os tipos móveis por Gutemberg, que trouxe novos contornos à propriedade intelectual, mais especificamente na tutela jurídica dos direitos do criador da obra.

O desenvolvimento das tecnologias digitais, marcado pela disseminação dos computadores e pelo surgimento de programas mais fáceis de utilizar, democratizou o acesso a ferramentas de criação de obras intelectuais – protegidas pelo direito autoral –, como textos literários, músicas, fotos e vídeos, permitindo que a produção crescesse exponencialmente.

Importante lembrar que o processo de criação de bens intelectuais decorre em grande parte da construção contínua sobre o que já se criou, razão pela qual se torna bastante relevante a ampliação do acesso ao que já foi produzido, elemento que deve ser considerado para balizar a relação de equilíbrio da estrutura do sistema autoral. Segundo Salette Boff e Luiz Otavio Pimentel (2007, p. 280):

O conhecimento é uma construção contínua da humanidade. Apresenta-se a partir de um processo evolutivo, sem que seja possível estabelecer o seu início. É certo, porém, que o conhecimento está imbricado ao espaço cultural e aos seus atores, resultado de uma diversidade de iniciativas criativas e inovadoras que se comungam ao longo dos tempos na forma de usos, de credences, de invenções, de descobrimentos e aperfeiçoamentos de técnicas e produtos. Portanto, resultado da comunhão de conhecimento empírico com o conhecimento científico (comprovados). Assim, uma cultura é tão mais rica quanto mais saberes for possível integrar.

Balizar o alcance dos direitos exclusivos sobre as obras com os interesses públicos, os quais também são uma dimensão da criação cultural, é de grande importância para o próprio processo criativo. Acerca da questão pontua José de Oliveira Ascensão (2002, p. 135):

A defesa da cultura faz-se com liberdade, e não com a proibição. A afirmação pareceria desnecessária, mas não é. Quando hoje se vem falar de cultura, frequentemente é apenas como pretexto para novas imposições a título de direito autoral. Mas os direitos intelectuais representam exclusivos, e portanto restrições do espaço de liberdade. A sua justificação está no estímulo e recompensa pela criação que o autor realizou. Devem por isso ser tão breves quanto possível, para se poder chegar ao ideal que é a liberdade do diálogo cultural. (grifou-se)

O contexto criativo é favorecido por esse momento de democratização no acesso às ferramentas para a produção de obras; por outro lado, há também pressões de grupos que pretendem manter modelos de negócios, para quem os limites aos direitos exclusivos devem ser cada vez mais escassos, apesar de todas as possibilidades advindas da tecnologia.

O embate entre criação e proteção não deve ter como vítima o enriquecimento cultural. Lawrence Lessig (2005, p. 193), ao discorrer sobre os excessos praticados no que se convencionou chamar de defesas do *copyright*³², afirma:

Em um mundo que autua em US\$ 150 mil uma pequena infração de copyright, que exige dezenas de milhares de dólares para defender um indivíduo contra uma ação desse tipo, e que jamais retornaria para o réu acusado injustamente nenhum custo sofrido na defesa de seu direito de expressão – nesse mundo, as regulamentações incrivelmente vastas que residem sob o nome de copyright silenciam o discurso e a criatividade. E, nesse mundo, as pessoas precisam fingir que são cegas para acreditarem que sua cultura é livre. (grifou-se)

O direito autoral, ao representar a proteção de grande parte do conteúdo e do conhecimento que circula dentro da denominada Sociedade da Informação, e desempenha um papel relevante para a definição do futuro dessa própria sociedade. As normas que tratam dos direitos autorais devem se servir dos avanços tecnológicos para promover não apenas a criação como também o acesso aos bens culturais – mesmo porque esse acesso serve como catalisador para a inovação, promovendo o enriquecimento cultural.

³² No modelo norte-americano de proteção autoral, os direitos do autor se referem de forma mais direta à exploração econômica da obra, a quem detém os direitos de cópia do bem, chamado de *copyright*

3.2 DIREITO AUTORAL E LEGISLAÇÃO

O Direito Autoral é o ramo jurídico dos direitos dos autores e dos que lhes são conexos (FRAGOSO, 2009, p. 27), como dispõe a LDA em seu artigo 1º: “Esta Lei regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos.”.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 também prevê, expressamente, a proteção dos direitos autorais, no artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII:

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: (...)

*XXVII - aos **autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras**, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar; 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;** (grifou-se)*

Além da LDA e da Constituição Federal, é necessária a menção às normas internacionais que regem a aplicação dos direitos autorais: Convenção Interamericana, Convenção Universal, Convenção de Berna e o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio – ADPIC – , ou na sigla do nome em inglês, Trade-Related Aspects Of Intellectual Property Rights – TRIPS (SOUZA, 2006, p. 179).

A Convenção de Berna, apesar de inicialmente refletir o interesse protecionista da produção intelectual europeia, “resultou na aquisição da amplitude universal hoje alcançada, tornando-se o instrumento jurídico

típico para a interpretação e aplicação do Direito de Autor.” (FRAGOSO, 2009, p. 85).

A norma jurídica tem papel central para esse ramo do Direito, em virtude da imaterialidade dos bens que são objeto da tutela³³. A propriedade dita intelectual – portanto, sobre bens imateriais – somente existe em razão de previsão em lei. Nesse sentido, Denis Barbosa:

“Não há direito natural aos bens intelectuais. Um dos mais interessantes efeitos da doutrina do market failure é evidenciar a natureza primária da intervenção do Estado na proteção da Propriedade Intelectual. Deixado à liberdade do mercado, o investimento na criação do bem intelectual seria imediatamente dissipado pela liberdade de cópia. As forças livres do mercado fariam com que a competição – e os mais aptos nela – absorvessem imediatamente as inovações e as novas obras intelectuais. (Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual, p. 5, grifou-se)

Prossegue Denis Barbosa, no mesmo artigo, citando uma conhecida parte de uma carta de Thomas Jefferson³⁴, em que este ressalta a importância de que sempre seja lembrado o caráter artificial da propriedade intelectual, e que esta propriedade deve ter a extensão determinada pela vontade e conveniência da própria sociedade³⁵:

³³ Ver item 2.3 (Imaterialidade e Bens Públicos Literários e Artísticos).

³⁴ Carta para Isaac McPherson, em 13 de agosto de 1813.

³⁵ Tradução livre do original: Stable ownership is the gift of social law, and is given late in the progress of society. It would be curious then, if an idea, the fugitive fermentation of an individual brain, could, of natural right, be claimed in exclusive and stable property. If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea, which an individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself; but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of every one, and the receiver cannot dispossess himself of it. Its peculiar character, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it. He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me. That ideas should freely spread from one to another over the globe, for the moral and mutual instruction of man, and improvement of his condition, seems to have been peculiarly and benevolently designed by nature, when she made them, like fire, expansible over all space, without lessening their density in any point, and like the air in which we breathe, move, and have our physical being, incapable of confinement or exclusive appropriation. Inventions then cannot, in nature, be a subject of property. Society may give an exclusive right to the profits arising from them, as an encouragement to men to pursue ideas

Propriedade estável é o dom do direito social, e é dada no final do progresso da sociedade. Seria curioso, então, se uma ideia, a fermentação fugidia de um cérebro individual, poderia, de direito natural, ser invocada como propriedade exclusiva e estável. Se a natureza fez alguma coisa menos suscetível que todas as outras de propriedade exclusiva, é a ação do poder de pensamento chamado ideia, que um indivíduo pode possuir exclusivamente enquanto ele a mantém para si mesmo; mas no momento em que é divulgada, obriga-se na posse de cada um, e o receptor não pode mais dela despojar-se. Sua característica peculiar, também, é que ninguém a possui menos, porque todos a possuem na inteireza. Aquele que recebe uma ideia de mim, recebe instrução sem diminuir a minha; como aquele que acende sua vela na minha, recebe luz sem me escurecer. Que as ideias se espalhem livremente de um para outro ao longo do globo, para instrução moral e mútua do homem, e melhoria de sua condição, parece ter sido peculiar e benevolmente desenhado pela natureza, quando ela a fez, como o fogo, expansível sobre todos os espaços, sem diminuir sua densidade em nenhum ponto, e como o ar no qual respiramos, nos movemos e temos nosso ser físico, incapazes de confinamento ou de apropriação exclusiva. Invenções não podem, de modo natural, ser objeto de propriedade. A sociedade pode dar o direito exclusivo dos lucros deles decorrentes, como um encorajamento para os homens a perseguir ideias que podem produzir utilidades, mas isso pode ou não ser feito, de acordo com a vontade e conveniência da sociedade, sem reclamação ou queixa de qualquer um. (grifou-se)

O papel da lei não é apenas de garantir direitos privados, mas fazê-lo de modo que como consequência dessa proteção se obtenha

which may produce utility, but this may or may not be done, according to the will and convenience of the society, without claim or complaint from anybody.

também benefícios para a coletividade, relacionados à continuidade da criação e também de acesso sobre os bens criados e que fazem parte do acervo cultural da sociedade. Portanto, nos direitos autorais, diversos interesses estão em busca de equilíbrio.

E o equilíbrio desses interesses é complexo, pois diversos são os agentes que atuam dentro do sistema autoral. Não se trata apenas de criadores e usuários, mas também da sociedade, dos investidores, das entidades de gestão coletiva, dos promotores de atividades culturais. Há também os bens particulares e as obras pertencentes à Administração Pública. É necessário que se distinga entre os discursos de cada um dos interessados, tarefa que apresenta um alto grau de dificuldade, como aponta Allan Rocha, ao discorrer sobre essa complexa teia de interesses:

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 minoridade onde se encontra como pessoa de quem se fala e por quem se fala, e raramente sendo a pessoa que fala. (2006, p. 269, grifou-se)

A seguir, são apresentados os principais institutos da Lei de Direitos Autorais Brasileira, bem como os reflexos no que se refere à proteção das obras literárias e artísticas da Administração Pública.

3.3 OBJETO DA PROTEÇÃO

Os direitos de autor versam sobre as obras intelectuais literárias e artísticas³⁶, grupo no qual se incluem os mais diversos tipos de trabalhos. Segundo José Carlos da Costa Netto (2008, p. 89), o direito de autor tem por objeto “a criação ou obra intelectual, qualquer que seja seu gênero, a forma de expressão o mérito ou a destinação.” Esse mesmo autor, citando Eliane Y. Abrão (2008, p. 91), aponta as limitações a esse conceito amplo:

‘Preocupam-me essas tentativas de enquadramento na categoria de obras protegidas de tudo aquilo que se conceitue como ‘obra do espírito’ ou ‘criação’, porque tudo o que emana da cabeça, da imaginação do ser humano é, afinal, obra do espírito. Daí a se conferir status de obra protegida pelo direito de autor a qualquer produção intelectual, vai uma grande distância. A obra reconhecida juridicamente como autoral confere a seu titular verdadeiro monopólio de uso, um direito real oponível erga omnes, um escudo contra qualquer tentativa de apropriação indevida desse direito por terceiro. Exatamente pela força e importância que apresenta deve ser invocado com prudência.’
(grifou-se)

A Lei de Direitos Autorais brasileira dispõem, no caput do artigo 7º, que são obras protegidas as “criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”.

Tanto a Convenção de Berna quanto a LDA apresentam, após a definição das obras protegidas, um extenso rol exemplificativo, pois na categoria de produção intelectual humana certamente se enquadram

³⁶ Convenção de Berna, artigo I.

diversos trabalhos que não gozam da proteção autoral. Nos dizeres de Denis Barbosa (2003, p. 36):

[...] a própria definição do objeto de proteção autoral não é muito precisa; tanto a lei que regula a matéria quanto as convenções de que o Brasil é signatário se referem às 'criações de espírito' ou às 'obras literárias, artísticas e científicas'. Mas o que serão tais coisas? Para nossa sorte, a lei brasileira dá uma lista exemplificativa³⁷ destas criações protegidas pelo Direito Autoral.

A obra protegida não se confunde com o suporte utilizado para expressá-la³⁸, que é apenas a projeção da obra, tornando-a perceptível aos sentidos, como indica José de Oliveira Ascensão (2002, p. 99):

O que se protege não é a obra incarnada mas a obra imaterial: não o livro, mas o texto, se assim nos podemos exprimir, que este contém. O que significa que toda a obra é imaterial; e a imaterialização trazida pelo ambiente digital não contradiz em nada a essência do direito de autor. (grifou-se)

No caso dos bens públicos literários e artísticos, o objeto de proteção segue tanto a definição do artigo como o rol do artigo 7º, ambos da LDA. A diferença, destaque-se novamente, diz respeito à finalidade pública da obra cujo domínio é de titularidade da Administração Pública.

3.4 TIPOS DE OBRAS

As obras intelectuais alvo da proteção autoral podem ser classificadas quanto ao número de autores, quanto ao processo de criação e quanto à proteção (COSTA NETTO, 2008, p. 93). Desse modo, quanto ao número de autores, a obra pode ser individual, quando possui apenas um autor; em regime de coautoria ou em colaboração,

³⁷ Artigo 7º da Lei 9.610/98.

³⁸ Ver item 2.3 (Imaterialidade dos Bens Públicos Literários e Artísticos).

quando possui dois ou mais autores; ou coletiva, quando tem vários autores, organizados por pessoa física ou jurídica, com participações criativas indefinidas e fundidas em uma criação autônoma.

Quanto ao processo de criação, a obra pode ser originária, quando se tratar de criação primígena; ou derivada, quando for baseada em outra obra preexistente.

Quanto à proteção, a obra pode estar protegida, quando o prazo de proteção dos direitos autorais patrimoniais exclusivos ainda está em curso; ou em domínio público, quando o prazo de proteção dos direitos autorais patrimoniais exclusivos se encerrou.

As classificações apresentadas se aplicam também aos bens públicos literários e artísticos, e distinguem situações específicas a serem observadas sobre determinada obra, como necessidade de autorização de uso para obras protegidas, que não estão ainda em domínio público, a necessidade de permissão para criação de uma obra derivada, ou a contagem de prazo de proteção diferenciado no caso das obras coletivas.

A seguir, serão analisados os elementos que vinculam o autor à obra por ele criada; são os chamados direitos autorais morais, que não se confundem com os direitos de exploração econômica da obra, os chamados direitos patrimoniais, que serão abordados à frente.

3.5 DIREITOS AUTORAIS MORAIS

Já foi tratado neste trabalho do sistema dual de proteção adotado pela lei brasileira de direitos autorais: direitos morais e patrimoniais. Os direitos morais estão previstos no artigo 24 da Lei 9610/98:

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.

São os direitos morais, portanto, que garantem ao autor que este tenha seu nome sempre vinculado à obra. Pode ainda opor-se a modificações prejudiciais. Também pode alterá-la quando quiser, ou retirá-la de circulação (casos em que ficam ressalvadas, quando couberem, indenizações prévias a terceiros, como prediz o §3º do artigo 24 da LDA³⁹), ou ainda mantê-la inédita.

Os direitos autorais morais se referem à personalidade do autor, e surgiram após os direitos patrimoniais, ou seja, dos direitos de exclusividade na exploração comercial da obra por determinado período. Nesse sentido, ilustra Alessandra Tridente (2009, p. 7):

No final do século XVIII, o autor passa a ser considerado o proprietário de suas criações, embora esta 'propriedade' tenha sempre sido cercada de peculiaridades, decorrentes da necessidade de adaptar a bens imateriais uma tecnologia jurídica desenvolvida essencialmente para bens materiais. A afirmação do direito de propriedade mostrou-se, porém, insuficiente para compreender todos os aspectos da garantia que se almejava conferir aos autores, pois a ênfase desse modelo recaía no aproveitamento pecuniário da obra, sem levar em consideração outros aspectos da atividade criativa como, por exemplo, o interesse do criador em associar seu nome à obra

³⁹ “§ 3º Nos casos dos incisos V e VI, ressalvam-se as prévias indenizações a terceiros, quando couberem.”

depois de vendida (também referido como o direito de ver reconhecida a 'paternidade' da obra). (grifou-se)

Os direitos autorais morais representam o elo permanente entre o autor e a criação intelectual. Essa ligação é personalíssima. Os direitos morais são intransferíveis, imprescritíveis e irrenunciáveis, conforme aponta José Carlos Costa Netto (2008, p.135-136):

Assim, os direitos morais de autor, a exemplo dos demais direitos de personalidade, são considerados indisponíveis, intransmissíveis e irrenunciáveis, devido ao seu caráter de "essencialidade" (...) Em decorrência de sua natureza, portanto, o direito moral de autor é perpétuo, inalienável e imprescritível. Nossa legislação acrescenta, ainda, a característica de irrenunciabilidade. (grifou-se)

O vínculo entre autor e obra dado pelo direito moral é uma ligação de identificação indissolúvel, pois o que se protege no direito autoral de personalidade é a autenticidade, ou seja, a correta delimitação da autoria da criação, o estabelecimento verdadeiro da designação do real criador da obra.

Ainda acerca dos laços criados entre autor e criação, a qualidade da obra acabará por representar também qualidades do próprio autor frente à sociedade, diferentemente do que ocorre com um bem patrimonial comum, como pontua Piola Caselli, citado por José Carlos Costa Netto (2008, p. 135):

O autor, como tanto já se escreveu, vive na obra. Tendo em vista que a sociedade identifica a natureza e o valor da obra com o dom pessoal e o mérito do autor sua personalidade tanto se engrandecerá em decorrência da obra, como, ao contrário, poderá ser – por esta – diminuída ou obscurecida.

Importante destacar que o exercício dos direitos morais se dá de forma independente aos direitos patrimoniais, até pela intransmissibilidade dos primeiros e transmissibilidade desses últimos.

A característica marcante dos direitos autorais patrimoniais, como se verá adiante, reside na exploração comercial dos usos das obras, enquanto que os direitos morais, como visto, têm por esteio a personalidade do criador, a qual se vincula ao ato de criação.

Com relação aos bens públicos literários e artísticos, dois pontos devem ser observados. Primeiro, o fato de o bem ser público não afasta a aplicação dos direitos morais, os vínculos personalíssimos entre obra e autor, especialmente os incisos I (o autor poder reivindicar a autoria da sua criação) e II (o autor ter o seu nome indicado na utilização da obra) do artigo 24 da LDA.

Deve-se, entretanto, diante da finalidade pública do bem pertencente à Administração, analisar se os demais incisos do artigo 24 e verificar se há a necessidade de afastá-los, de modo que o bem público literário e artístico seja efetivamente utilizado sob a ótica da supremacia do interesse público. Autoria e paternidade, como apontado anteriormente, não são incompatíveis com a finalidade pública do bem intelectual pertencente à Administração, porém, poder-se-ia verificar se o direito de manter a obra inédita, ou mesmo opor-se a modificações não conflitariam com a utilização

Em segundo lugar, importante destacar a previsão do parágrafo 2º do artigo 24⁴⁰, que confere ao Estado a competência para defender a integridade e autoria – direitos morais do autor – das obras pertencentes ao domínio público. Apesar de o dispositivo não se referir às obras pertencentes à Administração Pública, mas sim às obras cujo prazo de proteção dos direitos patrimoniais já se esgotou, traz ao poder estatal uma importante função, que é a de zelar pela integridade das obras que compõem esse acervo comum, e garantir que o autor mantenha o direito de vincular o seu nome à sua criação, que então estará fazendo parte dos bens culturais de livre acesso da sociedade que compõem o domínio público.

Há que se pensar na extensão dessa proteção – integridade e autoria das obras pelo Estado – também dos bens públicos literários e artísticos que ainda não estão em domínio público, diante do interesse público que recai sobre essas obras. Essa proteção, entretanto, não afastaria que o próprio autor viesse a defender seus direitos morais sobre a obra.

⁴⁰ Art. 24 [...] 2º Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público.

Se os direitos autorais morais dos bens públicos literários e artísticos podem ser influenciados diante do interesse público que recai sobre essas obras, de modo ainda mais contundente são afetados os direitos autorais patrimoniais, objeto da análise apresentada a seguir.

3.6 DIREITOS AUTORAIS PATRIMONIAIS

Os direitos autorais patrimoniais se referem à exploração econômica da obra, por meio da exclusividade dada ao artista sobre as utilizações da criação. Essa exploração está relacionada aos valores que podem ser obtidos em razão dos diversos usos da obra, que são independentes entre si. Diferentemente dos direitos morais, os direitos patrimoniais sobre os usos da obra podem ser transferidos a terceiros. Nesse sentido aponta José Fragoso (2009, p. 224):

A faculdade patrimonial do autor assenta-se no direito exclusivo de utilização da obra, como afirmado no artigo 28, da LDA. O direito de utilização é direito extenso, oponível erga omnes, representado pelas faculdades de usar, fruir e dispor da obra, seja qual for a sua natureza. O sentido de utilização, na esfera do autor, engloba toda e qualquer forma, meio ou processo de exploração da obra, existente ou a existir, bem como o direito de autorizar ou proibir terceiros a fazê-lo.

A destacar a equiparação que a lei 9.610/98 traz em seu artigo 3º: “Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis.” Refere-se o dispositivo, logicamente, aos direitos patrimoniais de autor, pois como visto, os direitos morais são intransmissíveis.

A mobilidade que se atribui aos direitos patrimoniais dá esteio a outros dois atributos: a alienabilidade e a transmissibilidade, que aparecem regulamentadas nos artigos 49 e 50 da Lei 9610/98. Segundo Allan Rocha (2006, p. 159), o caput do artigo 49⁴¹ “dá a dimensão de sua transferibilidade [do direito autoral patrimonial], que é plena.”

⁴¹ Lei 9.610/98. Art. 49 Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações [...]

Ainda acerca dos direitos exclusivos de utilização da obra pelo autor, e reforçando a ampla cobertura da proteção, é importante destacar o artigo 29 da LDA e alguns de seus incisos, que tratam da necessidade de ter autorização – prévia e expressa – do autor para que um interessado utilize a obra:

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; (...)
VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante: a) representação, recitação ou declamação; b) execução musical; (...) 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.

Trata o artigo 29 do ponto central relacionado à exploração da obra: determina a obrigação para aquele que queira fazer qualquer uso da obra obtenha autorização prévia e expressa do detentor dos direitos patrimoniais. Nos incisos desse artigo há um rol exemplificativo – apesar de bastante extenso e abrangente – dos usos que requerem autorização.

O caráter exemplificativo da lista apresentada no artigo 29 da LDA se manifesta na expressão “tais como” presente *caput* do dispositivo; além disso, a reforçar a amplitude dos usos protegidos, há o texto do inciso X do citado artigo, que abarca “quaisquer outras modalidades de utilização” não elencadas nos incisos, mesmo aquelas ainda não inventadas.

Decorrente dos direitos patrimoniais do autor, a possibilidade de transferência da exploração da utilização da obra faz surgir na relação, além do autor e do utilizador da obra, um terceiro ente: o intermediário.

Este exerce um papel relevante na disseminação das criações intelectuais, pois dispõe dos meios necessários tanto à reprodução quanto à distribuição da obra, recursos nem sempre disponíveis ao autor⁴².

Cabe ressaltar que no papel de intermediário podem estar várias pessoas ou mesmo empresas, ante a especificidade das diversas formas de utilização e exploração das obras. A inclusão do intermediário pode trazer complexidade às relações regidas pelo direito autoral, e ao equilíbrio dessas relações, em especial no que se refere ao confronto entre a exploração econômica das obras e o acesso à cultura e ao conhecimento.

Segundo Allan Rocha (2006, p. 136), os seguintes direitos patrimoniais estão assegurados constitucionalmente aos autores:

(a) o autor é o titular dos direitos sobre as obras autorais que criar, em caráter de exclusividade;

(b) este direito se aplica tanto às obras puramente individuais como as que se inserem em uma obra coletiva;

(c) a projeção da personalidade é protegida, mesmo quando trata-se da utilização patrimonial da obra;

(d) estes direitos são transmissíveis aos herdeiros, portanto objeto de sucessão hereditária;

(e) o tempo post mortem de proteção será limitado;

(f) as participações individuais em obras coletivas são protegidas;

(g) é assegurado aos autores o direito de fiscalizar o aproveitamento econômico de sua obra;

(h) a legitimidade ativa para fiscalização dos usos ou proveitos é extensiva às associações e sindicatos.

Antes, no inciso IX [artigo 5º], a Constituição assegurara o direito de criação a

⁴² Com a Internet e as tecnologias digitais, vê-se o autor cada vez mais tendo acesso a recursos de reprodução e distribuição, o que permite ampliar o acesso direto aos interessados em utilizar a obra.

todos: 'é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.'

Ao conceder um direito exclusivo ao autor, se pretende que, com a exploração da obra, o autor possa se sustentar e, dessa forma, continuar criando. Nesse sentido, Allan Rocha (2006, p. 20) ressalta que, em relação aos direitos patrimoniais de autor, a atribuição da exclusividade para beneficiar o autor leva também a um prejuízo na fluidez da comunicação e na circulação do conhecimento, porém o direito exclusivo se justifica na medida em que funcione como um instrumento de incentivo generalizado à criação, que leve a um resultado final de enriquecimento cultural da sociedade que incentiva a inovação.

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 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. Não havendo esse equilíbrio, o direito autoral não estaria a serviço de promover a ampliação da criação cultural, mas sim de garantir a exploração contínua de conteúdos prontos, que serviriam principalmente para garantir renda aos detentores dos direitos patrimoniais, porém sem a contrapartida de estimular o crescimento da riqueza cultural com inovação. Garantir essa contrapartida é papel fundamental de um sistema autoral equilibrado, e esse estímulo ao

desenvolvimento cultural é ainda mais essencial quando se trata do acervo cultural cujo domínio pertence à Administração Pública.

No caso dos bens públicos literários e artísticos, não há que se falar em um interesse do detentor dos direitos patrimoniais de sobreviver ou mesmo lucrar com a exploração econômica da obra – a finalidade é outra: o interesse público é que deve ser o eixo central a nortear as delimitações aos usos da obra. Nesse sentido é que a autorização prévia e expressa para o uso dos bens públicos literários e artísticos não é um meio eficiente para que se obtenham os objetivos coletivos dessas obras. Portanto, esse direito autoral patrimonial, de permissões prévias e prazos de proteção extensos, que serve ao direito privado, deve ser reavaliado diante do interesse público que incide sobre as obras pertencentes à Administração.

Além da mencionada autorização prévia e expressa que aponta o artigo 29 da LDA, há que se considerar o prazo em que essa permissão se faz necessária. 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. A seguir se examinará o tratamento dado pela LDA aos prazos de proteção dos direitos autorais patrimoniais.

3.6.1 Prazo de Proteção

O prazo de proteção dos direitos autorais patrimoniais encontra previsão entre os artigos 41 e 44 da LDA, sendo a regra geral – presente no caput do artigo 41⁴³ – a de um período de 70 anos contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente à morte do autor.

Esse prazo tem exceções, apontadas nos artigos 42 ao 45 da LDA⁴⁴, como no caso de obras audiovisuais e fotográficas, cujo prazo

⁴³ Lei 9610/98. Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.

⁴⁴ Lei 9610/98. Art. 42. Quando a obra literária, artística ou científica realizada em coautoria for indivisível, o prazo previsto no artigo anterior será contado da morte do último dos coautores sobreviventes.

Parágrafo único. Acrescer-se-ão aos dos sobreviventes os direitos do coautor que falecer sem sucessores.

Art. 43. Será de setenta anos o prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre as obras anônimas ou pseudônimas, contado de 1º de janeiro do ano imediatamente posterior ao da primeira publicação.

Parágrafo único. Aplicar-se-á o disposto no art. 41 e seu parágrafo único, sempre que o autor se der a conhecer antes do termo do prazo previsto no caput deste artigo.

de setenta anos tem seu início computado a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da divulgação da obra.

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 necessária para a promoção efetiva da cultura. Nesse sentido, José de Oliveira Ascensão (1995, p. 57):

Para outorga de proteção ao autor foi apresentada 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. (grifou-se)

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. Nessa teia⁴⁵ não atuam apenas criadores e usuários das obras, mas diversos outros entes que buscam reforçar benefícios específicos, em detrimento dos demais interessados. 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 outro. 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. Allan Rocha (2006, p. 282) aborda adiante a questão das forças que atuam na definição da extensão dos prazos de proteção:

Art. 44. O prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras audiovisuais e fotográficas será de setenta anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação.

Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público:

I - as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;

II - as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

⁴⁵ Ver item 3.2 (Direito Autoral e Legislação).

[empresas intermediárias que adquirem a titularidade dos direitos autorais patrimoniais] transformando, por fim, o direito de autor em apenas um direito da empresa intermediária, mascarado com o nome mais apelativo ao público e convincente politicamente de direito de autor. Deste modo, conclui-se pela melhor adequação da posição e fundamentos adotados por Ascensão para enfrentar o maior e potencialmente mais destrutivo problema contemporâneo enfrentado por este ramo do direito, que é amplitude dos usos econômicos exclusivos e os desequilíbrios causados por um balanceamento tendencioso, reequilibrando o atual sistema autoral e adequando-o às necessidades da sociedade contemporânea.

Findo o prazo de proteção, a obra passa a compor o acervo denominado domínio público⁴⁶; a partir desse momento não há a necessidade de autorização prévia e expressa de um titular para utilização da obra, inclusive comercialmente.

3.6.2 Limitações aos Direitos Patrimoniais de Autor

Os direitos autorais patrimoniais devem ser avaliados levando-se em consideração as diversas partes que compõem os interesses sobre as obras protegidas pelos direitos autorais. Se a definição dos direitos patrimoniais garante a exclusividade de exploração dos usos da obra pelo autor, ou por aquele que dele adquirir tais direitos, as limitações aos direitos patrimoniais dão proteção aos chamados direitos da coletividade.

Portanto, a excepcionar a necessidade de autorização prévia e expressa do autor, conforme previsto no artigo 29 da LDA, estão as situações previstas nos artigos 46, 47 e 48 da mesma lei, e que tratam das limitações aos direitos autorais. Nessas situações excepcionais, em razão de interesse público ou da colidência de outros interesses com os direitos de exploração exclusiva da obra pelo autor, não há a

⁴⁶ O domínio público é tema de parte específica deste trabalho - item 5.3 (Domínio Público: Eficácia na Utilização e na Gestão).

necessidade de autorização prévia e expressa do autor para utilização da obra.

Nessa categoria se encontram, por exemplo, o uso privado de pequenos trechos da obra, as citações, a representação teatral e a execução musical quando realizadas no recesso familiar ou para fins exclusivamente didáticos, e a reprodução de obras em braile ou procedimento análogo para atendimento aos deficientes visuais, desde que não haja intuito de lucro.

O direito de exploração exclusivo e limitado no tempo concedido ao autor é a exceção. A regra é a obra ser de livre uso, como aponta José de Oliveira Ascensão (1997, p. 256):

É uma distorção partir do princípio de um direito de autor tendencialmente perpétuo, que a lei viria extrinsecamente limitar. O direito de autor é intrinsecamente temporário; a regra relativa à duração é uma regra sobre a atribuição, não uma restrição ao direito. (grifou-se)

As limitações ao direito autoral representam um ponto de equilíbrio para o sistema protetivo. Ao limitar a força da exclusividade concedida ao detentor do direito de explorar economicamente a obra, em razão de situações que representam interesses públicos, estes dispositivos da lei representam um sistema de contrapeso à força da exclusividade. Segundo Eduardo Pimenta, as limitações apontam para o princípio da livre utilização das obras, derivados da necessidade de desenvolvimento da sociedade, pois o interesse social deve prevalecer sobre o interesse particular do autor ou do titular dos direitos (1998, p. 316).

Allan Rocha (2006, p. 168) divide as limitações aos direitos autorais em horizontais e verticais. Os limites verticais são os que se referem ao prazo de proteção, ao intervalo de tempo entre o início da proteção e seu término. Já os limites horizontais – ou atemporais – são aqueles independentemente do prazo, e que por isso estabelecem a fronteira lateral entre os direitos patrimoniais e os interesses da coletividade, interesses que autorizam os usos e determinam as situações que afastam a exclusividade concedida ao autor.

Entre os limites horizontais – aqueles associados à delimitação atemporal da proteção individual da obra autoral – se aplicariam os seguintes princípios: a) exclusão total da reprodução com fins

lucrativos; b) reprodução parcial para utilização como referência para crítica, análise ou comentários; c) a utilização parcial exclusivamente com objetivos instrucionais ou educacionais; e d) a utilização para fins informacionais.

Os dispositivos apresentados nos artigos 46, 47 e 48 apresentam um rol com as situações que limitam os direitos autorais, usos os quais independem de autorização prévia e expressa do detentor dos direitos de uso sobre a obra. Há entendimentos que apontam esse rol de limites ao direito do autor como taxativo, devendo ser interpretado restritivamente. É o que dispõe João Carlos Eboli (2006, p. 4):

A fórmula mais eficiente para garantir a proteção dos direitos intelectuais se assenta em duas premissas básicas: a relação das obras protegidas deve ser sempre exemplificativa, pois a criação intelectual é infinita; mas as limitações aos direitos de autor devem ser sempre enumeradas de maneira exaustiva. Essa foi a conduta adotada pelo legislador brasileiro, tanto de 1973, quanto de 1998. Assim é que a nossa atual Lei relaciona, em seus Artigos 46, 47 e 48, de forma clara e exaustiva, as exceções ao exercício dos direitos autorais. (grifou-se)

Porém, essa interpretação não encontra respaldo ao se avaliar que os limites aos direitos autorais não representam exceções, mas sim colidências entre interesses juridicamente protegidos, e que por essa razão devem ser examinados de modo a contemplar o equilíbrio entre esses interesses, como aponta Denis Barbosa (2006, p. 62):

As limitações legais em matéria de propriedade intelectual – patentes, registro de cultivares, direitos autorais, etc. - representam uma conciliação entre interesses constitucionais fundamentais. De um lado, a esfera moral e patrimonial da criação humana, protegida pelo texto básico; de outros, interesses tais como a tutela à educação, o direito de citação, o direito à informação, o cultivo das artes no ambiente doméstico, etc. Argumentar-se-ia, talvez, que tais limitações seriam tomadas sempre como exceções, a serem restritamente interpretadas.

Mas exceções não são, e sim confrontos entre interesses de fundo constitucional. [...] Assim, não é interpretação restrita, mas equilíbrio, balanceamento e racionalidade que se impõe. Outra ponderação que se poderia fazer é que a interpretação se faria sempre em favor do autor. Assim, sempre se restringiriam as limitações ao direito autoral do art. 46 à sua expressão mais angusta. Porém não se argua, de outro lado, o intuito protetor da lei autoral, que faz interpretar em favor do autor as disposições negociais. No caso, não estamos interpretando negócios jurídicos, mas texto legal, e existem dois objetos de tutela igualmente dignos de proteção – a criatividade e a fruição pública da arte. Assim, a racionalidade e a funcionalidade são os critérios heurísticos relevantes, não o viés pro autorem, que se aplica no contexto privado.

É no mesmo sentido de que limitações ao direito de autor não são exceções, que se manifesta José de Oliveira Ascensão (1994, p. 1057), apontando que são delimitações de direitos, não configurando obstáculos a um direito ilimitado (de autor); portanto, não se tratariam de regras excepcionais, mas sim regras para as quais não se excluiriam aplicações por analogia:

[...] as utilizações livres não devem ser consideradas exceções, no sentido substancial. O Direito de Autor realiza a conciliação de interesses públicos e privados, de regras de cultura com preocupações de remuneração do autor. [o direito de autor] É a resultante desse acervo de regras positivas e negativas. Por isso, os limites, como seu nome indica, delimitam intrinsecamente os direitos; não são obstáculos exteriores a uma imaginária ilimitação. Em consequência, as regras que trazem limites não são regras excepcionais, em sentido material, e nomeadamente não estão excluídas aplicações por analogia' (grifou-se)

A perspectiva hermenêutica sobre as limitações aos direitos autorais deve permitir a incorporação de outras além daquelas listadas

na Lei 9610/98, em função do crescimento das demandas nacionais contemporâneas por conteúdos educacionais e culturais, cujo acesso é constitucionalmente previsto e protegido e não são comportadas pela lei de direitos autorais, concluindo que a interpretação mais adequada e única juridicamente sustentável parece ser a extensiva no que se refere aos limites da proteção autoral. Caberia ao Poder Judiciário, nos casos concretos, o ônus de verificar a demonstração satisfatória da presença e relevância dos interesses públicos. O Poder Legislativo poderia apontar, por meio de mudança na legislação especial, o caráter extensivo da interpretação, o que serviria para encerrar de vez a dúvida acerca da interpretação das limitações (SOUZA, 2006, p. 273).

As limitações aos direitos autorais, portanto, são a manifestação expressa da conciliação entre os interesses públicos e particulares que compõem o sistema de direitos autorais.

3.6.3 Cessão e Licença de Direitos Autorais

A lei de direitos autorais brasileira prevê, a partir do artigo 49, as normas relacionadas à circulação dos direitos autorais patrimoniais (como visto no item 2.2.4, os direitos autorais morais são intransferíveis). O caput do artigo 49 dispõe que os direitos de autor - ressalte-se novamente, direitos patrimoniais - podem ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, pelo autor ou por seus sucessores, “a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito”, e então elenca as limitações a essas transferências.

As limitações previstas nos incisos do artigo 49 da Lei 9610/98 buscam defender interesses do autor, pois este seria a parte hipossuficiente no negócio jurídico a ser estabelecido. Assim, há, por exemplo, a indicação de necessidade de contrato escrito no caso de cessão total e definitiva; caso não haja contrato, prevê-se um prazo máximo de cessão de cinco anos; a cessão se restringe ao país em que foi firmado o contrato; a cessão somente se aplica para modalidades de utilização já existentes quando da celebração do contrato. Outras limitações estão previstas nos incisos do artigo 49, bem como nos artigos 50⁴⁷, 51⁴⁸ e 52⁴⁹ da Lei 9610/98.

⁴⁷ Art. 50. A cessão total ou parcial dos direitos de autor, que se fará sempre por escrito, presume-se onerosa.

A doutrina autoralista tem diferenciado a cessão e a licença previstas na LDA pela ocorrência da transferência de titularidade dos direitos autorais patrimoniais: na cessão, há a transmissão do domínio dos direitos sobre a obra intelectual, enquanto na licença há uma autorização de uso, sem a transferência de titularidade sobre a obra. Nesse sentido, Pedro Paranaguá e Sérgio Branco (2009, p. 94):

Caracteriza-se a cessão pela transferência da titularidade da obra intelectual, com exclusividade para o(s) cessionário(s). Já a licença é uma autorização dada pelo autor para que um terceiro se valha da obra, com exclusividade ou não, nos termos da autorização concedida. Ou seja, a cessão assemelha-se a uma compra e venda (se onerosa) ou a uma doação (se gratuita), e a licença, a uma locação (se onerosa) ou a um comodato (se gratuita). (grifou-se)

As licenças são bastante utilizadas no sistema autoral e, em geral, indicam autorização para determinados usos de uma obra, sendo por vezes equiparada a um contrato de locação, por não haver a transferência de direitos, como apontam Pimentel e Barral (2006, p. 21):

A licença exprime uma autorização para o uso e/ou gozo dos direitos, e pode ser onerosa ou gratuita, exclusiva ou limitada, tomando o caráter de uma locação, sendo a retribuição designada por 'royalty' geralmente calculada em percentual sobre a comercialização do produto. É muito utilizada e permite, por exemplo, a um criador titular que não tem empresa obter renda, licenciando a propriedade intelectual para uma empresa, em determinado mercado e segundo as condições convenientes.

Para permitir o uso da obra, há que ser detentor da titularidade do domínio sobre aquele determinado uso, e no exercício dessa titularidade é que se pode estabelecer os usos permitidos e as condições para o

⁴⁸ Art. 51. A cessão dos direitos de autor sobre obras futuras abrangerá, no máximo, o período de cinco anos.

⁴⁹ Art. 52. A omissão do nome do autor, ou de coautor, na divulgação da obra não presume o anonimato ou a cessão de seus direitos.

exercício. Nesse sentido, dispõe Salette Boff e Luiz Pimentel (2007, p. 137): “No exercício do direito de reprodução, o titular poderá colocar à disposição do público a obra (na forma, local e pelo tempo que desejar), a título oneroso ou gratuito.”

No caso dos bens públicos literários e artísticos, a transferência de direitos patrimoniais deve obedecer às regras gerais aplicáveis a esse tipo de bem, como a necessidade de desafetação para que se possa proceder à alienação. Cabe frisar que não há norma a tratar especificamente da transferência de direitos patrimoniais referentes aos bens públicos literários e artísticos; porém, a existência de regras próprias, que levassem em consideração a finalidade pública inerente a esses bens, utilizando, por exemplo, as características de imaterialidade e não-rivalidade para estabelecer mecanismos de circulação de direitos, como o uso preferencial de licenciamentos, representariam um importante avanço para a gestão dos bens públicos literários e artísticos.

3.7 DOMÍNIO PÚBLICO

Dá-se o nome de domínio público ao acervo composto pelas obras literárias e artísticas cuja proteção autoral se encerrou; o uso desse acervo pode ser feito, portanto, sem que haja a necessidade de qualquer autorização. A forma mais comum de uma obra passar a fazer parte do domínio público é pela decorrência do prazo de proteção dos direitos patrimoniais. Como aponta João Henrique da Rocha Fragoso (2009, p. 331), com “o domínio público [...] decaí o direito ao exclusivo do autor.” É o momento em que a obra passa a ser de uso livre pela sociedade e, portanto, no qual a coletividade é recompensada pelo prazo em que a obra permaneceu sob exploração exclusiva do autor – ou de quem dele adquiriu os direitos autorais patrimoniais.

Além da inclusão pelo término no prazo de proteção, a lei brasileira de direitos autorais prevê outras duas situações que levam uma obra a passar ao acervo composto pelo domínio público, conforme disposto no artigo 45 da Lei 9610/98⁵⁰: as obras de autores falecidos que não deixaram sucessores e as obras de autoria desconhecida. Apesar de não listada na lei, pode-se apontar ainda a inclusão de obra no domínio

⁵⁰ Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público:

I - as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;

II - as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

público por vontade do detentor dos direitos patrimoniais sobre a obra. Esse mecanismo gera efeitos importantes (por exemplo, a irreversibilidade da inclusão no domínio público), razão pela qual deveria ser objeto de texto normativo a aclarar as regras para que uma obra passe ao domínio público por vontade do detentor dos direitos sobre ela.

Severine Dussolier (2011, p. 70) aponta, entre as recomendações para a proteção do domínio público na obra “*Scoping study on copyright and related rights and the public domain*”, que a renúncia voluntária dos direitos de autor em obras, dedicando-as ao domínio público, deve ser reconhecida como um exercício legítimo da autoria e da própria exclusividade dos direitos do autor sobre a criação, “na medida permitida pela legislação nacional (possivelmente com exclusão de qualquer abandono dos direitos morais) e sob a condição de ser de consentimento livre e formalmente exposto pelo autor.”⁵¹

Os prazos de proteção dos direitos patrimoniais estabelecidos tanto pela Convenção de Berna quanto pela Lei de Direitos Autorais brasileira adotam o tempo de vida do autor e acrescentam um período que seria para benefício dos sucessores do criador da obra. Interessante notar como esses prazos foram sendo esticados no decorrer do tempo, como destaca Allan Rocha (2006, p.172), aludindo ao exagero dos períodos protetivos atuais e sugerindo que sejam determinados por prazo exato após a criação, observado o tempo de vida do criador da obra:

Este período iniciou-se com 10 anos, há dois séculos, ampliou-se para 50 anos, nos fins do século XIX, para 60 anos com o Código Civil de 1916, e atualmente encontra-se em 70 anos. Esse prazo de proteção é exagerado, melhor seria a sua fixação em prazo exato a partir da criação, respeitada a vida do autor.

Prazos tão longos de manutenção da exploração exclusiva da obra pelo detentor dos direitos patrimoniais acabam por desequilibrar a

⁵¹ Do original: “The voluntary relinquishment of copyright in works and dedication to the public domain should be recognised as a legitimate exercise of authorship and copyright exclusivity, to the extent permitted by national laws (possibly excluding any abandonment of moral rights) and upon the condition of a formally expressed, informed and free consent of the author.”

complexa equação de interesses presentes no sistema autoral. Segundo José de Oliveira Ascensão (1997, p. 334):

A restrição à liberdade de comunicação só se justifica no tempo indispensável para servir de estímulo ao autor. Prazos tão amplos como hoje se praticam e recomendam não beneficiam o autor, para quem 60 ou 70 anos depois de sua morte são irrelevantes. Representam, isso sim, concessões absurdas para as empresas de copyright: passam a ter o presente de alguns anos limpos (sem encargos) de exploração, o que representa um enriquecimento espantoso à custa do consumidor.

Para que se determine de modo mais sensato os prazos de proteção dos direitos patrimoniais de autor, faz-se necessário entender qual a razão da existência desse prazo, ou seja, quais finalidades se pretende atingir com o estabelecimento de um período de exclusividade na exploração comercial da obra.

Dois pontos surgem, portanto, no exame dos prazos de proteção: a extensão e a finalidade. Esta última deveria servir de guia para a determinação da extensão dos prazos de proteção dos direitos autorais patrimoniais. Segundo Allan Rocha (2006, p. 276):

[...] primeiro 'criaram-se as normas e só depois procuraram os argumentos necessários a sua fundamentação' [citando Pedro Cordeiro]. Dentre os argumentos favoráveis a uma longa extensão do prazo de proteção desponta aquele que coloca 'um acento incentivo à criação nas necessidades de sustento do autor e sua família', se esquecendo contudo de que 'hoje em dia, a realidade mostra-nos que a grande maioria dos titulares são os intermediários (...) a quem os autores transmitem ou oneram seus direitos' [...] revisitando o problema verifica-se que o problema centra-se não em uma suposta miséria dos titulares originais, mas sim a relação investimento e lucro que o intermediário-empresário deve ter, por isso, 'o que se tem de averiguar é qual o prazo de duração que permita

a justa compensação por essa atividade empresarial, sem criar inexplicáveis grilhões econômicos à livre difusão da cultura. (grifou-se)

O trecho citado traz um ponto relevante para a discussão acerca da extensão dos prazos de extensão: o fato de que a titularidade dos direitos patrimoniais muitas vezes se encontra nas mãos de intermediários, investidores que exploram os usos comerciais das obras, que adquiriram esses direitos dos criadores. Portanto, os prazos de proteção se ligam menos à questão da subsistência econômica de criadores e mais à relação investimento-lucro do empresário, e essa acaba sendo uma dentre as grandes forças a atuar no estabelecimento dos prazos de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras literárias e artísticas.

No que diz respeito aos direitos morais das obras em domínio público, a legislação brasileira traz uma importante regra: a responsabilidade do Estado frente à defesa desse acervo⁵². A LDA, em seu artigo 24, parágrafo 2º, aponta que “compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público.” As obras que fazem parte do domínio público formam um conjunto de bens de uso coletivo e livre, os quais envolvem questões amplas e relevantes referentes ao acesso ao conhecimento e à cultura, bem como a importância das obras literárias e artísticas ao patrimônio histórico-cultural do país. Falar em um domínio público mais efetivo é falar de uma fonte de cultura mais acessível à sociedade e de um repositório de inspiração criativa de fato disponível aos artistas.

A expressão mais adequada talvez não fosse “caída” em domínio público, mas sim “elevada” ao domínio público. O domínio público não é uma vala onde caem obras velhas e inúteis, mas sim um acervo cuja riqueza deve servir aos propósitos de enriquecimento cultural de todos.

3.8 HISTÓRICO NORMATIVO DA PROTEÇÃO AUTURAL DOS BENS PÚBLICOS LITERÁRIOS E ARTÍSTICOS NO BRASIL

A questão da proteção autoral das obras literárias e artísticas pertencentes à Administração Pública já foi objeto de textos normativos que tratavam dos direitos autorais: o Código Civil de 1916 (Lei 3071/16) e a Lei 5988/73.

⁵² Ver item 3.5 deste trabalho (Direitos Autorais Morais).

Interessante notar que, apesar de haver historicamente um tratamento diferenciado para essas obras, que observava a importância de garantir um acesso mais amplo à essas obras pela sociedade, reduzindo-se o prazo de proteção dos direitos patrimoniais, a lei mais recente (Lei 9610/98) acabou por não tratar da questão, dispensando às obras pertencentes à Administração Pública o mesmo tratamento dado às obras pertencentes à particulares.

Nesse sentido, ao oferecer um tratamento protetivo diferenciado para as obras pertencentes à Administração Pública, as legislações mais antigas foram mais eficazes em estabelecer uma proteção mais condizente com as finalidades de um bem público, caso das obras literárias e artísticas pertencentes à Administração. A seguir, passa-se a breve análise dos textos normativos sobre o tema.

3.8.1 Código Civil de 1916

O Código Civil de 1916 (CC16 - Lei 3.071/16), em seu artigo 662, trazia previsão específica para obras publicadas pela Administração:

*CAPÍTULO VI DA PROPRIEDADE LITERÁRIA,
CIENTÍFICA E ARTÍSTICA*

[...]

Art. 662. As obras publicadas pelo Governo Federal, Estadual ou Municipal, não sendo atos públicos e documentos oficiais, caem, quinze anos depois da publicação, no domínio comum. (grifou-se)

Portanto, ao tratar de modo sistemático a questão dos direitos autorais, o CC16 trazia um prazo de proteção bastante reduzido para as obras “publicadas pelo Governo Federal, Estadual ou Municipal”, quando comparado com o prazo de proteção das demais obras, cujo prazo de proteção era de 60 anos após o falecimento do autor, conforme se verifica da leitura do artigo 649 desse mesmo Código:

Art. 649 Ao autor de obra literária, científica ou artística pertence o direito exclusivo de reproduzi-la. (Redação dada pela Lei nº 3.447, de 23.10.1958)

§ 1º Os herdeiros e sucessores do autor gozarão desse direito pelo tempo de 60 (sessenta) anos, a contar do dia de seu falecimento.

Essa distinção entre os prazos de proteção mostra que o legislador, já àquela época, percebia que aos bens literários e artísticos da Administração cabia um tratamento diferenciado, haja vista a finalidade dos bens públicos ser bastante diversa da dos bens particulares⁵³.

Antes de se analisar a Lei 5988/73, primeiro diploma brasileiro a legislar especificamente sobre direitos autorais, cabe notar o disposto no inciso I e no parágrafo único do artigo 661 ainda do CC16:

Art. 661. Pertencem à União, aos Estados, ou aos Municípios: I – Os manuscritos de seus arquivos, bibliotecas e repartições. II – As obras encomendadas pelos respectivos governos, e publicadas à custa dos cofres públicos.

Parágrafo único. Não caem, porém, no domínio da União, do Estado, ou do Município, as obras simplesmente por eles subvencionadas. (grifou-se)

O parágrafo único repete a previsão do artigo 6º da LDA⁵⁴; porém, não há na nossa lei presente nenhum dispositivo equiparável ao inciso II do artigo 661 daquele Código, e certamente essa lacuna torna a lei atual menos eficiente sob a ótica do interesse público, já que a previsão legal de conceder o domínio das obras encomendadas e publicadas pela Administração no mínimo evitaria que contratos mal elaborados trouxessem incertezas na questão acerca da propriedade dessas obras.

⁵³ Como abordado no item 2.9 (Finalidade e Bens Públicos Literários e Artísticos).

⁵⁴ “Art. 6º Não serão de domínio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios as obras por eles simplesmente subvencionadas.”

3.8.2 Lei 5.988 de 1973

A Lei 5.988/73, norma que veio a suceder o CC16 no tratamento das questões relacionadas aos direitos autorais⁵⁵, trazia em seu artigo 46:

CAPÍTULO III - Dos direitos patrimoniais do autor e de sua duração

Art. 46. Protegem-se por 15 anos a contar, respectivamente, da publicação ou da reedição, as obras encomendadas pela União e pelos Estados, Municípios e Distrito Federal. (grifou-se)

Essa disposição é bastante similar ao texto do citado artigo 662 do CC16: há a previsão de um período de proteção reduzido para as obras encomendadas pela União e pelos Estados, Municípios e Distrito Federal. A diferenciar os dois dispositivos está a expressão utilizada para definir o objeto ao qual se aplica o prazo de proteção: o artigo 662 do CC16 utiliza a expressão “obras publicadas” pelos governos federal, estadual ou municipal; a Lei 5988/73 faz empregar a expressão “obras encomendadas”. Importante mencionar que o CC16 em seu artigo 661, inciso II, apontava que “pertencem à União, estado e municípios as obras encomendadas pelos respectivos governos, e publicadas às custas dos cofres públicos.”

Esse prazo de proteção dos direitos patrimoniais às obras encomendadas pela Administração Pública, do mesmo modo que ocorria no CC16, era bastante reduzido quando comparado com aquele concedido aos bens autorais pertencentes a particulares, que no caso da Lei 5988/73 tinha a peculiaridade de conceder gozo vitalício aos direitos patrimoniais para filho, pais ou cônjuge de autor falecido, e estipulava o prazo de 60 anos contados a partir do ano subsequente ao da morte do autor, conforme apontava o artigo 42 e parágrafos da Lei 5988/73:

Art. 42. Os direitos patrimoniais do autor perduram por toda sua vida.

§ 1º Os filhos, os pais, ou o cônjuge gozarão vitaliciamente dos direitos patrimoniais do autor

⁵⁵ A primeira norma brasileira a tratar especificamente sobre direitos autorais foi a Lei 496, de 1º de agosto de 1898, conhecida como “Lei Medeiros e Albuquerque”, como lembra Oswaldo Santiago (1956, p. 9).

que se lhes forem transmitidos por sucessão mortos causa.

§ 2º Os demais sucessores do autor gozarão dos direitos patrimoniais que este lhes transmitir pelo período de sessenta anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento.

Portanto, até 1998, ano em que entrou em vigor a atual lei de direitos autorais brasileira, havia uma preocupação do legislador quanto a um tratamento específico para as obras literárias e artísticas da Administração. A seguir, passa-se a análise de como o legislador da lei mais recente sobre direitos autorais tratou da questão.

3.8.3 Lei 9.610 de 1998

Na Lei 9.610/98, diferentemente dos normativos anteriores acerca de direitos autorais, não existe qualquer menção a tratamento diferenciado para as obras cuja titularidade pertença a Administração Pública.

Há, portanto, desde o início da vigência da Lei 9.610/98, um regime comum aplicável tanto às obras que pertencem à Administração Pública como às particulares, que concede uma proteção aos direitos patrimoniais de 70 anos contatos a partir de 1º de janeiro ao ano subsequente da morte do autor ou da publicação da obra, conforme o caso.

Comparando-se com o CC16 e com a Lei 5988/73, examinadas anteriormente, a atual Lei de Direitos Autorais restringiu o acesso das obras pertencentes à Administração Pública por no mínimo 55 anos⁵⁶ além do que se previa naqueles normativos anteriores, agravando de forma desarrazoada, ao se avaliar a finalidade pública desses bens, o acesso a essas obras.

Cabe ressaltar que as obras cujo detentor dos direitos autorais patrimoniais seja a Administração Pública, e que foram publicadas até 1983 (mais precisamente, até quinze anos antes do início da vigência da Lei 9.610/98), estão em domínio público, pois cumpriram os prazos de proteção estabelecidos nos diplomas aplicáveis citados, a saber, o Código Civil de 1916 (Lei 3.071/16) e a Lei 5.988/73.

⁵⁶ Cinquenta e cinco anos no caso das obras com prazo de proteção contado a partir da data da publicação; porém, nas situações em que o prazo se inicia em 1º de janeiro do ano subsequente ao da morte do autor, ao prazo se acresce justamente o tempo de vida deste.

Uma vez que as obras sejam criadas ou adquiridas pela Administração sob o manto dos princípios da finalidade pública, da eficiência e da proporcionalidade, e em face do direito constitucional de garantia de acesso à cultura, se percebe a necessidade de que o normativo de direitos autorais no Brasil volte a apresentar um tratamento específico para as obras cuja titularidade pertença à Administração Pública, em qualquer de suas esferas, conferindo um período protetivo menor do que aquele previsto na regra geral da proteção dos direitos autorais patrimoniais, ampliando-se, dessa forma, o acesso e a utilização dessas obras pela sociedade.

3.9 PROTEÇÃO AUTORAL DAS OBRAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM OUTROS PAÍSES

A proteção das obras literárias e artísticas pertencentes à Administração Pública é um tema cujo tratamento recebe abordagens tão distintas quanto os são os sistemas de governo e ordenamentos jurídicos. Porém mesmo diante dessas diferenças, faz-se importante uma breve análise de como a questão tem sido tratada por outros países, especialmente no sentido de verificar se há um regime diferenciado para esse tipo de bem.

Serão resumidamente analisadas as situações das obras pertencentes à Administração, ou aos governos, denominação mais utilizada nas legislações estrangeiras, em três países, escolhidos pelas razões adiante apontadas: Estados Unidos da América (EUA), por adotar um modelo de proteção autoral com algumas distinções do brasileiro; Portugal, para a análise de um país europeu, cujas normas refletem discussões no âmbito da União Europeia (UE) acerca da propriedade intelectual; e Argentina, para que se verifique o tratamento da questão em um país que, como o Brasil, é membro do Mercosul.

3.9.1 Estados Unidos da América

No caso dos EUA cabe, preliminarmente, ressaltar que esse país adota um modelo de proteção distinto do adotado no Brasil, conhecido pela expressão *copyright* (direito de cópia), que tem por eixo central os direitos de exploração econômica da obra, não havendo as repercussões de ordem dos direitos autorais morais, como existente no modelo

brasileiro, derivado do modelo francês e presente na Convenção de Berna.

Nos EUA, as obras pertencentes ao Estado, denominadas na lei de direitos autorais⁵⁷ norte-americana como “trabalhos do Governo dos Estados Unidos”⁵⁸, tem um tratamento distinto das obras pertencentes aos particulares, a começar pela definição⁵⁹:

Um ‘trabalho [obra] do governo dos Estados Unidos’ é um trabalho [obra] criado por um servidor público ou empregado do governo dos Estados Unidos como parte de suas atribuições oficiais.

Deve-se destacar que a definição somente se aplica às obras pertencentes ao governo federal, e não às administrações estaduais ou municipais, que detém competência para estabelecer regras próprias para o tratamento do tema.

O regime de proteção às obras do governo dos Estados Unidos está previsto no *Copyright Act*⁶⁰, capítulo 1, parágrafo 105⁶¹:

A proteção de direitos autorais [copyright] sob este título não se aplica para qualquer trabalho do Governo dos Estados Unidos, mas o Governo dos Estados Unidos não está impedido de receber e manter direitos autorais transferidos a ele por cessão, legado ou de outra forma.

Por este dispositivo, a regra geral é de não incidência de direitos autorais sobre as obras do governo norte americano, apesar da previsão

⁵⁷ United States Copyright Law – US Code, Title 17

⁵⁸ Do original: “work of the United States government”

⁵⁹ Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/uscode/17/101.html>. Acesso em: set. 2011. Do original: “US Code, Title 17 Copyrights, Chapter 1, § 101 Definitions. A ‘work of the United States Government’ is a work prepared by an officer or employee of the United States Government as part of that person’s official duties.”

⁶⁰ US Code, Title 17

⁶¹ Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/uscode/17/105.html>. Acesso em: set. 2011. Do Original: “§ 105. Subject matter of copyright: United States Government works. Copyright protection under this title is not available for any work of the United States Government, but the United States Government is not precluded from receiving and holding copyrights transferred to it by assignment, bequest, or otherwise.”

de que possa exercer tais direitos sobre obras que a ele venham a ser transferidas.

Ponto importante diz respeito à proteção das obras do governo norte-americano em outros países. Segundo o site do CENDI⁶², grupo de trabalho sobre informação científica e técnica composto por 14 agências federais dos EUA, o governo daquele país detém os direitos de suas obras no que se refere a utilização em outros países, conforme disposto na página de informações sobre direitos autorais, no item 3.1.7⁶³:

3.1.7 O governo tem proteção de direitos autorais em obras do Governo dos EUA em outros países? Sim, a exclusão de direitos autorais para obras do governo dos EUA não se destina a ter qualquer impacto sobre a proteção destas obras no exterior (S. REP. NO. 473, 94 Cong., Sess 2d. 56 (1976)). Portanto, o Governo dos EUA pode obter proteção em outros países, dependendo do tratamento de obras do governo pela lei de direitos autorais nacionais do país em particular. Os direitos de autor são, por vezes, afirmados por agências do Governo dos EUA fora dos Estados Unidos.

Há algumas exceções a não proteção autoral para os trabalhos do governo dos EUA, como nos casos de trabalhos produzidos em decorrência de contratos com o governo⁶⁴, em que o detentor dos

⁶² A sigla do grupo representa as letras iniciais de 4 dentre as 14 agências que compõem o grupo, acrescidas da palavra “informação” (COMMERCE – National Technical Information Service (NTIS), ENERGY – Office of Scientific and Technical Information (OSTI), NASA – Scientific and Technical Information Program (STI), DEFENSE – Defense Technical Information Center (DTIC); INFORMATION), de acordo com a página do grupo na Internet (www.cendi.gov).

⁶³ <http://www.cendi.gov/publications/04-8copyright.html#317>. Acesso em: set. 2011. Do original: “3.1.7 Does the Government have copyright protection in U.S. Government works in other countries? Yes, the copyright exclusion for works of the U.S. Government is not intended to have any impact on protection of these works abroad (S. REP. NO. 473, 94th Cong., 2d Sess. 56 (1976)). Therefore, the U.S. Government may obtain protection in other countries depending on the treatment of government works by the national copyright law of the particular country. Copyright is sometimes asserted by U.S. Government agencies outside the United States.”

⁶⁴ <http://www.cendi.gov/publications/04-8copyright.html#41>. Acesso em: set. 2011. Do original: “4.1 If a Work Was Created Under a Government Contract, Who Holds the Copyright? Unlike works of the U.S. Government, works produced by contractors under

direitos autorais será determinado pelos termos do contrato. Também são exemplos de exceção à não proteção autoral dos trabalhos do governo dos EUA as obras de certas agências governamentais ou empresas públicas, como a *United States Postal Service* (USPS – serviço de correio público norte americano), cujo material produzido está sujeito a aplicação da proteção autoral.

Por fim, cabe observar que para os documentos oficiais públicos, como decisões judiciais, decisões administrativas, decretos legislativos, decretos públicos e similares, que, do mesmo modo que a lei brasileira⁶⁵, não recebem proteção autoral, em razão de ordem pública, já que a seus conteúdos deve se garantir ampla publicidade.

3.9.2 Portugal

No caso de Portugal, apesar de não haver no Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos⁶⁶ daquele país um regime jurídico específico para as obras pertencentes ao governo, deve-se destacar norma que trata de tema correlato, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 95, de 25 de Agosto de 1999⁶⁷. Essa resolução prevê que a Administração coloque na Internet, a disposição de todos, a informação detida ou produzida pela Administração. Conforme apresentado no preâmbulo da norma, ela obriga que “direções gerais e serviços equiparados, bem como institutos públicos”, que disponibilizem em formato digital na Internet qualquer informação que seja objeto de publicação em papel, conforme o item 1.1 da Resolução:

1.1 - As direcções-gerais e serviços equiparados, bem como os institutos públicos nas suas diversas modalidades, deverão disponibilizar ao público, em formato digital na Internet, as respectivas publicações, tenham ou não carácter periódico, os formulários que utilizem e ainda,

government contracts are protected under U.S. Copyright Law. [...] The ownership of the copyright depends on the terms of the contract.”

⁶⁵ Lei 9610/98. Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:[...]IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais;

⁶⁶ DL n.º 63/85, de 14 de Março. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=484&tabela=leis. Acesso em out. 2011.

⁶⁷ Disponível em: <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=960832>. Acesso em: out. 2011.

genericamente, toda a informação que produzam e que seja objecto de publicação. (grifou-se)

Desse modo, por exemplo, se um determinado órgão público produz um livro em que apresente os monumentos históricos de Portugal, a versão digital desse livro deverá ser colocada na Internet para acesso da sociedade, desde que informada a fonte, conforme o dispositivo 5.1 da Resolução:

5.1 - Toda a informação disponibilizada na Internet pelas entidades referidas no n.º 1 pode ser livremente utilizada pelo público que a ela acede, desde que se faça menção da respectiva fonte.

A norma tem um dispositivo expresso referente ao respeito à propriedade intelectual: “1.4 - A divulgação na Internet feita de acordo com o estabelecido no presente diploma far-se-á com respeito pelos direitos de propriedade intelectual.”. Esse dispositivo interdita, por exemplo, que a Administração coloque à disposição um conteúdo sobre o qual não detenha o direito patrimonial referente a esse uso, mas de modo algum impede que a Administração disponibilize a todos aquelas obras cuja titularidade do domínio lhe pertença. A presença desse dispositivo também deixa clara a intenção do legislador de que os conteúdos informacionais de que trata a norma abarcam inclusive aqueles que gozam de proteção autoral.

Ainda acerca da Resolução do Conselho de Ministros n.º 95/99, importante destacar a menção dos benefícios, apresentados no próprio preâmbulo, que a norma trouxe para a Administração (aumento de eficácia e produtividade, associado à redução de custos), para os cidadãos (facilidade de acesso à informação, rápido e desburocratizado) e até para os agentes económicos (se beneficiariam também com a agilidade no acesso à informação):

São óbvias as vantagens de uma actuação consistente dos serviços e organismos da Administração no sentido acima referido. Desde logo, vantagens para a própria Administração, uma vez que ela contribuirá para um aumento da sua eficácia e produtividade e para uma redução de custos. Depois, vantagens para os cidadãos,

traduzidas na maior facilidade de acesso à informação, de forma rápida e não burocratizada. Vantagens também para os agentes económicos, que actuam num campo em que o acesso rápido e fácil à informação é, muitas vezes, condição essencial à tomada de decisões. (grifou-se)

Por fim, do mesmo modo que os Estados Unidos e o Brasil, no Código de Direitos Autorais português também há a previsão expressa de não proteção autoral aos documentos oficiais, pelas mesmas razões de ordem pública e publicidade⁶⁸.

3.9.3 Argentina

Passando a analisar o caso da proteção das obras autorais pertencentes à Administração na Argentina: do mesmo modo que o Brasil, não há tratamento específico para as obras da Administração, cabendo, portanto, a elas, o mesmo regime aplicável às obras pertencentes aos particulares. Há apenas, do mesmo modo como as nações anteriormente analisadas, a previsão de não proteção para os atos oficiais.

A acrescentar sobre a legislação argentina de direitos autorais no que se refere à Administração Pública, a previsão de o Estado argentino passar a ser detentor dos direitos autorais sobre as obras cujo autor falecer e não deixar herdeiros, conforme previsto no artigo 5º da “LEY 11.723 - REGIMEN LEGAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL”⁶⁹:

Artigo 5º - A propriedade intelectual sobre as obras pertencem aos seus autores durante sua

⁶⁸ “Artigo 7.º Exclusão de protecção 1 - Não constituem objecto de protecção: b) Os requerimentos, alegações, queixas e outros textos apresentados por escrito ou oralmente perante autoridades ou serviços públicos;” Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=484&tabela=leis. Acesso em: out. 2011.

⁶⁹ Disponível em: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42755/texact.htm>. Acesso em: out. 2011. Do original: Art. 5º. — La propiedad intelectual sobre sus obras corresponde a los autores durante su vida y a sus herederos o derecho habientes hasta setenta años contados a partir del 1 de Enero del año siguiente al de la muerte del autor. [...] En caso de que un autor falleciere sin dejar herederos, y se declarase vacante su herencia, los derechos que a aquél correspondiesen sobre sus obras pasarán al Estado por todo el término de Ley, sin perjuicio de los derechos de terceros.

vida, e a seus herdeiros ou sucessores, pelo prazo de até setenta anos, contados a partir 01 de janeiro do ano seguinte a morte do autor.

[...]

Se um autor morrer sem deixar herdeiros e sua herança for declarada vaga, os direitos que àqueles corresponderiam sobre às obras passarão ao Estado por todo o prazo da lei, sem prejuízo dos direitos de terceiros.

As obras passam, no caso de não haver herdeiros, portanto, ao domínio do Estado, e não há previsão para que o Estado dê qualquer tratamento no sentido de facilitar o acesso e uso dessas obras para a sociedade. Nesse caso, bastante melhor a solução da lei brasileira de direitos autorais, que prevê que as obras de autores falecidos que não tenham deixado sucessores passam a pertencer ao domínio público⁷⁰.

3.9.4 Composição do Domínio Público e Textos Oficiais

Para encerrar esse item que trata da proteção das obras da Administração em outros países, faz-se importante ressaltar que, do mesmo modo que o Brasil, há um desinteresse no que se refere à busca de tratamento específico para essas obras, mesmo em face dos benefícios obtidos com um regime mais adequado às necessidades sociais atuais, e diante da finalidade da atuação estatal. Essa situação acaba por apontar o conservadorismo no que se refere às opções possíveis dos sistemas autorais, já que grande parte dos países acaba deixando que se aplique às obras pertencentes à Administração o mesmo regime aplicado às obras de domínio particular, onde prevalece o interesse privado.

A reforçar essa indiferença de grande parte dos países com a questão das obras da Administração, importante mencionar a obra “Estudo exploratório sobre direitos de autor e direitos conexos e do domínio público”⁷¹, já citada no item 3.7 (Domínio Público), de autoria de Séverine Dusollier, professor da Universidade de Namur, na Bélgica,

⁷⁰ Lei 9610/98. Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público: I - as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;

⁷¹ Tradução livre do original em inglês: “Scoping study on copyright and related rights and the public domain.” Disponível em: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/cdip_7/cdip_7inf_2.pdf. Acesso em: jul. 2011.

que apresenta diversas considerações a respeito da importância do domínio público para o sistema de direito autoral.

No Anexo I desse estudo⁷², após pesquisa realizada nas legislações de direitos autorais de 14 países (Argélia, Austrália, Brasil, Chile, China, Costa Rica, Dinamarca, Itália, França, Quênia, Coreia, Malásia, Ruanda e Estados Unidos), Dusollier apresenta um quadro comparativo acerca da composição do domínio público. Como parte do quadro, há a identificação dos países, dentre os estudados, que têm tratamento específico para o que o autor chamou de “textos oficiais”⁷³, incluindo sob essa nomenclatura não apenas os textos normativos, como também demais trabalhos pertencentes aos respectivos governos.

Da análise desse quadro incluído no estudo de Severine Dusollier se verifica que, tirando os textos normativos, que logicamente, para fins de eficácia maior dependem de plena publicidade, poucos países têm a preocupação de oferecer acesso amplo⁷⁴ aos trabalhos que não se caracterizam como atos oficiais públicos.

Do grupo de países estudados, colocam em domínio público somente os atos oficiais com característica legislativa, administrativa ou judicial: Argélia, Brasil, China, Dinamarca, França, Itália, Quênia, Coreia e Ruanda. Sobre Costa Rica e Malásia não foi possível determinar a presença de dispositivo nesse sentido, apesar de ser logicamente justificável a previsão de não proteção autoral desse tipo de conteúdo. E apenas os Estados Unidos, entre os 14 países examinados, coloca em domínio público⁷⁵ as obras de domínio do governo federal, além daqueles atos oficiais normativos, administrativos ou judiciais.

3.10 CONSIDERAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO

O sistema de tutela autoral brasileiro, centrado na Lei 9610/98 (LDA), tem por base a Convenção da União de Berna, principal instrumento internacional a tratar dos direitos autorais. São objetos de proteção autoral as obras intelectuais literárias e artísticas, sobre elas recaindo direitos autorais morais (vínculo personalíssimo entre o autor e sua obra) e patrimoniais (exploração econômica dos usos da obra).

⁷² DUSSOLIER, 2010, p. 72-82.

⁷³ No original, “official texts”.

⁷⁴ No caso estudado, a verificação era se os trabalhos oficiais pertenceriam ao domínio público.

⁷⁵ Lembrando apenas que é um domínio público restrito geograficamente; válido dentro do próprio país, e para as obras pertencentes ao governo federal, com as limitações destacadas anteriormente neste trabalho.

A LDA traz um regime privatista de proteção do bem, fundado na necessidade de autorização prévia para utilização da obra e prazos extensos de vigência dos direitos patrimoniais. Não há, na LDA, dispositivos que tratem de forma diferenciada os bens públicos literários e artísticos, de modo que a esses bens seja conferida uma tutela que se coadune com a finalidade pública a eles inerente.

O tratamento específico aos bens públicos literários e artísticos, inexistente na atual lei de direitos autorais, aparecia em normas anteriores que tratavam da tutela autoral: tanto o CC16 quanto a Lei 5988/73 previam um prazo de proteção dos direitos autorais patrimoniais bastante reduzido quando comparado ao prazo concedido às demais obras, colocando os bens públicos literários e artísticos em domínio público em 15 anos contados da data da publicação, enquanto para obras particulares o prazo era de sessenta anos contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente da morte do autor ou da publicação, conforme o caso.

Ao se analisar a proteção das obras intelectuais autorais em outros países, verifica-se que os EUA dão tratamento específico aos bens públicos literários e artísticos, concedendo amplo acesso a essas obras para a sociedade norte americana (a obra passa a compor um “domínio público nacional”); em Portugal existe norma que prevê a publicação digital de amplo acesso à sociedade das obras publicadas pela Administração Pública; na Argentina, do mesmo modo que no Brasil, não há regime jurídico diferenciado para as obras pertencentes à Administração. Importante destacar o relatório presente no estudo “Scoping study on copyright and related rights and the public domain”, cujos resultados apontam para a pouca preocupação em se estabelecer regimes específicos para os bens públicos literários e artísticos.

Apesar dessa indiferença, se verá adiante que há elementos a justificar um regime jurídico específico para essas obras, distinto da proteção autoral concedida às obras de propriedade privada, em razão das finalidades públicas às quais devem se vincular esses conteúdos, e também – e até primordialmente – dos benefícios sociais advindos de um regime que privilegie amplo acesso e utilização de obras pertencentes à Administração Pública.

Deve-se pensar em um tratamento aos bens literários e artísticos pertencentes à Administração Pública que responda aos desafios dos dias atuais, bem como às demandas da sociedade frente ao Estado contemporâneo. No próximo capítulo serão abordados os elementos que apontam para a necessidade de estabelecimento de um regime jurídico

que observe as características dos bens imateriais e que esteja voltado para as finalidades sociais dos bens públicos literários e artísticos.

4 ELEMENTOS PARA A TUTELA AUTORAL DIFERENCIADA DOS BENS PÚBLICOS LITERÁRIOS E ARTÍSTICOS

Nesta parte do trabalho serão abordados os elementos que apontam para a necessidade de um regime jurídico específico para os bens públicos literários e artísticos. Esse regime deve ser diferente daquele geral dos bens públicos, o qual foi construído, como visto, sem que se pensasse nas características específicas dos bens literários e artísticos, em especial a imaterialidade e a não rivalidade desses bens. E também deve ser diferente do sistema geral da Lei de Direito Autoral brasileira aplicado às obras pertencentes a particulares, já que esta, diferentemente das normas anteriores que versavam sobre direitos autorais, não trouxe um tratamento diferenciado para as obras literárias e artísticas de titularidade da Administração Pública.

Três pontos sustentarão o entendimento que aponta para a existência de uma tutela específica para os Bens Públicos Literários e Artísticos, e correspondem aos tópicos desenvolvidos nesta parte do trabalho: os princípios administrativos aplicáveis à gestão e utilização das obras literárias e artísticas pertencentes à Administração Pública; a função social da propriedade observada sob a ótica particular dessas obras; e por fim, a importância desse regime particular para essas obras em razão do direito fundamental de acesso à cultura e ao conhecimento.

4.1 PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS E BENS PÚBLICOS LITERÁRIOS E ARTÍSTICOS

Os princípios são os elementos estruturais do sistema jurídico, dando sustentação a esse sistema por meio da ponderação da aplicação das normas. São os princípios que conectam as normas e decisões com compõem o Direito. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Melo (2002, p. 771) expõe que:

[o princípio] é o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe

*confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.
(grifou-se)*

No Direito Administrativo, os princípios têm o relevante papel de permitir à Administração, bem como ao Poder Judiciário, estabelecer as condições necessárias ao equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da própria Administração (DI PIETRO, 2005, p. 67).

No caput do artigo 37 da Constituição Federal estão elencados cinco princípios da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Por estarem apontados textualmente na norma constitucional são denominados princípios expressos, em oposição àqueles que, por não estarem elencados de forma textual na Constituição, são apresentados como princípios reconhecidos ou implícitos.

Adiante será analisada a aplicação de princípios administrativos sob a ótica do tratamento dado aos bens públicos literários e artísticos. Examinar-se-á, frente a cada princípio analisado, se o regime atualmente adotado permite que o preceito seja aplicado de modo pleno no que se refere à utilização ou à gestão dos bens literários e artísticos da Administração Pública.

4.1.1 Princípio da Supremacia do Interesse Público

Um princípio administrativo é considerado pela doutrina como norteador desse ramo jurídico, bem como para todo o direito público: a supremacia do interesse público (BANDEIRA DE MELLO, 2001, p 27; DI PIETRO, 2005, p 67.). Sobre esse princípio, Maria Sylvia di Pietro (2005, p. 68) aponta que:

[o princípio da supremacia do interesse público] está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação.

Acerca da definição de interesse público, diz Celso Antônio Bandeira de Mello (2001, p. 59):

Donde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante dos conjuntos dos

interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de serem. (grifou-se)

O interesse público de que trata este trabalho é o denominado por Luís Roberto Barroso como interesse primário, relacionado às finalidades do Estado, e não do interesse público secundário, atinente à própria Administração. Segundo Barroso (2007, p. XIV):

O interesse público primário é a razão de ser do Estado, e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.

Segundo Dirley da Cunha Júnior (2011, p. 37), o princípio da supremacia do interesse público ressalta a superioridade do interesse da coletividade, havendo a prevalência do interesse público sobre o particular, condição indispensável para manter e viabilizar os interesses individuais, fornecendo a base para uma ordem social estável e onde cada um tenha resguardado seus bens e direitos.

As atividades administrativas são realizadas pelo Estado para que a coletividade receba o benefício, ou seja, a atuação estatal está voltada para o interesse público, e não existindo esse objetivo, haverá desvio de finalidade na ação do Estado. Conforme ressalta José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 29):

Trata-se, de fato, do primado do interesse público. O indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais. Vemos a aplicação do princípio da supremacia do interesse público, por exemplo, na desapropriação, em que o interesse público

suplanta o do proprietário; ou no poder de polícia do Estado, por força do qual se estabelecem algumas restrições às atividades individuais.

Sob a ótica dos bens públicos literários e artísticos, há que se ter em mente que o princípio da supremacia do interesse público aponta pela observância de que a atuação da Administração busque sempre atingir os objetivos da coletividade, considerando os indivíduos no contexto da sociedade. Significa dizer que as ações da Administração não visam de modo finalístico o benefício individual, quer do próprio cidadão, quer da própria Administração, que não deve colocar à frente dos interesses públicos benefícios particulares estatais.

Nesse sentido, não deveria interessar à Administração Pública prazos de proteção autoral patrimonial de 70 anos para suas obras literárias e artísticas, haja vista que não é o lucro sobre as obras o fator que motivou que a Administração as criasse ou adquirisse, mas sim usos relacionados a uma finalidade pública, quer esses usos sejam atinentes à atividade do órgão público, quer estejam associados a propiciar cultura e conhecimento para a sociedade. Portanto, reduzir prazos de proteção e fazer uso de mecanismos que tornem mais livre a utilização dos bens públicos literários e artísticos é um caminho que encontra sustentação no princípio da supremacia do interesse público.

Interessante notar que esse princípio traz reflexos também – e especialmente – para o tratamento a ser dado aos bens literários e artísticos sob domínio privado. Por exemplo, se poderia pensar na possibilidade de previsão de desapropriação dos direitos patrimoniais sobre obra literária ou artística quando o interesse público, devidamente fundamentado, estivesse em risco. A desapropriação é recurso presente para bens imóveis particulares, como visto na citação anterior de José Dos Santos Carvalho Filho, mas também já existiu legislação relacionada à desapropriação de bens intelectuais, como se verifica da leitura do artigo 660 do Código Civil de 1916:

Art. 660. A União e os Estados poderão desapropriar por utilidade pública, mediante indenização prévia, qualquer obra publicada, cujo dono a não quiser reeditar.

Outro princípio administrativo que tem reflexos na gestão e utilização dos bens públicos literários e artísticos é o da eficiência, como se verá a seguir.

4.1.2 Princípio da Eficiência

De acordo com Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2005, p. 84), o princípio da eficiência se apresenta em dois aspectos: em relação ao modo de atuação do agente público, que deve apresentar o melhor desempenho possível nas suas atribuições, visando aos resultados esperados da atuação pública que lhe foi conferida; e em relação ao modo de organização, estrutura e disciplina da Administração Pública, também sob a expectativa de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Pensar sob a ótica da eficiência, portanto, para um bem público, é pensar em um regime a ele aplicável que acomode a mais ampla vantagem para a coletividade. Marques Neto (2009, p. 287) destaca que o princípio da eficiência – e a observância da função social da propriedade – impelem que se concedam destinações variadas ao bem público sempre que possível:

*E, reitere-se, seja em função do dever de observância da função social da propriedade, seja em virtude do princípio da eficiência, parece que a afetação múltipla deve ser sempre homenageada na gestão dos bens públicos.
(grifou-se)*

É também o princípio da eficiência a embasar a manifestação de Maria Sylvania Zanella Di Pietro (1983, p. 2), para quem os bens públicos devem ser geridos de modo que proporcionem “o máximo de benefícios à coletividade, podendo desdobrar-se em tantas modalidades de uso quantas forem compatíveis com a destinação e com a conservação do bem.”

Para a eficiência administrativa se deve buscar a satisfação dos administrados, porém com os menores custos para a sociedade. Nesse sentido discorre Diogo Figueiredo Moreira Neto (2009, p. 103), ao apontar que: “Eficiência administrativa é a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade.”

A explicitação do princípio da eficiência é extremamente importante, pois essa posituação cumpre um papel duplo, como aponta Marques Neto (2009, p. 278). Primeiro, sinaliza claramente o dever constitucional de que a atuação e organização administrativas devem se voltar para a satisfação eficaz das finalidades públicas (suprindo as necessidades dos administrados). Segundo, serve como um parâmetro de conferência permanente do atendimento dessas finalidades coletivas na atuação do poder público; como explicitado na Constituição Federal, esse princípio aponta um direito público subjetivo de recebimento de boa prestação administrativa.

A diferença entre o dever de eficiência da Administração e a eficiência buscada pelo mundo privado, nas empresas capitalistas, reside na finalidade do agir da cada qual. No mercado, a finalidade se mostra na busca da otimização da economia de insumos e na maximização dos lucros.

No setor público, entretanto, a eficiência não segue a lógica de ganhar clientes ou superar concorrentes, mas sim na visão de agir prontamente para atender às demandas dos administrados, estando a atuação administrativa guiada pelo bom exercício da função pública no interesse geral do cidadão.

O princípio da eficiência se desdobra em três aspectos: prestacional, organizacional e de gestão. O aspecto prestacional, segundo Marques Neto, aparece quando na prestação da atividade administrativa se consegue agir de “modo rápido, eficaz, preciso e cordato”, atendendo as necessidades da coletividade (2009, p. 280). No aspecto organizacional, ou da organização administrativa, a eficiência será atingida se a estrutura da Administração for enxuta, racional, transparente e permeável à participação do Administrado e à defesa de seus direitos.

Quanto ao aspecto da gestão, o princípio da eficiência veda que haja desperdício de recursos públicos, quer pelo impedimento de gastos desarrazoados ou inúteis, quer pela anulação do desperdício de oportunidades de aferição de receitas públicas legalmente autorizadas.

Após essa análise dos desdobramentos do princípio da eficiência aplicado à Administração Pública, há que se pensar no impacto deste princípio no que se refere à gestão dos bens públicos: a eficiência administrativa com relação aos bens públicos se traduz na adequada gestão do patrimônio estatal, de modo a obter a melhor utilização do bem, sem impedir que este também se preste a outras aplicações que

sejam harmônicas com suas finalidades públicas. Segundo Marques Neto (2009, p. 281):

[...] no tocante aos bens públicos, o princípio da eficiência se mostra no aspecto prestacional (respeito à finalidade para a qual o bem está consagrado, sem oposição de óbices ociosos a essa utilização por parte do administrado) e no aspecto de gestão (administração do patrimônio público com vistas a maximizar sua utilização, auferir as receitas possíveis e respeitar a economicidade). No primeiro aspecto, temos um incremento ao princípio da finalidade, porquanto o princípio da eficiência nos remete a um dever da Administração de sempre potencializar o emprego do bem na prestação das utilidades coletivas ao qual ele, bem, é serviente. (grifou-se)

Portanto, segundo o aspecto prestacional, há o dever da Administração de sempre buscar a máxima utilidade do bem público nos possíveis usos coletivos para os quais o bem serve. Esse é o primeiro ponto a balizar a utilização das obras literárias e artísticas pertencentes à Administração Pública: potencializar o uso desse tipo de bem se dá justamente pela busca de meios que tornem mais efetivo o acesso desse conteúdo pela sociedade – afinal, a obra literária e artística não é criada para gozo do respectivo autor, mas sim para os interessados na fruição desse bem intelectual, ressaltando-se que, no caso das obras da Administração Pública, a finalidade coletiva é característica precípua do bem.

Do mesmo modo, ao se abordar o princípio da eficiência sob a ótica da gestão, o patrimônio público deve ser administrado com vistas a maximizar sua utilização. Maximizar a utilização de um bem está longe de aguardar que o administrado solicite à Administração uma autorização prévia e expressa a cada vez que queira utilizar uma obra pertencente à Administração, como pede o artigo 29 da LDA, limitação que encontra sentido ao tratar de obras pertencentes à particulares, mas não se coaduna com os objetivos sociais da obra intelectual pertencente à Administração.

Essas solicitações de autorização de uso são custosas à própria Administração, que tem que colocar sua estrutura em funcionamento para analisar o pedido, em um processo burocrático e por vezes lento

para as expectativas do administrado interessado em utilizar a obra. Essa autorização prévia, no caso da Administração, poderia ser a exceção, a ser utilizada somente naqueles casos em que há uma justificativa para manter o bem público literário e artístico em algum tipo mais severo de proteção.

Poder-se-ia justificar que a LDA já concede ao Administrador o poder de decidir acerca da disponibilização do bem para a sociedade. Porém, diante da discricionariedade desse poder, do caráter extremamente protetivo da lei de direitos autorais, e muitas vezes até mesmo do desconhecimento do administrador acerca das formas de permitir a ampliação do acesso e dos usos das obras pela sociedade (por exemplo, por meio de licenças públicas), percebe-se que há bastante espaço para a aplicação do princípio da eficiência na gestão dos bens públicos literários e artísticos.

4.1.3 Princípio da Finalidade

O princípio da finalidade, decorrente do princípio expresso da legalidade, tem duas vertentes, como aponta Heraldo Garcia Vitta (2001, p. 71). A primeira diz respeito à exigência de que o agente público, ao agir, deve ter em mente sempre o interesse público, e não interesses pessoais ou de outrem, devendo observar a finalidade da competência legal a ele atribuída. A segunda vertente diz respeito especificamente ao aspecto teleológico: a lei tem uma finalidade específica, que diz respeito ao interesse público que se pretende alcançar.

Desse modo, quando o artigo 215 da Constituição Federal diz que “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional”, deve-se entender qual o finalidade desse dispositivo, considerando-se o sistema jurídico em sua completude.

A aplicação do princípio da finalidade na gestão dos bens públicos tem duas consequências, de acordo com Marques Neto: a primeira delas está relacionada à própria afetação do bem público, de modo que a sua gestão deve assegurar de modo pleno o uso para o qual o bem foi determinado. A segunda consequência apontada pelo autor é:

[...] que todos os bens públicos devem ser, direta ou indiretamente, servientes ao atingimento de um interesse público, cuidando-se, neste ponto, de uma derivação do próprio princípio da função

social da propriedade. (MARQUES NETO, 2009, p. 276)

Há, portanto, um aspecto do princípio da finalidade que determina que todos os bens públicos sirvam, direta ou indiretamente, para que se atinja um interesse público. Essa consequência é elemento central para se entender o papel das obras literárias e artísticas pertencentes à Administração Pública: elas devem servir para que se alcance um interesse público.

É nesse ponto – a necessidade de estar associada a um interesse público, de atender a um anseio da coletividade – que distingue o bem público literário e artístico de uma obra pertencente a um particular. Esse entendimento ressalta a premência de que os bens públicos literários e artísticos da Administração sejam objeto de um regime jurídico que atenda essa constatação: a das diferentes finalidades entre o bem público e o bem particular.

Na Lei 9610/98, a lei de direitos autorais brasileira, os direitos privados se sobrepõem ao interesse público, tendo por elemento central a garantia da exclusividade ao detentor dos direitos autorais patrimoniais para exploração econômica dos usos da obra. A função da obra literária ou artística pertencente à Administração Pública, como visto, é distinta, e se orienta, conforme apresentado, pelo princípio da finalidade. Para esses bens (públicos), a tutela deve ser guiada pela premissa de garantir que o bem venha a cumprir sua finalidade coletiva.

4.1.4 Princípio da Razoabilidade

O princípio da razoabilidade veda a imposição de restrições superiores ao que seria necessário para se atingir o interesse público, como indica Maria Sylvia Di Pietro (2005, p. 81):

O princípio da razoabilidade, sob a feição da proporcionalidade entre meios e fins, está contido implicitamente no artigo 2º, parágrafo único, da Lei 9.784/99, que impõe à Administração Pública: adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (inciso VI); (grifou-se)

O princípio da razoabilidade estabelece que os agentes públicos adotem meios adequados e proporcionais para o atingimento da finalidade pública. Segundo Dirley da Cunha Júnior (2011, p. 50), o princípio da razoabilidade, que para o autor é também conhecido como princípio da proporcionalidade ampla, aplicado à Administração Pública, impõe:

[...] que as entidades, órgãos e agentes públicos, no desempenho das funções administrativas, adotem meios que, para a realização de seus fins, revelem-se adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se logra promover, com sucesso, o fim desejado; é necessário se, entre os meios igualmente adequados, apresentar-se como o menos restritivo a um direito fundamental; e, finalmente, é proporcional em sentido estrito se as vantagens que propicia superam as desvantagens causadas. (grifou-se)

Trazendo para o escopo dos bens públicos literários e artísticos, há que se pensar, quando a Administração Pública adquire ou produz uma obra, se de fato é necessário deixá-la sob o manto da proteção autoral prevista na Lei 9610/98, com prazo de 70 anos de proteção dos direitos patrimoniais e de necessidade de autorização prévia e expressa para o uso do bem pela sociedade; enfim, deve-se verificar se esse é o mecanismo menos restritivo para tutelar o bem público literário e artístico e garantir o atingimento da finalidade pública desse bem.

Observando a proporcionalidade estrita, também se faz premente verificar se essa proteção autoral da Lei 9610/98 apresenta vantagens ao interesse público que superem as desvantagens causadas pela proteção criada sob a ótica do interesse privado. Não parece ser o caso nem sob o aspecto da necessidade, nem sob o aspecto da proporcionalidade em sentido estrito apontados anteriormente.

Desse modo, se há mecanismos menos gravosos para o tratamento da proteção autoral das obras literárias e artísticas pertencentes à Administração, como licenças públicas, ou mesmo colocar o bem antecipadamente em domínio público, esses mecanismos devem ser buscados pelo Administrador para que se configure a atuação administrativa razoável e proporcional. E nesse aspecto se pode também pensar no aperfeiçoamento da lei de direitos autorais brasileira para que

a essas obras pertencentes à Administração seja concedido um tratamento que tenha por base o interesse público de acesso e utilização dos bens adquiridos ou produzidos pelo Poder Público.

4.1.5 Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade exige da atuação administrativa transparência e visibilidade, de modo que o administrado tenha conhecimento dos “comportamentos administrativos do Estado” (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 43). Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 75) lembra que o inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição Federal “estabelece que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade.” (grifou-se)

Os reflexos do princípio da publicidade no que diz respeito aos bens públicos aparece em duas aplicações específicas, como aponta Floriano Marques Neto (2009, p. 276):

[...] A primeira diz respeito ao dever de transparência no tocante ao conhecimento do rol de bens que constituem o patrimônio público, medida a nosso ver necessária para o controle do uso do patrimônio público e para evitar que o particular de boa-fé se utilize do bem sem saber que o mesmo é submetido a um regime jurídico especial, derogatório do direito privado. A segunda, decorrente da primeira, cuida do tema do registro dos bens públicos imóveis [...] (grifou-se)

O dever de transparência sobre a lista de bens que formam o patrimônio público tem implicação direta na gestão dos bens públicos literários e artísticos. A Administração deve se utilizar de meios para dar condições de a sociedade conhecer quais são as obras que compõem seu acervo, de modo claro e preciso, para que os usos desses bens possam atingir na plenitude a finalidade pública para a qual foram produzidos ou adquiridos.

Desse modo, acerca da aplicação do princípio da publicidade na gestão dos bens públicos, pode-se falar na importância de manter – e tornar de acesso geral – não apenas lista dos bens literários e artísticos

pertencentes à Administração, mas também oferecer informações claras sobre esses bens, como a indicação do autor (para efetivação dos direitos morais), data de publicação (para, por exemplo, definição do início do domínio público nos casos em que essa data seja o marco inicial da contagem do prazo de proteção dos direitos patrimoniais), e dos usos permitidos e limitações a serem eventualmente observadas pelos interessados na utilização do bem.

Esse rol dos bens públicos literários e artísticos, de acesso geral, permitiria, além de dar conhecimento das obras existentes no acervo da Administração, dar ciência aos administrados das condições para utilizá-las de modo adequado, respeitando direitos vigentes sobre esse acervo (por exemplo, se há alguma licença aplicável à obra literária ou artística que limite determinados tipos de uso).

A publicidade também se relaciona diretamente à gestão eficaz das obras em domínio público - não adianta uma obra passar a compor este acervo se, na prática, não há como acessá-la; não apenas no que se refere à localização da obra, mas também sobre como proceder, por exemplo, para reproduzi-la⁷⁶.

Uma lista com as obras licenciadas pela Administração, com informações claras sobre os usos permitidos e limitações, associadas à lista de obras em domínio público (além de referências ao acesso a esses bens) representaria um importante avanço para o acervo cultural brasileiro, bem como um benefício coletivo diretamente associado ao princípio da publicidade administrativa.

4.2 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E BENS PÚBLICOS LITERÁRIOS E ARTÍSTICOS

Uma definição analítica para propriedade, com base artigo 1.228 do Código Civil de 2002, diz respeito ao direito constituído das faculdades de usar a coisa (*ius utendi*, servir-se dela da maneira como entender mais conveniente), de tirar dela seus frutos (*ius fruendi*, aproveitar economicamente os seus produtos), de dispor dela (*ius abutendi*, transferir ou aliená-la a outrem a qualquer título), e de reavê-la (*rei vindicatio*, reivindicá-la das mãos de quem injustamente a possui ou detenha). Para Dênis Barbosa (2003, p.26), “os direitos reais diferentes da propriedade seriam exercícios autônomos das faculdades integrantes

⁷⁶ A questão das obras em domínio público é abordada com mais detalhes nos itens 3.7 (Domínio Público) e 5.3 (Domínio Público: Eficácia na Gestão e na Utilização) deste trabalho.

do domínio, de parte deles, ou limitações e modificações.” Dênis Barbosa (2003, p. 26) ainda ressalta que:

As características econômicas da propriedade serão, assim, o controle sobre o bem (inclusive o bem-serviço ou o bem-oportunidade), e a possibilidade de excluir a utilização por outrem. Mas a tradição tem reservado a palavra “propriedade” ao controle sobre coisas, ou bens tangíveis; por uma extensão relativamente moderna, admite-se falar de propriedade intelectual, propriedade industrial, propriedade comercial, etc., para descrever direitos exercidos com relação a certos bens intangíveis⁷⁷.

Ao analisar o conceito de propriedade sob a ótica constitucional, Celso Bastos e Ives Gandra Martins (2004, p. 128) apontam que esse é mais amplo do que o significado tradicionalmente utilizado no direito privado:

O conceito constitucional de propriedade é mais lato do que aquele de que se serve o direito privado. É que do ponto de vista da Lei Maior tornou-se necessário estender a mesma proteção, que, no início, só se conferia à relação do homem com as coisas, à titularidade da exploração de inventos e criações artísticas de obras literárias e até mesmo a direitos em geral que hoje não o são na medida em que haja uma devida indenização da sua expressão econômica.

A Constituição Federal estabelece, no caput do artigo 5º, a propriedade – dentre outros direitos – como um direito fundamental do indivíduo:

⁷⁷ Dênis Barbosa (2003, p. 72) destaca, em outra passagem da obra, que “a criação imaterial não tem, intrinsecamente, a escassez necessária para transformar um bem em bem econômico. Para que se mantenha a produção intelectual como atividade racional de produção econômica, é preciso dotá-la de economicidade, através de uma escassez artificial. A transformação desta regra de aplicação ilimitada, num bem econômico, se dá pela atribuição de uma exclusividade de Direito.”

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: (grifou-se)

Porém, essa posição de direito fundamental não a torna, de modo algum, absoluta, nem tampouco restrita à esfera privada. O próprio artigo 5º apresenta, logo após a garantia do direito de propriedade (inciso XXII), a função social a qual ela deve estar submetida: XXIII – “a propriedade atenderá a sua função social”.

Em atendimento a essa função social, a propriedade deve contribuir para a melhoria das condições não só de seu titular, mas da sociedade, em respeito ao objetivo fundamental prevista na Constituição Federal de construção de uma sociedade justa e solidária (CF, art. 3º, I). Neste sentido, a função social passa a ser elemento inerente ao conceito de propriedade. Como aponta José Carlos Costa Netto (2008, p. 19):

Atualmente, o direito de propriedade evolui a medida que possa ser exercido não somente para conceder segurança e conforto ao seu titular e ao fechado círculo de seus parentes, amigos e protegidos, mas, sim, que seja exercido em condições tais que, além de possibilitar a justa recompensa individual, exerça uma função construtiva na melhoria das condições de vida do conjunto social.

Estabelecer que a propriedade deva atender a uma função social não significa entender que o aspecto privado do instituto foi sobreposto pelo público, mas sim que a propriedade, como todo conceito jurídico, foi modificada segundo reflexos das mudanças ocorridas na própria sociedade, como dispõe Allan Rocha (2006, p. 218):

[...] podendo-se afirmar inclusive que o direito privado não perdeu espaço para o direito público, mas, ao contrário, ‘adquiriu novos, impondo o uso de seus instrumentos à atividade econômica do Estado e dos entes públicos.’ [citando Michelle Giorgianni]. Não há, portanto de se falar em crise ou declínio das estruturas do direito privado, mas

sim de modificação de sua estrutura, que correspondem às mudanças ocorridas na vida social [...]

A função social da propriedade também aparece como um dos princípios conformadores da ordem econômica, como se depreende da leitura do inciso III do artigo 170 da CF:

*Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
(...) III - função social da propriedade;*

O princípio da função social da propriedade tem aparecido em parcela da doutrina como norma constitucional programática; porém, como lembra Vladimir da Rocha França, o enunciado do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal⁷⁸ indica inequivocamente que as normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Esse dispositivo, segundo França, não deve ficar adstrito ao artigo 5º, mas sim ser interpretado como vinculante para os demais direitos e garantias expostos no Título II do texto constitucional, sob o enunciado de "Dos Direitos e Garantias Fundamentais". Prossegue o autor:

Os princípios constitucionais e as chamadas "normas constitucionais programáticas" não podem ser colocados indiscriminadamente na mesma categoria. As diretrizes constitucionais propostas no texto constitucional podem vir ligadas tanto a princípios como a regras constitucionais. Mas nunca um princípio pode estar restrito a indicar singelamente uma diretriz. (FRANÇA, 1999, p. 1, grifou-se)

O tema das normas constitucionais programáticas será retomado no item 4.2.1 (Função Social da Propriedade e Direitos Autorais), para

⁷⁸ CF, "Artigo 5º § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata."

análise dos efeitos dessas normas, especialmente no que se refere às questões de acesso ao conhecimento e à cultura.

A Constituição Brasileira prevê para o país uma ordem econômica sócio-liberal, o que leva à interpretação conjunta e proporcional dos preceitos liberais (ou individualistas) e os sociais (ou coletivistas). Nesse sentido é que se segue, no inciso XXIII do citado artigo 5º da Constituição Federal, logo após a proteção da propriedade privada, prevista no inciso XXII daquele artigo, a determinação de que a propriedade deverá atender sua função social (SOUZA, 2006, p. 138).

Neste trabalho se abordará o impacto da função social da propriedade sobre duas óticas, ambas incidentes sobre os bens públicos literários e artísticos: primeiro, sob o aspecto da implicação da função social da propriedade sobre os direitos autorais, uma vez que esses pressupõem a propriedade – imaterial – da obra, quer pelo autor, quer por quem dele adquirir tal direito; em segundo lugar, sob o aspecto da função social da propriedade aplicada aos bens públicos, uma vez que estes pertencem à Administração Pública. Nas duas análises se destacará a situação particular dos bens públicos literários e artísticos.

4.2.1 Função Social da Propriedade e Direitos Autorais

O conceito de propriedade, quando aplicado aos direitos autorais, se relaciona aos direitos patrimoniais, que garantem ao seu detentor a exclusividade para a exploração comercial dos usos da obra. É sobre essa propriedade que recairão as premissas de cumprimento da denominada função social no caso dos direitos autorais, como ressalta Allan Rocha (2006, p. 283):

O alcance desta função social é sobre todos os direitos patrimoniais que assemelhem-se às características proprietárias, incluindo aí os direitos autorais em sua vertente econômica. Esta é uma demanda constitucional e, portanto, obrigatória. [...] Os interesses essenciais da coletividade, constitucionalmente previstos, sobre a utilização das obras autorais são principalmente expressos através de três princípios fundamentais para o desenvolvimento social do país e a vida contemporânea: informação, cultura e educação.

A função social da propriedade está prevista constitucionalmente, como visto, nos artigos 5º, inciso XXIII, e também no artigo 170, encontrado logo no início do Título VII - Da Ordem Econômica e Financeira, CAPÍTULO I - Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica. Este último dispositivo prevê outros princípios aplicáveis à ordem econômica:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

Esse artigo, além de reafirmar os princípios associados à regulamentação das relações de propriedade, inclui o preceito da livre concorrência, de contornos anti-monopolistas, de acordo com Denis Barbosa. Sendo o dispositivo constitucional de aplicação impositiva, que deve ser efetivamente aplicado, afeta diretamente as extensões dos direitos exclusivos do autor, em razão do ônus social associado a um monopólio, onde há um detentor de poder de influenciar de modo decisivo o estabelecimento dos preços e serviços por ele controlados. Prossegue Denis Barbosa (2003, p. 116) indicando que monopólios devem ser restritos e justificados, pois o sistema constitucional vigente realça a liberdade de concorrência; somente para defender essa concorrência, ou o interesse público, podem ser criadas barreiras a livre iniciativa alheia.

Diante da previsão da função social da propriedade nos preceitos constitucionais apontados, faz-se importante analisar questões relacionadas a hermenêutica e aplicação das normas constitucionais. Essa interpretação não pode ser meramente literal lógica; ela deve ser sistêmica e axiológica. Como aponta Allan Rocha (2006, p. 225), a interpretação sistêmica busca o conteúdo valorativo do sistema em que a norma está inserida, e esses valores podem se modificar no tempo em função da dinâmica social, enquanto na interpretação axiológica se procura o significado da norma observando-se os princípios que fundamentam o sistema na qual ela se insere.

O direito de autor tem por função social promover o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico, em contrapartida à exclusividade concedida ao detentor dos direitos patrimoniais sobre a obra, como aponta Guilherme Carboni (2011, p. 05). Essa função social não se exaure com as limitações previstas na LDA, razão pela qual deveria existir uma regulamentação mais abrangente da função social dos direitos autorais, abarcando limitações relativas à estrutura e ao exercício desses direitos. Continua aquele autor:

Portanto, a regulamentação da função social do direito de autor tem como base uma forma de interpretação, que permite aplicar a ele restrições relativas à extensão da proteção autoral (“restrições intrínsecas”) – notadamente no que diz respeito ao objeto e à duração da proteção autoral, bem como às limitações estabelecidas em lei –, além de restrições quanto ao seu exercício (“restrições extrínsecas”) – como a função social da propriedade e dos contratos, a teoria do abuso de direito e as regras sobre desapropriação para divulgação ou reedição de obras intelectuais protegidas –, visando a correção de distorções, excessos e abusos praticados por particulares no gozo desse direito, para que o mesmo possa cumprir a sua função de promover o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico.

A aplicação da função social da propriedade aos direitos autorais não deve ser entendida como algo danoso à propriedade intelectual, prossegue Carboni, mas sim como um aprimoramento desse direito, associado à coibição de usos abusivos. A função social da propriedade tem o papel de ajustar o direito autoral para que este de fato sirva como um instrumento para o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico, e não como um fim em si próprio.

O emprego efetivo da função social da propriedade nos direitos autorais passa, portanto, pela análise equilibrada dos distintos interesses sobre esses direitos. A LDA traz proteção por vezes excessiva ao detentor dos direitos autorais patrimoniais, prevendo, por exemplo, a interpretação restritiva dos negócios de jurídicos sobre direitos autorais. Essa proteção, que muitas vezes não beneficia o autor, mas sim um

terceiro detentor dos direitos autorais patrimoniais, também pode ser uma barreira para a aplicação concreta da função social aplicada na propriedade intelectual. Allan Rocha aponta, entre os elementos obrigatórios ao sistema autoral brasileiro, alguns pontos importantes para o atendimento da função social no que se refere aos direitos autorais, dos quais se destacam:

(j) a aplicação da interpretação restritiva em favor do autor apenas nas relações derivadas de negócios jurídicos, excluindo esta premissa das relações entre direitos de ordens diversas, como ocorre entre os direitos privados e coletivos; (k) aplicação da interpretação extensiva quanto às limitações legalmente estipuladas, de forma a incluir todas as situações não expressas onde o balanceamento entre os diversos interesses resulte na supremacia do interesse público da sociedade sobre os particulares dos titulares originais – autores – ou derivados – empresas. (ROCHA, 2006, p. 293)

Portanto, afirmar que a propriedade intelectual – e, conseqüentemente, os direitos autorais – deve atender a sua função social, significa entender que sobre ela recaem limitações oriundas dos interesses públicos. Segundo Vladimir da Rocha França, o primado da função social dá legitimidade ao Estado para intervir na propriedade em todos os graus, desde a limitação do exercício do direito de propriedade, indo até mesmo à expropriação do bem. E conclui o autor:

[...] faz-se indispensável à sociedade brasileira reconhecer a função social da propriedade como um princípio essencial à própria existência da propriedade, bem como da Ordem Econômica, em outras palavras, concretizar o bem-estar social exigido pela Constituição Federal para preservar sua própria estabilidade. A função social da propriedade não constitui sacrifício à propriedade privada, mas sim a garantia mais sólida de sua manutenção pacífica. (FRANÇA, 1999, p. 01, grifou-se)

Do mesmo modo se pode pensar para os direitos autorais: reconhecer as funções sociais dos direitos autorais deve ser entendido não como um sacrifício, mas como a garantia de existência pacífica desses direitos, elevando-os a elemento concreto para o bem estar social exigido constitucionalmente.

4.2.2 Função Social da Propriedade e Bens Públicos

Se a função social é elemento ao mesmo tempo estruturante e balizador da propriedade privada, o que dizer da propriedade pública, dos bens públicos? Como visto, a propriedade estatal é por si só condicionada a finalidades públicas, objetivos sociais que justificam o pertencimento do bem ao Estado. E, ainda que não se confunda a função pública do bem com o primado da função social da propriedade, certo é que a propriedade estatal só encontra legitimidade quando atinge uma função social, como reforça Marques Neto (2009, p. 95-99):

Existe relação de propriedade entre o Estado e o bem sobre todos os bens que integram o 'patrimônio público' (seja pela lei civil ou pela necessidade de o Estado exercer direitos típicos de propriedade), e esta relação de propriedade é sempre condicionada às finalidades públicas que justificam ou obrigam a existência do domínio estatal, que se sustenta no atingimento de uma função social. (grifou-se)

Os bens públicos são objetos de propriedade, cuja titularidade é exercida por uma pessoa jurídica de direito público⁷⁹. Entre as diferenças que se pode elencar com a relação de propriedade privada, a se destacar que o titular do bem na relação da propriedade pública não pode agir de modo livre como é permitido ao particular. O ente público titular de um bem só exerce a propriedade sobre este, como visto, no exercício de uma função social.

Daí a necessidade de que se redefinam os limites clássicos dos bens públicos (inalienabilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade e não oneração), de modo que o regime jurídico aplicado a esses bens deixe de se voltar para o foco no controle do bem e passe a ser centrado

⁷⁹ Ver item 2.1 deste trabalho (Definição de Bem Público).

em sua funcionalidade, voltando-se para o atingimento da função inerente ao bem público.

No que se refere à função social dos bens públicos literários e artísticos, há a mesma indicação: é necessário um novo e específico regime jurídico aplicável às obras literárias e artísticas pertencentes à Administração Pública, que entenda as características peculiares desses bens, e que cumpra com as necessidades de ampliação do uso e acesso dessas obras pela sociedade.

Nesse sentido, é fundamental que para a construção desse regime particularizado se leve em conta a premissa de que para o cumprimento pleno da função social do bem público há que se examinar se o emprego específico a ele dado corresponde de fato à melhor utilidade que se pode alcançar dele. No caso das obras literárias e artísticas pertencentes à Administração Pública, essa questão é fundamental: é preciso sempre verificar se o uso – e principalmente as limitações impostas pela lei – dado a obra criada ou adquirida pela Administração corresponde ao melhor benefício – coletivo, social – que se pode obter do bem.

4.3 DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À CULTURA E AO CONHECIMENTO E BENS PÚBLICOS LITERÁRIOS E ARTÍSTICOS

A Constituição Federal de 1988 prevê expressamente o dever de o Estado prover a todos não apenas o exercício dos direitos culturais como também o acesso às fontes de cultura nacional, conforme previsto no artigo 215:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. (grifou-se)

Significa dizer que o Estado, no que se refere à cultura, deve estar comprometido com a busca dos meios necessários para permitir que o cidadão participe da vida cultural, e possa fazer uso das criações que compõem o acervo cultural brasileiro. O dispositivo vai além, compelindo o Estado a incentivar e valorizar a divulgação da cultura.

Por sua vez, o artigo 216 da Constituição Federal apresenta a composição do patrimônio cultural nacional, indicando que dele fazem

parte os bens de natureza imaterial, especificando no inciso III as criações artísticas, juntamente com as científicas e tecnológicas:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: (...)

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; (grifou-se)

A previsão expressa das criações artísticas deixa clara a decisão do legislador constitucional de atribuir a esses bens um caráter especial dentro da sociedade, a ponto de também anunciar a necessidade de que o Estado garanta amplo acesso à esses bens, como forma de garantir a participação de todos na vida cultural.

Por meio destes dispositivos, a própria Constituição exige, para o cumprimento da proteção do direito de acesso previsto na norma, que haja a ponderação entre os interesses individuais patrimoniais e as demandas de obtenção dos direitos sociais, cabendo à lei ordinária, bem como aos seus intérpretes e aplicadores, a construção de uma hermenêutica que atenda a necessidade de equilíbrio entre proteção e acesso.

Importante ainda mencionar o disposto no parágrafo 1º do artigo 216, que trata de meios pelos quais o Estado pode promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro:

Art. 216 [...] § 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acatamento e preservação.

O destaque a esse dispositivo se justifica pela análise posterior que se fará da utilização de sistemas de registros para ampliar a efetivação no acesso aos bens públicos literários e artísticos.

Questão que deve ser levantada diz respeito à inclusão do acesso a cultura como um direito fundamental, apesar de não aparecer de modo

explícito no artigo 5º da Constituição, dispositivo único do “Capítulo I - DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS”. A interpretação jurídica deve ser sistêmica e axiológica, ou seja, buscar o conteúdo valorativo do sistema em que a norma está inserida, e procurar o significado do texto normativo observando-se os princípios que fundamentam o sistema na qual esse se insere. Sob esse aspecto, cabe a leitura do inciso III do artigo 1º da Constituição:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; (grifou-se)

O indivíduo só exercerá na sua plenitude o seu papel na sociedade se a ele for dado todos os elementos necessários para que tenha condições dignas de existência, e aí se encontram não apenas os direitos civis e políticos, mas também os direitos econômicos, culturais e sociais. Ademais, políticas públicas que tenham a finalidade de promover a cultura trabalham no sentido de reduzir a exclusão social dos indivíduos, pois contribuem para o aprimoramento da condição de cidadão, entendido como um elemento de participação efetiva na sociedade.

A Constituição brasileira – e daí retorna-se à proposta de interpretação sistêmica da norma constitucional – exigiu do Estado, como visto no citado artigo 215, que este garantisse a todos o pleno exercício dos direitos culturais.

Acerca dos direitos fundamentais, Carl Schmitt estabeleceu dois critérios formais de caracterização desses direitos:

'Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança.' (SCHMITT apud BENEVIDES, 1999, p. 515, grifou-se)

A inclusão dos direitos culturais entre os direitos fundamentais aparece nos estudos que tratam das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. Segundo Paulo Bonavides, os direitos fundamentais da segunda geração são os “direitos sociais, culturais, e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades”, que passaram a conteúdo constitucional em diferentes formas de Estado social. Acrescenta o autor, acerca da execução dos preceitos fundamentais, especialmente os de 2ª geração, que passaram por uma crise quanto à observância e execução, que esse problema tende a ser superado a partir do momento em que as constituições mais recentes, inclusive a brasileira, formularam:

[...] o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. De tal sorte, os direitos da segunda geração tendem a tornar-se tão justificáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma. (BONAVIDES, 1999, p. 518, grifou-se)

Para que se possa avançar no entendimento acerca dos limites e extensões dos direitos autorais no Brasil, é preciso compreender a efetividade das normas programáticas da Constituição brasileira, haja vista, como lembrou Paulo Bonavides na citação anterior, que a qualidade de norma programática estaria sendo utilizada para se elidir a eficácia destes dispositivos. As normas programáticas determinam os princípios que servirão de baliza para a atuação legislativa futura, e também constituem princípios informadores de toda a ordem jurídica, consolidando o compromisso inclusive com as forças políticas contrárias, haja vista serem partes do mesmo regime político. Segundo José Gomes Canotilho (1994, p. 315):

Estas normas [programáticas] são todas diretivas materiais constitucionais e assumem relevo de uma tripla forma: (1) como imposições, vinculando o legislador, de forma permanente, à sua realização; (2) como directivas materiais, vinculando positivamente os órgãos concretizadores; (3) como limites negativos,

justificando a possibilidade de censura em relação aos actos que a contrariam. (grifou-se)

As normas constitucionais programáticas criam um direito subjetivo negativo de demandar do Poder Público de abster-se de atuar de modo a contrapor seus preceitos, aponta Luis Roberto Barroso. Como as normas programáticas não descrevem de modo específico uma conduta exigível, não existe um dever jurídico correspondente a um direito subjetivo, porém, em uma espécie de efeito atípico, essas normas podem invalidar determinados comportamentos que sejam antagônicos às suas prescrições. Por esta razão Barroso (2003, p. 121) ainda dispõe que, neste sentido, “é possível dizer-se que existe um dever de abstenção, ao qual corresponde um direito subjetivo de exigí-la.”

Portanto, normas programáticas, como os preceitos relacionados à função social da propriedade apresentados, tem efeitos práticos sólidos no que se refere aos respectivos conteúdos. Allan Rocha (2006, p. 264) resume assim os efeitos das normas constitucionais programáticas:

- (a) revogam a legislação e atos anteriores contrários ou impeditivos a consubstanciação de seus efeitos;*
- (b) determinam a conformação da legislação futura, evitando de inconstitucionalidade normas editadas em contradição com os seus mandamentos ou as normas e atos editados cujo conteúdo restrinja-lhes ou impeça a sua eficácia;*
- (c) estabelecem um dever político para o legislador cumprir inelutavelmente;*
- (d) condicionam o poder discricionário tanto da Administração quanto do judiciário;*
- (e) informam os Poderes estatais e não estatais da concepção social sobre os valores de justiça e ética a serem seguidos, também revelando os componentes do bem comum a todos os membros de tal comunidade;*
- (f) atribuem sentido teleológico à interpretação, integração e aplicação jurídica;*
- (g) estabelecem direitos subjetivos aos administrados de oposição ao cumprimento de regras de substância contrária aos preceitos destas normas constitucionais, e ao mesmo tempo*

de obter decisões no sentido indicado pelas normas.

Diante da força dos efeitos das normas programáticas, pode-se partir para o exame do alcance das normas constitucionais que tratam dos direitos de acesso ao pleno exercício da vida cultural pelo cidadão, bem como da obrigação do Estado em se estruturar para ter os meios necessários à adequada preservação do patrimônio cultural brasileiro. Esses mesmos efeitos recaem, de modo mais incisivo, sobre as obras literárias e artísticas pertencentes ao Estado, neste trabalho tratadas como bens públicos literários e artísticos.

Para entender por que uma obra autoral, após ser tornada pública, “tem uma vida social que ultrapassa os limites de interesses particulares de seus titulares”, é preciso compreender que quando a obra é disponibilizada para a sociedade:

[...] passa a refletir e mediar significações culturais do grupo social onde se insere, propiciando formas diversificadas de entendimento e construções comunicativas, podendo tornar-se veículo simbólico de expressão coletiva, incorporando-se ao conjunto de signos que une e sedimenta qualquer sociedade. A obra publicada, enfim, torna-se parte do acervo cultural daquela sociedade, inspirando inclusive outras criações. (SOUZA, 2006, p. 143, grifou-se)

Alguns contextos são ainda mais relevantes para que se faça prevalecer o direito de acesso à cultura. Dentre eles, o educacional se destaca, pois ao se permitir o acesso aos conteúdos culturais nas escolas se trabalha para a própria difusão do conhecimento, criando um círculo virtuoso de acesso, uso, difusão e criação.

O ambiente educacional deve fornecer as mais amplas condições para o desenvolvimento intelectual, cultural e social, contribuindo efetivamente para a formação de cidadãos. A responsabilidade de educar é de todos – Estado, família e sociedade – pois os benefícios advindos da educação são compartilhados por todos (SOUZA, 2006, p. 145). Sob este aspecto, as obras autorais são instrumentos de informação e cultura, ferramentas fundamentais no processo de aprendizado e formação do indivíduo, razão pela qual há que se ter cautela na delimitação das

permissões e condições de utilização dessas obras no contexto educacional.

Papel fundamental tem também o Poder Judiciário no que se refere à aplicação dos preceitos constitucionais de acesso à cultura, pois atua no sentido de interpretar o ordenamento jurídico em face dos conflitos trazidos para serem solucionados. Na busca da solução dessas controvérsias, o Poder Judiciário deve integrar as diversas normas, observando o normativo legal de forma sistêmica e partindo dos princípios que compõem o ordenamento jurídico. Da mesma forma deve ocorrer com as normas de direitos autorais:

[...] que devem receber uma interpretação de acordo com os princípios constitucionais, não lhes sendo permitido afastarem-se destes mandamentos para não eivar a interpretação de inconstitucionalidade, podendo ainda o cidadão recusar cumprimento aos atos que forem antagônicos a estes fundamentos. [...] Por fim, cabe ao Judiciário a aplicação de derrogações a toda e qualquer situação que apresente-se e onde verifica-se a supremacia do interesse público, como nas situações de aplicação da função social apresentadas anteriormente. (SOUZA, 2006, p. 308)

Partindo-se do previsto no artigo 215⁸⁰ da Constituição Federal – que, como visto, estabelece ao Estado a responsabilidade de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional –, e levando-se em consideração o que foi apresentado acerca das normas programáticas (especialmente o fato de condicionarem o poder discricionário tanto da Administração quanto do Poder Judiciário e por atribuírem sentido teleológico à interpretação, integração e aplicação jurídica), chega-se a percepção de que não se pode restringir, do modo não justificado, o acesso às obras pertencentes ao patrimônio cultural brasileiro.

Esse entendimento tem reflexo direto nos acervos de obras literárias e artísticas pertencentes à Administração: havendo interesse do administrado em utilizar um bem público literário ou artístico, a regra

⁸⁰ Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

deve ser que o acesso e o uso do bem seja permitido e, em caso de negativa desse acesso, deve existir uma justificativa para o impedimento de o administrado fazer uso do disposto no citado artigo 215 da Constituição Federal.

Por outro lado, a Administração Pública tem também um papel direto na ampliação do acervo cultural nacional, ao criar ou adquirir obras intelectuais que passam a compor o conjunto de bens que formam esse patrimônio. Essas obras, como visto neste trabalho, só devem ser incluídas no acervo da Administração quando voltadas para uma finalidade pública. Essa vocação dos bens públicos literários e artísticos os torna peças essenciais para que o Estado cumpra suas prerrogativas de promover o patrimônio cultural brasileiro, previstas no parágrafo 1º do artigo 216⁸¹ da Constituição Federal, bem como o dever garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais, conforme disposto no citado artigo 215 da Constituição Federal.

Garantir o direito fundamental de acesso ao conhecimento e à cultura, assegurando os exercícios de direitos culturais e promovendo o patrimônio cultural brasileiro: esse papel do Estado deve certamente levar em consideração três pontos: que os bens públicos literários e artísticos representam parte importante desse patrimônio cultural; que essa propriedade deve ser exercida visando uma finalidade pública⁸²; e que na gestão desses bens o administrador público deve buscar a máxima eficiência possível⁸³, eficiência que está diretamente ligada ao amplo acesso e utilização do bem cultural.

4.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO

Nesta parte do trabalho tratou-se dos elementos que sustentam a necessidade de um regime jurídico específico para os bens públicos literários e artísticos: a aplicação dos princípios administrativos na gestão desses bens; a função social da propriedade no contexto do bem público literário e artístico; e o direito fundamental de acesso ao conhecimento e à cultura, observadas a responsabilidade do Estado e a

⁸¹ Art. 216 [...] § 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

⁸² Conforme abordado no item 4.1.3 deste trabalho, que tratou do Princípio da Finalidade aplicado bem público.

⁸³ Conforme abordado no item 4.1.2 deste trabalho, onde se analisou a Princípio da Eficiência na gestão e utilização dos bens públicos.

finalidade pública da obra intelectual autoral pertencente à Administração.

Pelo princípio da supremacia do interesse público a Administração deve visar de modo finalístico o benefício coletivo, colocado à frente dos interesses particulares, mesmo os da própria Administração. Por essa razão, a proteção ampla dos direitos patrimoniais, com foco na exploração econômica da obra, deve dar lugar ao amplo acesso ao bem. Pelo princípio da eficiência, deve-se buscar a plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, evitando-se o desperdício de recursos públicos – deve-se, portanto, potencializar o uso do bem público literário e artístico, tornando o mais efetivo possível o acesso a esse acervo pela sociedade. Pelo princípio da finalidade, os bens públicos devem ser, direta ou indiretamente, aplicados para o atingimento de uma finalidade pública, razão pela qual os bens públicos literários e artísticos devem se submeter a um regime jurídico que garanta o cumprimento desse objetivo coletivo. O princípio da razoabilidade veda a imposição de restrições superiores ao que seria necessário para se atingir o interesse público, razão pela qual não se pode impedir o acesso ao bem público literário e artístico sem que haja motivo de interesse público a assim justificar. Pelo princípio da publicidade, a Administração Pública tem o dever de transparência no que se refere ao acervo de bens que constituem o patrimônio público, o que justifica dar condições para que a sociedade tenha acesso às informações necessárias para utilizar adequadamente os bens públicos literários e artísticos.

A função social da propriedade aplicada aos bens públicos literários e artísticos se reflete na utilização desses bens como elementos que atuam na promoção do desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico, objetivos sociais que devem se sobrepor aos interesses individuais de restrição à utilização e ao acesso às obras intelectuais pertencentes à Administração – cabe ressaltar que a relação de propriedade pública é sempre condicionada à finalidade coletiva que justificou a inclusão do bem no domínio estatal, sustentado no atingimento de uma função social.

Os bens públicos literários e artísticos têm também papel de destaque na função do Estado de “garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional” (artigo 215, CF). Ante essa responsabilidade estatal, a regra deve ser o acesso às obras autorais da Administração, devendo qualquer restrição ser justificada. A ressaltar ainda o papel da Administração na ampliação do

acervo cultural brasileiro, ao criar ou adquirir obras intelectuais que passam a compor o patrimônio público.

Após a análise dos fundamentos que apontam para o tratamento específico para os bens públicos literários e artísticos, com base na aplicação dos princípios administrativos, na observância da função social da propriedade e no papel do Estado de promotor do direito fundamental de acesso à cultura e ao conhecimento, serão apresentadas algumas propostas para a gestão dessas obras, relacionadas não apenas a mudanças legislativas, como também a outras ferramentas que permitam ao administrador público buscar maior eficiência na gestão dessas obras, especialmente por não poder contar ainda com normas jurídicas que tratem da tutela específica dos bens públicos literários e artísticos.

5 TUTELA E DISPONIBILIDADE DOS BENS PÚBLICOS LITERÁRIOS E ARTÍSTICOS

Apresentados os elementos a justificar um regime específico de proteção autoral aos bens públicos literários e artísticos, bem como os benefícios que podem decorrer desse regime, ao vincular essas obras a finalidades sociais, passa-se a análise de propostas para a tutela desses bens. Para que se possa beneficiar de modo amplo das características de imaterialidade e não rivalidade dos bens literários e artísticos, bem como das inovações trazidas pela tecnologia, é necessário que se pense em uma solução sistêmica, que compreenda e trate o problema de modo integral e com todas as suas complexidades.

A proposta para o tratamento que tenha por base a finalidade coletiva dos bens públicos literários e artísticos está na elaboração de normas que tratem de modo efetivo da questão, mas a resposta não está apenas nessa construção legislativa. Passa também pela utilização de mecanismos que ampliem o acesso às obras intelectuais da Administração, como licenciamentos gerais públicos e gestão efetiva do domínio público.

Desse modo, optou-se por incluir neste capítulo, além de propostas para normas que criem um regime jurídico específico para bens públicos literários e artísticos, também a análise relacionada a ferramentas e práticas que possam atenuar a falta de regime autoral particular para os bens públicos literários e artísticos. Essas ferramentas e práticas podem ser adotadas independentemente da inovação legislativa, ou enquanto esta não acontece. Mais especificamente, se apresentará propostas de soluções relacionadas à utilização de licenças gerais públicas e à adoção efetiva do domínio público pelo Estado.

Desse modo, na primeira parte deste capítulo serão apresentadas sugestões para a criação de um regime jurídico específico para os bens públicos literários e artísticos, com a apresentação de propostas de textos e temas que possam dar origem a dispositivos de normas legais que tratarão da gestão e utilização dos bens públicos literários e artísticos.

A seguir, serão analisadas as licenças gerais públicas, com a apresentação de um breve histórico do surgimento desse modelo, passando pelo exame do caso de licenciamento público de maior reconhecimento internacional, as licenças *Creative Commons*, e, por fim a análise da utilização de licenças gerais públicas pela Administração,

como forma de oferecer amplo acesso aos bens públicos literários e artísticos para a sociedade.

Por fim, serão apresentadas questões relacionadas ao domínio público, acervo cuja gestão e utilização adequada pode contribuir para que a Administração reforce sensivelmente a atuação no seu papel de prover acesso à cultura e ao conhecimento para a sociedade.

5.1 ALTERAÇÕES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITOS AUTORAIS

Neste trabalho já foram apresentadas as razões a justificar a criação de um regime jurídico específico para o tratamento dos bens públicos literários e artísticos. Nesta parte, serão elencadas propostas para a elaboração legislativa referente a esse regime, não em formato de minuta de projeto de lei, e sim recomendações na forma de tópicos cujos textos possam servir de fonte para a elaboração de um projeto normativo.

Optou-se pela divisão desta parte do trabalho em dois tópicos: o primeiro (5.1.1 Regime Jurídico Específico para Bens Públicos Literários e Artísticos) tem a finalidade de examinar, de modo geral, a criação do regime jurídico específicos para os bens públicos literários e artísticos; no segundo (5.1.2 Propostas e Justificativas para Dispositivos Legais) são apresentadas os textos das propostas para a elaboração dos textos normativos, seguidos de comentários referentes ao tema abordado.

5.1.1 Regime Jurídico Específico para Bens Públicos Literários e Artísticos

A elaboração de um regime jurídico, ou seja, um conjunto de normas que regem as questões relacionadas a determinado tema⁸⁴, específico para bens públicos literários e artísticos, não significa dizer que há a necessidade de criação de uma lei particular para tratar especificamente desses bens. Esse conjunto de preceitos pode ser incluído em norma existente, que trate de questão mais geral, e que passaria a contar com as regras aplicáveis ao objeto específico, no caso, os bens públicos literários e artísticos.

⁸⁴ Ver no glossário deste trabalho uma definição mais detalhada para a expressão regime jurídico, na acepção utilizada neste estudo.

Portanto, além da criação de lei específica, pode-se apontar para a inclusão dessas regras em norma que trate da tutela dos bens públicos em geral, ou ainda inseri-las na LDA. Esta última opção apresenta a vantagem de, por ser a LDA a norma especial a tratar da questão da proteção autoral no país, estar diretamente associada ao tema da defesa de direitos sobre obras literárias e artísticas, ainda que, neste caso, pertencentes à Administração Pública. A própria LDA já aborda questões relacionadas ao Estado, como no artigos 6^o⁸⁵ e no parágrafo 2^o do artigo 24⁸⁶. A inclusão das normas referentes à tutela dos bens públicos literários e artísticos na LDA torna mais intuitivo ao cidadão encontrar esses dispositivos, o que contribui para a efetividade da norma.

Para a elaboração de um regime aplicável aos bens públicos literários e artísticos é necessário que se definam as bases a guiar a elaboração dos textos normativos. Essa delimitação passa pela incorporação, nas normas a serem criadas, dos três elementos analisados no capítulo 4 deste trabalho (Elementos para a Tutela Autoral Diferenciada dos Bens Públicos Literários e Artísticos): absorção dos princípios administrativos aplicáveis à gestão das obras pertencentes à Administração⁸⁷; efetivação da função social do bem literário e artístico pertencente à Administração Pública⁸⁸; e estabelecimento de diretivas para que esses bens sejam utilizados pelo Estado como um dos meios para garantir acesso à cultura e ao conhecimento à sociedade⁸⁹.

Não basta, portanto, estabelecer que todos os bens públicos literários e artísticos pertençam ao domínio público; há que se verificar quais as formas de tratamento desses bens que vão de fato implementar, do modo mais completo possível, os elementos listados no parágrafo anterior, e analisados no capítulo 4 deste trabalho. Pode, por exemplo, ocorrer situações em que manter a obra protegida, com acesso apenas

⁸⁵ Art. 6^o Não serão de domínio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios as obras por eles simplesmente subvencionadas.

⁸⁶ Art. 24 [...] § 2^o Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público.

⁸⁷ Conforme abordado no item 4.1 deste trabalho, onde foi tratado da aplicação dos princípios que regem o Direito Administrativo aos bens públicos literários e artísticos.

⁸⁸ Conforme tratado no item 4.2 deste trabalho, no qual se abordou a função social da propriedade aplicada aos bens públicos literários e artísticos.

⁸⁹ O tema foi analisado no item 4.3 deste trabalho, onde se verificou a aplicação do direito fundamental de acesso à cultura e ao conhecimento na gestão e utilização dos bens públicos literários e artísticos.

por meio de solicitação prévia e expressa, como previsto na LDA, seja a solução mais adequada para um caso específico.

Porém, certo é que a utilização de mecanismos que restrinjam o acesso e o uso dos bens públicos literários e artísticos deve ser exceção, devidamente fundamentada, e não regra geral, pois como visto, o sistema de proteção da LDA tem por eixo central a proteção de um direito privado (o qual, cabe lembrar, também limitado por outros direitos, inclusive pela função social da propriedade, já analisada no capítulo 4 deste trabalho), com base na preocupação de remuneração ao detentor dos direitos patrimoniais sobre a obra, e não com o interesse público, que deve nortear a tutela das obras pertencentes à Administração.

É justamente essa distinção entre tratamento de um bem privado e de um bem público, em razão das diferentes destinações das obras pertencentes aos particulares e das obras pertencentes à Administração Pública, que deve ficar explícita nas normas jurídicas, de modo que o regime aplicado a cada um desses tipos de bem reflita a finalidade específica a ser obtida com as respectivas tutelas.

Passa-se, a seguir, a apresentação de propostas de conteúdos para a elaboração de normas que formem o regime jurídico para os bens públicos literários e artísticos.

5.1.2 Propostas e Justificativas para Dispositivos Legais

Nesta parte do trabalho serão apresentadas sugestões que, com base nos elementos analisados no capítulo 4 desse trabalho, possam ser utilizadas na elaboração de minuta de norma referente à criação de um regime jurídico específico para os bens públicos literários e artísticos. Importante ressaltar que não há a intenção de esgotamento das possibilidades, haja vista as vastas questões que podem ser abordadas no que se refere à elaboração de regras aplicáveis à gestão e utilização das obras intelectuais pertencentes à Administração Pública.

Há apenas a intenção, portanto, de apresentar um conciso elenco de propostas que sirvam para promover a discussão de temas sensíveis para a concepção desse tratamento normativo particular para os bens públicos literários e artísticos.

O formato adotado será o de tópicos, que equivaleriam a dispositivos da norma, seguidos por comentários referentes ao tema abordado no texto proposto. A ordem apresentada também busca o

encadeamento lógico dos temas, de modo que os pontos mais gerais são tratados inicialmente:

a) Definição:

- São bens públicos literários e artísticos as obras literárias, artísticas e científicas pertencentes à Administração Pública Direta.

A definição do objeto permite a aplicação das normas sobre o conjunto adequado dos bens. Neste trabalho foram enfocados os bens pertencentes à Administração Pública Direta ⁹⁰, haja vista que a ampliação desse escopo para inclusão da Administração Pública Indireta levaria à necessidade de uma análise mais extensa, com uma proposta de tratamento mais complexa diante da heterogeneidade dos entes que compõem essa parte da Administração Pública.

b) Regra geral de uso livre

- Os bens públicos literários e artísticos são de uso livre no território nacional, salvo disposto em contrário, sem prejuízos aos direitos morais de autor.

O texto proposto aborda a proposta de regra geral relacionada à utilização do bem público literário e artístico; não se confunde com a inclusão em domínio público; a Administração permanece com os direitos sobre o bem, porém garante uso livre a todos em território nacional. Como justificativa para a Administração preservar por um período a titularidade do domínio do bem, pode-se dar destaque a iniciativas que impeçam o uso abusivo ou degradante da obra.

b.1) Definição de Uso Livre

- Por uso livre se entende qualquer uso, inclusive a criação de obra derivada, sem que haja necessidade de autorização prévia e expressa do detentor dos direitos sobre a obra.

Novamente, importante mencionar que uso livre não significa domínio público, pois a administração pode, por razão de interesse público, e justificadamente, revogar o uso livre, o que não poderia acontecer no caso de obra que passasse ao domínio público.

c) Exceção ao Uso Livre

- A administração pode excetuar o uso livre para determinado bem público literário e artístico, fundamentadamente, limitando explicitamente a utilização do bem, por até 10 anos, prorrogáveis por até mais 5 anos, também fundamentadamente.

⁹⁰ Conforme indicado no item 1.2 deste trabalho (Considerações Metodológicas).

Por razões de interesse público, fica resguardada a possibilidade de a Administração Pública excetuar o uso livre, de modo fundamentado e por prazo determinado.

d) Prazo de Proteção

- Os bens públicos literários e artísticos passam a compor o domínio público em 15 anos contados a partir da publicação da obra.

Cria-se um prazo limitado de proteção ao bem público literário e artístico, de modo que a partir desse prazo o bem passe definitivamente a compor o domínio público.

d.1) Licenças Gerais Públicas

- Até que o bem público literário e artístico passe ao domínio público, a Administração poderá utilizar licenças gerais públicas para ampliar a finalidade coletiva do bem.

Deixa-se explícita a possibilidade de utilização, pela Administração, de licenças gerais públicas para dar a destinação adequada, segundo o interesse público, ao bem de titularidade da Administração, e que não esteja no regime geral de uso livre.

e) Domínio Público Antecipado

- A Administração Pública poderá, fundamentadamente, abrir mãos dos direitos autorais patrimoniais sobre o bem público literário e artístico, antecipando a entrada da obra no domínio público.

Nesta situação, a Administração Pública reconhece, fundamentadamente, que por razão de interesse público o bem público literário e artístico deve compor o domínio público antes do término do prazo de proteção autoral.

Como apontado, este grupo conciso de propostas reflete apenas o início do debate acerca da criação do regime jurídico para os bens públicos literários e artísticos. A criação de normas que regulem, definitivamente, a gestão e utilização desses bens é ponto essencial para que se obtenha deles os objetivos coletivos esperados e que justificam o seu pertencimento ao patrimônio da Administração Pública.

Outras soluções, como as que serão analisadas a seguir neste trabalho, apesar de importantes, e até necessárias, não têm a mesma capacidade de garantir de modo pleno um tratamento que garanta eficácia em relação às finalidades públicas das obras literárias e artísticas pertencentes à Administração. As soluções analisadas adiante, entretanto, são mecanismos para que se possa ampliar a finalidade

coletiva dos bens públicos literários e artísticos enquanto a tutela específica desses bens não é criada.

5.2 APLICAÇÃO DE LICENÇAS PÚBLICAS ÀS OBRAS SOB TITULARIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A utilização de licenças públicas é um instrumento que oferece à Administração a possibilidade de dar ao bem autoral a proteção específica para determinada situação. Desse modo, pode o administrador, no uso do poder discricionário, optar pela licença que melhor atenderá ao caso concreto.

Essa flexibilidade permite ajustar a relação entre proteção e acesso, de modo que se obtenha equilíbrio entre os interesses que recaem sobre a obra. Nesse sentido, a utilização de licenças públicas pela Administração vai ao encontro do que se apresentou nesse trabalho acerca de princípios administrativos, função social da propriedade e direitos de acesso à cultura e ao conhecimento, e pode ser utilizada sem que seja necessária a criação de lei específica – a Administração Pública delimita os usos com bases na titularidade que detém sobre o bem. A questão é que essa definição acerca do uso da licença fica submetida ao critério discricionário do administrador responsável pela gestão da obra, o que pode significar a não efetividade no amplo acesso ao bem público literário e artístico.

5.2.1 Licenças Gerais Públicas

As licenças de uso no direito autoral, já abordadas no item 3.6.3 desse trabalho (Cessão e Licença de Direitos Autorais), indicam a autorização para determinados usos de uma obra, concedida por alguém que detenha a titularidade do direito daquela utilização concedida na licença.

As licenças gerais públicas têm sido utilizadas por autores ou demais detentores de direitos autorais para ampliar o acesso e utilização das obras. São documentos que indicam a todos quais usos são permitidos da obra, e sob quais condições, ambos – usos e condições – determinados ou escolhidos pelo próprio autor ou detentor dos direitos sobre o bem intelectual.

As licenças gerais públicas são contratos atípicos, ou seja, sem um formato legal predeterminado, como dispõe o artigo 425 do Código

Civil⁹¹, mas perfeitamente aplicáveis, como se depreende da leitura do próprio artigo 425 citado. O detentor dos direitos sobre a obra, ao estabelecer usos possíveis e condições necessárias, atende o disposto no artigo 29 da Lei de Direitos Autorais, ou seja, concede prévia e expressamente a autorização para o uso da obra, como prevê esse dispositivo, ainda que tal utilização deva observar determinadas condicionantes.

A utilização de licenças públicas tem sido um meio de destaque para a disseminação de conteúdos no contexto digital, em especial na Internet. Elas permitem que as obras circulem de modo mais dinâmico, já que o autor se antecipa ao permitir determinados usos da obra. Novas criações são estimuladas, como nos casos em que o autor permite, por meio da licença, a criação de obras derivadas. Um exemplo é dado por Ronaldo Lemos, ao abordar o tema dos sites de conteúdo colaborativo, especificamente a Wikipedia:

Considere o caso da Wikipedia. A Wikipedia, para funcionar, depende do direito de livre modificação, alteração, edição e mesmo de reprodução. A Wikipedia jamais poderia ter sido criada, se houvesse a necessidade de pedir autorização para os respectivos titulares de direito autoral todas as vezes que alguém fosse editar ou modificar um artigo da enciclopédia. Em outras palavras, se as regras gerais do direito autoral que se aplicam à internet como um todo fossem aplicadas sem qualquer modificação na Wikipedia, ela seria praticamente inviável. Esse dilema da Wikipedia surge na maioria dos sites colaborativos da Internet. Especialmente sites que lidam com conteúdo gerado pelos próprios usuários, enfrentam permanentemente a tensão entre conteúdo legal e conteúdo ilegal. Não é nem preciso mencionar o caso do YouTube, que a todo momento recebe notificações de violação de direito autoral nos Estados Unidos e fora dele. (...). Sites de fotos como o Flickr também sofrem do mesmo dilema. Sites que permitem a disponibilização de conteúdos musicais como o

⁹¹ Lei 10406/02. Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

MySpace também. (LEMOS, 2007, p. 01, grifou-se)

O modelo de utilização de licenças públicas para a proteção e também disseminação de obras protegidas pelo direito autoral tem se mostrado convergente com o contexto tecnológico e social atual, onde há grande acesso aos bens culturais, bem como facilidade de criação, estimulada pelas ferramentas tecnológicas e pelo próprio acesso a conteúdos que servem de insumo para novas obras.

A seguir, será apresentado breve histórico do surgimento das licenças gerais públicas no formato de contratos de cláusulas gerais de uso associadas a condicionantes que devem ser observadas para a utilização do bem. Analisar-se-á ainda o modelo de licenciamento geral público mais utilizado internacionalmente: as licenças *Creative Commons*⁹².

5.2.1.1 Histórico das Licenças Gerais Públicas

As licenças públicas surgiram em razão das limitações impostas pelo sistema de proteção autoral, que não permitia a rapidez e flexibilidade necessárias para a criação, especialmente no ambiente tecnológico de elaboração dos programas de computador (*softwares*).

Foi justamente do mundo da informática e do desenvolvimento de *softwares* que surgiu a primeira iniciativa conhecida de licenciamento público: Richard Stallman, um programador de computadores, que se valia da liberdade de ter acesso aos códigos fontes de programas, percebeu que esse acesso era fundamental para estudar e até propor melhorias:

Enquanto foi pesquisador no MIT, [Richard] Stallman se afeiçãoou pela comunidade de desenvolvedores, quando eles eram livres para explorar e experimentar com o software que as máquinas executavam. Stallman era um cara inteligente e um programador talentoso, que se valia dessa liberdade para modificar ou acrescentar algo ao trabalho de outras pessoas.

⁹² De acordo com o site da Organização *Creative Commons* (www.creativecommons.org), as licenças foram adaptadas para mais de 70 jurisdições distintas.

Ao menos em um ambiente acadêmico, essa idéia não é tão radical. (LESSIG, 2005, p. 271)

Portanto, no início da vida profissional, Stallman havia experimentado as vantagens de um modelo aberto, em que não era necessário pedir autorização prévia para poder criar sobre o que já havia sido feito, facilitando a inovação. Porém, nos anos seguintes, o que ocorreu foi o fechamento do acesso ao código-fonte dos programas, no que se chamou de modelo de código-proprietário.

Richard Stallman concebeu, então, uma ideia para que os códigos-fonte dos programas de computadores pudessem continuar sendo acessados livremente, utilizando o próprio conceito de *copyright*, ou seja, com base nos direitos de cópia sobre o programa de computador. Ele criou uma licença chamada *GNU General Public License*⁹³ (GNU GPL), que ficou conhecida como a licença do software livre. Para Lessig (2005, p. 272):

A técnica de Stallman era usar a lei de copyright para construir um mundo de software que deveria permanecer livre. Software licenciado como GPL da Fundação pelo Software Livre não pode ser modificado e distribuído a menos que o código fonte do novo software também seja disponibilizado. Assim, qualquer um que se baseasse em software GPL teria que manter seu desenvolvimento livre. Stallman acreditava que isto garantiria o desenvolvimento de uma ecologia de código que permanecesse livre para que outros se baseassem nele. Seu objetivo fundamental era a liberdade; o código modificável e criativo era um subproduto. (grifou-se)

Programas de computador distribuídos sob a Licença Geral Pública permitiriam ampla utilização e distribuição, além do acesso aos códigos-fonte para fins de estudo e adaptações. Segundo Ronaldo Lemos (2005, p. 71), o movimento do *software* livre decorreu das ideias tradicionais de propriedade com relação aos bens intelectuais, surgindo da insatisfação da aplicação do regime comum de direito autoral aos

⁹³ Licença Geral Pública GNU.

programas de computador com objetivos unicamente econômicos. O movimento do *software* livre, de acordo com Lemos, teve por objetivo alterar a proteção da propriedade intelectual para criar “bens intelectuais abertos, amplamente acessíveis tanto com relação ao uso, quanto com relação à possibilidade de inovação e modificação, não só do ponto de vista econômico, como também do ponto de vista cognitivo”.

Outras licenças de software livre surgiram, com algumas mudanças no modelo criado inicialmente por Richard Stallman. Até mesmo a licença original do Stallman teve atualizações no seu texto. Mas as licenças livres para programa de computador se espalharam no mundo da tecnologia, no qual grandes empresas têm seus negócios baseados na distribuição de programas de computador sob licenças livres⁹⁴, oferecendo serviços agregados a esses softwares, como suporte e desenvolvimento de novas funcionalidades.

5.2.1.2 As Licenças Creative Commons

Com inspiração explícita no modelo criado por Richard Stallman para a licença de *software* livre⁹⁵, surgiu o movimento mais conhecido e disseminado de licenças gerais públicas, com o nome de *Creative Commons*. A proposta foi liderada pelo professor de Direito Lawrence Lessig, então na universidade americana de Stanford. Esse modelo propõe a utilização de licenças jurídicas padronizadas, porém flexíveis, que permitem ao detentor dos direitos sobre a obra definir os usos permitidos do bem, além das condições em que esse uso é admitido.

As licenças *Creative Commons* formam um ferramental jurídico que permite a um criador apontar de forma clara e exata, para as demais pessoas, que aquela obra licenciada é de livre distribuição, cópia e utilização. As licenças invertem a ordem da proteção autoral, indo da

⁹⁴ Exemplos de empresas que têm entre seus produtos programas de computador distribuídos por meio de licenças livres: Google (o navegador da internet Chrome e o sistema operacional de dispositivos móveis Android); Fundação Mozilla (o navegador da internet Firefox e o cliente de correio eletrônico Thunderbird); Red Hat (distribuição do sistema operacional Red Hat Linux).

⁹⁵ Segundo Lawrence Lessig (2005, p. 27), “A inspiração para o título e formato do debate vêm do trabalho de Richard Stallman e da Free Software Foundation. Na verdade, enquanto relia os trabalhos do próprio Stallman, especialmente seu ensaios em Free Software, Free Society, percebi que todos os *insights* teóricos que desenvolvo aqui foram descritos por ele há décadas. Alguém poderia, portanto, afirmar que esta obra é “meramente” derivativa. Aceito essa crítica, se é de fato uma crítica. O trabalho de um advogado sempre é derivativo, e eu não pretendo fazer nada neste livro a mais do que trazer à memória de uma cultura uma tradição que sempre lhe foi característica.” (grifou-se).

previsão de proteção legal para a previsão dos usos permitidos pelo autor, e tem por fundamento o exercício das prerrogativas que o próprio autor tem de permitir o acesso às suas obras, inclusive autorizando a criação de novas obras sobre as originais (LEMOS, 2005, p. 83). Ainda sobre o impacto das licenças *Creative Commons*, dispõe Sérgio Branco (2007, p. 207):

A difusão dos Creative Commons permite que, em vez de autor se valer do ‘todos os direitos reservados’, possa o autor se valer de ‘alguns direitos reservados’, autorizando-se, assim, toda a sociedade a usar sua obra dentro dos termos das licenças públicas por ele adotadas. Essa solução protege os direitos do autor, que os tem respeitado, ao mesmo tempo em que permite, através de instrumento juridicamente válido, o acesso à cultura e o exercício da criatividade dos interessados em usarem obra licenciada. O Creative Commons busca efetivar a vontade de disseminação dos trabalhos dos mais diversos tipos de artistas, criadores e detentores de direitos. (grifou-se)

De forma resumida, as licenças *Creative Commons* funcionam da seguinte maneira⁹⁶: o autor define, como já mencionado, quais usos irá permitir de sua obra, e as condições para esse uso. “Compartilhar” (no original “Share”), que, indo além do que o nome indica, significa o direito do copiar, transmitir e distribuir o trabalho, será sempre permitido a quem quiser utilizar uma obra sob uma licença *Creative Commons*. O autor também definirá se permitirá ou não a utilização com fins comerciais de sua obra.

O autor poderá concordar ainda que se criem trabalhos derivados de sua obra. Se assim definir, poderá ou não optar pela necessidade de que a nova obra criada também seja distribuída pela mesma licença *Creative Commons*, caso em que todas as condições previstas na licença da obra original, inclusive a de criação de obras derivadas, vigoram para a obra derivada.

⁹⁶Site: http://www.creativecommons.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=22&Itemid=35. Acesso em: out. 2011.

Ponto importante diz respeito ao conceito de “Atribuição”, que deve estar presente nas condições para utilização das obras, pois se refere à informação acerca da autoria – como visto, este é um direito moral do autor previsto na LDA: ter seu nome vinculado à obra que criou.

Há diversos outros pontos relacionados à utilização das licenças públicas, como as “versões para leigo” (ou “resumo amigável”, modo que também aparece no site das licenças) das licenças, e as “versões jurídicas”, que corresponde ao texto integral da licença. Também há os símbolos que representam cada um dos usos e limitações, e que auxiliam o entendimento para quem deseja utilizar a obra. Todos esses detalhes acerca das licenças podem ser encontrados no site da organização *Creative Commons*⁹⁷.

É por meio da combinação dessas utilizações e condições que o autor monta a sua licença customizada, de acordo com seus próprios interesses de disseminar a obra, com a vantagem de que as pessoas se beneficiam da ampliação do acesso ao acervo cultural. Esse benefício, como dito, serve também ao autor: poder ter a sua obra vastamente distribuída amplia as chances de reconhecimento do talento do autor, da própria obra, e até de outras obras daquele criador. É um modelo em que a própria criação serve como um dos principais meios de divulgação do trabalho do autor.

As licenças *Creative Commons* têm sido adaptadas para o ordenamento jurídico de diversos países, e já têm presença constante e bastante visível no mundo digital, com a presença em sites da Internet que colocam à disposição conteúdos tão distintos como textos, músicas, fotos e filmes⁹⁸, para amplo acesso por meio desse modelo de licenciamento.

As licenças públicas, como as da organização *Creative Commons*, indicam um modo de contornar as limitações do sistema de proteção autoral vigente, e têm um impacto ainda maior sob o contexto do acesso e uso das obras digitais. Portanto, essas licenças pavimentam o caminho para as necessárias transformações ao modelo autoral que, em seu formato atual, não reflete os anseios de grande parte dos criadores, e menos ainda dos utilizadores das obras intelectuais.

⁹⁷ www.creativecommons.org

⁹⁸ Podem ser citados, como exemplo, os sites Wikipedia (textos – no caso, os verbetes da enciclopédia *online*), Jamendo (músicas), Flickr (fotos) e Youtube (vídeos). Esses dois últimos sites permitem a pesquisa de conteúdos de acordo com o licenciamento de interesse do usuário da obra.

5.2.2 Licenças Gerais Públicas e Administração Pública

Como visto no item anterior deste trabalho, as licenças *Creative Commons*, organizadas e mantidas pela organização de mesmo nome⁹⁹, modelo de licenciamento geral público de maior repercussão, tem como destaque a flexibilidade de arranjos de seus elementos, o que permite a criação de múltiplos textos de licenciamento, que se adaptam aos interesses do detentor dos direitos sobre a obra que será licenciada.

Diante dessas vantagens, poderia se pensar na adoção dessas licenças, por parte da Administração Pública, para regulamentar a utilização de suas obras literárias e artísticas, mesmo porque as licenças foram adaptadas ao ordenamento jurídico nacional, em trabalho realizado pelo Centro de Tecnologia e Sociedade, da FGV Direito, do Rio de Janeiro¹⁰⁰. Porém, essa opção deve ser mais bem analisada, sob a ótica dos princípios administrativos já citados no presente trabalho, especialmente os da supremacia do interesse público, da finalidade pública e da eficiência.

Antes de seguir, cabe explicitar que, como dito no parágrafo anterior, não haveria, a princípio, óbices à utilização de licenças *Creative Commons* por órgãos do governo, desde que utilizadas as versões das licenças devidamente adaptadas ao ordenamento nacional. Alguns órgãos já as utilizam, e a sociedade certamente se beneficia com a utilização desse modelo de licenciamento, bem como a própria Administração Pública, que consegue ampliar os efeitos coletivos das obras por ela adquiridas ou criadas.

O que se passará a avaliar adiante é se a Administração não poderia, ou deveria, se valer de outro conjunto de licenças, elaborados especificamente para a própria Administração Pública brasileira, como forma de buscar um melhor aproveitamento dos bens públicos literários e artísticos, conjunto esse que observasse de modo pleno a finalidade pública dessas obras.

Em primeiro lugar, as licenças *Creative Commons* são elaboradas tendo em vista necessidades identificadas por aquela organização, e por mais amplas que possam ser as necessidades a orientar a elaboração e a atualização das licenças, não necessariamente coincidem com as demandas da Administração Pública brasileira.

⁹⁹ www.creativecommons.org

¹⁰⁰ Conforme o site: <http://creativecommons.org.br>. Acesso em: out. 2011.

A Administração Pública também não poderia depender de um ente externo para identificar e desenvolver as necessidades relacionadas à elaboração das licenças que serão aplicadas aos bens públicos literários e artísticos brasileiros. E por ente externo não se está referindo apenas ao fato de ser uma organização internacional, mas sim pela condição de dependência que não deveria existir nessa situação; é a própria Administração, de modo independente, quem deve estabelecer as necessidades particulares a delinear a criação dos textos das licenças, observando os princípios administrativos que norteiam sua atuação, a função social da propriedade do bem público literário e artístico e das responsabilidades do Estado brasileiro como promotor do direito fundamental de acesso ao conhecimento e à cultura¹⁰¹.

Pode-se citar uma situação hipotética em que a Administração entenda que, em razão do interesse em dar suporte a uma política pública de incentivo à educação, deva elaborar uma licença por meio da qual um bem público literário e artístico possa ser usado para qualquer uso educacional no Brasil, mesmo com fins comerciais. Por essa licença, um documentário elaborado por um órgão da Administração que apresentasse, por exemplo, o histórico do Poder Judiciário brasileiro, poderia ser utilizado livremente em escolas ou faculdades, mesmo particulares, inclusive com fins comerciais. Entretanto, fora do contexto educacional, essa obra, nesse exemplo hipotético, não poderia ser utilizada para fins comerciais.

A Administração, nesse caso, e por meio da licença, expressaria ser mais vantajoso como política de Estado permitir o uso com fim educacional e ampliar o acesso ao conhecimento do que eventualmente obter algum tipo de lucro financeiro sobre a venda do bem intelectual do qual é titular.

Porém, certo é que, ainda que a Administração elabore seu próprio conjunto de licenças, poderia, mesmo assim, vir a se utilizar de outras licenças públicas consagradas para atingir o nível de proteção adequado para determinada obra intelectual sob seu domínio, caso a utilização dessa licença represente a forma mais eficiente de proteção desse bem em face dos interesses públicos.

Licenças públicas elaboradas pela própria Administração devem levar em conta prioritariamente os interesses públicos que recaem sobre as obras de sua titularidade. Como citado, tais obras poderiam ser de

¹⁰¹ Tópicos abordados no capítulo 4 deste trabalho (Elementos para a Tutela Autoral Diferenciada dos Bens Públicos Literários e Artísticos).

livre uso sempre que este uso estivesse associado à educação. Acerca do uso de obras na educação e as restritas limitações da Lei 9.610/98, aponta Allan Rocha que as justificativas por razões educacionais são universalmente aceitas para isenções aos direitos autorais, variando apenas no que se refere à extensão das limitações impostas e as condições para efetivação. Porém, para o autor, nossa legislação, nesse ponto, é por demais limitada, o que acaba levando instituições de ensino, professores e alunos a tirar cópias ilegais de conteúdos educacionais para “atingir o glorioso objetivo de aprender” (ROCHA, 2006, p. 288). É sob a ótica da finalidade coletiva dos bens públicos literários e artísticos, como os fins educacionais, que a Administração deve buscar os meios necessários para que as obras sob seu domínio deem o retorno esperado à sociedade.

As licenças gerais públicas, pelos benefícios sociais que podem propiciar, representam um conjunto de ferramentas essencial no leque de recursos do administrador público para a gestão eficaz dos bens literários e artísticos que estão sob sua gestão.

5.3 DOMÍNIO PÚBLICO: EFICÁCIA NA UTILIZAÇÃO E NA GESTÃO

Domínio público é o conjunto de obras sobre as quais não recai mais a proteção patrimonial do direito de autor¹⁰², razão pela qual esse acervo é de uso livre, independente de autorização ou pagamento. Por força de lei, além daquelas cujo prazo de proteção se encerrou, pertencem ao acervo representado pelo domínio público as obras de autor desconhecido, bem como as de autores falecidos sem herdeiros, conforme disposto no artigo 45¹⁰³ da Lei de Direitos Autorais.

A importância do domínio público para o sistema autoral é fundamental – é por base na certeza de que a proteção dos direitos exclusivos para o autor será limitada temporalmente, e que essa obra passará a um acervo de irrestrito acesso a todos, que o sistema sustenta o aprimoramento cultural da sociedade, por meio do uso das obras e da

¹⁰² Ver também item 3.7 deste trabalho (Domínio Público), onde são examinadas as características desse acervo.

¹⁰³ Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público:

I - as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;

II - as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

inspiração para novas criações, que futuramente ampliarão esse acervo público, em um ciclo que propicia um movimento criativo contínuo. Nesse sentido dispõe James Boyle (2008, p. 40):

Nossos mercados, nossa democracia, nossa ciência, nossas tradições de livre expressão e nossa arte dependem mais fortemente de um material disponível livremente em Domínio Público do que de obras protegidas por direitos patrimoniais. O Domínio Público não é um resíduo deixado para trás quando todas as coisas boas já foram tomadas pelo direito de propriedade. O Domínio Público compõe a estrutura que suporta a construção da nossa cultura. Ele é, na verdade, a maior parte da nossa cultura.¹⁰⁴

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) tem ampliado a discussão acerca do aperfeiçoamento do domínio público, diante da relevância desse acervo para o patrimônio cultural. Duas recomendações foram propostas aos países membros dessa organização na Assembleia Geral de 2007: as recomendações 16 e 20 da Agenda de Desenvolvimento¹⁰⁵ – ambas informam que a OMPI incentivará medidas para o fortalecimento do domínio público.

Na recomendação 16 indica-se que “se considere a preservação do domínio público no âmbito dos processos normativos da OMPI e aprofunde a análise das implicações e benefícios de um domínio público rico e acessível.”¹⁰⁶ Já a recomendação 20 assinala a necessidade de se “promover atividades normativas relacionadas com a propriedade intelectual que deem suporte a um domínio público robusto nos Estados-Membros da OMPI, incluindo a possibilidade de preparar diretrizes que

¹⁰⁴ Do original: “Our markets, our democracy, our science, our traditions of free speech, and our art all depend more heavily on a public domain of freely available material than they do on the informational material that is covered by property rights. The public domain is not some gummy residue left behind when all the good stuff has been covered by property law. The public domain is the place we quarry the building blocks of our culture. It is, in fact, the majority of our culture.”

¹⁰⁵ Disponível em: <http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/recommendations.html>. Acesso: jul. 2011.

¹⁰⁶ Do original: “Consider the preservation of the public domain within WIPO’s normative processes and deepen the analysis of the implications and benefits of a rich and accessible public domain.”

possam ajudar os Estados membros interessados em identificar o que está em domínio público dentro de suas respectivas jurisdições.”¹⁰⁷.

Quando se menciona um domínio público rico, acessível e robusto, como nas recomendações, está se tratando de uma fonte de cultura mais aberta à sociedade, com a função social de promoção da cultura e do conhecimento, e fundamental para o desenvolvimento geral não apenas das nações membros da OMPI, mas de toda a humanidade.

Ambas as recomendações aconselham que se busque dar efetividade ao domínio público, e ao Estado brasileiro cabe um papel central para a obtenção desse domínio público rico, acessível e robusto no país.

A liberdade de acesso faz parte da essência do domínio público, motivo pelo qual esse acervo representa uma importante ferramenta para promover conceitos explorados neste trabalho, associados à finalidade pública, especialmente no que se relaciona aos direitos fundamentais de acesso à cultura e ao conhecimento, inclusive com a oportunidade de novas criações, baseadas naquelas em domínio público, que enriquecerão continuamente o acervo cultural brasileiro.

O legislador constitucional já prevê ao Estado importante papel no que se refere ao domínio público. De acordo com o parágrafo segundo do artigo 24 da LDA, “compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público.” A razão desse dispositivo não é outra senão o caráter de interesse público inerente a esse acervo. Porém, esse papel dado ao Estado, diante da relevância do domínio público, deveria ser ampliado, pois os ganhos obtidos com um domínio público efetivo são essenciais à sociedade. Como aponta Denis Barbosa (2006, p. 159):

Entendo similarmente que haja uma obrigação estatal, à luz do art. 215 da Constituição, de garantir os instrumentos de acesso ao domínio público autoral. Cópias de filmes que caem, em teoria, em domínio público, mas permanecem em poder dos titulares anteriores, obras plásticas inacessíveis à reprodução, mecanismos de derivação de obras com propósitos

¹⁰⁷ Do original: “To promote norm-setting activities related to IP that support a robust public domain in WIPO’s Member States, including the possibility of preparing guidelines which could assist interested Member States in identifying subject matters that have fallen into the public domain within their respective jurisdictions.”

exclusivamente de frustrar a extinção do termo autoral – todos são mecanismos em relação aos quais haverá dever estatal de atuação. (grifou-se)

As obras em domínio público servem até mesmo ao aperfeiçoamento do acervo privado. Uma interessante analogia é feita por Allan Rocha sobre a influência positiva dos espaços públicos para a propriedade privada:

Vive-se em um mundo com propriedades privadas bem como espaços públicos, o valor e o uso dos espaços privados engrandecem-se com a existência dos públicos, como acontece com um loteamento com o advento de ruas, avenidas e parques. Nada indica que dever-se-ia inverter esta ordem quando trata-se de bens imateriais. (ROCHA, 2006, p. 32, grifou-se)

Esse engrandecimento dos espaços privados também é proporcionado pelo domínio público, e de modo ainda mais amplo quando se leva em consideração as características inerentes aos bens imateriais, cujo potencial de utilização e disseminação é multiplicado pela facilidade de reprodução e não rivalidade.

A LDA poderia – e deveria – ter avançado bastante nas questões de proteção e eficácia do domínio público; a destacar, entretanto, o parágrafo segundo do artigo 24, que desponta a importância da defesa desse patrimônio cultural representado pelo domínio público.

A seguir se abordará a análise de ações da Administração Pública relacionada à gestão dos bens públicos literários e artísticos e que podem refletir diretamente na ampliação da efetividade do domínio público, cujos reflexos trazem benefícios diretos para a sociedade, especialmente no que concerne ao acesso à cultura e ao conhecimento.

5.3.1 Bens Públicos Literários e Artísticos e Domínio Público

A titularidade de bens públicos literários e artísticos pela Administração Pública, como já apontado nesse trabalho, somente se justifica ante a finalidade pública desses bens, seja ela direta ou indireta.

Desse modo, há sentido na possibilidade de a Administração utilizar a titularidade sobre essas obras e ampliar a finalidade pública desses bens, colocando essas obras à disposição de todos, em domínio

público, caso se identificasse ser essa a melhor destinação pública do bem.

Ao colocar bens públicos literários e artísticos em domínio público a Administração colabora para o enriquecimento desse acervo, reforçando o conteúdo disponível para acesso, de modo a favorecer a efetividade do domínio público.

Um dos pontos de maior importância para a efetividade do domínio público diz respeito à capacidade de identificar se e quando uma obra está incluída nesse acervo. Para isso, é necessário, pela regra geral¹⁰⁸, identificar se ocorreu o término do prazo de proteção dos direitos autorais patrimoniais. Portanto, saber quem é o autor e quando a obra foi publicada é essencial para o domínio público, pois esses são os marcos iniciais, conforme as situações previstas nos artigos 41, 42 e 43 da LDA¹⁰⁹, a indicar a partir de quando iniciará a contagem dos prazos protetivos.

Esse é o motivo pelo qual se deve promover o cadastro de informações sobre as obras literárias e artísticas. É importante que esse registro não ocorra somente quando a obra passe a compor o domínio público, e sim ocorra preferencialmente próximo a data de publicação, quando obter os dados sobre a criação é mais fácil - com o passar dos anos, os suportes físicos utilizados para distribuição do conteúdo podem se perder, a empresa que produziu pode deixar de existir, e as informações sobre a autoria e data de publicação podem deixar de ser identificáveis.

A atividade de documentar e manter as informações sobre essas obras é tão relevante para a preservação do patrimônio cultural brasileiro que o legislador constituinte optou por tornar explícito o papel do

¹⁰⁸ Há ainda as possibilidades previstas no artigo 45 da LDA: Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público:

I - as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;

II - as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

¹⁰⁹ Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.

Art. 42. Quando a obra literária, artística ou científica realizada em co-autoria for indivisível, o prazo previsto no artigo anterior será contado da morte do último dos co-autores sobreviventes.

Art. 43. Será de setenta anos o prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre as obras anônimas ou pseudônimas, contado de 1º de janeiro do ano imediatamente posterior ao da primeira publicação.

Estado nessa função. Retome-se a leitura do parágrafo 1º do artigo 216 da Constituição Federal¹¹⁰:

Art. 216 [...] § 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Esse dispositivo explicita a responsabilidade de o Poder Público fazer o uso de registros, dentre outros meios, para a promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro. Um bom início para o cumprimento desse preceito constitucional seria o registro dos bens públicos literários e artísticos, haja vista a já citada finalidade pública que está na essência desses bens¹¹¹.

A finalidade coletiva dos bens públicos literários e artísticos deve guiar a gestão da obra não apenas durante o prazo protetivo, mas

¹¹⁰ Esse dispositivo já foi alvo de exame no item 4.3 deste trabalho (Direito Fundamental de Acesso à Cultura e ao Conhecimento e Bens Públicos Literários e Artísticos).

¹¹¹ Diante da responsabilidade atribuída ao Poder Público no que se refere ao registro de obras para promoção e preservação do patrimônio cultural brasileiro, conforme disposto no artigo 216 da Constituição Federal, há que se pensar que a atuação da Administração nesse sentido deve observar os princípios administrativos que a regem. E em cumprimento ao princípio administrativo da eficiência, o uso da tecnologia é indispensável para que se faça esse registro de modo econômico e, principalmente, eficaz no que se refere à disseminação das informações constantes desses cadastros, haja vista que o acesso a elas, como visto, são essenciais para um domínio público efetivo. O Estado deve utilizar a tecnologia como meio, sejam equipamentos ou sistemas informatizados, para a obtenção ágil dos dados sobre as obras registradas, de modo que quem queira utilizá-las possa recuperar rapidamente informações sobre a autoria (favorecendo o direito moral do autor de ter o nome vinculado a obra), sobre a data de publicação, sobre quem contatar em caso de ser necessária autorização de uso, e também saber se a obra já está em domínio público. Outro ponto em que a tecnologia vem a auxiliar na efetividade do domínio público e, consequentemente, na preservação do patrimônio cultural brasileiro, diz respeito à digitalização de obras em formatos não digitais. Bens intelectuais que tenham como suporte o papel, discos magnéticos ou óticos, fitas, podem se perder em razão da deterioração desse suporte. É importante que o Estado, pelas razões apresentadas no parágrafo 1º do artigo 216 da Constituição Federal, busque estabelecer políticas de preservação de conteúdos por meio da digitalização, para evitar que obras importantes do acervo cultural brasileiro se percam, especialmente aquelas que, ainda com prazo de proteção autoral vigente, deixem de ser exploradas comercialmente, razão que acaba por levar ao abandono desses conteúdos. A redução dos custos dos processos de digitalização e do armazenamento de informações digitais, associada a uma política pública de preservação que considere as implicações técnicas de guarda de arquivos digitais por longos períodos, amplia a possibilidade de que as obras atravessem longos prazos de proteção sem que se percam em razão da deterioração dos suportes originais.

também devem ser buscados os meios que garantam que esse bem vá continuar tendo fins sociais mesmo – e especialmente – após o prazo de proteção, garantindo efetivamente que ele venha a compor o domínio público.

5.3.2 Propostas Relacionadas a Normas Sobre Domínio público

Nesta parte do trabalho serão apresentadas propostas de textos e temas que possam apoiar a elaboração de minuta de norma referente à criação de dispositivos que tragam maior efetividade ao domínio público, atendendo às recomendações 16 e 20 da OMPI¹¹². Destaque-se que não há a pretensão de esgotar os temas relacionados ao tratamento do domínio público, visto que são amplos os assuntos que podem derivar na criação de dispositivos que busquem um sistema normativo mais adequado ao domínio público que o atual.

Existe, portanto, a intenção exclusiva de apresentar um conciso rol de propostas que sirvam para promover a discussão de temas sensíveis para a concepção de normas que reforcem a efetividade do domínio público.

O formato adotado¹¹³ será o de tópicos, que equivaleriam aos dispositivos da norma, seguidos por comentários acerca da questão abordada. A ordem apresentada também busca o encadeamento lógico dos temas, de modo que as definições gerais precedam as questões específicas.

a) Definição de Domínio Público

- Domínio público é o acervo formado pelas obras literárias e artísticas sobre as quais não mais incidem direitos autorais patrimoniais.

A previsão expressa em lei do conceito de domínio público, de modo objetivo e completo, fortalece o instituto, ao evitar que surjam dúvidas conceituais que possam refletir em imprecisões quanto ao escopo desse acervo. A LDA não apresenta a definição de domínio público, mencionando-o apenas de modo indireto¹¹⁴.

¹¹² As recomendações 16 e 20 da OMPI são examinadas na introdução do item 5.3 (Domínio Público: Eficácia na Utilização e na Gestão).

¹¹³ Formato também utilizado no item 5.1.2 deste trabalho (Propostas e Justificativas para Dispositivos Legais).

¹¹⁴ Artigos 14; 24, §2º; 33; 45; e 112 da LDA.

O artigo 45 da LDA¹¹⁵ diz quais obras pertencem ao domínio público, mas a definição passa não apenas pela determinação clara de seu objeto, como também pela amplitude do instituto, para que se tenha um ponto bem determinado para se tratar dos mecanismos de proteção e preservação desse acervo.

b) Domínio público antecipado

- O detentor dos direitos autorais patrimoniais sobre uma obra, a qualquer tempo em que a obra estiver sob prazo de proteção, pode desistir desses direitos, por escrito, em caráter irrevogável, cedendo a obra para o domínio público.

A previsão expressa de que o detentor dos direitos patrimoniais sobre uma obra possa desistir desses direitos, passando a obra para o domínio público, faz com que não haja dúvidas acerca da possibilidade de, por vontade expressa do titular, uma obra possa antecipadamente compor aquele acervo, o que contribui para o enriquecimento desse patrimônio cultural.

c) Irreversibilidade do Domínio público

- Obras em domínio público não podem voltar a gozar de proteção dos direitos autorais patrimoniais.

É a manifestação do Princípio da Inderrogabilidade do Domínio Público, conforme denominado por Denis Barbosa (2006, p. 72), para quem:

Um elemento crucial da equação constitucional das propriedades intelectuais seria que o ingresso no domínio público subsequente à expiração da exclusiva em cada sistema jurídico seria incondicional, universal e definitiva; a criação passa a ser comum de todos, e todos têm o direito de mantê-la em comumhão, impedindo a apropriação singular. (grifou-se)

Tornar expressa a impossibilidade de reversão da entrada de uma obra em domínio pública traz segurança jurídica para o interessado na utilização desse acervo, favorecendo a efetividade do domínio público

¹¹⁵ Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público: I - as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores; II - as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

não apenas no que diz respeito a acesso, mas também como fonte para criações.

d) Responsabilidade do Estado pelo Domínio Público

- Ao Estado cabe a defesa do domínio público, organizando o registro das obras desse acervo, e zelando pela preservação das obras nele incluídas.

Estabelecer uma responsabilidade ampla do Estado sobre a organização e gestão do domínio público, de modo que esse acervo seja elemento central da obrigação constitucional do Estado em promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro. Tornar expressa a função estatal no registro das obras que compõem o domínio público (favorecendo o uso do acervo) e da necessidade da atuação estatal para garantir a preservação das obras que integram o domínio público (o que também colabora para o uso do acervo).

Como apontado, o objetivo deste sucinto conjunto de propostas é o de promover o início do debate acerca de normas que protejam e deem efetividade ao domínio público. A importância desse acervo para o patrimônio cultural brasileiro é imensurável, razão pela qual há que se pensar em normas que assegurem a ele riqueza, acessibilidade e robustez.

É preciso que se garanta a efetividade ao domínio público, de modo que o instituto possa servir ao sistema de direitos autorais como o elemento de equilíbrio frente à proteção exclusiva concedida ao criador.

Sobre o bem público literário e artístico, objeto desse trabalho, há que se pensar nele como peça fundamental do instituto do domínio público – se a garantia de que um dia toda obra intelectual pertença ao acervo de livre uso para todos deve ser buscada, para o bem público literário e artístico esse caminho deve ser considerado inafastável. Ao bem público literário e artístico não se pode dar a chance de que, por qualquer razão, ele não venha a efetivamente passar ao domínio público, pois somente ao ser incluído nesse repositório esse bem terá encerrado o ciclo completo de finalidade pública pela qual foi criado ou adquirido pela Administração Pública.

5.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO

Neste capítulo foram abordadas propostas para o tratamento dos bens públicos literários e artísticos. Não se pode dar a esses bens o mesmo tipo de proteção concedida a bens privados. A finalidade coletiva das obras literárias e artísticas da Administração requer um regime que proporcione a máxima utilidade da obra, razão pela qual o amplo acesso ao bem deve ser o elemento a guiar a gestão desse acervo.

O tratamento adequado aos bens públicos literários e artísticos passa, portanto, pela elaboração de normas que se apliquem especificamente a essas obras, regulando-as com o objetivo de garantir o atingimento da sua finalidade pública, observando-se os princípios administrativos que regem a gestão dos bens públicos, a função social da sociedade aplicada aos bens autorais pertencentes à Administração, e a função estatal de garantir e promover o acesso ao conhecimento e à cultura. Conceituar o bem público literário e artístico, delimitando a esfera de aplicação desse regime particularizado, estabelecer regras gerais de livre acesso e uso, delimitar os casos que excepcionam o uso livre e definir prazos mais curtos para a proteção dos direitos patrimoniais das obras que compõem o acervo da Administração Pública são elementos que podem dar início à construção de uma proposta que busque o tratamento que observe a finalidade desses bens. Entretanto, a gestão dos bens públicos literários e artísticos passa também por outras soluções que complementam o regime jurídico particular para essas obras.

A utilização de licenças públicas é uma forma de colocar o bem público literário e artístico mais próximo da sociedade, permitindo que o interessado em utilizar a obra não tenha que solicitar autorização de uso para aquelas situações em que a própria Administração entendeu que deve ser concedido amplo acesso ao bem. Licenças customizadas podem oferecer a flexibilidade para que se adapte o acesso à obra de forma que se torne possível atingir o fim público que justificou a inclusão do bem no acervo da Administração.

O domínio público também representa um meio para que a Administração persiga a maximização da finalidade pública do bem (ao antecipar a inclusão do bem no domínio público). Porém, a relevância desse acervo vai além, pois representa peça fundamental para que se cumpra a responsabilidade estatal de garantir acesso ao conhecimento e à cultura e de preservação do patrimônio cultural brasileiro. É preciso que se dê efetividade ao domínio público, garantindo não só o acesso

aos bens autorais que o compõem, como também que toda obra venha de fato a fazer parte desse acervo, especialmente os bens públicos literários e artísticos.

6 CONCLUSÃO

Neste trabalho tratou-se da análise da necessidade de proteção autoral diferenciada para as obras intelectuais de titularidade da Administração Pública, em face dos princípios administrativos, da função social da propriedade e do direito fundamental de acesso ao conhecimento e à cultura.

No primeiro capítulo foram apontados os critérios que definem um bem como público: um subjetivo, que diz respeito ao detentor do domínio do bem, e outro objetivo, que tem por base a finalidade do bem. É a junção dessas características – subjetivas e objetivas – que define um bem público de modo completo. Portanto, um bem público pertence a uma pessoa jurídica de direito público interno, e está, direta ou indiretamente, associado a uma finalidade pública.

A finalidade pública justifica um regime jurídico aplicável a esses bens que derroga institutos de direito privado. Esse regime visa garantir o atingimento do objetivo coletivo esperado do bem público, objetivo este que fundamenta a inclusão do bem no patrimônio público. A Administração Pública exerce, portanto, a propriedade sobre o bem público tendo sempre em vista, em última instância, as necessidades da sociedade.

Se aos bens públicos, pelas razões apresentadas, se concede um tratamento diferenciado daquele dado aos bens da esfera privada, cabe avaliar se as obras literárias e artísticas pertencentes à Administração, e tuteladas pelo Direito Autoral, também são bens públicos, e por isso também devem afastar as regras de direito privado incompatíveis com a obtenção da finalidade pública desses bens.

Se uma obra literária e artística atende aos critérios subjetivos e objetivos que definem um bem público, ou seja, pertence a uma pessoa jurídica de direito público interno, e está associada, direta ou indiretamente, a uma finalidade pública, essa obra é um bem público literário e artístico, e a ela se deve aplicar um regime que contemple as condições aplicáveis a esse tipo de bem. Porém, por serem intangíveis (ou imateriais) e não rivais (em condições naturais, ou seja, sem que haja um mecanismo de controle sobre esses bens), essas obras requerem um tratamento específico distinto mesmo daquele aplicável aos bens públicos tangíveis, pelo menos em parte, de modo a se obter desses bens o máximo de benefício para a sociedade.

A Administração Pública tem utilizado o acesso facilitado aos recursos tecnológicos para ampliar a criação de bens intelectuais, sejam

eles associados ao apoio da atividade interna do órgão público, sejam eles relacionados à atividade finalística do órgão, e a Internet tem sido o meio pelo qual grande parte desse acervo tem passado a estar ao alcance da sociedade.

Por muito tempo se deu ênfase ao bem público tangível, seja ele móvel (carros, equipamentos) ou imóvel (terrenos, prédios), fato que se reflete de modo claro nas normas aplicáveis a esse acervo. Entretanto, os bens intangíveis têm assumido posição de destaque na Sociedade da Informação.

Ativos intangíveis já respondem por grande – se não a maior – parte do valor de uma empresa, em um fenômeno conhecido como “desmaterialização da riqueza”. Essa importância concedida ao bem intangível, ou imaterial, decorre de seu valor de uso, da utilidade que esses bens podem proporcionar à sociedade. É na busca da potencialização dessa utilidade que a Administração deve contar com um regime jurídico específico para os bens públicos intangíveis, apto a valer-se das características particulares desses bens para obter o maior benefício possível à sociedade.

No caso dos bens públicos literários e artísticos, significa dizer que a Administração não pode aplicar a essas obras o mesmo tratamento dado a um bem particular, calcado em extensos prazos de proteção e na necessidade quase inafastável de solicitação de autorização pelos interessados em utilizar esse bem. Esse regime de Direito Privado é o que prevalece na Lei 9610/98, a Lei de Direitos Autorais (LDA) brasileira, que não contempla um tratamento específico para o bem público literário e artístico que, como visto, possui finalidade bastante distinta da obra pertencente a um particular.

A análise dos institutos da LDA sob a ótica dos bens públicos literários e artísticos foi o objeto do segundo capítulo deste trabalho. O sistema de proteção autoral adotado no Brasil tem por base a Convenção da União de Berna, principal instrumento internacional sobre Direitos Autorais. A proteção autoral tem por objeto as obras literárias e artísticas, sobre as quais se aplicam direitos autorais morais, relacionados ao vínculo personalíssimo entre o autor e sua criação, especialmente no que se refere à autoria e integridade da obra, e direitos autorais patrimoniais, atinentes à exploração econômica dos usos da obra.

Os direitos morais de autor, especialmente no que se referem diretamente à autoria e integridade da obra, não conflitam com a finalidade pública dos bens públicos literários e artísticos, cujo uso

deve, da mesma forma que uma obra particular, resguardar o vínculo personalíssimo entre o autor e a obra por ele criada. Porém, é no direito patrimonial de autor que se encontra a principal diferença entre as finalidades encontradas nos bens públicos literários e artísticos e nos bens particulares.

A LDA apresenta um regime privatista de proteção do bem, que busca garantir as condições de exploração econômica da obra por meio de autorizações prévias obrigatórias de uso (ressalvados os casos de limites aos direitos autorais, bastante reduzidos na LDA), e em prazos extensos de vigência dos direitos patrimoniais. Se esses mecanismos servem bem ao detentor dos direitos patrimoniais sobre uma obra particular, não funcionam sob a ótica da finalidade coletiva do bem público literário e artístico.

O particular pode ter o objetivo principal de obter lucro com a exploração da obra, ou ter outros objetivos, como se vê com a proliferação de usos de licenças gerais públicas, casos em que a obra serve para divulgar os trabalhos do autor e até mesmo o próprio autor. Já a Administração não deve ter o objetivo de lucro como o elemento central a guiar a gestão do bem intelectual de sua propriedade. Ainda que eventualmente a Administração possa obter alguma retribuição financeira relacionada à exploração de um determinado uso de um bem público literário e artístico, como um livro editado ou um vídeo produzido pela Administração, esse proveito deve ser apenas um mecanismo adjacente para que se obtenha a finalidade pública do bem, em geral relacionada a ter seu conteúdo acessado e conhecido pela sociedade. É essa distinção entre os desígnios do bem particular e do bem público que deve ser explicitada no sistema autoral brasileiro, de modo que a tutela conferida aos bens públicos literários e artísticos seja ajustada ao alcance das finalidades coletivas inerentes a esses bens.

Historicamente, já houve no sistema autoral brasileiro um tratamento específico aos bens públicos literários e artísticos: tanto o CC16 quanto a Lei 5988/73, institutos que trataram dos Direitos Autorais em épocas distintas, previam um prazo de proteção dos direitos autorais patrimoniais bastante reduzido para as obras da Administração (de 15 anos contados da data de publicação) quando comparado aos prazos aplicáveis às obras pertencentes a particulares (regra geral de 60 anos, contados a partir da morte do autor ou da publicação da obra, conforme o caso). A atual lei de Direitos Autorais brasileira (Lei 9.610/98), como visto, não traz nenhum tipo de tratamento diferenciado aos bens públicos literários e artísticos.

Ao se analisar a proteção autoral dos bens públicos literários e artísticos em outros países, verifica-se a pouca preocupação com um tratamento diferenciado a essas obras. Como exemplo de país que adota esse regime específico, os EUA concedem amplo acesso a esses conteúdos para a sociedade norte americana, prevendo uma espécie de domínio público “territorial”, ou seja, essas obras são de livre uso somente naquele país. Em Portugal há norma que prevê que se coloque à disposição na Internet as obras publicadas pela Administração, conferindo amplo acesso a esse acervo. A situação mais comum é a da Argentina, similar a do Brasil, onde se prevê a não proteção autoral dos atos oficiais, até porque dependem da publicidade para ter validade, e a inexistência de um tratamento específico às obras literárias e artísticas pertencentes à Administração Pública.

No capítulo terceiro deste trabalho foram examinados os elementos que dão suporte à criação de um regime jurídico particularizado para os bens públicos literários e artísticos: a análise dos princípios administrativos que regem a gestão e utilização desses bens; a função social da propriedade (neste caso, pública) aplicada às obras literárias e artísticas pertencentes à Administração; e o papel dos bens públicos literários e artísticos diante do direito fundamental de acesso ao conhecimento e à cultura.

Os princípios administrativos norteiam a gestão dos bens públicos, tendo ainda o papel essencial de servirem para o estabelecimento do equilíbrio entre as prerrogativas da Administração e os direitos dos administrados. O princípio da supremacia do interesse público estabelece que a atuação pública deve estar pautada, de modo finalístico, para o benefício da sociedade, que deve estar a frente dos interesses particulares, mesmo os da própria Administração. É esse o motivo a afastar proteções de direitos patrimoniais excessivas, focadas na exploração econômica, aos bens públicos literários e artísticos, que devem dar lugar a uma tutela legal que privilegie o acesso a esses bens.

O princípio da eficiência impõe à Administração a busca pela máxima satisfação do administrado com o menor custo para a sociedade, precavendo-se do desperdício de recursos públicos. Esse princípio, portanto, requer a maior efetividade possível no uso e na gestão dos bens públicos literários e artísticos, garantindo-se à sociedade o mais amplo acesso a esses bens.

O princípio da finalidade aplicado aos bens públicos ressalta que esses devem estar, direta ou indiretamente, voltados a fins sociais, coletivos. Por esse princípio os bens públicos literários e artísticos não

devem ser tratados de modo a garantir interesses privados sobre esses bens, mas sim ser submetidos a regime que garanta o atingimento da finalidade pública intrínseca a eles.

Pelo princípio da razoabilidade se veda a imposição de restrições superiores ao que seria necessário para atingir o interesse público, motivo que impede o cerceamento do acesso ao bem público literário e artístico sem razão de interesse público que assim justifique.

O princípio da publicidade aplicado aos bens públicos demanda da Administração transparência quanto aos bens que compõem o patrimônio público, bem como na gestão desses; no caso dos bens públicos literários e artísticos, diz respeito também às informações necessárias para o uso adequado das obras literárias e artísticas pertencentes à Administração Pública.

A função social da propriedade aplicada aos bens públicos literários e artísticos – e nesse caso se está falando de propriedade pública, sempre condicionada à finalidade social que justifica a inclusão do bem no domínio estatal – aponta para a utilização desses bens como meios para fomentar o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico; esses objetivos sociais devem orientar a Administração quanto à gestão e utilização das obras autorais de sua titularidade, haja vista que o ente público titular de um bem exerce a propriedade sobre este somente no exercício de uma função social.

O artigo 215 da CF atribui ao Estado a responsabilidade de “garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional”. Os bens públicos literários e artísticos – cabe lembrar, também integrantes do próprio acervo cultural brasileiro – representam uma importante ferramenta para o cumprimento desse dever estatal, de modo que a esses bens, geridos pela Administração, se deva conceder o mais amplo acesso, o qual só pode ser limitado em condições excepcionais e por razões de interesse público devidamente justificadas.

Os pontos apresentados ressaltam a importância de se conceder aos bens públicos literários e artísticos um tratamento diferente daquele dado aos bens particulares. O conjunto de elementos que conduzem a gestão e o uso dos bens públicos literários e artísticos – princípios administrativos, função social da propriedade e direitos de acesso ao conhecimento e à cultura – apontam para a necessidade de um regime jurídico atento a essas condições.

O quinto capítulo deste trabalho tratou da análise de propostas para a criação de um tratamento normativo específico para os bens

públicos literários e artísticos, com base no interesse público e, portanto, na premissa de que a restrição ao acesso e utilização dos bens públicos literários e artísticos fosse a exceção. Também foram tratadas no capítulo outras soluções que podem complementar o regime aplicável a esse acervo, de modo a se buscar a obtenção das finalidades coletivas próprias desses bens.

Uma dessas soluções é a utilização de licenças gerais públicas, pela Administração, para colocar o bem público literário e artístico à disposição da sociedade. Esse mecanismo coloca a obra mais próxima do uso efetivo pelo interessado, pois se concede a ele preliminarmente autorização para utilização do bem, evitando-se processos burocráticos junto à máquina administrativa para solicitações de uso da obra naqueles casos em que a própria Administração entendeu não haver necessidade de restringir o acesso ao bem cultural de sua propriedade, de modo a ajustar esse acesso aos melhores meios de se obter a finalidade pública prevista para o bem, a qual justificou a inclusão desse no patrimônio público.

O domínio público representa outra solução a complementar o regime jurídico específico aos bens públicos literários e artísticos no que se refere à busca de meios para se garantir o atingimento dos objetivos coletivos dessas obras. É preciso que se assegure não apenas o acesso aos bens em domínio público, mas também que toda obra venha a compor esse acervo depois de encerrado o prazo de proteção dos direitos autorais patrimoniais, especialmente os bens públicos literários e artísticos.

Somente ao se garantir a efetiva entrada do bem público literário e artístico no domínio público é que ele terá completado o ciclo que representa a máxima finalidade coletiva associada a esse bem. É para dar efetividade ao domínio público, portanto, que se deve preservar tanto o conteúdo das obras autorais, como as informações que servem para indicar sobre a inclusão do bem nesse acervo de livre uso e acesso.

A Administração também pode optar por ampliar o domínio público – ou ao menos acelerar essa ampliação – ao antecipar a inclusão de um bem público literário e artístico nesse acervo, caso defina ser esta a forma mais adequada de se obter a finalidade pública desse bem. O domínio público representa ainda peça essencial para que o Estado cumpra com a responsabilidade prevista na CF de garantir a todos acesso ao conhecimento e à cultura e de preservar o patrimônio cultural brasileiro.

Ao bem público literário e artístico, diante da finalidade pública a ele inerente e que deve guiar a atuação da gestão na Administração desses bens, deve ser concedido um regime jurídico que contemple a busca pela máxima efetividade dos benefícios sociais que justificam a inclusão do bem no patrimônio público. Os princípios administrativos que regem a gestão desses bens pela Administração Pública, a função social aplicada à propriedade pública das obras literárias e artísticas e a responsabilidade estatal frente aos direitos fundamentais de acesso ao conhecimento e à cultura são os elementos a lastrear a definição desse regime jurídico particular. Esse tratamento diferenciado aos bens públicos literários e artísticos deve ter por fundamento o amplo acesso, e aproveitar as características da intangibilidade desses bens, bem como os recursos tecnológicos atuais, de modo a responder às necessidades da Administração frente às demandas da sociedade contemporânea.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. **Direito administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

ANDERSON, Chris. **A cauda longa**: do marketing de massa para o marketing de nichos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

ASCENSÃO, José Oliveira. O direito de autor como direito da cultura. In: _____. **Num novo mundo de autor?**. 1. ed. Lisboa: Edições Cosmos, 1994. Tomo I. p. 1053-1060.

_____. **Direito autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. **Direito da internet e da sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Propriedade intelectual**: direitos autorais, direitos conexos e software. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Bases constitucionais da propriedade intelectual**. 2006. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/bases4.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2011.

BARRAL, Welber. **Metodologia da pesquisa jurídica**. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Orgs.). **Propriedade intelectual e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Interesses públicos versus interesses privados:** desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2004. 2. v.

BOFF, Salete Oro; PIMENTEL, Luiz Otávio. **Propriedade do conhecimento científico e tecnológico**. 2007. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2673/15.pdf>>. Acesso em: 07 mai. 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1999.

BORBA, Francisco S. (Org.). **Dicionário Unesp do português contemporâneo**. São Paulo: Unesp, 2004.

BOYLE, James. **The public domain: enclosing the commons of the mind**. New Haven: Yale, 2008.

BRANCO JÚNIOR, Sergio Vieira. **Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRANCO JÚNIOR, Sergio Vieira; PARANAGUÁ, Pedro. **Direitos autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: mai. 2011.

BRASIL. Lei nº 5.988, de 19 de fevereiro de 1998. Regula os direitos autorais e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5988.htm>. Acesso em: mai. 2011.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, 05 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: mai. 2011.

CABRAL, Plínio. **A nova lei de direitos autorais**. Porto Alegre: Sagra, 1998.

_____. **Direito autoral: dúvidas e controvérsias**. São Paulo: Editora Harbra, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Jurua Editora, 2009.

_____. Aspectos gerais da teoria da função social do direito de autor. In: _____. **Estudos em homenagem ao Professor Carlos Fernando Mathias**. (no prelo). Disponível em: <<http://www.gcarboni.com.br/pdf/G6.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2011.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. (A era da informação: economia, sociedade e cultura, 1).

_____. **A galáxia da internet**. São Paulo: Jorge Zahar, 2003.

CHAVES, Antonio. **Nova Lei Brasileira de Direito de Autor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

CHRISTIE, Andrew F. **Maximising permissible exceptions to intellectual property rights**. Australia: University of Melbourne Legal Studies Research Paper, n. 553, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1914080>>. Acesso em: jan. 2012.

COSTA NETTO, Jose Carlos (Org.). **Manual do direito do entretenimento**: guia de produção cultural. São Paulo: SENAC, 2009.

COSTA NETTO, Jose Carlos. **Direito autoral no Brasil**. São Paulo: FTD, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado do domínio público**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Uso privativo de bem público por particular**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

DRAHOS, Peter. **Information feudalism: who owns the knowledge economy?**. London: Earthscan, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2008. 4v.

_____. **Uso privativo de bem público por particular**. São Paulo: Atlas, 2010.

DOCTOROW, Cory. **Content. Selected essays on technology, creativity, copyright, and the future of the future**. Disponível em: <http://craphound.com/content/Cory_Doctorow_-_Content.pdf> Acesso em: nov. 2011.

DUSOLLIER, Séverine. **Scoping study on copyright and related rights and the public domain**. World Intellectual Property Organization. Disponível em: <http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=147012>. Acesso em: 20 abr. 2011.

EBOLI, João Carlos de Camargo. Direito autoral limites à proteção. In: SEMINÁRIO NACIONAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL, 26., Brasília. **Anais...** Brasília: ABPI, 2006.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito autoral:** da antiguidade à internet. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Perfil constitucional da função social da propriedade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 35, 1 out. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/676>>. Acesso em: Agosto 2011.

FRIEDMAN, Thomas L. **O mundo é plano:** uma breve história do século XXI. 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à internet:** direitos autorais na era digital. São Paulo: Record, 1997.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo.** 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico.** 5. ed. São Paulo: Rideel, 2003.

GRECO, Marco Aurélio. **Internet e direito.** São Paulo: Dialética, 2000.

HAMMES, Bruno Jorge. **O direito de propriedade intelectual.** São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002.

HAUPT, Adam. **Stealing empire:** P2P, intellectual property and hip-hop subversion. South Africa, Cape Town: HSRC, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

KAMINSKI, Omar (Coord). **Internet legal:** o direito na tecnologia da informação. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

KEEN, Andrew. **The culture of the amateur:** how today's internet is killing our culture. New York: Doubleday, 2007.

LACORTE, Christiano. Direito autoral. Cultura, tecnologia e sociedade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2182, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12997>>. Acesso em: 17 mar. 2011.

LACORTE, Christiano; ARENHART, Gabriela. Domínio público fortalecido: acesso ao conhecimento e fonte de criações. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2973, 22 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19815>>. Acesso em: out. 2011.

LACORTE, Christiano. Direito autoral e licenças gerais públicas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2972, 21 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19816>>. Acesso em: set. 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 6.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEMOS, Ronaldo. **Licenças públicas gerais (Creative Commons)**. 2007. (Cadernos Colaborativos Acadêmicos FGV). Disponível em: <[http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Licen%C3%A7as_P%C3%ABlicas_Gerais_\(Creative_Commons\)](http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Licen%C3%A7as_P%C3%ABlicas_Gerais_(Creative_Commons))>. Acesso em: 10 abr. 2011.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005.

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.

_____. **The future of ideas: the fate of the commons in a connected world**. New York: Random House. 2001.

_____. **Code – Version 2.0**. New York: Basic Books. 2006.

_____. **Remix**. London: Bloomsbury. 2008.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora 34, 2000.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

McLEOD, Kenbrew. **Freedom of expression: overzealous copyright bozos and other enemies of creativity.** New York: Doubleday, 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso A. Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 1998.

MENDONÇA, Leandro José Luz Riodades de. Direito autoral e o setor público. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza – CE. **Anais...** Fortaleza – CE: UFC, 2010. p. 7902-7914.

MENEZES, Elisângela Dias. **Curso de direito autoral.** São Paulo: DEL REY, 2003.

MEZZAROBÀ, Orides; MONTEIRO, Cláudia. **Manual de metodologia da pesquisa no direito.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MICHAELIS. **Moderno dicionário da língua portuguesa.** São Paulo: Cia. Melhoramentos, 1998.

MONTENEGRO, Antônio Lindberg. **A internet em suas relações contratuais e extracontratuais.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo.** 15. ed. São Paulo: Forense, 2009.

NEGROPONTE, Nicholas. **A vida digital.** São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

- OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. **Monografia jurídica:** orientações metodológicas para o trabalho de conclusão de curso. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2002.
- GOMES, Orlando. **Direitos reais.** 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PAESANI, Liliane Minardi. **Direito de informática.** São Paulo: Editora Atlas, 2003.
- PEDLEY, Paul. **Digital copyright.** Londres: FACET, 2007.
- PESTANA, Márcio. **Direito administrativo brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- 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.
- PIMENTA, Eduardo Salles. **Código de direitos autorais ante os tribunais e acordos internacionais.** São Paulo: Lejus, 1998.
- _____. **A função social dos direitos autorais da obra audiovisual nos países Ibero-americanos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- REINALDO FILHO, Demócrito (Coord.). **Direito da informática:** temas polêmicos. Bauru: EDIPRO, 2002.
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil:** parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROVER, Aires (Coord.). **Direito, sociedade e informática.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.
- _____. **Direito e informática.** São Paulo: Manole, 2003.
- SANTIAGO, Oswaldo. **Proteção ao direito de autor no Brasil:** leis, códigos, regulamentos e convenções internacionais. Rio de Janeiro: Edição da União Brasileira de Compositores. 1956.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SINGER, Joseph William. **Entitlement - The Paradoxes of Property**. New Haven: Yale, 2000.

SMITH, Adam. **An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations**. London: MetaLibri, 2007.

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito administrativo**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

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

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 2000.

TIAN, YiJun. **Re-thinking intellectual property: the political economy of copyright protection in the digital era**. New York: Routledge-Cavendish, 2009.

TRIDENTE, Alessandra. **Direito autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.

VAIDHYANATHAN, Siva. **Copyrights and copywrongs: the rise of intellectual property and how it threatens creativity**. New York: New York University Press, 2001.

VAIDHYANATHAN, Siva. **The anarchist in the library: how the clash between freedom and control is hacking the real world and crashing the system**. New York: Basic Books, 2004.

VITTA, Heraldo Garcia. **Aspectos da teoria geral no direito administrativo**. São Paulo, Malheiros, 2001.

WACHOWICZ, M.; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva (Orgs.). **Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

WACHOWICZ, Marcos (Coord.). **Propriedade intelectual e internet.**
Curitiba: Juruá, 2002.

GLOSSÁRIO

Os conceitos centrais para o desenvolvimento dos argumentos e propostas presentes neste estudo têm a definição destacada neste glossário, de modo que se aponte o significado no qual o termo foi comumente utilizado no transcorrer do texto, evitando a ambiguidade de conceitos; caso outra acepção tenha sido utilizada no trabalho, será apresentada no trecho específico.

Administração Pública

Essa expressão será utilizada no sentido subjetivo, ou seja, abarcando o conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que tenham a atribuição de executar as atividades administrativas; são os sujeitos da função administrativa, quem as exerce de fato. Utiliza-se a expressão com iniciais maiúsculas para diferenciar do conceito objetivo, associado à atividade administrativa (CARVALHO FILHO, 2011, p. 27).

Bem Público

Neste trabalho, a expressão diz respeito ao bem cuja titularidade do domínio pertence à Administração Pública. O conceito é detalhado no item 2.1 deste trabalho (Definição de Bem Público), porém, faz-se importante frisar que, salvo mencionado de forma distinta, não se estará referindo ao conceito econômico, segundo o qual bem público é aquele não-rival e não-excludente (conceitos abordados no item 2.4 deste trabalho – Não Rivalidade dos Bens Públicos Literários e Artísticos), em contrapartida a um bem privado que, para a Economia, é um bem rival e excludente. Um bem é considerado não-rival quando ele pode ser usado (consumido) por diversas pessoas simultaneamente. O bem é não-excludente quando não se pode privar sua utilização.

Domínio Público

Neste trabalho, ao se referir a domínio público, salvo se expresso de forma contrária, estar-se-á tratando do significado associado ao direito autoral, ou seja, o conjunto de obras nas quais não mais incide a proteção patrimonial do direito de autor, e que, em virtude disto, seu uso é livre, independente de autorização ou pagamento. Essa distinção é importante, pois é comum, na doutrina administrativista, a utilização de domínio público no sentido de o conjunto de bens da Administração, como aponta José Cretella Júnior, bens de domínio público são “o conjunto das coisas móveis e imóveis de que é detentora a

Administração, afetados quer a seu próprio uso, quer ao uso direto ou indireto da coletividade, submetidos a regime jurídico de direito público derogatório e exorbitante do direito comum” (1984, p. 29).

Interesse Público

Neste trabalho, a expressão se refere ao interesse público primário, portanto, aquele atinente à finalidade do próprio Estado, ou como aponta Luís Roberto Barroso, da “razão de ser do Estado, e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social” (2007, p. XIV), e não ao interesse público secundário, relacionado às finalidades da própria Administração.

Proteção

Para fins deste estudo, tem a acepção apresentada no Dicionário Jurídico, de Maria Helena Diniz, “1. Na linguagem jurídica em geral, designa: a) ato ou efeito de proteger [...]; e) cuidado que se toma relativamente aos interesses alheios” (2008, v.3, p. 963).

Regime Jurídico

Neste trabalho, a expressão se refere ao conjunto de princípios, normas e categorias que regem o funcionamento de determinado instituto jurídico (DINIZ, 2008, v.4, p. 111).

Titularidade

Terá o sentido de posse de título, real ou ideal, indicativo, representativo ou comprobatório de um direito ou de uma qualidade jurídica, no caso, de domínio, ou seja, da propriedade de um determinado bem. No trabalho, normalmente aparecerá a referência na forma da titularidade da propriedade de um bem pela Administração Pública.

Tutela

Neste trabalho, o termo é utilizado no sentido de “proteção, amparo, defesa”, conforme o Dicionário Michaelis (1998, p. 2143), e o Dicionário UNESP de Português Contemporâneo, que assim exemplifica a definição: “O cidadão tem direito à tutela da lei.” (2004, p. 1399). *Ver “Proteção”*.