



INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – IDP
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – EDAP
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Maria Eduarda da Trindade dos Reis

DIREITOS AUTORAIS E O DIREITO DE ACESSO À CULTURA:
Elementos de um conflito entre direitos

Brasília - DF

2023

MARIA EDUARDA DA TRINDADE DOS REIS

**DIREITOS AUTORAIS E O DIREITO DE ACESSO À CULTURA:
Elementos de um conflito entre direitos**

Trabalho apresentado como requisito à obtenção da aprovação na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II e do título de Bacharel no âmbito da Graduação no curso de Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)

Orientador: Prof. Dr. Márcio Camargo Cunha Filho

Brasília - DF

2023

MARIA EDUARDA DA TRINDADE DOS REIS

DIREITOS AUTORAIS E O DIREITO DE ACESSO À CULTURA:

Elementos de um conflito entre direitos

Trabalho apresentado como requisito à obtenção da aprovação na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II e do título de Bacharel no âmbito da Graduação no curso de Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)

Orientador: Prof. Dr. Márcio Camargo Cunha Filho

Prof. Dr. Márcio Camargo Cunha Filho

Professor Orientador

Prof. Me. Maíra de Deus Brito

Membra da Banca

Prof. Dr. Raphael Peixoto de Paula Marques

Membro da Banca

DIREITOS AUTORAIS E O DIREITO DE ACESSO À CULTURA: Elementos de um conflito entre direitos

Maria Eduarda da Trindade dos Reis

INTRODUÇÃO; 1. O cenário contemporâneo e a tensão entre os direitos autorais e o acesso à cultura; 2. O entendimento jurídico dos direitos autorais e de suas tensões com o direito de acesso à cultura; 2.1. O direito de acesso à cultura e à educação: A função social da propriedade e suas aplicações às criações autorais; 2.2. A necessária reforma do sistema de proteção autoral; 4. Conclusão; REFERÊNCIAS

RESUMO: A partir de uma análise da legislação brasileira que rege o sistema de proteção às obras autorais, e considerando o contexto socioeconômico em que estamos inseridos, pudemos investigar as diferentes concepções do que configura o acesso à cultura e as tensões entre este direito e a proteção de direitos autorais. Assim, com apoio em jurisprudências recentes, doutrina especializada em direito da propriedade intelectual e direito da arte, bem como do direito comparado, especialmente com os Estados Unidos, a Inglaterra e Estados da União Europeia, pudemos apontar alguns dos problemas enfrentados por instituições culturais no desempenho de sua função social e identificar barreiras que a própria legislação impõe para a concretização do acesso à cultura. A partir da pesquisa realizada e do retrato fático da sociedade que apresenta marcante desigualdade na possibilidade de acesso à cultura a depender não apenas de níveis socioeconômicos, mas geográficos, sugerimos algumas mudanças necessárias no tocante ao direito autoral que deve, enquanto resguarda o autor de obras criativas, permitir o acesso do restante da população a elas.

PALAVRAS-CHAVE: direito autoral; direito à cultura; *copyright*; função social da propriedade; instituições culturais

RESUMO: From an analysis of the Brazilian law that governs the protection of creative works, and considering the social-economical context in which we are inserted, it was possible to verify that right to access culture foreseen in article 227 of the Brazilian Constitution is not being granted to the population as a whole. Thus, with the support of recent Court Opinions, doctrines specialized in intellectual property law and art law, as well as of comparative law, mainly involving the United States, England and Member States of the European Union, we were able to pinpoint some of the problems faced by cultural institutions while performing their social function and identify barriers imposed by pieces of Brazilian

legislation on the realization of cultural access. From this research and from the factual portrait of society, that presents notable inequities in the possibility to cultural access depending not only on social-economical factors, but also on the geographical location of individuals, we suggest a few necessary changes in the system that protects creative works, once it must, while protecting the author of creative pieces, allow for those to be accessible to the rest of the people.

PALAVRAS-CHAVE: *droit d'auteur*; right to culture; copyright; social function of property; cultural institutions

INTRODUÇÃO

Os direitos autorais como entendidos no Brasil são protegidos por um sistema de direito do autor com foco em proteger seus criadores, e não nas obras em si. No entanto, no ensejo de proteger o autor e garantir a este o retorno financeiro pelo uso e o compartilhamento de suas criações, bem como garantir as condições para que este continue criando com alguma estabilidade financeira e fonte de renda, o direito autoral acaba por funcionar, na prática, também como uma barreira ao direito à informação e à cultura. De notícias jornalísticas a produções acadêmicas, passando por programas de televisão, filmes, livros, jogos e outras formas de produtos culturais, o preço a ser pago para o acesso legal ao conteúdo é proibitivo a grande parte da população mundial, atingindo, com isso, majoritariamente pessoas do Sul Global¹. Essa é a dicotomia analisada nesse artigo: a tensão existente entre os efeitos do direito autoral: por um lado, protege autores e sua produção; por outro, cria obstáculos a outro direito, o acesso à cultura.

Nesse sentido, tem-se a ideia de que a internet, que está disponível comercialmente no Brasil desde 1995 teria sanado o problema do acesso à informação e à cultura, o que não corresponde à realidade. Como será demonstrado adiante, o acesso à internet está concentrado em determinadas regiões e para pessoas de determinadas classes sociais. Ainda que o acesso à internet *per se* não implique a violação de direitos autorais, há uma primeira barreira à democratização do acesso à cultura na quantidade de conteúdos pagos individualmente, ou

¹ Por Sul Global entendemos as “regiões da América Latina, Ásia, África e Oceania. É um termo da mesma família de “Terceiro Mundo” e “Periferia” que denotam regiões fora da Europa e dos Estados Unidos, majoritariamente (mas não inteiramente) e comumente marginalizadas cultural ou politicamente”. DADOS, Nour; CONNELL, Raewyn. The global south. Contexts. Vol. 11, N. 1. Inverno de 2012, pp. 12-13. Tradução livre.

mesmo na multiplicidade de plataformas pagas de streaming que, somadas, se tornam proibitivas a grande parte da população, mesmo com acesso à internet.

Conforme o contexto que será ilustrado a seguir, o problema da pesquisa aqui apresentada é a tensão entre dois direitos elencados na Constituição Federal, os direitos autorais, presentes nos incisos XXVII e XXVIII do artigo 5º da Carta Magna, e o direito de acesso à cultura, tutelado pelo artigo 216 do mesmo diploma. Para nortear a pesquisa, foi necessário o foco em institutos como “acesso à cultura”, “direito à informação”, “direitos autorais”, e “*copyright*”.

Nesse sentido, esta discussão é relevante em um momento em que torna-se inevitável considerar a discussão sobre como manter a proteção ao direito autoral, sem, com isso, impedir a garantia dos direitos constitucionais de acesso à informação e à cultura.

A pesquisa foi realizada tendo como base primária a análise bibliográfica, com tendência à interdisciplinaridade, uma vez que, apesar da abordagem de aspectos jurídicos, o contexto — presente e histórico — não pode ser analisado sem o apoio das ciências sociais como a história, a filosofia, a sociologia e a antropologia.

No campo do direito, foram abordados primordialmente princípios constitucionais e direitos fundamentais, a partir da Constituição Federal de 1988 e da Declaração Universal de Direitos Humanos, e o sistema de proteção ao direito autoral no Brasil, que abrange especialmente a Lei de Direitos Autorais - "LDA" (Lei n. 9.610/1998) e a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas de 1886 (revista em 1971 e incorporada ao ordenamento pátrio pelo Decreto n. 75.699/1975). Ainda, no tocante ao direito comparado, foram traçados paralelos entre os limites legais para políticas de acesso à cultura entre a legislação pátria e àquela dos Estados Unidos, da Inglaterra, e da Europa continental, considerando a internacionalização da produção cultural.

Nesse sentido, foram analisados não apenas os aspectos legais da questão, mas práticas de instituições culturais localizadas em diversas jurisdições quanto aos seus sucessos e às barreiras encontradas para sua execução, assim como o aspecto da produção acadêmica com base em objetos museológicos e os percalços que devem ser superados por estudiosos para divulgação científica. Por fim, em uma intersecção entre a letra da lei e sua aplicação prática, foi destacado o Projeto de Lei n. 4007/2020, que propõe uma emenda da LDA

atualizada para o contexto tecnológico atual, o que se mostra potencialmente benéfico para a efetivação do direito de acesso à cultura.

Com apoio na doutrina e em precedentes judiciais recentes, foram analisados, ao longo da pesquisa, casos concretos que representam problemáticas reais que devem ser consideradas na redação de normativas que compõe o sistema de proteção autoral de forma que o autor tenha seus direitos protegidos enquanto ao público é garantido o acesso às produções culturais.

1. O cenário contemporâneo e a tensão entre os direitos autorais e o acesso à cultura

A preocupação com a digitalização de obras de arte para ampliar o acesso à cultura, conforme as missões institucionais dos museus não é um dado novo. Podemos considerar, nesse sentido, que quando pensamos nos museus, o binômio preservação e divulgação da história e da arte é indissociável. Tomamos como exemplo o Código de Ética para Museus, elaborado pelo ICOM (*International Council of Museums* - Conselho Internacional de Museus), que estabelece os “padrões mínimos para a prática profissional e atuação dos museus e seu pessoal” é claro nesse aspecto:

1. Os museus preservam, interpretam e promovem o patrimônio natural e cultural da humanidade Princípio: Os museus são responsáveis pelo patrimônio natural e cultural, material e imaterial. **As autoridades de tutela e todos os responsáveis pela orientação estratégica e a supervisão dos museus têm como primeira obrigação proteger e promover este patrimônio, assim como prover os recursos humanos, materiais e financeiros necessários para este fim.**

[...]

2. Os museus mantêm acervos em benefício da sociedade e de seu desenvolvimento Princípio: Os museus têm o dever de adquirir, preservar e valorizar seus acervos, a fim de contribuir para a salvaguarda do patrimônio natural, cultural e científico. Seus acervos constituem patrimônio público significativo, ocupam posição legal especial e são protegidos pelo direito internacional. **A noção de gestão é inerente a este dever público e implica zelar pela legitimidade da propriedade desses acervos, por sua permanência, documentação, acessibilidade e pela responsabilidade em casos de sua alienação, quando permitida.** (grifos nossos)

Outrossim, no que tange à questão dos direitos autorais, em jurisdições com base na *Civil Law*, de tradição romano-germânica, como o Brasil, ou *copyright*, em países de tradição da *Common Law*, importante considerar que quando pensamos na digitalização de obras de arte e objetos históricos objetiva-se amplificar o acesso ao conhecimento.

Assim, podemos observar a tensão entre o direito à cultura, previsto no artigo 22 da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) no nosso caso e trazendo um contexto específico ao Brasil, considerando o previsto no artigo 215 da Constituição Federal

brasileira(CF), e os direitos de propriedade intelectual, também previstos em ambos os diplomas, respectivamente nos artigos 27 e 5º, inciso XXVII.

Neste caso, as exceções previstas na Lei n. 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais - LDA) para o uso de obras protegidas por direitos autorais constam, em rol taxativo, nos arts. 46 a 48, não incluem previsões de uso para garantia do acesso à cultura, com a exceção da adaptação de obras para deficientes visuais, sem fins comerciais². No lugar de criar exceções a partir de critérios gerais pré-definidos para aplicação aos casos concretos, o legislador brasileiro optou por apresentar na LDA exceções pontuais que não necessariamente abrangem as necessidades que encontramos contemporaneamente.

Verifica-se, assim, que o rol de exceções aos direitos autorais da LDA não contempla a reprodução de obras com intuito educacional, ou de divulgação científica, sendo obstáculo para o compartilhamento de produções culturais e de estudos delas derivadas com terceiros. Ainda, a digitalização da obra consiste, tecnicamente, em uma reprodução da obra em outra mídia e enseja, na linguagem da LDA como entendida pela doutrina especializada, proteção autoral como uma nova obra, devendo ser, portanto, limitada em seu compartilhamento e limitando, por sua vez, a concretização do acesso à cultura.

Alternativamente, um modelo diverso foi adotado, tomando, por exemplo, o *Copyright Act*³ dos Estados Unidos, no qual foi introduzida a exceção de *copyright* do *fair use* em sua Seção 107. No caso, são listadas algumas possibilidades do chamado “uso justo”, a título meramente exemplificativo e, em seguida, os quatro fatores que devem ser considerados quando se avalia se um uso específico de uma obra protegida é abrangido por esta exceção. São eles:

- (1) o objetivo e o caráter do uso, incluindo se tal uso é de natureza comercial ou para propósitos educacionais não lucrativos;
- (2) a natureza da obra protegida;
- (3) a quantidade e o conteúdo da parte usada em comparação com a obra protegida como um todo; e

² Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I - a reprodução: (...)

d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários;

³ O Copyright Act americano foi originalmente sancionado em 1976, tendo sido emendado pontualmente ao longo de sua vigência, e integra o Título 17 do Código dos Estados Unidos. Disponível em: <https://www.copyright.gov/title17/>. Acesso em 05 set. 2023.

(4) o efeito do uso no potencial mercado de comercialização ou valor da obra protegida.⁴

A doutrina do *fair use*, no entanto, também apresenta seus pontos negativos, especialmente a insegurança jurídica, uma vez que, apesar da doutrina e da jurisprudência desenvolver os requisitos para que seja considerado o uso justo de uma obra protegida, é difícil prever qual será a conclusão jurídica em demandas específicas.

Podemos tomar como exemplo o caso *Warhol v. Goldsmith*, julgado recentemente pela Suprema Corte Americana⁵. O objeto da demanda são as fotografias que a fotógrafa Lynn Goldsmith tirou de Prince em 1981, de um lado, e a obra *Orange Prince*, produzida por Andy Warhol para ilustrar uma matéria da revista *Vanity Fair* em homenagem ao músico em 1984, que teve como base uma das fotografias de Goldsmith. Após serem contactados pela fotógrafa que reclamava a paternidade da imagem original, a *Warhol Foundation*, atual detentora dos direitos autorais das obras de Warhol propôs ação judicial para que fosse declarada a não infração de direitos autorais no trabalho comissionado ao artista *pop*.

Em *Warhol v. Goldsmith* a Suprema Corte foi instada a se pronunciar apenas quanto ao primeiro critério, entendendo que o uso da imagem original não foi transformador, uma vez que o objetivo de ambas as obras era o mesmo, aquele de ilustrar uma matéria jornalística sobre uma celebridade, e indeferindo, portanto, os pedidos da *Warhol Foundation*. Assim, apesar de a Suprema Corte americana ter precedentes quanto ao *fair use* de obras protegidas por *copyright*⁶, não há ainda um padrão jurídico que possa ser aplicado a casos gerais de direitos autorais, tendo os precedentes analisado pontualmente questões específicas de *fair use*, de forma inaplicável a casos gerais de direitos autorais⁷. Isso faz com que ainda seja

⁴ Tradução livre. No original: (1) *the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;* (2) *the nature of the copyrighted work;* (3) *the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and* (4) *the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.*

⁵ O caso n. 21-869 foi julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 18 de maio de 2023. A decisão está disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-869_87ad.pdf. Acesso em 05 set. 2023.

⁶ Em *Campbell, aka Skywalker et al. v. Acuff-Rose Music, Inc.* (No. 510 U.S. 569, 1994). entendeu-se como *fair use* a paródia da música *Pretty Woman*, de Roy Orbison, pelo grupo de rap *2Live Crew*, mesmo após o artista original ter negado tal uso pelos *rappers*.

⁷ MAGALHÃES, Fernanda; DORIGO, Clara; TRINDADE, Eduarda. Caso Warhol v. Goldsmith: Uso justo aplicado às artes plásticas. Conjur - Consultor Jurídico, 05 jul. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-05/opiniao-warhol-goldsmith-uso-justo-aplicado-artes>. Acesso em 05 set. 2023

inseguro o uso da defesa do *fair use*, podendo ensejar compensação financeira por demais elevada para instituições culturais.

Igualmente, nesse sentido, tanto a União Europeia quanto o Reino Unido emendaram suas respectivas normativas que regulam os direitos autorais para criar exceções de direitos autorais especificamente para museus e instituições culturais. No caso inglês, o *Copyright, Designs and Patents Act 1998* (Lei de Direito autoral, design e patentes de 1998 - “CDPA”) foi emendado em 2014 para constar, nas Seções 40B⁸ e 42⁹, respectivamente, a disponibilização para o público de obras devidamente adquiridas pela instituição; e a feição de cópias de obras para preservação ou para substituir uma obra perdida, destruída ou danificada. Essas cópias servis só podem ser feitas no caso de a obra original fazer parte da coleção permanente da instituição. A União Europeia, por sua vez, abordou essa questão por meio da Diretiva (UE) 2019/790, que estabelece diretrizes para a conservação do patrimônio cultural por meio de cópias servis (art. 6^{o10}); e para a utilização de obras e outros materiais protegidos por direitos autorais fora do circuito comercial (art. 8^o).¹¹

⁸ *Section 40B. Libraries and educational establishments etc : making works available through dedicated terminals*

(1) Copyright in a work is not infringed by an institution specified in subsection (2) communicating the work to the public or making it available to the public by means of a dedicated terminal on its premises, if the conditions in subsection (3) are met. (...)

⁹ *Section 42. Copying by librarians etc: replacement copies of works*

(1) A librarian, archivist or curator of a library, archive or museum may, without infringing copyright, make a copy of an item in that institution's permanent collection—

(a) in order to preserve or replace that item in that collection, or

(b) where an item in the permanent collection of another library, archive or museum has been lost, destroyed or damaged, in order to replace the item in the collection of that other library, archive or museum, provided that the conditions in subsections (2) and (3) are met. (...)

¹⁰ *Art. 6º. Os Estados-Membros devem prever uma exceção aos direitos previstos no artigo 5.o, alínea a), e no artigo 7.o, n.o 1, da Diretiva 96/9/CE, no artigo 2.o da Diretiva 2001/29/CE, no artigo 4.o, n.o 1, alínea a), da Diretiva 2009/24/CE e no artigo 15.o, n.o 1, da presente diretiva, a fim de permitir que as instituições responsáveis pelo património cultural efetuem cópias de obras e outro material protegido que façam permanentemente parte das suas coleções, em qualquer formato ou suporte, para efeitos de conservação dessas obras ou outro material protegido e na medida em que tal seja necessário para assegurar a sua conservação. (...)*

¹¹ *Art. 8º. 1. Os Estados-Membros devem prever que uma entidade de gestão coletiva possa conceder, nos termos do respetivo mandato conferido pelos titulares de direitos, uma licença não exclusiva para fins não comerciais a uma instituição responsável pelo património cultural para a reprodução, distribuição, comunicação ao público ou colocação à disposição do público de obras ou outro material protegido fora do circuito comercial que fazem permanentemente parte da coleção da instituição, independentemente do facto de todos os titulares de direitos abrangidos pela licença terem ou não conferido um mandato à entidade de gestão coletiva, desde que: a) A entidade de gestão coletiva seja, com base nos mandatos que lhe foram conferidos, suficientemente representativa dos titulares de direitos no tipo pertinente de obras ou outro material protegido e dos direitos que são objeto da licença; e b) Seja garantida a igualdade de tratamento de todos os titulares de direitos em relação às condições da licença. (...)*

A diferença entre os regimes jurídicos adotados por cada jurisdição é significativa. Há dois principais sistemas de proteção a criações autorais: o *copyright*, de tradição inglesa, e o *droit d'auteur* (direito autoral), de tradição francesa, ou continental europeia. Em distinção bem definida por Bezerra (2021), o sistema baseado no *copyright* tem cunho comercial, atualmente vigente nos Estados Unidos e na Inglaterra, e cujo objeto tutelado é a obra em si, ou, ainda, o direito de cópia em seu aspecto patrimonial como um bem comercializável; enquanto o sistema baseado no direito de autor, vigente no Brasil e em outros países de tradição jurídica romano-germânica, é voltado à tutela do autor, incluindo direitos personalíssimos como os direitos morais.

A diferença entre os objetos tutelados pelo *copyright* e pelo direito do autor é, na verdade, uma consequência dos diferentes pensamentos filosóficos que deram origem a cada corrente. O *copyright* tem sua origem no pensamento de Locke¹² de que cada indivíduo teria um direito natural aos frutos de seu trabalho intelectual, tendo, portanto, a obra como objeto principal a ser protegido. Por outro lado, o direito de autor segue uma ideia hegeliana¹³ de *personalidade*, no sentido de que criações intelectuais são manifestações ou extensões da personalidade de seus autores, possuindo, logicamente, um foco na pessoa do autor e implicando em direitos morais de caráter personalíssimo. A lógica capitalista baseada em oferta e demanda também encontra eco na teoria utilitarista aplicada à propriedade intelectual, segundo a qual a compensação financeira devida por um período limitado de tempo ao criador de determinada obra para corrigir a desigualdade de custos envolvida na criação integral da obra pelo autor e aquela inferior, apenas de reprodução técnica, de copistas, permitiria que criadores de obras consideradas de maior qualidade, ou insubstituíveis, por seu público consumidor, cobrassem valores mais elevados pra permitir o acesso às suas criações. Por fim, uma quarta corrente filosófica, com base em Karl Marx e na justiça distributiva, teria como objetivo ampliar o acesso às criações culturais para o desenvolvimento de um contexto social-democrático mais diverso que incentiva a criação artística e educativa. Para tanto, o período de tempo durante o qual seria devido ao autor compensação financeira por suas criações seria

¹² Esta corrente se baseia nas ideias de Locke sobre os direitos naturais à vida, à liberdade, à propriedade e à resistência à tirania, sobre os quais o autor disserta em “O segundo tratado sobre o governo civil”, publicado inicialmente de forma anônima em 1689.

¹³ Esta corrente toma como base os conceitos de Hegel de personalidade, liberdade, e vontade, como expressos em “A filosofia do espírito”, terceira parte de sua “Enciclopédia das ciências filosóficas”, publicado pela primeira vez em 1817 a partir de suas aulas sobre o tema.

encurtado, objetivando uma equalização de acesso às produções culturais.¹⁴ Esta última corrente nos parece a mais adequada para maximizar o acesso à cultura e à educação de forma a cumprir os ditames constitucionais.

Como resultado, ao pensarmos na democratização do direito de acesso à cultura, precisamos considerar o acesso também aos conteúdos produzidos por outras culturas, em outras jurisdições, e eventuais diferenças, em menor ou maior escopo, dificultam a importação e a exportação de obras culturais, necessárias para incentivar a produção de novos conteúdos. Devemos ainda considerar os contratos de cessão e licenciamento de obras autorais em vigor. Nesse tópico, o autor Bill Willingham, criador da série de histórias em quadrinho *Fables*, publicada desde 2002 pela *DC Comics* e que já adaptada para outras mídias, como nos jogos de videogame desenvolvidos pela *Telltale Games*, declarou, em setembro deste ano, que estava cedendo os direitos de suas criações para a coletividade. Willingham divulgou sua cessão generalizada e definitiva por meio de uma nota à imprensa¹⁵ e justificou sua decisão em não ter se sentido respeitado pela *DC Comics* em seu uso de suas criações e em licenciamentos para terceiros sobre os quais ele, o autor, não tinha controle, bem como em sua atual crença de que o tempo durante o qual o autor seria financeiramente compensado por suas criações deveria ser, em verdade, mais curto, de, no máximo trinta anos, e não paulatinamente prolongado como foi nos Estados Unidos ao longo do último século¹⁶.

Ainda, importante considerarmos o contexto tecnológico atual. A cultura do remix¹⁷, baseada na combinação ou edição de obras existentes para produzir algo novo era considerada uma marcante característica do *hip hop* americano dos anos 1980, com expoentes como o

¹⁴ FISHER, William. Theories of Intellectual Property. In: MUNZER, Stephen Munzer (Org.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2001, pp. 1-5.

¹⁵ JOHNSTON, Rich. Bill Willingham Declares Fables is Public Domain, What Will DC Do Now? *Bleeding Cool*, 14 set. 2023. Disponível em: <https://bleedingcool.com/comics/bill-willingham-declares-fables-is-public-domain-what-will-dc-do-now/>. Acesso em 14 nov. 2023.

¹⁶ Em um documento que contempla as hipóteses de proteção por *copyright* de diversos tipos de criação autoral, o Escritório de Copyright dos Estados Unidos (*United States Copyright Office*) resume as mudanças no sistema de proteção dessas obras desde o Estatuto de 1909 até o presente, e pode-se observar um prolongamento da proteção, inicialmente de 28 anos, renováveis uma vez, a partir da publicação da obra para os atuais 70 anos a partir da morte do autor, ou, no caso de autor desconhecido, 95 anos da publicação ou 120 anos da criação da obra protegida, o que sobrevier primeiro. Para mais, ver: <https://www.copyright.gov/circs/circ15a.pdf>. Acesso em 16 nov. 2023.

¹⁷ Para mais sobre a cultura do remix, ver FERGUSON, Kirby. *Everything is a Remix Remastered*, 2015. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=nJPERZDfyWc&list=PL68UIRBIMpR2bG3LJ5Jo2CJ23x_OF4phg. Acesso em 02 nov. 2023.

grupo *Public Enemy*, que criava verdadeiras paredes de som a partir de inúmeras músicas pré-existentes como pano de fundo para seus *rappers*¹⁸, com inserção de *samples* de outras músicas. Nos dias de hoje, o remix se tornou progressivamente mais acessível e, no momento, praticamente qualquer pessoa com acesso a um celular ou um computador pode criar suas próprias montagens a partir de conteúdos anteriores. Na Web2, caracterizada pela interação entre os usuários, os conhecidos *memes*¹⁹ são divulgados a todo instante, e tecem comentários aos mais diversos assuntos, do aquecimento global às mais recentes fofocas de celebridades, passando por crises políticas. Esses *memes* acabam se apropriando de imagens, sons e textos de várias fontes, geralmente sem crédito e, por vezes, a popularidade do *meme* faz com que aquele elemento adquira um significado inteiramente novo e dissociado da obra original.²⁰ Tal escalada nunca antes vista desafia o entendimento do conceito de *fair use* e os parâmetros para sua aplicação na moderação *online* de conteúdos.

Ao mesmo tempo que a internet apresenta novos desafios para os direitos autorais, ela também amplia o alcance de conteúdos a uma gama de pessoas que, por qualquer motivo, não têm condições de visitar presencialmente uma instituição cultural. Consequentemente, o funcionamento da rede apresenta, também, novas oportunidades para as instituições culturais se conectarem com potenciais visitantes e interessados, divulgarem seu trabalho expositivo e de pesquisa, e gerarem curiosidade sobre seu acervo.

No entanto, no caso brasileiro, considerando os termos vagos empregados pela LDA em seus arts. 46 a 48, há um risco real tanto financeiro quanto reputacional para museus e instituições culturais que tentem efetivamente cumprir com sua função social, de divulgar e preservar a produção artística e histórica, e colaborar para garantir o direito constitucional à cultura. Nesse sentido, também as obras literárias se tornam restritas, uma vez que não há uma exceção expressa na LDA que viabilize a reprodução dessas criações para o ensino, o que

¹⁸ MCLEOD, Kembrew. How copyright law changed hip hop: An interview with Public Enemy's Chuck D and Hank Shocklee. Stay Free!. 01 Jun. 2004. Disponível em: <https://littlevillagemag.com/how-copyright-law-changed-hip-hop-an-interview-with-public-enemys-chuck-d-and-hank-shocklee/>. Acesso em 03 nov. 2023.

¹⁹ O termo *meme* tem origem em um conceito da biologia cunhado por Richard Dawkins (1976) e é empregado para designar unidades mínimas de cultura disseminadas entre as pessoas por meio de mecanismos de imitação, ou “unidade de transmissão o imitação cultural”. Para mais, ver HERNANDEZ, 2021.

²⁰ HERNÁNDEZ, Marianne Díaz. *Memes para sobrevivir al Apocalipsis*: Desafios desde la propiedad intelectual para el tratamiento de obras derivadas digitales en América Latina. America Latina: Derechos Digitales, 2021. Disponível com licença Creative Commons 4.0 Internacional em: https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/150721_Derechos-Digitales_Memes-para-sobrevivir-al-apocalipsis.pdf. Acesso em 02 nov. 2023.

afeta diretamente escolas e faculdades. Obviamente não estamos aqui defendendo que as instituições culturais, públicas ou privadas, ignorem por completo o sistema de proteção de direito autoral, mas que tirem proveito do contexto contemporâneo de difusão de cultura.

Há, ainda, uma segunda dificuldade para o acesso à cultura que decorre do sistema de proteção aos direitos autorais. O ato de criar uma cópia de obras já em domínio público, mesmo em meio digital, pode ter como efeito automático a proteção autoral desta “nova obra”. Essa proteção configura mais um obstáculo para a disponibilização de obras por museus e instituições culturais ao público geral. Como mencionado anteriormente, a reprodução de uma obra em uma mídia diversa, seja por uma fotografia ou por outros métodos de digitalização enseja, tecnicamente, uma nova produção autoral. Enquanto algumas jurisdições impõem limitações que previnem que fotografias diretas de obras existentes sejam objeto de proteção autoral, por serem entendidas como meras reproduções, a legislação brasileira é silente sobre esta questão, de forma que se torna obrigatório creditar o responsável pela reprodução ou fotografia²¹ e as instituições culturais que encomendaram tal reprodução se tornam titulares desta nova obra, a imagem de uma obra anterior, já em domínio público. Ainda, uma vez que a LDA é silente quando à titularidade dos direitos autorais de obras produzidas sob encomenda ou sob contrato empregatício, estamos sujeitos à interpretação doutrinária sobre as características e os limites dos direitos nas instituições culturais em obras produzidas nesse regime.

Tomando, novamente, como exemplo, a Diretiva (UE) 2019/790, esta questão foi abordada em seu art. 14²², de forma a garantir que os museus e instituições que possuem em ser acervo obras em domínio público possam difundir suas coleções ampla e irrestritamente, em meio digital, atendendo ao interesse público, sem riscos de reprimendas legais (PENKAL; CORTIANO, 2021).

²¹ LDA, Art. 79. O autor de obra fotográfica tem direito a reproduzi-la e colocá-la à venda, observadas as restrições à exposição, reprodução e venda de retratos, e sem prejuízo dos direitos de autor sobre a obra fotografada, se de artes plásticas protegidas.

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

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

²² Art. 14. Os Estados-Membros devem prever que, depois de expirado o prazo de proteção de uma obra de arte visual, qualquer material resultante de um ato de reprodução dessa obra não esteja sujeito a direitos de autor ou a direitos conexos, salvo se o material resultante desse ato de reprodução seja original, na aceção de que é a criação intelectual do próprio autor.

Por outro lado, este dispositivo traz uma proteção para que terceiros possam fazer uso, como lhes é de direito, de obras em domínio público, sem serem cobradas pelas instituições de cujos acervos fazem parte. Sob a justificativa dos custos elevados para a digitalização das obras, que acarretam no gasto de tempo e financiamento, uma prática relativamente comum de museus e instituições culturais é a reivindicação de direitos exclusivos sobre essas cópias de obras já em domínio público.

Assim, ao dissertar sobre o instituto do domínio público, Sérgio Branco comenta, já na exposição de motivos de sua tese, a prática da Biblioteca Nacional, um órgão público, de não apenas cobrar pelas cópias de imagens em domínio público de seu acervo, como a condicionar este acesso ao uso desejado pelo solicitante (BRANCO, 2011, p. 1). Na prática, isso significa que o interessado nas obras em questão será cobrado por seu acesso independente do que motivou seu interesse, e do *status* de proteção da obra. Verifica-se, portanto, a prática do que pesquisadores criticavam na Europa como “*tax on scholarship*”, ou “imposto acadêmico”. Em uma convocação pública que se desdobrou em uma carta enviada ao jornal *The Times*²³ e foi discutida no Parlamento Inglês²⁴, o acadêmico Bendor Grosvenor²⁵ expõe, a partir dos preços cobrados por museus públicos da Inglaterra para a reprodução de imagens em livros, trabalhos acadêmicos ou mesmo palestras, os efeitos que esta cobrança tem em pesquisadores da história da arte e no conteúdo privado do público geral: para o uso de uma reprodução do quadro *The Painter and his Pug*, por William Hogarth, pintado em 1745, parte do acervo do museu *Tate Britain*, em uma tese de doutorado não publicada, o autor teria que desembolsar quinze libras, ou aproximadamente 92 reais²⁶. Por meio desta taxa, os museus estariam matando a produção de conhecimento no campo da história da arte, segundo Grosvenor. Ao longo de seu relato, o acadêmico cita diversos estudos que precisaram ser veiculados ao público sem imagens ou com um número de imagens reduzido por razões meramente orçamentárias. Na União Europeia, a cobrança destas taxas

²³ <https://www.thetimes.co.uk/article/museum-fees-are-killing-art-history-say-academics-qhfwmdws6> (Acesso em 03 out. 2023)

²⁴ <https://hansard.parliament.uk/lords/2018-09-12/debates/A4C8C41E-6523-4052-B141-8F260B980401/MuseumsAndGalleries> (Acesso em 03 out. 2023)

²⁵ GROSVENOR, Bendor. The reproduction fee hustle: Museums’ licensing demands are a pernicious tax on scholarship. *The Art Newspaper*. 20 nov. 2017. Disponível em: <https://www.theartnewspaper.com/2017/11/20/the-reproduction-fee-hustle>. Acesso em 20 abr. 2023.

²⁶ Valor correspondente ao câmbio em 3 de outubro de 2023.

foi mitigada pelo art 14 da Diretiva (UE) 2019/790, conforme visto acima, mas ainda se mostra um problema no Brasil. Este imposto acadêmico é particularmente relevante quando consideramos o momento de divulgação científica. Os estudos produzidos na academia encontram dificuldades em ilustrar seus objetos quando museus e coleções, seja para publicações acadêmicas formais ou mesmo a ilustração do conteúdo em sala de aula.

No caso, essa cobrança interfere na concretização da função social do domínio público, que é parte integral do sistema de proteção autoral e impulsiona a criação de novas obras autorais.

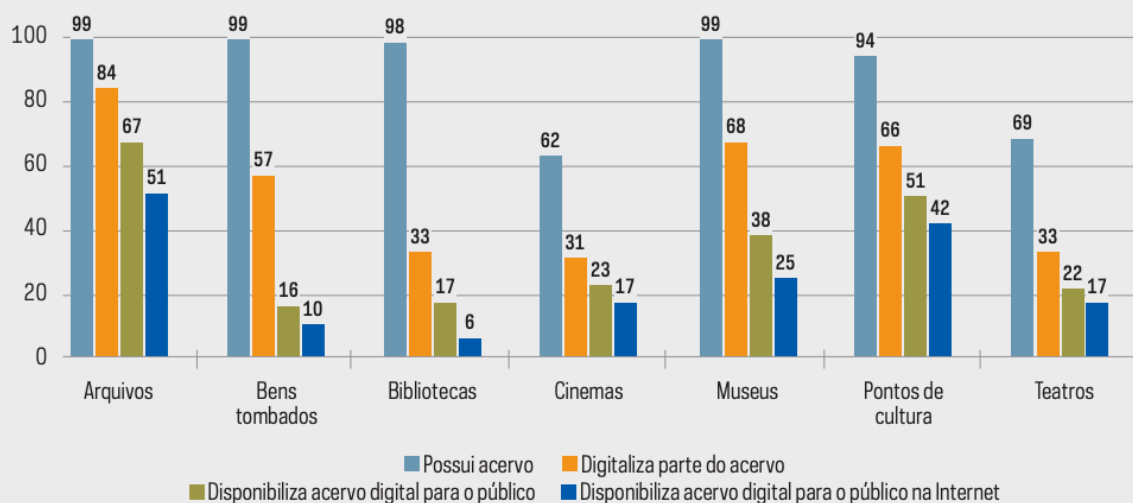
Se o domínio público serve para alguma coisa, é certamente para garantir acesso irrestrito a determinada categoria de obras intelectuais, de modo a ampliar as possibilidades de educação, de acesso à cultura, ao conhecimento, estimular a criação e a liberdade de expressão e movimentar a economia da cultura e do entretenimento. (BRANCO, 2011. p. 253)

Considerando ainda os sistemas existentes de proteção autoral, Bezerra cita ainda mais uma possibilidade, o sistema coletivo: “decorrente do pensamento socialista, este sistema prega que a propriedade intelectual pertence à evolução cultural e, por conseguinte, pertenceria ao domínio público, devendo ser voltado para o progresso social” (Bezerra, 2021, p. 45). No caso, há uma observância proeminente da função social da propriedade e, por conseguinte, do direito autoral. Aqui, a intenção não é modificar todo o sistema de proteção autoral brasileiro, mas destacar a importância do conceito de domínio público quando respeitada a função social da propriedade, que será melhor explorada adiante.

Quanto ao alcance da circulação de conteúdo cultural e educativo, é possível verificar, na publicação TIC Cultura de 2022, uma das pesquisas realizadas pelo Cetic.br focada no acesso à cultura, que o processo de digitalização dos acervos de museus e instituições culturais, assim como sua disponibilização ao público (em sua sede física ou na internet) ainda está em um estado inicial, e, portanto, é insuficiente para a garantia do interesse público em seu acesso à cultura:

EQUIPAMENTOS CULTURAIS, POR PRESENÇA, DIGITALIZAÇÃO, DISPONIBILIZAÇÃO DE ACERVO DIGITAL E DISPONIBILIZAÇÃO NA INTERNET (2020)

Total de equipamentos culturais (%)



TIC Cultura 2020, p. 31. Disponível em: https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20210616181537/tic_cultura_2020_livro_eletronico.pdf. Acesso em 20 abr. 2023.

PROPORÇÃO DE MUNICÍPIOS E DE BIBLIOTECAS PÚBLICAS POR REGIÃO, SEGUNDO MUNIC 2018 E TIC CULTURA 2018 E 2020

Região	Munic 2018		TIC Cultura 2018	TIC Cultura 2020
	Municípios	Bibliotecas públicas mantidas pelo poder público municipal	Bibliotecas	
Norte	8%	7%	8%	7%
Nordeste	32%	31%	30%	32%
Sudeste	30%	32%	32%	29%
Sul	21%	23%	21%	23%
Centro-Oeste	8%	7%	8%	9%

FONTE: IBGE, 2019; CGI.BR, 2019, 2021.

TIC Cultura 2020, p. 59. Disponível em: https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20210616181537/tic_cultura_2020_livro_eletronico.pdf. Acesso em 20 abr. 2023.

As tabelas acima, interpretadas em conjunto, demonstram a desigualdade que temos no país quanto ao acesso à cultura, uma vez que a distância física de parte da população dessas instituições favorece uma parcela específica da população, sabidamente localizada nas regiões Sul e Sudeste. Deste modo, é impossível presumir que pessoas de diferentes estados

brasileiros tenham uma mesma oportunidade de acesso ao conteúdo cultural e artístico produzido, limitando, conseqüentemente, a participação de grupos específicos na cultura brasileira em sentido amplo, uma vez que temos, no país, tradições culturais distintas em suas diversas regiões.

Nesse sentido, as tabelas ecoam o caráter elitista do acesso à cultura, criticado por Pierre Bourdieu ainda no início da década de 1970:

De fato, a estatística de freqüência ao teatro, ao concerto e sobretudo ao museu (uma vez que neste último caso, talvez seja quase nulo o efeito de obstáculos econômicos) basta para lembrar que o legado de bens culturais acumulados e transmitidos pelas gerações anteriores, pertence realmente (embora seja formalmente oferecido a todos) aos que detêm os meios para dele se apropriarem, quer dizer, que os bens culturais enquanto bens simbólicos só podem ser apreendidos e possuídos como tais (ao lado das satisfações simbólicas que acompanham tal posse) por aqueles que detêm o código que permite decifrá-los. Em outros termos, a apropriação destes bens supõe a posse prévia dos instrumentos de apropriação. Em suma, o livre jogo das leis da transmissão cultural faz com que o capital cultural retorne às mãos do capital cultural e, com isso, encontra-se reproduzida a estrutura de distribuição do capital cultural entre as classes sociais, isto é, a estrutura de distribuição dos instrumentos de apropriação dos bens simbólicos que uma formação social seleciona como dignos de serem desejados e possuídos. (BOURDIEU, 2007, p. 297)

Em pesquisas realizadas na França e na Holanda e minuciosamente escrutinadas por Françoise Benhamou, pode-se ver não apenas que as desigualdades culturais são correlacionadas ao nível de diploma e das categorias socioprofissionais dos visitantes, mas que, entre as instituições culturais, há uma preferência por museus “estrelados”, como o Museu do Louvre, em detrimento de instituições menos conhecidas ou mesmo de salas e exposições que não incluem as obras de arte mais “famosas”, como a *Mona Lisa*²⁷ e a *Vênus de Milo*²⁸, no caso do Louvre. Nas palavras da autora:

A importância e a notoriedade da coleção, do sítio ou do estabelecimento, assim como a localização (proximidade do local que permite baixar o custo da visita), desempenham um papel inegável, mesmo não sendo suficientes para determinar a concentração dos bens consumidos. Em 2008, 24 monumentos reúnem mais de 90% dos ingressos nos monumentos nacionais, e os 56 restantes, menos de 10%; os três primeiros da lista representam mais de 44% do total. (BENHAMOU, Françoise. Economia do patrimônio cultural. Tradução Fernando Kolleritz. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2016, p. 43/44)

A atratividade de instituições culturais também influenciam o recebimento de eventuais patrocínios privados e de investimento governamental, de forma que um maior alcance e melhor reputação aos olhos do público com ações e divulgações que vão além da exposição das obras em ambiente museal podem resultar em maiores investimentos e maior faturamento da instituição.

²⁷ Famoso quadro de Leonardo da Vinci, pintado no século XVII.

²⁸ Escultura de artista desconhecido, datada entre 150 e 125 A.C.

Tendo em vista o exposto acima, e considerando o sistema de proteção autoral brasileiro, o instituto do domínio público, e o direito constitucional à cultura, é patente a necessidade de regulamentar as possíveis ações de museus e instituições culturais para efetivar o direito à cultura sem, no entanto, incorrer em violações de direitos autorais.

2. O entendimento jurídico dos direitos autorais e de suas tensões com o direito de acesso à cultura

Como mencionado anteriormente, o sistema brasileiro de proteção de obras criativas por direito autoral é em parte baseado no sistema francês de *droit d'auteur*, que tem como objetivo a proteção da pessoa do autor, visando sua remuneração por suas criações e a segurança financeira para que possa seguir criando mais obras originais.

Apesar de entendermos que o acesso à cultura é uma questão global e que o avanço da tecnologias resultando em amplo acesso à internet e a comunicações instantâneas independente da distância geográfica, não temos a pretensão de analisar exaustivamente o cenário mundial. Tal análise seria por demais ambiciosa por uma série de motivos, incluindo a existência simultânea de dois sistemas predominantes de proteção de obras originais, fundados em princípios opostos — o *copyright* enfatiza a proteção da obra, enquanto o *droit d'auteur* foca no autor —, seria necessária uma minuciosa investigação apoiada no direito internacional para que fosse feita qualquer recomendação viável ou mesmo um diagnóstico adequado da conjuntura global.

Assim, retornando ao cenário brasileiro, é importante destacar que o atual desenho — e, especialmente, aplicação — do sistema de direitos autorais no Brasil é concomitantemente prejudicial para o público privado de seu direito de acesso à cultura e para as instituições culturais, que enfrentam dificuldades legais para expor, divulgar e desenvolver pesquisas sobre obras em seu acervo. Como pontua Luciana Helena Gonçalves em *Arte e Resistência*²⁹, o museu no Brasil encontra cotidianamente barreiras ao exercício de sua função primordial postas pela Lei de Direitos Autorais, que não dá a devida atenção aos trâmites burocráticos e processos de produção que estão envolvidos na montagem de uma exposição de obras de arte.

Tal barreira para a concretização da função social das instituições culturais interfere

²⁹ GONÇALVES, Luciana Helena. *Arte e Resistência: O museu como persona e o direito de autor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

diretamente na concretização do direito de acesso à cultura previsto no texto constitucional. De um lado, dispositivos da LDA dificultam a execução de práticas museais em um contexto que se tornou mais conectado internacionalmente e mais digitalizado, e, de outro, a dificuldade de divulgação de criações autorais ou mesmo reproduções de objetos e obras já em domínio público impedem um acesso amplo à cultura, ressaltando as desigualdades econômicas e sociais pré-existentes.

Apesar de Gonçalves ter focado sua pesquisa em museus públicos de artes plásticas, os desafios narrados em *Arte e Resistência* são similares àqueles enfrentados pelas demais instituições culturais do país, especialmente no tocante aos direitos de reprodução e exposição de obras de arte de terceiros, ainda que pertencentes a seu acervo. Isso decorre do fato de a fixação da obra poder ser alienada sem levar consigo os direitos morais e patrimoniais do autor. A obra protegida por direitos autorais é composta, portanto, de um *corpus mysticum*, a criação intelectual em sentido imaterial, e objeto de proteção do direito autoral, e o *corpus mechanicum*, o suporte físico da obra, e, consoante a LDA, o suporte físico da obra, quando alienado, só é acompanhado inseparável dos direitos morais e patrimoniais do autor quando explicitamente previsto em instrumento contratual, que deve ainda ser interpretado de forma restritiva.

Por fim, os direitos morais do autor são direitos personalíssimos, uma vez que a LDA prevê expressamente, em seu art. 27, que são direitos inalienáveis e irrenunciáveis. Ademais, por interpretação doutrinária e em precedentes do STJ³⁰, entende-se ainda que tais direitos são imprescritíveis, podendo ser exercidos pelo autor, por seus sucessores ou mesmo tutelados pelo Estado. Apesar de a inércia do autor acarretar a prescrição da prescrição de reparação pecuniária, o titular pode exercer seu direito garantindo a integridade da obra ou reivindicar a autoria da obra.³¹ Por estas características, há uma incerteza perene quanto à comunicação ao público de obras de terceiros, uma vez que a inércia do titular de direitos não implica na renúncia aos seus direitos morais e estes podem ser exercidos a qualquer tempo, independente de uma aparente concordância tácita com o uso da obra por instituições culturais ou de ensino.

³⁰ STJ. REsp n. 1.727.950/RJ. Terceira Turma. Rel. Min. Moura Ribeiro. J. 08/03/2022; DJe 11/03/2022.

³¹ MORAES, Rodrigo. Os direitos morais do autor: Repersonalizando o direito autoral. 2. Ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, pp. 13/18.

2.1. O direito de acesso à cultura e à educação: A função social da propriedade e sua aplicação às criações autorais

O direito de acesso à cultura implica simultaneamente, um dever, o de preservação do patrimônio cultural pelas gerações contemporâneas e de transmissão a gerações vindouras, para que novas obras sejam constantemente criadas, com o mesmo objetivo. Como coloca Françoise Benhamou, os bens culturais são *geradores de externalidades* e beneficiam não apenas aqueles que financiaram diretamente sua produção ou preservação, mas enriquecem o capital humano daqueles com quem têm contato e, proporcionalmente, aumentam o prestígio cultural nacional. É possível inferir, portanto, que o patrimônio cultural, muitas vezes de posse de instituições culturais, possui uma função social a desempenhar.

Aqui, importante frisar que, conforme colocam Lorraine Carvalho da Costa e Luisa Lemos Ferreira, propriedade e função social não são antagônicos, a propriedade e a função social não são valores antagônicos, mas complementares, e “[a] garantia da propriedade, desta forma, passou a ser condicionada pelo atendimento desta à sua função social”³². Quanto aos valores constitucionais da Constituição de 1988, que devem logicamente se aplicar a todo o ordenamento jurídico, estes foram delineados com um foco no desenvolvimento da pessoa humana individualmente, mas também como parte de um todo — o povo. Assim:

A prioridade atribuída à pessoa humana por nossa Carta Magna funcionalizou os institutos de direito privado à realização de valores sociais, e a atividade econômica passou a ser protegida não em si mesma, mas enquanto instrumento de outros valores de cunho existencial (SCHREIBER, 2013, p. 19). O ter, assim, se torna instrumento de realização do ser. E os direitos autorais, de forma não diferente, devem ser instrumento para a realização de sua função social. (COSTA; FERREIRA, 2018, p. 1268)

No mesmo sentido, Gonçalves (2021, pp. 33/36) define a função dos museus como a curadoria de acervos, o que inclui a “aquisição, pesquisa, documentação, conservação e comunicação, esta última englobando atividades como exposição e publicação” (GONÇALVES, 2021, p. 35), de forma similar ao Código de Ética do Conselho Internacional de Museus (International Museum Council - “ICOM”) nas subdivisões de seu preâmbulo:

1. Os museus preservam, interpretam e promovem o patrimônio natural e cultural da humanidade;
2. Os museus mantêm acervos em benefício da sociedade e de seu desenvolvimento;
3. Os museus conservam testemunhos primários para construir e aprofundar o conhecimento;
4. Os museus criam condições para o conhecimento, a compreensão e a promoção do patrimônio natural e cultural;
5. Os recursos dos museus possibilitam a prestação de outros serviços de interesse público;

³² COSTA, Lorraine Carvalho da; FERREIRA, Luisa Lemos. A função social nos direitos autorais. *In*: WACHOWICZ, Marcos (Org.). Anais do XXII CODAIP - Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Curitiba: GEDAI/UFPR, 2018, p. 1260

6. Os museus trabalham em estreita cooperação com as comunidades de onde provêm seus acervos, assim como com aquelas às quais servem;
7. Os museus funcionam dentro da legalidade; e
8. Os museus atuam com profissionalismo³³

A função de instituições culturais no geral pode ser equiparada àquela de museus, sendo, portanto, a comunicação das obras de seu acervo essencial para o exercício pleno de sua função social. No entanto, este objetivo é frustrado por algumas imposições de direitos autorais que prejudicam mesmo a compreensão histórica mundial, especialmente no tocante à história recente, uma vez que alguns de seus principais símbolos estão ainda sob proteção autoral, considerando o prazo mínimo de 50 anos após a morte do autor, da Convenção de Berna³⁴, os 70 anos após a morte do autor na legislação brasileira³⁵, e os prazos variáveis, mas não menores que 70 anos após a morte do autor na legislação americana³⁶.

Um exemplo ilustrativo das barreiras criadas pelos direitos autorais ou pelo copyright é um dos discursos mais comumente associados ao movimento americano dos direitos civis, proferido por Martin Luther King Jr. em frente ao Memorial para [Abraham] Lincoln em 1963. Aproximadamente 250 mil pessoas presenciaram o marcante discurso “*I have a dream*” (Eu tenho um sonho), que descrevia a sociedade em um momento de igualdade após o movimento dos direitos civis, na qual seus filhos não seriam julgados pela cor de sua pele, mas pelo conteúdo de seu caráter. As palavras de King foram tão marcantes que pouco tempo após sua performance para o público, já podiam ser encontradas a venda cópias escritas do discurso. Assim, o advogado pessoal de King tomou as medidas necessárias para registrar o *copyright* do discurso, bem como para perseguir judicialmente quaisquer usos indevidos.

As atitudes tomadas por este advogado reverberam até os dias de hoje, uma vez que todas as criações intelectuais de King, incluindo discursos, cartas e vídeos são atualmente propriedade de uma empresa com fins lucrativos, a King, Inc. Como resultado, o uso de palavras tão fundamentais para o estudo da história recente nos Estados Unidos e no mundo

³³ ICOM. **Código de Ética para Museus**. 2009. Disponível em: http://icom.org.br/wp-content/themes/colorwaytheme/pdfs/codigo%20de%20etica/codigo_de_etica_lusofono_iii_2009.pdf

³⁴ Convenção de Berna. Art. 7. 1) A duração da proteção concedida pela presente Convenção compreende a vida do autor e cinquenta anos depois da sua morte.

³⁵ LDA. 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. Parágrafo único. Aplica-se às obras póstumas o prazo de proteção a que alude o caput deste artigo.

³⁶ Capítulo 3 da Seção 17 do United States Code. Disponível, em inglês, em: <https://www.copyright.gov/title17/92chap3.html>. Acesso em 05 nov. 2023.

se encontra condicionado à permissão da proprietária dos direitos, sendo possível o uso apenas em situações previstas como *fair use* na lei americana, ou em demais exceções pontuais em legislações de outras jurisdições. No caso brasileiro, conforme o art. 46 da LDA, a reprodução desse discurso seria permitida apenas em veículos midiáticos ou a citação de pequenos trechos, sendo evidente a prejudicialidade ao público geral quando é vedado seu acesso a materiais tão centrais para a compreensão da sociedade atual. O filme *Selma* (2014), dirigido por Ava DuVernay e aclamado pela crítica e pelo público geral, reconta a história do movimento pelos direitos civis nos Estados Unidos seguindo eventos na biografia de King optou por parafrasear o famoso discurso nas telas, uma vez que a King, Inc. já havia vendido os direitos desse para Steven Spielberg.³⁷

A partir do momento em que a reprodução e a comunicação ao público de obras autorais estão sujeitas, no Brasil, às limitações explicitamente arroladas no art. 46 da LDA, no qual não consta previsão de uso de obras protegidas por direitos autorais por instituições culturais, essas instituições se encontram vedadas de comunicar ao público seja suas exposições *in loco*, seja novas aquisições para o acervo ou o resultado de pesquisas com base em objetos que fazem parte do acervo.

Por outro lado, há uma limitação imposta por museus que possuem criações de terceiros já em domínio público para uso do público geral. Tal limitação é por vezes financeira, na forma de cobrança de valores para que a obra possa ser reproduzida em qualquer meio público, a depender do meio de veiculação; e por vezes gratuita, mas podendo ser vetada pela instituição cultural, que requer que o pedido para reprodução de qualquer item do acervo seja acompanhado do motivo e do meio de veiculação, podendo ser negado pelo detentor da obra. A cobrança de valores por imagens em alta definição, não obstante a disponibilização de imagens em baixa resolução e informações correlatas sobre o acervo em projeto da Wikipedia³⁸, é prática comum do Museu Paulista da Universidade de São Paulo, que inclui o Museu do Ipiranga, por exemplo, e que disponibiliza *online* a tabela com os valores das taxas correspondentes³⁹. O segundo meio de controle de reprodução de obras em

³⁷ HELLER, Michael; SALZMAN, James. Mine! How the hidden rules of ownership control our lives. New York: Doubleday, 2021. Versão digital, Ebook, capítulo 3 - *Reap what you sow: I have a dream, pay me now*.

³⁸ https://pt.wikipedia.org/wiki/Wikip%C3%A9dia:GLAM/Museu_Paulista (Acesso em 05 nov. 2023)

³⁹ https://drive.google.com/file/d/1vb_kGzt8tv8UJBC96lOrHlz9VISGsBbE/view (Acesso em 05 nov. 2023).

domínio público é o mais comum no Brasil, como pode ser observado nos sites do Museu de Arte do Rio Grande do Sul - MARGS⁴⁰ e do Museu da Imagem e do Som de São Paulo - MIS-SP⁴¹.

O empecilho colocado por museus e outras instituições culturais não é realidade apenas no Brasil. A exposição *Display at Your Own Risk*, aberta para visitação presencial em Glasgow, na Escócia, por apenas uma noite, em junho de 2016, e posteriormente disponibilizada online em licença *open source* era composta de imagens digitais de obras em domínio público e atualmente parte de acervos de diversos museus em várias jurisdições. Na publicação de mesmo nome que acompanhou a exposição é possível observar que, apesar desta conter apenas obras tecnicamente em domínio público, há uma tabela com o risco de exposição de algumas das obras com base em cobranças e limitações impostas pelas instituições que detém o exemplar físico da obra⁴². No caso da cobrança de taxas para a reprodução de itens específicos, a justificativa das instituições culturais é fundamentada no custo de conservação da obra, bem como no custo para contratação do trabalho criativo do fotógrafo que capturou a obra de modo a esta poder ser reproduzida.

Ainda, a afirmação do diretor do Rijksmuseum, tradicional museu holandês, quando confrontado sobre a disponibilização pela instituição de mais de 125.000 (cento e vinte cinco mil) obras do acervo em alta definição na internet para *download* gratuito demonstra, na realidade, como o público geral pode obter e divulgar imagens distorcidas ou alteradas de obras seminais de posse do Rijksmuseum, “se eles [o público] querem uma reprodução de Vermeer em seu papel higiênico, eu prefiro que eles exibam uma imagem de Vermeer em alta qualidade no papel higiênico a uma reprodução muito ruim”⁴³ (WALLACE, Andrea; DEAZLEY, Ronan, 2016, p. 241).

Assim, é possível vermos como este uso da proteção dos direitos autorais como uma barreira para acesso de terceiros age, na realidade, como uma barreira ao direito coletivo de acesso à cultura. Especialmente neste momento, no qual um punhado de instituições culturais

⁴⁰ <https://www.margs.rs.gov.br/nucleo-de-acervo/#1661352521418-cce86ded-fb71> (Acesso 05 nov. 2023)

⁴¹ <https://www.mis-sp.org.br/acervo/reproducao-e-uso-de-obras> (Acesso em 05 nov. 2023)

⁴² WALLACE, Andrea; DEAZLEY, Ronan. *Display at your own risk: An experimental exhibition of digital cultural heritage*, 2016, p. XIX.

⁴³ Tradução livre. Do original: “If they want to have a Vermeer on their toilet paper, I’d rather have a very high-quality image of Vermeer on toilet paper than a very bad reproduction”

brasileiras investiu em novos modos de expor e divulgar seu acervo, há ainda uma mentalidade elitista de que a experiência de ir pessoalmente ao museu é o único modo de experimentar as obras, o que afasta automaticamente pessoas de menor renda e que estão geograficamente distantes dos polos culturais onde se encontram os principais museus e instituições culturais. Concomitantemente, instituições menos conhecidas e menos “estreladas” como o Museu da Diversidade Sexual oferecem programações inteiramente pensadas para o mundo virtual, disponíveis gratuitamente em seu site institucional⁴⁴.

O que pode ser observado no contexto atual é que tanto as instituições culturais enfrentam dificuldade para o exercício pleno de sua função social quanto o público em geral encontra barreiras ao seu direito de acesso à cultura, constitucionalmente previsto.

2.2. A necessária reforma do sistema de proteção autoral

A tensão entre o direito ao acesso à cultura e à educação e o sistema de proteção autoral brasileiro pode ser resumida em uma observação feita pelo Ministro Moura Ribeiro, do Superior Tribunal de Justiça, ao relatar acórdão que tinha como objeto o pedido do músico João Gilberto, posteriormente sucedido no processo por seus sucessores, de recuperar a propriedade e a posse das masters com suas gravações quando em contrato com a gravadora EMI, após extinção do contrato entre as Partes⁴⁵: “[o] direito moral do autor, intangível e imprescritível, não pode suplantado o direito da sociedade de usufruir das manifestações das culturas populares tão caras a qualquer nação”.

Em tentativa de remediar esse óbice legislativo, em continuação de discussão existente mesmo no período de elaboração e aprovação da Lei de Direitos Autorais atual, foi apresentado, pelo Senador Chico Rodrigues (DEM/RR), como resultado da movimentação política do IBRAM (Instituto Brasileiro de Museus), o Projeto de Lei n. 4007/2020, adicionando ao art. 46 da LDA, o seguinte dispositivo:

IX – a utilização, por museus, de imagens das obras protegidas por direitos autorais sob sua guarda, em todas as mídias e suportes existentes ou que venham a ser criados, em ações educativo-culturais, de difusão, de acessibilidade, de inclusão, e de sustentabilidade econômica, desenvolvidas no âmbito dos museus.

⁴⁴ <https://museudadiversidadesexual.org.br/progdigital> (Acesso em 05 nov. 2023)

⁴⁵ STJ. REsp n. 1.727.950/RJ. Terceira Turma. Rel. Min. Moura Ribeiro. J. 08/03/2022; DJe 11/03/2022.

A justificativa apresentada pelo Senador que propôs a emenda acima à LDA se alinha perfeitamente com o exposto ao longo deste artigo, uma vez que reconhece a importância das instituições culturais na conservação, preservação e divulgação de produções culturais, bem como sua função social na medida em que deve “servir à sociedade e ao seu desenvolvimento”⁴⁶. O Senador aborda, ainda, a questão da diversidade de mídias que servem como suporte para as criações culturais e as lacunas encontradas na LDA em relação a estes objetos, sua divulgação, e eventual reprodução.

3. Conclusão

Considerando as questões acima expostas, notadamente as barreiras legais enfrentadas para que se efetive o direito ao acesso à cultura previsto pela Constituição Federal, bem como o cenário artístico e social atual, entendemos que, apesar do Projeto de Lei n. 4007/2020 demonstrar, em sua justificativa, uma análise fática das práticas museais e das dificuldades enfrentadas pelas instituições culturais na preservação, conservação e divulgação de seu acervo, ainda há aspectos importantes a serem repensados no sistema de proteção ao direito autoral no Brasil.

O longo tempo pelo qual perduram os direitos patrimoniais dos autores e o caráter personalíssimo dos direitos morais do autor devem ser revistos tendo em consideração não apenas a sociedade atual, mas o desenvolvimento tecnológico que presenciamos desde 1998, quando foi sancionada a LDA. A legislação deve não apenas ser adequada ao momento sócio-cultural, mas adequada aos objetivos positivados na Constituição Federal, devendo, portanto, concretizar o direito ao acesso à cultura de forma que este esteja disponível à população no geral, e não apenas a um recorte específico de pessoas de um certo nível sócio-econômico com fácil acesso aos centros culturais concentrados nas regiões Sul e Sudeste.

Por fim, cabe novamente destacar que o objetivo deste artigo não é a eliminação de um sistema de proteção autoral ou da garantia de direitos morais e patrimoniais de artistas e demais criativos, mas a reforma do sistema atual considerando suas deficiências e as mudanças sofridas pela sociedade (não apenas a brasileira, mas a global), de forma que não deixemos barreiras legislativas desatualizadas regerem as trocas culturais atuais, ignorando

⁴⁶ Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8870073&ts=1699478856166&disposition=inline&gl=1*18qekg*_ga*NDU1NzM3MDk5LjE3MDAxODY5Nzc.*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwMDE4Njk3Ny4xLjAuMTcwMDE4Njk3Ny4wLjAuMA.. Acesso em 16 nov. 2023.

que, em um conflito entre os fatos e a formalidade excessiva desvinculada da práxis, deve-se primar pela realidade fática.

REFERÊNCIAS

ALVES DOS REIS JR, Sebastião; TRINDADE, Eduarda. Corpus Mysticum x Corpus Mechanicum: o direito moral de autor e seus efeitos no suporte material da obra. *In*: FURTADO, W. et al. **Liber Amicorum**: Uma homenagem aos 10 anos do Ministro Paulo Dias de Moura Ribeiro no STJ. Curitiba: Juruá, 2023, pp. 313/326.

BENHAMOU, Françoise. **Economia do patrimônio cultural**. Tradução Fernando Kolleritz. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2016.

BEZERRA, Matheus Ferreira. **Manual de Propriedade Intelectual**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

BONAN COSTA, Olívia. **Museus, digitalização de acervos e direitos autorais**. Trabalho de Conclusão de Curso na Escola de Comunicação e Artes da Universidade de São Paulo, 2022. Disponível em: <http://celacc.eca.usp.br/pt-br/celacc-tcc/2085/detalhe>. Acesso em 19 abr. 2023.

BORGES, Gustavo Silveira; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Decolonial thinking in Brazil: perspectives for overcoming digital colonialism through the protection of human rights. **Studies in Law: Research Papers** 2021, No. 2 (29), 2021.

BOURDIEU, Reprodução Cultural e Reprodução Social. *In*: MICELI, Sergio (Org.). **A Economia das Trocas Simbólicas**. 6. Ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.

BRANCO, Sérgio. **O domínio público no direito autoral brasileiro**: Uma obra em domínio público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/01/O-Dominio-Publico-no-Direito-Autoral-Brasileiro.pdf>. Acesso em 20 abr. 2023.

CETIC.BR. **Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos equipamentos culturais brasileiros**: TIC Cultura 2020 [livro eletrônico]. São Paulo : Comitê

Gestor da Internet no Brasil, 2021. Disponível em: https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20210616181537/tic_cultura_2020_livro_eletronico.pdf. Acesso em 20 abr. 2023.

COSTA, Lorraine Carvalho da; FERREIRA, Luisa Lemos. A função social nos direitos autorais. In: WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Anais do XXII CODAIP: Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**. Curitiba: GEDAI/UFPR, 2018, pp. 1251/1275.

DADOS, Nour; CONNELL, Raewyn. The global south. **Contexts**. Vol. 11, N. 1. Inverno de 2012, pp. 12-13. Tradução livre.

FERGUSON, Kirby. **Everything is a Remix Remastered**, 2015. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=nJPERZDfyWc&list=PL68UIRBIMpR2bG3LJ5Jo2CJ23x_OF4phg. Acesso em 02 nov. 2023.

FISHER, William. Theories of Intellectual Property. In: MUNZER, Stephen Munzer (Org.), **New Essays in the Legal and Political Theory of Property**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2001.

GONÇALVES, Luciana Helena. **Arte e Resistência: O museu como *persona* e o direito de autor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

GROSVENOR, Bendor. The reproduction fee hustle: Museums' licensing demands are a pernicious tax on scholarship. **The Art Newspaper**. 20 nov. 2017. Disponível em: <https://www.theartnewspaper.com/2017/11/20/the-reproduction-fee-hustle>. Acesso em 20 abr. 2023.

HELLER, Michael; SALZMAN, James. **Mine!** How the hidden rules of ownership control our lives. New York: Doubleday, 2021. Versão digital, Ebook.

HERNÁNDEZ, Marianne Díaz. **Memes para sobrevivir al Apocalipsis: Desafios desde la propiedad intelectual para el tratamiento de obras derivadas digitales en América Latina**. America Latina: Derechos Digitales, 2021. Disponível com licença Creative Commons 4.0

Internacional em: https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/150721_Derechos-Digitales_Memes-para-sobrevivir-al-apocalipsis.pdf. Acesso em 02 nov. 2023.

ICOM. **Código de Ética para Museus**. 2009. Disponível em: http://icom.org.br/wp-content/themes/colorwaytheme/pdfs/codigo%20de%20etica/codigo_de_etica_lusofono_iii_2009.pdf. Acesso em 19 abr. 2023.

JOHNSTON, Rich. Bill Willingham Declares Fables is Public Domain, What Will DC Do Now? **Bleeding Cool**, 14 set. 2023. Disponível em: <https://bleedingcool.com/comics/bill-willingham-declares-fables-is-public-domain-what-will-dc-do-now/>. Acesso em 14 nov. 2023.

MCLEOD, Kembrew. How copyright law changed hip hop: An interview with Public Enemy's Chuck D and Hank Shocklee. **Stay Free!**. 01 Jun. 2004. Disponível em: <https://littlevillagemag.com/how-copyright-law-changed-hip-hop-an-interview-with-public-enemys-chuck-d-and-hank-shocklee/>. Acesso em 03 nov. 2023.

MAGALHÃES, Fernanda; DORIGO, Clara; TRINDADE, Eduarda. Caso Warhol v. Goldsmith: Uso justo aplicado às artes plásticas. **Conjur** - Consultor Jurídico, 05 jul. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-05/opiniao-warhol-goldsmith-uso-justo-aplicado-artes>. Acesso em 05 set. 2023.

MENEGATTI, André Luís. **Em busca da biblioteca digital de Alexandria**: Pensando a partir do caso Google Books e da gestão coletiva de direitos autorais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MORAES, Rodrigo. **Os direitos morais do autor**: Repersonalizando o direito autoral. 2. Ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

PAVIS, Mathilde; WALLACE, Andrea. Response to the 2018 Sarr-Savoy Report: Statement on Intellectual Property Rights and Open Access relevant to the digitization and restitution of African Cultural Heritage and associated materials. **Jipitec** (10), 2019. Disponível em: <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-10-2-2019/4910>. Acesso em 13 abr. 2023.

PENKAL, Lígia Loregian; CORTIANO, Marcelle. O artigo 14 da Diretiva (UE) 2019/790 e a proteção do domínio público. **Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial - GEDAI**. 18 mai. 2021. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/o-artigo-14-da-diretiva-ue-2019-790-e-a-protecao-do-dominio-publico/>. Acesso em 20 abr. 2023.

PESSACH, Guy. Museums, digitization, and copyright law: Taking stock and looking ahead. **The Journal of International Media and Entertainment Law**, 2007, p. 253- 283. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=961328. Acesso em: 19 abr. 2023.

SESC SÃO PAULO. **Bloco de Notas**. 01 mai. 1998. Disponível em: https://portal.sescsp.org.br/online/artigo/547_BLOCO+DE+NOTAS. Acesso em 19 abr. 2023.

UNITED STATES COPYRIGHT Office. **Circular 15a**: Duration of Copyright. Revisada em fev. 2023. Disponível em: <https://www.copyright.gov/circs/circ15a.pdf>. Acesso em 16 nov. 2023.

VALENTE, Mariana G. **Reconstrução do Debate Legislativo sobre Direito Autoral no Brasil**: Os anos 1989 - 1998. Tese de Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-21082020-154540/pt-br.php>. Acesso em 19 abr. 2023.

WALLACE, Andrea; DEAZLEY, Ronan. **Display at your own risk**: An experimental exhibition of digital cultural heritage, 2016. Available at <https://displayatyourownrisk.org/publications/>. Accessed on Aug. 02, 2023.

Legislação

BRASIL. **Constituição Federal**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 19 abr. 2023.

BRASIL. **Lei Federal no 9.610**, de 19 de fevereiro de 1998: Lei de Direitos Autorais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em 19 abr. 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 4007 de 2020**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/143692>. Acesso em 19 abr. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva (UE) 2019/790**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0790&from=SL>. Acesso em 20 abr. 2023.

UNITED KINGDOM. **Copyright, Designs and Patents Act 1998**. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents>. Acesso em 20 abr. 2023.

UNITED STATES. **Copyright Act 1976**. Section 17 of the United States Code. Disponível em: <https://www.copyright.gov/title17/>. Acesso em 05 set. 2023.

Decisões Judiciais

BRASIL. STJ. **REsp n. 1.727.950/RJ**. Terceira Turma. Rel. Min. Moura Ribeiro. J. 08/03/2022; DJe 11/03/2022.

UNITED STATES. SCOTUS. **Warhol v. Goldsmith** (No. 21-869). Julgada em 18 mai. 2023. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-869_87ad.pdf. Acesso em 05 set. 2023.