

O DISCURSO TRADICIONAL DOS DIREITOS AUTORAIS E SUA CONSTRUÇÃO

Sérgio Said Staut Jr.¹

1 UM PREÂMBULO PARA O DISCURSO TRADICIONAL

“(...) na vontade de dizer esse discurso verdadeiro, o que está em jogo, senão o desejo e o poder?” (Michel Foucault)²

Toma-se como discurso tradicional dos direitos autorais o conjunto de características gerais dos postulados básicos que orientam a legislação, a doutrina e a jurisprudência nessa matéria. Esses postulados aceitos por quase toda a doutrina jurídica que trabalha com o tema, constantemente, se fazem presentes em julgados envolvendo questões relacionadas às atividades artísticas, científicas e literárias.

Sob esse ângulo, a análise passa, inicialmente, pela estrutura dos direitos autorais, procurando demonstrar a duplicidade de aspectos desses direitos. Dirige-se para as principais teorias que trabalham com a natureza jurídica dos direitos autorais. São examinados, também, o fundamento, o objetivo e a função da regulação jurídica da produção autoral. E, nessa linha, são estudados os direitos do autor no seu duplo aspecto: direitos patrimoniais e direitos morais, para tratar, finalmente, destas questões na ordem internacional.

Todos esses aspectos que versam sobre categorias, conceitos e noções fundamentais dos direitos autorais, e constituem a sua base, traçam um pequeno pano de fundo desses direitos e funcionam como um ponto de partida para se discutir criticamente a relação entre o autor e os seus direitos. Deve ser observado que as construções teóricas que resultam do discurso tradicional dos direitos autorais legitimam todo o atual sistema jurídico de normatização do produto autoral em sociedade, são discursos de poder que sustentam e alimentam as formas legisladas de regulação jurídica dessa matéria.

A leitura realizada no presente capítulo de tais postulados pode assinalar a existência de um discurso tradicional dos direitos autorais imerso no modelo jurídico adotado para a regulação das idéias nas sociedades ocidentais modernas. Esse discurso se

¹ Mestre e Doutorando em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Prof. Adjunto de Direito Civil da UTP e do Unicenp. Prof. da Escola da Magistratura Federal do Paraná (Esmafe), da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (Fempar) e do Curso Prof. Luiz Carlos. Advogado.

² FOUCAULT, Michel. A Ordem do discurso ... p. 20.

torna de tal modo naturalizado que impede qualquer perspectiva crítica de análise. Esses saberes jurídicos e científicos da modernidade são aceitos como verdades incontestáveis e são repetidos por gerações de legisladores e teóricos, embora, na maioria das vezes, exista um descompasso entre esses discursos e a realidade.

Para realizar uma leitura que se proponha a apontar alguns aspectos que foram colocados à margem desses discursos, parece ser necessário, em um primeiro momento, ingressar na lógica do discurso tradicional dos direitos autorais. Ou seja, proceder à análise de alguns institutos e categorias fundamentais dos direitos autorais, em seus três níveis discursivos tradicionais (legislação, doutrina e jurisprudência). Esta é uma exigência básica para a possibilidade de se pensar em um novo discurso nessa matéria.

Deve ser observado, ainda, que apesar das constantes citações a autores que trabalham a partir da perspectiva tradicional, não se propõe realizar uma compilação exaustiva desse discurso, mas utilizá-lo como instrumento para a elaboração da crítica.

2 DUPLICIDADE DOS DIREITOS AUTORAIS

“Poucas matérias terão no campo do direito civil suscitado maiores controvérsias do que a fixação da natureza jurídica dos direitos de autor.” (Hermano Duval)³

Os direitos do sujeito criador sobre sua obra, tal como atualmente vêm regulados pelas legislações contemporâneas, apresentam-se marcados por uma duplicidade de conteúdo, pois contemplam aspectos de natureza claramente patrimonial, representado pela obra, resultado material da criatividade e do esforço humano, a partir dos quais são tratados como **direitos patrimoniais do autor**. Outros, de natureza complexa, denominados **direitos morais do autor**, permanecem identificados e vinculados à própria personalidade do autor.

A natureza dúplice dos direitos autorais pode ser claramente identificada na Lei brasileira, em vigor desde 1998, Lei n.º 9.610, especialmente no art. 22, quando dispõe: “Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou.”⁴ Esta Lei

³ DUVAL, Hermano. Direitos autorais nas invenções modernas. Rio de Janeiro: Editorial Andes, 1949. p. 7.

⁴ Essa também era a orientação adotada pela Lei n.º 5.988, de 14 de dezembro de 1973, revogada (excetuando-se o art. 17 e seus parágrafos 1º e 2º), que regulamenta os Direitos Autorais. Essa Lei dispunha no seu art. 21: “O autor é titular de direitos morais e patrimoniais sobre a obra intelectual que produziu.”

reserva um capítulo específico para cada uma dessas facetas. O Capítulo II (arts. 24 a 27), do Título III, é destinado aos direitos morais do autor e o Capítulo III (arts. 28 a 45), desse mesmo Título, cuida dos direitos patrimoniais do autor e sua duração.

Nessa mesma linha, a doutrina jurídica destaca a peculiaridade desses direitos nos seguintes termos: “O direito de autor concretiza-se em faculdades de caráter patrimonial e em faculdades de caráter pessoal”⁵. Esse traço característico é aceito, explicado e trabalhado amplamente pelo discurso tradicional dos direitos autorais⁶.

Por evidente, essa forma de entender e regular essa categoria de direitos não é algo separado da historicidade do próprio Direito Moderno, não sendo poucas as formulações teóricas e expressões jurídicas que, ao longo da história, constataam e procuram explicar e trabalhar com essa singularidade dos direitos autorais.

A discussão sobre o duplo aspecto dos direitos autorais que acompanha o nascimento e todo o processo de transformação e mudança dos direitos autorais, encontra-se positivada, de certa maneira, na Lei n.º 9.610/98 (de direitos autorais) e não está, evidentemente, superada, permanecendo em aberto na doutrina e na jurisprudência, para o debate.

Aprofundando a análise inicial a respeito das posições doutrinárias especialmente conhecidas e adotadas no espaço jurídico brasileiro, José de Oliveira ASCENSÃO aponta para a duplicidade estrutural dos direitos autorais, quando afirma: “Discute-se vivamente se o chamado direito de autor é um único direito, ou se devemos distinguir em direito pessoal e um direito patrimonial do autor. É o problema da **estrutura** do direito do autor”⁷.

Permanecendo no exame da estrutura dos direitos autorais, discute-se se o direito de autor é um único direito, compreendendo **faculdades patrimoniais e extrapatrimoniais** (chamadas de morais, pessoais ou personalíssimas, dependendo do autor), ou se são vários

⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral ... p. 71. Nessa mesma linha, Ricardo LORENZETTI afirma: “Para nuestros fines es suficiente con señalar que la ley protege el derecho de autor, y que éste tiene dos aspectos: uno vinculado a los elementos extrapatrimoniales y outro a su explotación económica; este último aspecto permite que sea objeto de los contratos.” (LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los contratos. Tomo III, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores. s/d. p. 16).

⁶ Além de José de Oliveira ASCENSÃO, pode-se destacar, exemplificativamente, autores nacionais que trabalham com essa questão, como Carlos Alberto BITTAR: “Compreendem-se, outrossim, no contexto dos direitos autorais, prerrogativas de duas ordens, morais e patrimoniais, na defesa dos vínculos pessoais e pecuniários do autor com sua obra.” (BITTAR, Carlos Alberto. Contornos atuais ... p.25). Ver também: BITTAR, Carlos Alberto. Curso de Direito Autoral, Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 11-13; COSTA NETTO, José. Direito autoral no Brasil. São Paulo: FTD, 1998. p. 46; GANDELMAN, Henrique. De Gutenberg à internet ... p. 37; MATTIA, Fábio Maria de. Estudos de direito de autor. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 4.

⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral ... p.71 (sem grifos no original).

direitos, compreendendo um **direito patrimonial** (ou direitos patrimoniais) e um **direito moral** (ou direitos morais ou personalíssimos). Apesar de reconhecer a relevância desse debate, o presente trabalho pretende apenas indicá-lo e não vai trabalhar exatamente nesse eixo teórico, pois a sua influência não chega a atingir os efeitos práticos da regulação jurídica realizada por meios legislativos específicos. Por outro lado, parte-se dessa peculiaridade dos direitos autorais, que comporta em sua estrutura estes dois grandes aspectos do direito: aspectos patrimoniais e aspectos personalíssimos, estabelecendo algumas relações relevantes entre eles, com o intuito de compreender melhor o funcionamento da regulação das idéias na atualidade e sua implicação no que se produz intelectualmente em sociedade.

Registre-se, ainda, que em sentido puramente técnico, falar em faculdades patrimoniais e morais (plano do conteúdo) não significa o mesmo que falar em direitos patrimoniais e morais (plano do direito)⁸. Fica a observação que essas expressões são utilizadas com o mesmo sentido apenas para facilitar a aproximação crítica e o diálogo entre esses dois aspectos internos dos direitos autorais que do ponto de vista dos seus fundamentos teóricos e finalidades sociais apontam para uma unidade não perceptível na dualidade conceitual.

Abandonar a perspectiva tradicional dos direitos autorais é ingressar em um conjunto de reflexões sobre duas categorias fundamentais do Direito Privado e seus fundamentos, quais sejam: os direitos de personalidade e os direitos patrimoniais, sintetizados, de certa maneira, nos direitos autorais.

Isso significa que, em virtude da própria natureza dos direitos do autor, é possível trabalhar com essas duas grandes categorias jurídicas que se apresentam distintas e aparentemente complementares no campo dos direitos autorais. É justamente nesse eixo teórico, conforme já pontuado, que se insere o trabalho.

Observe-se, ainda, que tanto em uma, quanto em outra dessas categorias jurídicas comparecem como elementos centrais o sujeito e sua propriedade. Ou seja, os direitos autorais, em virtude de sua característica peculiar, correspondem a um “local” privilegiado para o estudo e para a análise da relação entre direitos de propriedade e da personalidade.

O sujeito e seus direitos sobre aspectos aparentemente indissociáveis do homem orientam o discurso doutrinário de valorização da personalidade do autor. Mas, é justamente o aspecto patrimonial que se destaca no tratamento jurídico desses bens indissociáveis do

⁸ Sobre essa questão, verificar ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de autor e direitos conexos ... p. 646 – 666.

sujeito, tanto em casos envolvendo a violação de direitos personalíssimos, em que o critério para a sua reparação, geralmente, é uma soma de dinheiro – um critério patrimonial –, quanto na própria legislação, como acontece, inclusive, na Constituição Federal de 1988, que tutela expressamente os direitos patrimoniais do autor⁹, no art. 5º, inc. XXVII, mas não declara expressamente, como faz nos direitos patrimoniais, a proteção dos direitos morais do autor. Embora a doutrina aponte outros dispositivos constitucionais de proteção dos direitos de personalidade do autor como, por exemplo, o art. 1º, inc. III, que consagra a “cláusula geral de proteção dos direitos de personalidade”¹⁰.

Desde logo, é possível apontar que existem contradições entre os discursos teóricos de proteção do autor, os efeitos práticos desses mesmos discursos e, conseqüentemente, a efetiva tutela jurídica reservada ao autor pelo atual modelo de regulação da criatividade autoral em sociedade.

3 ESTRUTURA DOS DIREITOS AUTORAIS E A TEORIA DUALISTA

Apresentado o problema da duplicidade de aspectos dos direitos autorais, cabe examinar as elaborações teóricas sobre tal problema. A construção do duplo aspecto dos direitos autorais é exposta pelo “discurso tradicional dos direitos autorais”, de maneira geral, como um longo processo evolutivo que engloba várias etapas do pensamento jurídico acerca da matéria¹¹. São várias as expressões jurídicas utilizadas e as formulações teóricas

⁹ Conforme Carlos Alberto BITTAR, no “posicionamento do Direito de Autor em termos constitucionais, verifica-se, desde logo, a ênfase dada aos direitos patrimoniais.” Esse autor observa, também, que “em nível constitucional, o direito moral de autor ainda não encontrou abrigo explícito, embora, a nosso ver, desarrazoadamente.” (BITTAR, Carlos Alberto. Contornos atuais ... p. 37 e 40).

¹⁰ Conforme sustenta Francisco AMARAL, “A tutela jurídica dos direitos da personalidade desenvolve-se em dois níveis, um, de natureza constitucional que reúne os princípios que organizam e disciplinam a organização da sociedade, e outro, próprio da legislação ordinária, que desenvolve e concretiza esses princípios.” (...) “Em matéria constitucional o princípio básico é o contido no art. 1º da Constituição Brasileira, que estabelece como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana na seqüência do valor, também fundamental, da igualdade, expresso no preâmbulo como valor superior do ordenamento jurídico, que proíbe qualquer tipo de discriminação. Quer isso dizer que o respeito à pessoa humana é o marco jurídico básico, o suporte inicial que justifica a existência e admite a especificação dos demais direitos, garantia a igualdade de todos perante a lei (igualdade formal) e a igualdade de oportunidades no campo econômico e social (igualdade material).” (AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 245-246).

¹¹ Essa maneira de compreender a questão é própria do historicismo no Direito; é uma forma positivista de trabalhar com a História e com o Direito. Segundo Ricardo Marcelo FONSECA, “o direito, aqui, é isolado de todas as outras instâncias históricas, bastando-se em si mesmo e prescindindo do auxílio da história social, da filosofia, etc.” (FONSECA, Ricardo Marcelo. Direito e história ... p. 38).

que procuram explicar o que são os direitos que derivam da produção artística, científica e literária do sujeito criador¹².

Tomando como exemplo do discurso tradicional dos direitos autorais a orientação de Darcy BESSONE, tudo começou com a **“teoria do privilégio ou do monopólio”**. Essa teoria surge com a invenção da imprensa no século XV e atribui todos os direitos sobre a produção intelectual ao soberano que, por sua vez, possui a faculdade de conferir aos súditos um privilégio de impressão. Passado o tempo dos privilégios, uma outra formulação teórica proposta foi a **“teoria da obrigação *ex delicto*”**, que reservava ao autor não um direito, mas apenas um interesse em que não fosse violada a norma legal que proibia a reprodução de obra alheia sem autorização do titular.

Ainda segundo o discurso jurídico tradicional, a regulação da titularidade jurídica da criatividade humana, também, passou pela **“teoria da propriedade”** e da **“quase propriedade ou propriedade *sui generis*”** que basicamente atribuíam o mesmo regime jurídico do proprietário ao autor, este possuía as mesmas faculdades de gozo e disposição daquele. Com essa mesma orientação, os direitos autorais foram inseridos na **“teoria do direito patrimonial”**. Se o direito de autor não era, exatamente, uma propriedade era, pelo menos, um direito patrimonial.

Conforme explicação de BESSONE, na “evolução” dos direitos autorais coube a KANT e GIERKE a introdução dessa categoria de direitos na **“teoria da personalidade”**, pois a “obra do engenho, tanto antes quanto depois da publicação, não se distinguiria da atividade criadora do indivíduo, ligando-se, assim, à sua própria personalidade, na qual o direito autoral encontraria o seu fundamento”¹³. Próxima a essa formulação, PICARD desenvolveu a **“teoria do direito intelectual”** criando uma nova categoria de direitos, a dos direitos intelectuais, compreendendo todas as manifestações da inteligência humana. As “sucessivas teorias levaram muitos espíritos à convicção de que é irreduzível a verdade de que o direito autoral cria duas ordens paralelas de direitos”¹⁴.

¹² A orientação aqui adotada segue, exemplificativamente, a posição de Darcy BESSONE (BESSONE, Darcy. Direitos reais. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996). Para outras leituras que abordam outras teorias sobre a constituição da natureza jurídica do direito do autor verificar: CHAVES, Antônio. Criador da obra intelectual: direito de autor natureza, importância e evolução. São Paulo: LTr, 1995. p. 18 – 27; ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de autor e direitos conexos ... p. 667 – 687. Todas essas orientações, apesar das suas variações, inserem-se no discurso tradicional dos direitos autorais.

¹³ BESSONE, Darcy. Direitos reais ... p. 117.

¹⁴ BESSONE, Darcy. Direitos reais ... p. 118.

Continuando sua exposição, BESSONE conclui que as teorias anteriormente apontadas “cometiam o equívoco” de analisar o fenômeno autoral apenas por um desses aspectos, pois, “publicado o trabalho intelectual, surge uma situação jurídica mista, formada de dois elementos: um imaterial e pessoal, que se liga à personalidade e à liberdade do autor, e, outro, patrimonial e econômico, que é suscetível de cessão”¹⁵. Essa maneira de entender os direitos autorais, que reconhece esses dois aspectos da produção intelectual, é denominada “teoria dualista”¹⁶.

Apesar das variações doutrinárias em torno dessas posições teóricas¹⁷, a teoria dualista, geralmente, é apresentada pelo discurso tradicional dos direitos autorais como o último estágio do desenvolvimento doutrinário dos direitos autorais, o ápice da elaboração teórica nessa matéria¹⁸.

¹⁵ BESSONE, Darcy. Direitos reais ... p. 117.

¹⁶ BESSONE comentando a “teoria dualista” afirma que: “As dificuldades do tema acentuam a impossibilidade de tratá-lo sem o dualismo admitido por esta última teoria. O direito pessoal do autor, que imprópriamente se costuma qualificar de moral, não se submete à disciplina do direito patrimonial. A este, de outra parte, não satisfaz a técnica do chamado direito moral. Parece-nos que o bifrontismo argüido constitui, no caso, uma contingência invencível, que corresponde à essência e à natureza do direito autoral.” (BESSONE, Darcy. Direitos reais ... p. 117.)

¹⁷ Teixeira dos SANTOS classifica de outra maneira as principais teoria que procuram explicar a natureza jurídica dos direitos autorais, apesar de trazer um rol menos extenso de propostas teóricas, o autor sintetiza as principais orientações com relação à matéria e, por isso, devem ser citadas. Segundo Teixeira dos SANTOS: “A teoria da Propriedade é a mais tradicional. Foi a que classificou dentro da sistemática clássica romana, incluindo-a na categoria dos direitos reais.” (...) “A teoria da Personalidade tem sua origem nas concepções de Kant. Seu principal seguidor, Otto Von Gierke, deu forma jurídica a essa tese, que vê na obra uma extensão da pessoa do autor, cuja personalidade não pode ser dissociada do produto de sua inteligência: o Direito do Autor é um Direito Pessoal, como o direito à vida, à integridade física, ao nome.” (...) “A teoria dos Bens Jurídicos Imateriais, de Joseph Kohler, reconhece ao autor um direito absoluto *sui-generis*, de natureza real. Paralelamente, declara existir uma relação jurídica de natureza pessoal entre o autor e a obra, que não constitui um elemento do direito autoral e conserva as características de puro direito da personalidade. Mantém-se fiel à concepção clássica, apenas substituindo os direitos reais pela categoria mais ampla de direitos sobre os bens, a qual compreenderia os direitos sobre os bens corporais (direitos reais) e os direitos sobre os bens imateriais (Direito Autoral).” (...) “A Teoria dos Direitos sobre Bens Intelectuais. Como não encontrava possibilidade de incluir o Direito Autoral numa das três categorias da divisão romana, Edmond Picard adicionou-lhe uma quarta, cuja denominação seria *jure in re intellectuali*.” (...) “A Teoria Dualista que, conciliando as teses anteriores, vê na proteção à criação intelectual um direito autônomo que enfeixa dois direitos diversos, interdependentes, porém distintos um do outro: o patrimonial, transferível e o pessoal, insubrogável”. (SANTOS, Newton Paulo Teixeira dos. A fotografia e o direito do autor, 2ª ed., São Paulo LEUD, 1990. p.16 – 19). Com essa mesma classificação, ver: COSTA NETTO, José Carlos. Direito autoral no ... p. 47.

¹⁸ “A pertinência da concepção dualista como uma ‘verdadeira evolução’ de todas as teorias é defendida, a exemplo da maioria dos autoristas, por Henry Jessen, concluindo que esta conciliaria as teses anteriores, pois veria na criação intelectual um instituto autônomo que enfeixa dois direitos diversos, interdependentes, porém distintos um do outro: o patrimonial, transferível, e o pessoal, insubrogável” (COSTA NETTO, José Carlos. Direito autoral no ... p. 51).

A posição adotada pelos formuladores da teoria dualista, embora não seja pacífica, é a mais aceita pela doutrina autoralista e a que, na linha do discurso tradicional dos direitos autorais, melhor explica a sua natureza jurídica. No entender de José Carlos COSTA NETTO, a “solução pela teoria dualista, defendida pelo jurista Henry Desbois, não é pacífica, mas tem sido considerada como a mais adequada à conceituação do direito de autor na localização de sua natureza jurídica *sui generis* ou ‘híbrida’”¹⁹. Essa posição além de estar positivada na Lei n.º 9.610/98, conforme já foi explicitado, também é aceita, atualmente, pela jurisprudência, que reconhece, além do aspecto de ordem patrimonial, o aspecto moral dos direitos autorais. A violação a esses direitos, conseqüentemente, enseja tanto a reparação por danos materiais quanto morais²⁰.

A teoria dualista sustenta que os aspectos patrimoniais e morais dos direitos autorais são complementares, ou seja, tutelam ambas as esferas do autor, a pessoal e a patrimonial²¹. A obra autoral só pode ser reconhecida e individualizada se for reconhecido e tutelado o vínculo que une o autor à sua obra. Por mais que a materialização da idéia ou as formas de transmissão variem, o elo entre criador e o seu produto intelectual permanece e, por isso, deve ser protegido. Por outro lado, de acordo com a posição adotada por grande parte da doutrina, são os direitos patrimoniais que garantem as condições materiais para a permanência da atividade intelectual e tutelam, em última instância, a própria personalidade do autor. Os direitos personalíssimos e os patrimoniais do autor, apesar de serem direitos distintos, segundo o discurso tradicional dos direitos autorais, são interdependentes.

¹⁹ COSTA NETTO, José. Direito autoral no ... p. 49.

²⁰ Um exemplo que caracteriza a duplicidade dos direitos autorais pode ser verificado em julgado do Superior Tribunal de Justiça, que traz em sua Ementa a seguinte conclusão: “A divulgação (publicação) em revista de cenas do último capítulo de novela, com transcrição integral e literal de significativa parte do respectivo script, realizada sem autorização do autor e cerca de uma semana antes de referido capítulo ser transmitido pela televisão, é procedimento que encerra ofensa **aos direitos autorais, tanto de ordem patrimonial como moral**, não estando albergado ou amparado pelo direito de citação, tampouco pelo de informação. (...) (sem grifos no original) (STJ) Resp. 23.746-8-SP-4ª T.-J.28.3.95, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira (DJU de 2.10.95)” (DIREITO AUTRAL: Série Jurisprudência. 2ª ed., Rio de Janeiro: Esplanada: ADCOAS, 1997. p.188). Nesse mesmo sentido, a seguinte ementa do Superior Tribunal de Justiça: “Destrução de Obra de Arte. São invioláveis a honra e a imagem das pessoas, assegurado o **direito à indenização pelo dano material ou moral conseqüente à sua violação**. Não se paga a dor, tendo a prestação pecuniária função meramente satisfatória. Assim como o detrimento de bens materiais ocasiona prejuízo patrimonial, ‘a agressão aos bens imateriais configura prejuízo moral’. Uma vez incontroversa a existência do dano e admitida a sua responsabilidade, decorre daí ser o mesmo indenizável, não pelo simples decurso do tempo comprovada destruição da obra de arte, que é a projeção da personalidade do autor. (sem grifos no original) (STJ), Resp 37.374-3-MG-2ª T.-28-9-94, Rel. Ministro Hélio Mosimann –DJU 24-10-94”. (DIREITO AUTRAL: Série Jurisprudência ... p.75).

²¹ BITTAR, Carlos Alberto. Contornos atuais ... p. 42.

Ocorre que esta complementaridade, propalada e defendida por grande parte do discurso tradicional dos direitos autorais, pode e deve ser melhor analisada. Questionar se a interdependência entre os direitos morais e patrimoniais do autor, estabelecida no plano abstrato, corresponde e em que medida corresponde aos efeitos concretos verificados no plano das relações sociais, é algo importante a ser feito.

4 FUNDAMENTO DOS DIREITOS AUTORAIS: A CRIATIVIDADE

A reflexão sobre a natureza dúplice dos direitos autorais remete a um outro conjunto de preocupações, dentre elas, a questão do fundamento dos direitos autorais, ou seja, qual a razão pela qual a lei protege esses direitos. Conforme Darcy BESSONE, são várias as respostas que foram dadas a essa questão²², entretanto, a mais aceita atualmente é a criação. Para esse autor, o “fundamento da proteção ao direito autoral residiria, pois, na criação”²³. E essa “é a melhor explicação, inclusive por afeiçoar-se à teoria dualista sobre a natureza de tal direito”²⁴.

Na linha traçada pelo discurso tradicional dos direitos autorais, só existem direitos autorais se houver criação²⁵. A atividade intelectual tutelada pelo direito autoral é aquela que implica a existência de um mínimo de criatividade e originalidade. Sustentando esse mesmo entendimento, José de Oliveira ASCENSÃO defende que “a tutela extensa do direito de autor só é justificada pela criatividade, pelo que se não houver uma base de criatividade nenhuma produção pode franquear os umbrais do Direito de Autor”²⁶.

²² Segundo BESSONE, existiram outros fundamentos para o direito do autor, fundamentos que também justificaram a proteção das obras intelectuais e seus autores, são eles: a) o autor seria o proprietário das idéias; b) o autor “ocuparia” as idéias presentes em sociedade – teoria da ocupação; c) a teoria segundo a qual o autor receberia uma contraprestação pelos serviços prestados à sociedade; d) também no trabalho autoral é encontrada a razão da proteção ao direito autoral; e) por fim a justificativa da criação que é a adotada pelo autor. (BESSONE, Darcy. Direitos reais ... p. 118 – 119).

²³ BESSONE, Darcy. Direitos reais ... p. 119.

²⁴ BESSONE, Darcy. Direitos reais ... p. 119.

²⁵ Nas palavras de BITTAR, “é pela criação – vale dizer, pela ação de dar a lume obra intelectual estética – que se adquirem direitos autorais. Daí, título originário para a aquisição de direitos é o fenômeno natural de concepção e de materialização da forma intelectual protegível.” (BITTAR, Carlos Alberto. Contornos atuais ... p. 24).

²⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de autor e direitos conexos ... p.11.

A Lei brasileira n.º 9.610, de 19 de fevereiro, de 1998, também, nesse aspecto se orienta pelo discurso jurídico tradicional, em especial, no Capítulo I, do Título II, no artigo 7º: “São obras intelectuais protegidas as **criações do espírito**, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro (...)”²⁷. (sem grifos no original).

A atividade jornalística serve, perfeitamente, para ilustrar a presença e a necessidade de criatividade como elemento justificador da tutela jurídica autoral. O que se observa na atividade jornalística é que as notícias, em si mesmo, não são protegidas, o que se protege é a “novidade” agregada, pelo autor, aos fatos. Assim, só “há direito de autor do jornalista desde que haja criação, ou seja desde que ele ultrapasse o simples relato de acontecimentos, a notícia singela, que, por definição não é protegida”²⁸. A maneira como esses fatos são contados, os comentários, a leitura realizada pelo jornalista dos acontecimentos, entre outras maneiras de se “trabalhar” com a notícia são os elementos que podem atribuir alguma criatividade ao relato e, desse modo, permitir que a tutela jurídica dessa atividade se faça por meio dos direitos autorais.

Essa mesma fundamentação também é verificada, amplamente, na jurisprudência. José CRETELLA JÚNIOR, ao analisar um *leading case* entre julgados brasileiros referentes à coletânea de leis e sua proteção jurídica, verificou que ausente o caráter criativo da obra, a atividade intelectual não está sujeita à tutela autoral. De acordo com o autor, “Esta decisão, *leading case* sobre o tema, deixa bem claro que *Coletânea de Leis*, composta de texto único, remissões e índice, sem notas ou comentários, é desprotegida da lei brasileira autoral, por estar ausente o traço da criação intelectual”²⁹.

²⁷ No Capítulo I, do Título II (arts. 7º - 10) da atual Lei de direitos autorais, são definidas as obras intelectuais protegidas.

²⁸ REIS, Miguel. O direito de autor no jornalismo. Lisboa: Quid Juris? Sociedade Editora, 1999. p. 26. Segundo Miguel REIS: “É regra a de que as notícias em si mesmas e os relatos de acontecimentos não merecem protecção, como, aliás, bem se compreende. Elas existem por si e não pela forma por que são comunicadas ou pela mensagem que as transporta. Mas não é a isso, à simples reprodução de notícias ou ao simples relato de acontecimentos que se chama jornalismo. (...) O resultado da criação jornalística, desde que seja criação e não se resuma a mera reprodução de factos ou resumo de acontecimentos, sem nenhuma criatividade que acrescente aos próprios factos uma novidade em termos criativos, é protegida pelo direito de autor.” (REIS, Miguel. O direito de autor ... p.19-20). Estas observações de Miguel REIS, embora se refiram ao Direito português, são válidas ao Direito brasileiro.

²⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. O direito autoral na jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p.1. Nessa obra, o autor faz uma compilação de casos clássicos envolvendo direitos autorais. O acórdão apontado possui a seguinte ementa: “Compilar ou coletar textos de leis, arrumando-os com índices e remissões em rodapés, ainda que constitua prestação que exige gabarito técnico e trabalho exaustivo de pesquisa, não chega a constituir criação intelectual científica, e muito menos artística ou literária. (Primeira Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, 1979, em RT 526/131).” (CRETELLA JÚNIOR, José. O direito autoral ... p.2).

Em um caso mais recente, decidido pelo Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, a questão principal, objeto de controvérsia entre o voto vencido e a posição majoritária, ficou em se definir se o trabalho fotográfico de determinado sujeito constituía ou não criação artística e conseqüentemente se estava ou não amparado pelo direito autoral. Uma frase do Voto Vencido demonstra a controvérsia: “Para que a fotografia se enquadre como obra intelectual protegida, no entanto, exige-se que a mesma possa ser considerada criação artística, portanto verdadeira obra de arte, em vista da escolha do objeto e das condições de sua execução.” A solução adotada no caso restou sintetizada na Ementa do Acórdão: “Não caracteriza obra de arte, a justificar a proteção da lei de Direito Autoral, a fotografia cujo objeto não foi escolhido pelo fotógrafo e em cuja produção não se empregou criatividade”³⁰.

Ainda em relação a esse problema, Manoel Joaquim Pereira dos SANTOS destaca a dificuldade em se definir se um determinado trabalho fotográfico é ou não uma criação. De acordo com esse autor:

“enquanto os desenhos, charges e caricaturas resultam essencialmente do trabalho intelectual do artista, a fotografia é também o produto de atividades mecânicas e de reações químicas, o que muitas vezes pode permitir a obtenção de um resultado com grande valor informativo sem que tenha concorrido, de forma significativa, a participação do fotógrafo. É o caso da foto instantânea, cuja proteção como obra intelectual foi muitas vezes discutida, embora a tendência seja para admitir seu amparo legal, com base no entendimento de que o direito autoral protege o resultado e não o esforço desenvolvido, além do argumento de que também neste caso intervém certa dose de inteligência criativa do autor”³¹.

Assim, para o discurso tradicional dos direitos autorais, na produção de determinada obra intelectual, sem o emprego de criatividade e, para alguns autores, de originalidade, não há a tutela do direito autoral. O problema, entretanto, é diferenciar o que é uma criação do que não é, e verificar se determinada expressão intelectual possui ou não um mínimo de originalidade e criatividade.

³⁰ RJTAMG. Belo Horizonte: DelRey, vol. 75, ano XXIV, abr./jun. 1999. p. 142 e p. 139. Nessa linha, um outro exemplo que pode ser indicado é a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sintetizado na seguinte Ementa: “Propriedade intelectual. Proteção do invento, obra literária ou qualquer obra intelectual. Forma ou expressão da idéia pura. A idéia em si, ou uma simples concepção ideal, não constitui trabalho intelectual protegível. (...) (TJ-RJ) Ap. Cív. 949/91, Relator: JD. Subs. Des. Décio Xavier Gama (Reg. Em 10-4-92) (DIREITO AUTORAL: Série Jurisprudência ... p.70).

³¹ SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. O direito de autor na obra jornalística gráfica. São Paulo: RT, 1981. p.84.

5 OBJETIVO DOS DIREITOS AUTORAIS: A PROTEÇÃO INTEGRAL DO AUTOR

Se o fundamento está na criação e só existe obra intelectual protegida pelo direito autoral se houver um mínimo de criatividade, a tutela jurídica pretendida objetiva justamente o sujeito criador. Ou seja, para o discurso tradicional dos direitos autorais, o sistema de regulação da titularidade da produção cultural e intelectual em sociedade é destinado à proteção dos autores, não é mais orientado à proteção de privilégios atribuíveis pelo soberano aos súditos ou aos monopólios de corporações de editores.

Sob essa ótica, proteger ou tutelar a pessoa do autor resulta na atribuição de um “exclusivo”³² a ele, sobre a sua obra, pelo menos a título originário. Isso significa que é o criador quem adquire, originariamente, no plano jurídico, os direitos patrimoniais e morais sobre o produto artístico, científico e literário, fruto do seu intelecto. Esses direitos são atribuídos ao autor com a finalidade de protegê-lo. Vieira MANSO, ao conceituar os direitos autorais, chega a afirmar que o único sentido desses direitos é a proteção do criador, independentemente de qualquer disposição legal. Nas palavras do autor indicado: “Pode-se dizer que direito autoral é o conjunto de prerrogativas de ordem patrimonial e de ordem não patrimonial atribuídas ao autor de obra intelectual (...) tais prerrogativas lhe são conferidas pelo simples fato de ser o criador daquele bem, independentemente, até da existência de leis especiais que as proclamem”³³.

Assim, no discurso tradicional dos direitos autorais fica claro que o centro das preocupações do legislador, ao definir um estatuto protetivo próprio ao produto intelectual, é o criador da obra³⁴, pois “Onde houver criatividade, originalidade, aí estará, sempre solícito e solene, o direito de autor, procurando dignificar e salvaguardar o trabalho do criador e do artista, a fim de que dele possam auferir meios de subsistência para continuar produzindo cada vez mais e melhor”³⁵. A lei brasileira em vigor se preocupa, no seu Capítulo II, do Título II (arts. 11 – 17), em definir o conceito de autoria, o que a identifica com a doutrina tradicional sobre direitos autorais.

³² “A tutela da criação literária e artística faz-se basicamente pela outorga de um exclusivo. A actividade de exploração económica da obra, que de outro modo seria livre, passa a ficar reservada para o titular.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de autor e direitos conexos ... p.11 – 12).

³³ MANSO, Eduardo J. Vieira. O que é direito autoral ... p. 7.

³⁴ BITTAR, Carlos Alberto. A lei de direitos autorais na jurisprudência. São Paulo: RT, 1988. p.14.

³⁵ CHAVES, Antônio. Criador da obra intelectual ... p. 36-37.

No plano jurisprudencial, a preocupação central com a tutela do autor, objetivo dos direitos patrimoniais e morais dos direitos autorais, também é a verificada. Nesses mesmos termos, em precedente que marca até hoje a posição do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ficou estabelecido que: “A utilização de música em estabelecimento comercial, captada de emissora de rádio, sujeita-se, nos termos da lei, ao pagamento de direitos autorais. O pagamento dessa verba decorre não apenas do lucro indireto ou potencial, pela captação e predisposição da clientela em consequência da sonorização ambiente, mas pela opção legislativa em valorizar o **trabalho** e o **talento do autor**”³⁶.

De acordo com o que se convencionou chamar de discurso tradicional dos direitos autorais, o sujeito de direito participante desse tipo de relação jurídica, titular de direitos subjetivos patrimoniais e extrapatrimoniais sobre a obra criada, em princípio, é o autor. E é ao criador da obra que se atribui essa posição, porque é a ele que o Direito se propõe proteger. Ao tutelar o autor, atribuindo-lhe direitos de personalidade e direitos patrimoniais sobre o resultado de sua atividade criativa, a ordem jurídica busca a proteção integral da atividade de criação e do próprio autor.

Um ponto a ser melhor analisado, no entanto, é se esses objetivos estão sendo cumpridos, ou seja, refletir sobre a situação concreta dos autores em sociedade e verificar se aquilo que se propõe, o “discurso tradicional dos direitos autorais”, no plano jurídico abstrato é realizado no plano das relações sociais concretas. E procurar identificar outros efeitos práticos, se é que existem, de toda essa construção tradicional.

6 FUNÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS

Permanecendo no discurso tradicional dos direitos autorais, uma outra questão geralmente estudada pelos autores é a função ou a utilidade da proteção dos direitos patrimoniais e de personalidade do autor. Tradicionalmente, atribui-se aos direitos autorais

³⁶ “(STJ), (Rec. Esp. 1.297-RJ) (89.0011461-1) ... Rel. p/ Acórdão: O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo”. (sem grifos no original) (DIREITO AUTORMAL: Série Jurisprudência ... p.170-171). Em outro julgado, o STJ, além de ressaltar a peculiaridade dos direitos autorais, sustenta que a sua dúplice constituição serve para a proteção do autor: “(...) **O autor de obra intelectual é titular de direitos morais e patrimoniais** (art. 21). Depende de autorização qualquer forma de utilização de sua obra (art. 30). Ocorrendo ofensa a ambos os direitos, cumulam-se as indenizações. Caso em que se reconheceu, também, a lesão de direito patrimoniais. Recurso especial, por isso, conhecido e provido, em parte. (sem grifos no original) (STJ) (RE 13.575-SP) (Reg. 91162655) Relator: O Exmº Sr. Ministro Nilson Naves”. (DIREITO AUTORMAL: Série Jurisprudência ... p.84).

a função de estimular a atividade artística, científica e literária, ou seja, aos direitos autorais é atribuído o papel de fomentar a produção cultural em sociedade.

Nessa perspectiva, ao se proteger juridicamente o autor, garantindo os frutos econômicos e o vínculo indissolúvel entre ele e sua obra, está-se estimulando a criação artística, científica e literária e, conseqüentemente, contribuindo para o desenvolvimento e progresso de toda a sociedade.

Um exemplo desse discurso pode ser verificado nas palavras de Miguel REIS: “É hoje pacífico que o acesso à cultura e catalização da produção cultural passa (...) por uma proteção eficaz das obras publicadas e é inversamente enfraquecida por uma falta de proteção ou por uma proteção insuficiente”³⁷. Ainda mais eloqüente, no sentido de vincular o desenvolvimento cultural e a proteção autoral, são as observações de Antônio CHAVES: “Os governos dos países mais adiantados estão compenetrados de que, no mundo altamente competitivo de hoje, não existe progresso sem amparo à cultura e à técnica”³⁸. Pois, segundo o mesmo autor, “Continuarão escravas as nações, mesmo poderosas economicamente, que não estiverem em condições de preparar, a par de suas tropas aguerridas com os mais modernos equipamentos bélicos, outro exército, silencioso e pacífico: o dos obreiros do espírito, o dos homens do pensamento, o dos artistas (...)”³⁹. E continua: “Ora, essa meta só se alcançará por um caminho lógico, natural, autógeno, no sentido de que de si mesmo aufere forças: amparar, proteger, indistintamente, todas as criações intelectuais”⁴⁰.

A importância atribuída à função dos direitos patrimoniais e de personalidade do autor é tão grande que, na linha desse discurso, se não houver proteção jurídica, aos moldes do atual modelo de regulação das idéias em sociedade, não se produz cultura⁴¹. A proteção à personalidade do autor e aos possíveis frutos econômicos que sua obra possa produzir é que impulsionam a inventividade e a criatividade do autor. Salta aos olhos, nesse discurso, a

³⁷ REIS, Miguel. O direito de autor ... p. 14-15

³⁸ CHAVES, Antônio. Criador da obra intelectual ... p. 36.

³⁹ CHAVES, Antônio. Criador da obra intelectual ... p. 36.

⁴⁰ CHAVES, Antônio. Criador da obra intelectual ... p. 36.

⁴¹ Segundo Antônio CHAVES: “A relevância do direito de autor está intimamente relacionada com a própria importância da criação intelectual: origem, base, desenvolvimento de tudo quanto existe de belo e de construtivo no mundo.” (CHAVES, Antônio. Criador da obra intelectual ... p. 29).

valorização do indivíduo em relação à sociedade que, aliás, lhe é anterior e, por isso, lhe transmite a base para a própria atividade criativa⁴².

Ocorre que, se essa maneira de compreender a questão está correta, corre-se o risco de identificar o atual modelo de regulação com a própria noção de criação intelectual, estimulando, assim, apenas algumas formas de criação. O que não se encaixa muito bem aos moldes da regulação jurídica tradicional não é protegido e não é estimulado. A forma jurídica é que delimita o conteúdo do que será tutelado e do que, nesse caso, constitui uma atividade intelectual criativa. Incentiva-se um único tipo de atividade artística, científica ou literária em detrimento de outros que, para o atual modelo, não são considerados manifestações intelectuais criativas, passíveis de tutela pelos direitos autorais. O que deve ser analisado com maior cuidado é se a valorização da criatividade é fruto apenas da modernidade e do seu sistema de proteção jurídico autoral.

7 CONTEÚDO PATRIMONIAL DOS DIREITOS AUTORAIS

“Não há propriedade mais particular, mais legítima do homem que a produzida pelo trabalho de seu cérebro.”
(Preâmbulo da Copyright Law do Estado de Massachussets de 17 de março de 1783).⁴³

Os direitos patrimoniais do autor, no entendimento do discurso tradicional dos direitos autorais, conferem originariamente ao autor, além da proteção a sua criatividade, a possibilidade de este retirar proveitos econômicos derivados de sua obra. A doutrina, em geral, define o aspecto patrimonial dos direitos autorais como sendo “o conjunto de prerrogativas que permitem ao seu titular a utilização econômica da obra intelectual. Mediante o exercício de um direito patrimonial, o titular pode tirar dela algum proveito econômico, de conformidade com sua natureza e com a modalidade de sua exploração

⁴² Nessa questão, parece ser pertinente a observação de Michel VILLEY: “Parece que estamos ainda muito mergulhados no sistema individualista, herdado do século XVIII. Os princípios individualistas estão mesmo ancorados profundamente na consciência contemporânea.” (VILLEY, Michel. *Filosofia do direito ...* p.135). Nas palavras de Gerd BORNHEIM, “Abrevio o tema dizendo que o súdito medieval, o homem subordinado ao rei e ao papa, empenhavam-se em construir as muralhas da cidade e mesmo as do império; o burguês, como que emoldurando os seus procedimentos de auto-afirmação, despreocupa-se da cidade e limita-se à construção do muro que protege a sua própria casa.” (BORNHEIM, Gerd. *O sujeito e a norma*. In: NOVAES, Adauto. *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 250).

⁴³ SANTOS, Newton Paulo Teixeira dos. *A fotografia ...* p. 14.

comercial”⁴⁴. Nessa linha, o aspecto patrimonial dos direitos autorais, inicialmente, pode ser entendido como a parcela ou aspecto patrimonial dos direitos autorais.

A Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que regulamenta esta matéria no Título III, Capítulo III, intitulado: “Dos Direitos Patrimoniais do Autor e de sua Duração”, em seu art. 28 dispõe: “Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística e científica.” Segundo Darcy BESSONE, trata-se do *jus utendi*, do *jus fruendi* e do *jus abutendi* conferidos ao titular de um direito sobre uma propriedade, no caso, aplicados ao conteúdo patrimonial dos direitos autorais⁴⁵. As faculdades ou poderes patrimoniais de fruir e dispor podem ser identificadas como formas de utilização da obra⁴⁶.

Delimitando melhor o conteúdo patrimonial dos direitos autorais, José de Oliveira ASCENSÃO observa que a faculdade de utilizar uma obra autoral não se constitui, necessariamente, em um direito patrimonial⁴⁷. Para esse autor, “a essência do direito patrimonial se encontra na exploração econômica da obra.”⁴⁸ Isso significa que a utilização a que a lei se refere não é qualquer maneira de utilização, mas sim à **“utilização com intuito de lucro, pois essa está condicionada à autorização do autor”**⁴⁹.

A tutela do conteúdo patrimonial dos direitos autorais encontra o seu fundamento legislativo no art. 5º, do texto constitucional, mais especificamente no seu inciso XXVII, segundo o qual “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissíveis aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”.

O direito patrimonial do autor contém uma série de direitos específicos que, embora comunguem da mesma natureza patrimonial, se destinam a assegurar a fruição econômica, por parte do autor, de atividades distintas em relação à mesma obra produzida. Hermano DURVAL cita os direitos de reprodução, de representação, de execução, de recitação, de

⁴⁴ MANSO, Eduardo J. Vieira. O que é direito autoral ... p. 52.

⁴⁵ BESSONE, Darcy. Direitos reais ... p.123. Para Darcy BESSONE, “Nos termos do artigo, o direito autoral pode constituir propriedade plena ou, fragmentando-se. Propriedade limitada.” (BESSONE, Darcy. Direitos reais ... p. 123).

⁴⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral ... p. 85.

⁴⁷ “Na realidade, por natureza, não podemos falar de um direito de utilizar restrito ao autor. Uma vez quebrado o inédito qualquer um tem o direito de utilizar a obra.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral ... p. 82).

⁴⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral ... p. 84.

⁴⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral ... p. 83 (sem grifos no original). Segundo ASCENSÃO, “O que está reservado ao autor não são pois tipos de utilização da obra, é antes a possibilidade de fazer qualquer utilização com intuito lucrativo.”(ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral ... p. 83).

adaptação, de tradução e de radiodifusão como exemplos de utilização econômica do produto autoral⁵⁰.

Segundo José Carlos COSTA NETTO, a possibilidade de aproveitamento econômico de obras intelectuais, na linha da doutrina clássica, são duas: a reprodução e a representação⁵¹. Destas duas grandes ramificações dos direitos patrimoniais do autor, ou formas de utilização patrimonial, derivam uma série de atividades em que se verificam a manifestação do aspecto patrimonial desse direito. A Lei n.º 9.610/98, especialmente no art. 29, aponta para um extenso rol dessas atividades, tais como: reprodução, edição, adaptação, tradução, inclusão, distribuição, utilização direta ou indireta, entre outras⁵².

Deve ser observado que, de acordo como o discurso tradicional dos direitos autorais, os direitos patrimoniais do autor sobre a sua obra não se esgotam na enumeração trazida pela Lei n.º 9.610/98. Ou seja, as possibilidades de utilização econômica da obra não são limitadas pela legislação, pois o rol de modalidades de utilização indicada pela lei não é taxativo. “Assim, há tantos direitos de utilização econômica quantos comportar a natureza da obra.”⁵³ Esta é a orientação adotada, inclusive, pela Lei n.º 9.610/98, no caput do art. 29.

⁵⁰ DUVAL, Hermano. Direitos autorais ... p. 16.

⁵¹ Segundo José Carlos COSTA NETTO, os “direitos de reprodução: decorrem da reprodução, em qualquer suporte, de obra intelectual” e os “direitos de representação decorrem da ‘interpretação (ou execução) de uma obra mediante ações, tais como encenação, recitação, canto, dança ou projeção, realizados na presença do espectador ou transmitindo a interpretação através de mecanismos ou processos técnicos, tais como microfones, radiodifusão ou televisão por cabo’.” (COSTA NETTO, José. Direito autoral no ... p. 81). No mesmo sentido, ver: MANSO, Eduardo Vieira. Direito autoral: exceções impostas aos direitos autorais (derrogações e limitações). São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980, p. 40.

⁵² Segundo o art. 29, da Lei n.º 9.610/98, “Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: I – reprodução parcial ou integral; II – a edição; III – a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações; IV – a tradução para qualquer idioma; V – a inclusão em fonograma ou produção audiovisual; VI – a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra; VII – a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário; VIII – a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante: a) representação, recitação ou declamação; b) execução musical; c) emprego de alto falante ou sistemas análogos; d) radiodifusão sonora ou televisiva; e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva; f) sonorização ambiental; g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado; h) emprego de satélites artificiais; emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados; j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas. IX – a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero; X – quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.”

⁵³ DURVAL, Hermano. Direitos autorais ... p. 16.

Sinteticamente, compreende-se o conteúdo patrimonial dos direitos autorais como sendo a possibilidade de exploração econômica da obra, originariamente conferida ao autor. Mas, para pôr em andamento a exploração patrimonial desses direitos são necessários mecanismos que possibilitem a sua circulação. Por isso, os direitos patrimoniais do autor podem ser transferidos, total ou parcialmente, pelo autor ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por seus representantes e podem ser transferidos mediante licenciamentos, concessões, cessões e outros meios admitidos pelo direito⁵⁴. As obras artísticas, científicas e literárias inserem-se, por meio do discurso dos direitos patrimoniais do autor e de sua autonomia privada, no trânsito jurídico e econômico dos bens imateriais no mercado.

Uma boa parte da doutrina jurídica justifica a existência dos direitos patrimoniais do autor e a importância de sua tutela, alegando que são **direitos naturais do homem**. De acordo com Antônio CHAVES, “Se algum **direito natural** existe, nenhum poderá ser mais ‘natural’ do que o direito de autor”⁵⁵. Com entendimento similar, Dirceu de Oliveira e SILVA sustenta que “O Direito de Autor resulta de um **fato natural**: o autor deve poder dispor daquilo que criou com o seu próprio trabalho”⁵⁶.

Ainda, nessa mesma linha, justifica-se a existência desses direitos naturais alegando que a produção artística, científica e literária, fruto do trabalho do autor, se constitui na mais sagrada das propriedades. Miguel REIS, comentando a proteção conferida ao direito de autor no mundo e em Portugal, verifica que “apesar de o direito de autor ser direito privado, goza de uma proteção muito especial na generalidade dos Estados (...) este aspecto confere um especial significado ao direito de autor, naquele sentido de que é o mais sagrado dos direitos de propriedade”⁵⁷. Esse autor repete, com isso, entendimento consagrado na Revolução Francesa⁵⁸.

⁵⁴ COSTA NETTO, José Carlos. Direito autoral ... p. 79.

⁵⁵ CHAVES, Antônio. Direito de autor ... p. 4 (sem grifos no original).

⁵⁶ SILVA, Dirceu de Oliveira. O direito de autor: no teatro – cinema – rádio – televisão – literatura – artes plásticas. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito LTDA, 1956 p. 11 (sem grifos no original).

⁵⁷ REIS, Miguel. O Direito de autor ... p. 15.

⁵⁸ José de Oliveira ASCENSÃO explica que é a Revolução Francesa que trará um coroamento ideológico ao movimento que pretendia que os direitos do autor fossem reconhecidos, “concebendo o direito de autor como uma propriedade – ‘a mais sagrada de todas as propriedades.’” (ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral ... p. 2).

Verificados alguns dos postulados básicos do discurso tradicional dos direitos autorais a respeito dos direitos patrimoniais do autor, pode-se, ainda, discutir alguns pontos, muitas vezes, deixados de lado. Pode ser questionado se a atual tutela conferida por esses direitos recaem especificamente sobre o autor e se são eficazes no plano das relações sociais; em que medida o sentido individualista, exclusivista e patrimonialista desses direitos ainda são válidos, e qual a influência dos direitos patrimoniais do autor sobre os seus direitos morais.

8 TUTELA JURÍDICA E A VALORIZAÇÃO DA PERSONALIDADE DO AUTOR

“O direito de autor é um elemento da personalidade, cujo objeto é constituído por uma obra intelectual, considerada como parte integrante da esfera da própria personalidade” (Otto Von Gierke)⁵⁹

Em linhas gerais, ao contrário dos direitos patrimoniais do autor que se destacam do titular originário e se destinam a permitir a sua transmissão, o conteúdo moral dos direitos autorais, também chamado de personalíssimo ou de pessoal, caracteriza-se por afirmar o vínculo indissolúvel que existe entre o autor e a sua obra. Se a obra é produto do espírito humano, da criatividade que emana do próprio autor, essa ligação de natureza pessoal existente entre o autor e a sua criação deve ser tutelada. Na direção proposta pelo discurso tradicional, define-se o aspecto moral dos direitos autorais como o “feixe de prerrogativas que tendem, primordialmente, a defender a personalidade do autor e à própria obra em si mesma. (...) Chama-se moral, porque, de regra, ele é irredutível a um valor patrimonial”⁶⁰.

Os direitos morais do autor são considerados por boa parte da doutrina como integrantes da categoria dos direitos da personalidade⁶¹ e, sendo assim, protegem aspectos que decorrem do próprio autor, ou seja, tutelam projeções de sua personalidade. Fazendo

⁵⁹ CHAVES, Antônio. Criador da obra intelectual ... p.23.

⁶⁰ MANSO, Eduardo J. Vieira. O que é direito autoral ... p. 52.

⁶¹ Conforme explica Carlos Alberto BITTAR, “O elemento moral é a expressão do espírito criador da pessoa, com reflexo da personalidade do homem na condição de autor de obra intelectual. (...) Os direitos respeitantes ao liame pessoal entre autor e obra são, assim, inseridos, pela doutrina, entre os direitos da personalidade”. (BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p.140 –141).

parte dos direitos da personalidade são considerados, em regra, direitos extrapatrimoniais, indisponíveis (intransmissíveis, inalienáveis e irrenunciáveis) e absolutos⁶².

São direitos extrapatrimoniais⁶³ porque não são suscetíveis de avaliação econômica, não são passíveis de serem medidos economicamente, ainda que a violação a esses direitos possa resultar em reparação mediante uma indenização pecuniária⁶⁴. O autor, titular do direito moral, não pode dele dispor⁶⁵ e, nesse sentido, não é possível que o autor aliene ou renuncie de alguma forma a ele. Deve ser observado, entretanto, que essa regra comporta exceções no campo dos direitos autorais, pois, conforme o parágrafo 1º, do art. 24, da Lei n.º 9610/98, vários direitos (ou faculdades) da personalidade são transferidos aos sucessores⁶⁶. A intenção é não deixar sem proteção a personalidade do autor após a sua morte. Além disso, é um direito absoluto⁶⁷, no sentido de valer contra todos, ou seja, todas as pessoas devem respeitá-lo⁶⁸.

⁶² Dependendo do autor, as denominações e o número dessas características variam um pouco. Para Dirceu de Oliveira e SILVA, “o Direito Moral é absoluto, perpétuo, intransmissível e irrenunciável.” SILVA, Dirceu de Oliveira e. O direito de autor ... p. 2). Para José Carlos COSTA NETTO, “o direito moral de autor é perpétuo, inalienável e imprescritível.” (COSTA NETTO, José Carlos. Direito autoral ... p. 74). A Lei n.º 9610/98, no seu art. 27, dispõe que: “Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis.”

⁶³ Para San Tiago DANTAS, os direitos de personalidade são direitos “inestimáveis, o que quer dizer que eles não têm um equivalente exato em dinheiro. Este problema da falta de um equivalente em dinheiro gera um dos problemas mais delicados da técnica jurídica, qual seja o da reparação das lesões sofridas pelos direitos da personalidade” (DANTAS, San Tiago. Programa de direito civil: teoria geral. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, p. 154).

⁶⁴ Um exemplo que ilustra a maneira tradicional e geralmente adotada (por meio de indenização pecuniária) para a reparação da violação aos danos morais do autor, pode ser retirado da seguinte Ementa: “(...) O autor intelectual de trabalho fotográfico tem o direito personalíssimo de ter o seu nome indicado na fotografia quando de sua divulgação. Se inobservado tal, cabível há de ser a indenização por danos morais (...) (TJ-RJ) (Ap. 1.357/89-Capital) (...) Relator: Desembargador Darcy Lizardo de Lima) (Reg. Em 24-8-90)” (DIREITO AUTRAL: Série Jurisprudência ... p.133).

⁶⁵ Segundo San Tiago DANTAS, “Os direitos subjetivos transmitem-se, por ato entre vivos ou não, como nas alienações mortis causa, nas sucessões, mas os direito da personalidade, esses não se transmitem de nenhum modo. (DANTAS, San Tiago. Programa de direito civil ... p. 154).

⁶⁶ De acordo com parágrafo 1º, do art. 24, da Lei n.º 9610/98: “Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV.”

⁶⁷ Explicando o caráter absoluto dos direitos de personalidade, San Tiago DANTAS afirma que “os direitos subjetivos absolutos, são aqueles que prevalecem contra todos, *erga omnes*. Quer isso dizer que, aos direitos do titular, corresponde um dever de todos os indivíduos que se encontram na sociedade e não um dever de uma determinada pessoa ou grupo de pessoas.” (DANTAS, San Tiago. Programa de direito civil ... p. 153).

⁶⁸ Essa característica dos direitos da personalidade (são oponíveis *erga omnes*) deriva ou provém dos direitos reais (que são em sua generalidade direitos patrimoniais). Com esse entendimento, ao pontuar a origem dos direitos da personalidade, José Antônio Peres GEDIEL observa que: “Também se passou a reconhecer a necessidade de tutelar os vários bens, corpóreos ou incorpóreos da personalidade, identificados com a pessoa, mas dela distintos, definiu-os como direito subjetivos, oponíveis *erga omnes* e previstos em *numerus clausus*, à similitude dos direitos reais.” (GEDIEL, José Antônio Peres. Os transplantes de órgãos e

Embora a unidade da tutela jurídica se dê em torno da proteção da personalidade do autor, é admitido o fracionamento dos direitos morais do autor em direitos ou faculdades derivados desse conteúdo personalíssimo. Para Hermano DURVAL, são direitos morais do autor: o direito ao inédito, o direito à integridade da obra, o direito à paternidade e ao nome da obra e o direito ao arrependimento⁶⁹. Segundo Eduardo J. Vieira MANSO, o aspecto moral dos direitos autorais compreende: o direito à paternidade, o direito de conservar a obra inédita, o direito de definir a forma final da obra, o direito ao renome autoral, o direito de publicar sua obra anonimamente, o direito de arrependimento, ou direito de retrato⁷⁰.

A Lei n.º 9.610/98 também se ocupa, no seu art. 24, em definir os direitos autorais, que compreende: 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 autor, na utilização da 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 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. Sinteticamente, pode-se concluir que a Lei n.º 9.610/98 enumera os seguintes direitos: o direito de reivindicar a autoria da obra; o direito ao nome; o direito de conservar inédita a obra; o direito à integridade da obra; o direito de modificar a obra; o direito de retirar de circulação a obra e o direito de ter acesso a exemplar único. O desrespeito ou a restrição de qualquer um desses aspectos dos direitos de personalidade, geralmente, é a causa da violação ao direito moral de autor.

Apesar da enumeração legal das faculdades ou direitos personalíssimos do autor, a doutrina jurídica afirma que esses direitos “não se esgotam nesta relação meramente

a invenção moderna do corpo. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000. p.42).

⁶⁹ DURVAL, Hermano. Direitos autorais ... p. 16.

⁷⁰ MANSO, Eduardo J. Vieira. O que é direito autoral ... p. 53-54. José de Oliveira ASCENSÃO, com base na lei portuguesa, atribui ao autor os seguintes direitos pessoais: direito ao inédito, direito à retirada, ao nome, direito à paternidade, direito à integridade e direito à modificação da obra. (ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de autor e direitos conexos ... p. 168).

exemplificativa”⁷¹. Isso significa dizer que a tutela à personalidade do autor, em sua atividade criativa, não está totalmente compreendida na enumeração realizada pela Lei n.º 9.610/98, revelando, em certa medida, a visão jusnaturalista que vem acompanhando o desenvolvimento doutrinário dos direitos autorais.

Essa visão jusnaturalista se faz presente no discurso tradicional dos direitos autorais, por serem os direitos morais do autor direitos que tutelam um dos principais atributos naturais da pessoa humana, que é o seu intelecto, a sua capacidade criativa. A obra, fruto da criação intelectual, é uma projeção do próprio sujeito, é uma derivação da própria personalidade do autor. No dizer de Dirceu de Oliveira e SILVA, “O Direito Moral está diretamente vinculado à pessoa do autor, e funda-se no fato de ser a obra a projeção da sua personalidade.”⁷² Carlos Alberto BITTAR, comentando o sentido em se proteger o aspecto moral dos direitos autorais, explica que a “*ratio legis* é, assim, em última análise, a do resguardo à personalidade do homem-criador de obras estéticas ou utilitárias”⁷³.

Em virtude da importância atribuída ao aspecto moral da criação artística, científica e literária, criou-se, na doutrina jurídica, um certo discurso de valorização do conteúdo personalíssimo dos direitos autorais. Atualmente, no campo doutrinário há um aparente consenso quanto à necessidade de valorização dos direitos de personalidade do autor, de modo que os direitos morais prevaleçam em relação aos direitos patrimoniais do autor, ou seja, busca-se condicionar os direitos patrimoniais aos personalíssimos. Na explicação de Carlos Alberto BITTAR, “A significação do direito moral é de tal que alguns autores, mesmo reconhecendo a interligação entre eles, chegam a sustentar a proeminência do direito moral sobre o patrimonial, como Henri Desbois e Alain Le Tarnec, demonstrando, pois, que lhe reconhecem mais importância”⁷⁴. No mesmo sentido, argumenta José Carlos COSTA NETTO que “Os direitos morais (‘pessoais’ ou ‘de personalidade’) de autor devem prevalecer aos patrimoniais. Essa conclusão resulta de serem aqueles modalidade dos

⁷¹ MANSO, Eduardo J. Vieira. O que é direito autoral ... p. 53.

⁷² SILVA, Dirceu de Oliveira e. O direito de autor ... p. 11.

⁷³ BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade ... p. 141.

⁷⁴ BITTAR, Carlos Alberto. Contornos atuais ... p.42. Em outra obra, Carlos Alberto BITTAR leciona: “Os aspectos intrínsecos dos direitos autorais (...) evidenciam, desde logo, o reconhecimento de um direito pessoal de autor (chamado “direito moral” de autor), que, aliás, constitui a sua própria base e justificador dos direitos patrimoniais atribuídos ao titular.” (BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade ... p. 139.

direitos de personalidade, uma vez que a obra intelectual, como criação de espírito, se vincula essencialmente à personalidade do seu autor”⁷⁵.

A valorização do conteúdo personalíssimo dos direitos autorais também encontra no plano legislativo o seu fundamento, especialmente, no inciso III, do art. 1º, da Constituição Federal de 1988, que consagra o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, cláusula geral dos direitos da personalidade. Além disso, no plano doutrinário, essa idéia ganha força, justamente, com os estudos que trabalham na perspectiva de relacionar o Direito Civil com o Direito Constitucional⁷⁶.

Ocorre que, em grande parte dos estudos, idéias e conceitos como direitos da personalidade, dignidade da pessoa humana, conteúdo moral dos direitos (autorais), são tomados como pontos de partida, lugares comuns que não podem ser problematizados, “consensos” que só a “crítica destrutiva e irresponsável”, de plano desprezada pelos “teóricos sérios”, poderia atacar.

Em relação aos direitos de personalidade do autor e o discurso de valorização desses direitos, talvez fosse interessante discutir um pouco mais o que se entende, o que significa e qual o papel desempenhado pelo conteúdo pessoal dos direitos autorais. Além disso, verificar o que, também, se está protegendo quando se valoriza ou se consagra um aparato jurídico estatal de proteção à personalidade / criatividade do autor.

9 OS DIREITOS AUTORAIS NA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL

O sistema jurídico adotado pelo direito brasileiro, no tocante à regulação das idéias em sociedade, respeita o modelo instituído internacionalmente em 1886 pela Convenção (ou União) de Berna. Este instrumento normativo, com seus aditamentos e constantes revisões⁷⁷, continua sendo, até hoje, o instrumento básico, o padrão adotado para os direitos

⁷⁵ COSTA NETTO, José Carlos. Direito autoral ... p. 72.

⁷⁶ Segundo Carlos Alberto BITTAR e Carlos Alberto BITTAR FILHO, “Aqui, a nota central é, sem dúvida, a dignidade da pessoa humana, que deve sempre ser preservada de todos os ataques da ilicitude, pois que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (Constituição Federal, art. 1º, III). Aliás, é a personalidade, em decorrência do processo de ‘constitucionalização’ do Direito Civil, considerada o valor fundamental do ordenamento jurídico (...)” (BITTAR, Carlos Alberto. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais. 2ª ed., São Paulo: RT, 2002. p. 20).

⁷⁷ Aditamentos: em 04/05/1896, em Paris; e em 20/03/1914 em Berna. Revisões: em 13/11/1908, em Berlim; em 02/06/1928, em Roma; em 26/06/1948, em Bruxelas; em 14/07/1967, em Estocolmo; e em 24/06/1971, em Paris. (COSTA NETTO, José Carlos. Direito autoral ... p. 35).

autorais em muitos países, principalmente aqueles de tradição continental europeia ou latina como o Brasil.

O modelo instituído por essa União, que possui sua origem na legislação francesa, após a Revolução de 1789, ao lado do sistema anglo-americano denominado *Copyright*, dominam praticamente toda a regulação jurídica em matéria de produção autoral. Entretanto, é o sistema instituído pela Convenção de Berna, em 1886, que consagra a orientação moderna de proteção da atividade intelectual em seu duplo aspecto: direitos patrimoniais e direitos morais⁷⁸. Ao contrário do *Copyright*, com orientação comercial⁷⁹ que tutela basicamente o aspecto patrimonial da atividade intelectual, o sistema francês da Convenção de Berna, de orientação individualista, impõe a primazia do autor sobre a obra⁸⁰, protegendo o vínculo indissolúvel entre o produto autoral e o seu criador⁸¹.

⁷⁸ Sobre a diferença entre o sistema anglo-americano (*copyright*) e o sistema continental (direitos autorais – adotado pela Convenção de Berna), explica Carlos Fernández BALLESTEROS “La esencia de las diferencias conceptuales entre el sistema del *common law* (sistema anglo-americano o del *copyright*) y el del *civil law* (sistema continental o del *author's right*) es la siguiente: los países del *common law* consideran los derechos de autor como una forma de propiedad, capaz de ser creada tanto por un autor individual como por una persona jurídica, que una vez creada es susceptible de explotación comercial de la misma manera que lo es cualquier otra forma de propiedad, estando los derechos que la componen dirigidos exclusivamente a asegurar el disfrute del potencial económico de dicha propiedad. En los países que siguen el sistema del derecho civil o sistema continental, el derecho de autor está también mirado con características de ‘propiedad’, de la misma manera que lo hace el sistema del *common law*; pero, aquí radica la diferencia, existe una dimensión adicional en el concepto intelectual o filosófico de que la obra de un autor es una expresión de su personalidad y que, por una razón de natural justicia, requiere protección de la misma manera que el potencial económico de la obra.” (BALLESTEROS, Carlos Fernández. El viejo mundo del derecho de autor. In: Num novo mundo do direito de autor (II congresso ibero-americano de direito de autor e direitos conexos). Tomo I, Lisboa: Edições Cosmos / Livraria Arco Íris, 1994. p. 42-43).

⁷⁹ COSTA NETTO, José Carlos. Direito autoral ... p. 35.

⁸⁰ Segundo Henrique GANDELMAN, “A Revolução Francesa, de 1789, com sua exacerbação dos direitos individuais, adicionou ao conceito inglês a primazia do autor sobre a obra. O *droit d’auteur* enfoca também os aspectos morais, o direito que o autor tem ao ineditismo, à paternidade, à integridade de sua obra, que não pode ser modificada sem o seu expresso consentimento. (GANDELMAN, Henrique. De Gutenberg à internet ... p. 32).

⁸¹ Fica a observação, entretanto, que apesar de os Estados Unidos terem aderido à Convenção de Berna, os direitos morais do autor não encontraram o acolhimento que se esperava, permanecendo na legislação americana apenas a proteção ao titular do direito de reprodução (*copyright*). (ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de autor e direitos conexos ... p.22). Não constitui objeto do presente trabalho, em virtude de sua amplitude, as relações (diferenças e semelhanças) entre estes dois sistemas: o direito de autor (origem francesa) e o *copyright* (origem inglesa), apenas a indicação de sua diferença básica.

Essa orientação internacional (Convenção de Berna), que foi adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro⁸² e é aplicada pela jurisprudência pátria⁸³, constitui a base da atual lei de direitos autorais e, por tudo isso, faz parte do discurso tradicional dos direitos autorais. Atribui ao direito de autor o *status* de direito natural do homem. Os direitos autorais são direitos fundamentais que devem ser protegidos tanto no seu aspecto público (liberdade de expressão) quanto no seu aspecto privado (um direito individual / privado do autor sobre a sua obra). É na Convenção de Berna, também, que se encontram os conceitos e categorias jurídicas, acima apontados, que dão o substrato para o atual sistema de direitos autorais adotado no Brasil. A estrutura, o fundamento, os objetivos e a função dos direitos autorais estão todos presentes nessa convenção internacional.

A duplicidade de conteúdo dos direitos autorais está claramente positivada no artigo 6º (bis), da Convenção de Berna, que dispõe: “independentemente dos direitos patrimoniais de autor e mesmo depois de cessão dos citados direitos, o autor conserva durante toda a vida o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opor a toda e qualquer deformação, mutilação ou outra modificação da mesma obra, ou a quaisquer outros atos que a atinjam e que o possam prejudicar na sua honra ou reputação”⁸⁴. Nesse sentido, no plano da estrutura dos direitos autorais essa Convenção internacional adota a teoria dualista, tutelando, portanto, uma série de direitos patrimoniais e morais do autor, assim como ocorre na legislação brasileira.

O fundamento também é encontrado na criação, pois, já no seu artigo 2º, a Convenção de Berna se preocupa em definir o que deve ser protegido. A proteção imposta pela Convenção abrange “todas as produções no domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão (...)”⁸⁵. Além disso, observa-se, no plano dos objetivos da Convenção, que “a preocupação maior do legislador reside na defesa do criador intelectual nas utilizações possíveis de sua obra.”⁸⁶. No artigo 1º, da Convenção de

⁸² A Convenção de Berna de 9 de setembro de 1886, revista em Paris a 24 de julho de 1971, foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 94, de 4 de dezembro de 1974, e promulgada pelo Decreto nº 75.699, de 6 de março de 1975, da Presidência da República.

⁸³ São verificadas, na fundamentação de inúmeros julgados brasileiros envolvendo direitos autorais, menções (aplicação) expressas ao texto da Convenção de Berna, em especial, em julgados do Superior Tribunal de Justiça.

⁸⁴ Convenção de Berna, art. 6º bis. (PIMENTA, Eduardo Ss. Código de direitos autorais e acordos internacionais. São Paulo: LEJUS, 1998, p. 497).

⁸⁵ Convenção de Berna, art. 2º. (PIMENTA, Eduardo Ss. Código de direitos autorais ... p. 493-494).

⁸⁶ BITTAR, Carlos Alberto. A lei de direitos autorais na jurisprudência ... p.14.

Berna, fica assinalado que: “Os países a que se aplica a presente Convenção constituem-se em União para a proteção dos direitos dos autores sob as suas obras literárias e artísticas”⁸⁷. Isso fica ainda mais evidente no artigo 2º, parte final do parágrafo 4, que dispõe: “A proteção exerce-se em benefício dos autores e dos seus herdeiros e legítimos representantes”⁸⁸.

Deve ser ressaltado, ainda, que todo esse sistema internacional de proteção do autor possui a função de garantir e estimular a produção intelectual em sociedade. Pelo menos é essa a justificativa correntemente sustentada pelo discurso tradicional dos direitos autorais, no plano internacional.

Essas observações a respeito da Convenção de Berna, além de indicarem que a construção da base legislativa nessa matéria, no Brasil, está assentada em princípios internacionais e que o “discurso tradicional dos direitos autorais” se alimenta, mas também reforça a orientação adotada pela Convenção, têm também a intenção de demonstrar que a pretensão da tutela jurídica no âmbito internacional é ser, de fato, universal. É interessante notar que a orientação trazida pela Convenção de Berna não aponta para o reconhecimento de diferentes maneiras de regular a produção artística, científica e literária presentes nas diversas sociedades. A orientação da Convenção vai no sentido de impor um modelo único, que deve ser adotado por todo o planeta. José de Oliveira ASCENSÃO explica a pretensão de universalidade na regulação internacional dos direitos autorais, demonstrando que é “típica do Direito de Autor a grande influência dos instrumentos internacionais. Ao contrário do que acontece em outros ramos do Direito, essa contratação internacional não consolida o estado atingido pelas leis internas. Frequentemente as antecipa, representando um instrumento de pressão sobre estas”⁸⁹.

Com a justificativa que as atividades artísticas, científicas e literárias ultrapassam as fronteiras dos Estados e os respectivos sistemas de proteção internos, a orientação internacional para a regulação dos direitos autorais impõe a todos os países o modelo de normatização estabelecido na Convenção de Berna, sob pena de não se proteger suficientemente, no plano global, os autores e as suas criações intelectuais.

⁸⁷ Convenção de Berna, art. 1º. (PIMENTA, Eduardo Ss. Código de direitos autorais ... p. 493).

⁸⁸ Convenção de Berna, art. 2º. (PIMENTA, Eduardo Ss. Código de direitos autorais ... p. 493-494).

⁸⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de autor e direitos conexos ... p.22.

Apesar de existirem outros tratados internacionais⁹⁰ que também regulamentam questões envolvendo a atividade intelectual, a linha traçada pela Convenção de Berna, em matéria de direitos autorais, é a regra. Conforme explica José de Oliveira ASCENSÃO, “Esta convenção deu o tom às convenções internacionais nestes domínios, pois a sua estrutura fundamental foi seguida pelos instrumentos posteriores”⁹¹.

Deve ser observado, entretanto, que o Acordo Sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIP’S)⁹², apesar de adotar praticamente todos os artigos da Convenção de Berna, deixa de fora do acordo o art. 6 “bis” da citada Convenção, justamente o artigo que consagra o conteúdo moral dos direitos autorais. Isso, por si só, já demonstra que a preocupação central do TRIP’S é com a proteção internacional da propriedade intelectual e não propriamente com o autor.

Assim, pelo que foi exposto, fica claro que a regulação internacional em matéria dos direitos autorais segue a orientação da Convenção de Berna. A estrutura dos direitos autorais, o seu fundamento, os seus objetivos, a sua função, bem como o sentido de toda a proteção da atividade autoral regulados pela legislação brasileira, defendidos pela doutrina tradicional e verificados na jurisprudência pátria, estão todos de acordo e sustentados pela Convenção de Berna. Não há dúvida de que o discurso tradicional dos direitos autorais recebe um forte reforço internacional.

⁹⁰ Conforme indica Henrique GANDELMAN, o Brasil aderiu, além da **Convenção de Berna**, aos seguintes tratados envolvendo direitos autorais: a **Convenção Universal** (Revista em Paris a 24 de julho de 1971 – Aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 76.905, de 24 de dezembro de 1975, da Presidência da República); a **Convenção de Roma** (Concluída em 26 de outubro de 1961 para a proteção dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão - Aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 26/64 e promulgada pelo Decreto n.º 57.125, de 19 de outubro de 1965, da Presidência da República.); a Convenção de Genebra (Concluída em 29 de outubro de 1971, para proteção de produtores de fonogramas – Aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 59, de 30 de junho de 1975, e promulgada pelo Decreto n.º 76.906, de 24 de dezembro de 1975, da Presidência da República); **Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIP’S)** (Aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 30, de 15 de dezembro de 1994, e promulgada pelo Decreto n.º 1355, de 30 de dezembro de 1994. **TODA (WCT) e TOIEF (WPPT)** (Tratados da OMPI ratificados pelo Brasil, mas ainda não aprovados pelo Congresso e sancionados pelo Executivo). (GANDELMAN, Henrique. De Gutenberg à internet ... p. 37).

⁹¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de autor e direitos conexos ... p.36.

⁹² Conforme explica Eduardo Ss PIMENTA, “No GATT, na Rodada do Uruguai, foi firmado pelo Brasil o Acordo Relativo à Propriedade Intelectual, mais conhecido como TRIP’s (RIP’s – abreviatura de intellectual property rights), que, apesar de inicialmente o Brasil ter se posicionado contrário a migração das questões de propriedade intelectual da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI ou WIPO – Word Intellectual Property Organization) para o GATT, acabou por assiná-lo. (...) O Acordo Relativo à Propriedade Intelectual – TRIP’s – foi realizado por insistência dos Estados Unidos da América (USA), desiludidos com a OMPI, pela ausência de sanções comerciais contra violações na área de propriedade intelectual.” (PIMENTA, Eduardo Ss. Código de direitos autorais ... p. 599).

Todos esses textos e discursos vão resultar em elaborações e classificações referentes à concepção teórica, estrutura, natureza jurídica, fundamento, objetivos, função dos direitos autorais, entre outras categorias existentes tanto na legislação interna quanto em Convenções e Acordos Internacionais. Constituem variações do discurso jurídico tradicional que são acolhidos pelos Tribunais nacionais, mas se criticamente analisados podem ser vistos como discursos de legitimação e justificação do atual sistema de proteção dos direitos do sujeito criador sobre a sua obra.

Proteger a criação, incentivar a criatividade, tutelar os direitos do autor em todas as suas esferas resguardando a sua personalidade e garantindo os frutos econômicos gerados pelo seu esforço intelectual; incentivar a atividade cultural em sociedade protegendo as atividades artísticas, científicas e literárias; entre outros discursos presentes na maioria dos livros e manuais que trabalham com os direitos autorais e com outros direitos decorrentes da atividade intelectual constituem a base da tutela jurídica nessa matéria, aceita sem maiores reflexões.

Esta tutela, entretanto, possui uma história e seu conteúdo está em consonância com uma determinada sociedade e ganha configuração jurídica específica a partir do sistema jurídico em que se inserem. Corresponde a um determinado sistema de pensamento. Estas questões, longe de serem menos importantes, são fundamentais para uma melhor compreensão e problematização dos discursos de legitimação do atual sistema autoral, inclusive para afastar a sua fundamentação de cunho jusnaturalista freqüentemente invocada pelo discurso tradicional dos direitos autorais.

Com esse entendimento, o que pode ser perseguido e realizado em outros estudos mais aprofundados é a reflexão crítica acerca dos principais aspectos desse discurso tradicional dos direitos autorais, iniciando talvez com algumas reflexões que já demonstram problemas e limites da forma corrente de compreender e trabalhar as relações jurídicas entre o autor e seus direitos patrimoniais e de personalidade. Essa é uma sugestão que se coloca para um possível diálogo.