



DIREITO DE AUTOR E LIBERDADE DE CRIAÇÃO

*José de Oliveira Ascensão**

1. INTRODUÇÃO

1.1. As questões implicadas

Como habitualmente, não escolho o tema, aceito o que me é dado. E, uma vez que não há progresso na pesquisa se não houver obediência temática, a ele me vou ater.

Mas não é fácil. O tema obriga a comparar duas entidades: o direito de autor e a liberdade de criação. A relação entre ambas não é evidente — ou então é demasiado óbvia, se nos limitarmos a observar que o autor tem liberdade de criação...

A primeira dificuldade está em distinguir esta matéria de figuras afins. As “liberdades” são muitas e vocabularmente parecem sobrepor-se: liberdade de informação, comunicação, pensamento, expressão... A própria Constituição a todas consagra. Identificam-se total ou parcialmente com a liberdade de criação?

A questão põe-se sobretudo para a liberdade de expressão. É usada frequentemente como equivalente de liberdade de criação. Mas o art. 220 da Constituição Federal prevê paralelamente a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação... Isso implica que os considera figuras diferentes.

Não vamos demorar-nos nesta questão geral. Já versamos noutros lugares a liberdade de expressão. Neste escrito vamos considerar especificamente apenas a liberdade de criação, porque é ela que faz a ponte para o direito de autor. Este direito tem na raiz a criação, que protege e regula. É o sentido dessa relação que ocorre deslindar.

* Professor catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa. Advogado.

1.2. Nexos proclamados entre liberdade de criação e Direito Autoral

Como dissemos, a relação entre direito de autor e liberdade de criação não é evidente.

A liberdade de criação pode existir igualmente com ou sem direito de autor. Durante muitos milênios não houve direito de autor e surgiram maravilhas de criatividade: basta pensar na Grécia antiga.

Podem erguer-se à liberdade de criação obstáculos como a censura, mas isso nada tem que ver com o direito de autor.

A Constituição Federal insere a garantia institucional do direito de autor no art. 5 inc. XXVII. Mas fá-lo sem estabelecer nenhuma ligação com a criatividade nem mesmo com a Cultura¹. A livre “expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação” consta do art. 5 inc. IX, mas aí, por sua vez, sem nenhuma ligação ao direito de autor. Igualmente sem conexão com este se encontra a ação popular para defesa do “patrimônio histórico e cultural” (art. 5 inc. LXXIII).

A matéria da Cultura está especificamente prevista nos arts. 215 e seguintes. Mas é vista prevalentemente como função pública: prevêm-se encargos do Estado e mais entidades públicas para difusão e acesso aos bens culturais. Mas ainda surgem outras referências. Também se determina a ação do Estado para produção e promoção de bens culturais (art. 215 § 3.º II); e o art. 216 § 3.º prevê o estabelecimento de incentivos para bens e valores culturais. Tudo isto porém sem nenhuma ligação ao Direito Autoral e dentro do mesmo ponto de vista de atribuição de funções ao Estado.

Os poucos preceitos que se referem à criação ou produção cultural não exigem que se trate de criação de qualidade ou mérito.

Generalizando o campo de análise a intervenções noutros países, verificamos com surpresa que poucos são aqueles que contêm a garantia constitucional do direito de autor. Não a contém sequer a Constituição dos Estados Unidos da América, no texto tantas vezes citado do art. 1, Seção VIII, cl. 8 do U.S. Code: é aí entendido como uma atribuição de competência ao Congresso para legislar nessa matéria, mas não uma obrigação de o fazer. Daí se conclui consequentemente que não há uma garantia institucional ou um direito fundamental de autor.

No plano das grandes declarações internacionais também temos surpresas. É citado com grande frequência o art. 27 da Declaração Universal dos

¹ Nem sequer com o interesse social. Há aqui uma discrepância com a garantia do Direito Industrial (a chamada Propriedade Industrial), que deverá ter em vista “o interesse social e o interesse tecnológico e económico do país” (inc. XXIX).

Direitos do Homem (DUDH) ². Este trata no n.º 1 da liberdade de participação na vida cultural e no n.º 2 prevê a proteção “dos interesses materiais e morais daí derivados”. Não contém sequer uma garantia institucional do direito de autor, porque admite qualquer forma de proteção destes interesses do autor.

Esta garantia consta já da lei portuguesa, embora com um certo grau de anomalia. O art. 42 regula a liberdade de criação cultural, o que o aproxima do nosso tema. O n.º 2 dispõe que “Esta liberdade compreende o direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária ou artística” ³. Mas acrescenta-se ainda: “incluindo a proteção legal dos direitos de autor”. É um artifício total: a proteção “legal” dos direitos de autor foi metida à força, sem nada ter que ver com o que se estava dispondo.

De todo o modo, da frase resulta a garantia institucional do direito de autor. Com esta garantia mínima, o preceito leva à aproximação ao Direito brasileiro: há também uma garantia institucional.

A matéria não tem também conexão com a dos direitos culturais. Esta está versada em vários lugares da Constituição. É particularmente importante a Seção epigrafada “Da Cultura” (arts. 215 e 216).

Lendo-os, somos impressionados por se regularem particularmente funções do Estado e não direitos de intervenção dos particulares. A ligação desta matéria com o Direito Autoral surge particularmente no art. 216, que delimita o patrimônio cultural brasileiro e integra nele “as criações científicas, artísticas ou tecnológicas” (inc. III). Combinando com outros incisos, não é ousado afirmar que estão abrangidas obras literárias ou artísticas ⁴.

Da previsão constitucional pode-se tirar ainda outra consequência. O art. 215 § 3.º prevê o Plano Nacional de Cultura, que incluirá a “democratização do acesso aos bens de cultura”. Como os bens intelectuais integram a Cultura, resulta da Constituição que o acesso a esses bens deve ser burocratizado. Isso implica um regime autoral em que os bens autorais sejam facilmente acessíveis. Tem consequências muito importantes no regime autoral a instituir, nomeadamente em relação aos bens intelectuais constantes de sítios na internet. Aliás, já o art. 215, no seu *caput*, põe a cargo do Estado garantir a todos o “acesso às fontes da cultura nacional”.

² Trata-se de uma mera Declaração da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, de 1948.

³ O que aliás é falso, porque a liberdade de divulgação não está compreendida na liberdade de criação.

⁴ Se essas obras devem entender-se como obras de mérito, é tema que será posteriormente examinado.

Passemos então à análise das relações que se estabelecem entre estas grandezas.

Encontramos três núcleos problemáticos principais, que serão objeto das secções seguintes:

- II — O direito de autor tem a função de garantia da independência económica do criador?
- III — O direito de autor pode funcionar como obstáculo à criação cultural?
- IV — É compatível com o direito de autor o privilégio da criação de mérito?

2. DIREITO DE AUTOR E INDEPENDÊNCIA ECONÓMICA DO CRIADOR

2.1. Criação intelectual e independência económica de criadores e artistas

Será o direito autoral um instrumento apto a propiciar a liberdade de criação?

É uma função frequentemente acentuada na apologia do direito de autor. Este libertaria o autor de subordinações exteriores, por lhe outorgar autonomia financeira. Pode-se invocar neste sentido que quer o sistema brasileiro quer o português acentuam a vertente patrimonial ⁵.

Façamos uma rápida retrospectiva histórica. Na Antiguidade Clássica, a produção literária e artística esteve muito ligada a uma classe que depreciava “trabalhos servis”: poderia dedicar-se ao *otium*, deixando o *nec otium* para escravos ou metecos. Na Idade Média a Cultura foi preservada sobretudo nos conventos e mais tarde nas universidades e nas cortes reais. Na Idade Moderna os eruditos vivem sob a proteção de mecenas, que podiam ser altos dignatários eclesiásticos ou reis ou príncipes. Só na Idade Contemporânea surgiu o direito de autor (que não dispensou nunca aliás auxílios de outras origens à criação literária ou artística).

Hoje, o direito de autor atingiu plena maturidade. Inferir-se-á daí que os autores ⁶ são hoje livres, vivendo do que produzem?

Os autores são milhões. Mas podemos afirmar sem receio que destes, mesmo em países onde o direito de autor se pratica efetivamente, só uma percentagem ínfima vive de fato das obras intelectuais que produz. A globa-

⁵ Ao contrário da DUDH, que coloca em paralelismo interesses patrimoniais e morais.

⁶ E, de modo semelhante, os artistas. Mas aqui os dados são menos claros, pelo que analisaremos prioritariamente a situação paradigmática dos autores.

lização pode-nos iludir, porque as figuras mundiais são pagas de modo principesco: o seu palco passou a ser o mundo. São os autores de *best sellers*, os compositores da moda, os artistas plásticos de êxito... Esses ganham como jogadores de futebol ou pilotos de fórmula 1, porque todos são igualmente raros, num mundo ávido de consumo e espetáculo. Mas por detrás dessa vanguarda está a multidão daqueles que ocupam posições intermédias; até se chegar à situação normal, que é a dos que, se só vivessem das obras que criam, já tinham morrido... São os que têm de conciliar a criação intelectual com outras profissões: Fernando Pessoa era guarda-livros... Ou, se possível, recorrendo a atividades relacionadas: professores de música, arquivistas, criativos publicitários... William Faulkner foi produtor de argumentos para Hollywood, com o que aliás se deu muito mal.

Na realidade, a grande massa trabalha por amor à arte. O que ganha não compensa de modo algum o sacrifício da criação. No extremo, estão os que não ganham nada — os amadores à força ⁷.

A situação não é muito diferente no que respeita aos artistas intérpretes ou executantes. Mas aqui é amenizada ou disfarçada pela profissionalização, se se consegue ⁸. As grandes figuras mundiais, cantores, atores cinematográficos, estão nos cumes. Atrás deles, submergem as figuras medianas ou as de baixo escalão.

Definitivamente: não parece ter sido a emergência do Direito Autoral que resolveu a problemática da subsistência econômica, e consequentemente da autonomia, de criadores ou artistas.

2.2. Os direitos autorais têm por função assegurar essa independência econômica?

Mas a indagação deve descer a um nível mais profundo.

É função dos direitos autorais assegurar a independência econômica dos autores e dos artistas intérpretes ou executantes? É algo que se afirma com frequência, para apoiar o reforço de proteção que se reclama sempre mais.

Um caso recente servir-nos-á de ilustração e ponto de partida.

Os Estados Unidos da América prolongaram recentemente por 20 anos os seus prazos de proteção de direitos autorais. Não é segredo por que o

⁷ E ainda mais no extremo, os que têm de pagar para que a obra seja difundida, como os que se empenham numa carreira universitária que exige publicações, perante as editoras que exigem que lhes paguem para publicar os seus trabalhos.

⁸ Fica-nos a dúvida: uma componente dum *ballet* clássico, que se sacrifica totalmente pela sua arte, o que ganhará no fim? O mesmo que uma dactilógrafa?

fizeram: os bonecos da Disney, que datavam do início do séc. XX, estavam para cair no domínio público. Ampliou-se o prazo de proteção para 95 anos.

Logo apareceu um comissário europeu a fazer um pungente discurso: os artistas não poderiam ser os parentes pobres do Direito Intelectual. E propôs a passagem do prazo de proteção, dos então 50 anos, para 95 anos, justamente. Argumentava com o aumento da duração da vida humana: este aumento impedia que os artistas que criavam na juventude fossem protegidos até ao final da vida.

A proposta foi imediatamente ampliada aos produtores de fonogramas, que receberiam assim gratuitamente um aumento de proteção de 45 anos, quando tinham contratado para 50.

Houve contestação e o aumento final previsto passou para os 70 anos⁹. É excelente para a indústria norte-americana, que prevalece na Europa. Mas o nosso fim não é discutir a providência em si, mas o argumento que foi utilizado: o aumento da duração média da vida humana.

Para este argumento ser procedente, teria de se pressupor como finalidade do direito autoral a proteção do autor ou artista como tal. O que é inteiramente falso. O objeto imediato de proteção do direito intelectual não é garantir o autor ou artista por toda a vida, é recompensá-lo pela obra ou prestação que foi realizada. Por isso, a atribuição mede-se pelo valor social desse contributo. O sujeito é remunerado pela obra ou prestação, mas não tem base para qualquer pretensão ou expectativa de uma garantia até ao fim da vida.

Dito por outras palavras, o direito autoral não tem função previdenciária. É completamente alheio às vicissitudes que o beneficiário tenha de afrontar de futuro. A isso ocorrem sistemas oficiais de segurança social, cooperativas, iniciativas de beneméritos como a instituição de casas de acolhimento... Mas o Direito Intelectual está fora dessa preocupação. Nem se compreendia que quem produziu uma só obra, mesmo a supor que de qualidade, passasse a ter jus a ficar garantido para o resto da vida. Seria desproporcionado.

Isso significa que a justificação do Direito Autoral tem seguramente de ser outra.

2.3. O intermediário “cultural”

Há que apresentar agora outro grande figurante no sistema: o intermediário cultural (abrangendo na expressão o empresário de espetáculos de

⁹ A consagração comunitária deste prazo está iminente.

divertimento ou lazer). É aquele que utiliza obras ou prestações para as lançar empresarialmente no mercado.

A sociedade atual não é mais compatível com o poeta que vagueava tocando a lira. É a sociedade de massas, que exige a estruturação empresarial até para chegar ao gozo individual de obras ou prestações. A empresarialidade é normalmente indispensável para atividades como cinema, televisão, edição de livros ou revistas ou de fonogramas, exposições de obras de artes plásticas, concertos ou espetáculos musicais...

Em si, os intermediários são utilizadores de direitos autorais. Em geral não são os titulares originários desses direitos, embora possam sê-lo: seja o caso dos produtores fonográficos e dos organismos de radiodifusão como titulares dos direitos conexos e ainda dos organizadores das obras coletivas. No exterior há outras modalidades, como o empresário das bases de dados no direito europeu ou o produtor cinematográfico norte-americano. As explicações técnicas da intervenção podem ser variadas, como em relação à obra coletiva. Autores e artistas têm todavia de recorrer a eles, concedendo-lhes as faculdades de utilização necessárias ou cedendo-lhes mesmo os respetivos direitos. O que permite verificar que o extremo empolamento dos direitos autorais como objeto de exploração vem a beneficiar em última análise as empresas que procedem à exploração econômica destes.

Mas com isto torna-se visível uma nova dependência, que substitui as dependências antigas. O empresário é a parte mais forte, à qual o “beneficiário” do direito intelectual se tem de submeter. Só as grandes figuras globais escapam a este fado. Também aqui teremos de concluir que se reforçam tanto a nível mundial os direitos dos autores, por pressão dos países mais desenvolvidos que invocam sempre a proteção dos autores e artistas — e afinal são as empresas de *copyright* as principais beneficiárias desse empolamento de proteção. Os “beneficiários” dos direitos autorais ficam afinal na dependência destas entidades, antes de mais da escolha ou aceitação da obra ou prestação como objeto de exploração por parte destas.

De novo surgem grandes desproporções entre os titulares de direitos autorais. Os *globais* mantêm um poder quase total de escolha: até podem constituir as suas próprias empresas para explorar diretamente as suas criações, como acontece com bandas musicais famosas. Segue-se uma grande escala descendente ininterrupta até se chegar aos autores e artistas que são destituídos de poder negocial e têm de aceitar tudo. Nesse caso há direito autoral, generosamente concedido dada a banalização que hoje o caracteriza, mas a pretensa independência financeira que outorgaria revela-se um logro.

Podemos dar o exemplo do contrato de edição livreira. Os autores dos livros mais vendidos são requestados. Mas numa escala descendente as re-

munerações, ao menos no Brasil, baixam rapidamente para níveis insignificantes: não têm qualquer proporção com o sacrifício que representa elaborar um livro. Os menos conhecidos têm de aceitar tudo: premidos muitas vezes não por necessidade econômica, pois essa deixa de ter qualquer significado perante o nível da remuneração, mas pelo dever de publicar que é imposto para efeitos de progressão na carreira, quiçá regulamentarmente. Ou são pagos só em exemplares. Ou não são pagos. Ou no limite, como dissemos, têm de pagar até ao editor para conseguir que as suas obras sejam publicadas.

2.4. A dependência do mercado

Na realidade, sobre todos paira uma dependência mais proteiforme, mas mais poderosa ainda: a dependência do mercado. É uma dependência subtil, mas a que poucos escapam, porque na sociedade em que vivemos o critério do êxito é dado pelo mercado.

A obra ou a prestação têm de agradar ao mercado. Este é uma categoria evanescente. Há uma filtragem não organizada nem criticável em si, que é a filtragem pelo público. Uma obra ou prestação cai ou não no agrado do público: há êxitos espantosos inesperados e há também o seu contrário. Podemos lamentar num ponto de vista crítico os gostos do mercado, mas são uma realidade com que há que contar. Neste sentido, o mercado impõe-se às próprias empresas de *copyright*, pois têm de ajustar a ele as suas opções, num exercício de racionalidade empresarial.

Mas a relação pode inverter-se. A escolha espontânea pelo mercado, sendo uma realidade a ter em conta, não é a única. Pelo contrário: na era da publicidade a imposição, muitas vezes subliminar, é mais eficaz que a escolha humana real.

No domínio ideológico prevalece o que interessa a um sistema, quer dê a face quer não. São muito importantes o que podemos chamar as “caixas de ressonância” de certas obras — uma agremiação secreta, um partido, uma linha suportada por opção geopolítica... Uma obra ou prestação alcança súbita auréola, mobilizando atenções, porque forças que nem se revelam prepararam nesse sentido o ouvido do público.

No campo das artes plásticas há a atividade dos *marchands*. As galerias ou as exposições anunciam o aparecimento de um gênio, passa a ser objeto de notícias e comentários laudatórios, os preços sobem em flecha... Mas se ele se rebela, assiste-se a uma igualmente rápida demolição: afinal está decadente, a produção atual já não tem valor — e os preços desabam tão rapidamente como subiram. Quem comprou fica com uma peça depreciada nas mãos. Logo é lançado outro nome em substituição e a história repete-se.

Não podemos passar em revista todos os meios de imposição de produtos no plano intelectual. Ou pela compra das empresas distribuidoras, que passam a trabalhar só com produtos de certa origem, ou pelo aluguer de espaços privilegiados nas livrarias, de modo que os recém-chegados logo os encontrem, ou pela publicidade oculta na televisão apresentada como notícia de obras novas — o mercado tem mil maneiras de se impor. Ou, se quisermos, invertendo a ordem: há muitas maneiras de impor produtos ao mercado.

2.5. A gestão coletiva

Continuando a pesquisar, revelam-se muitas dependências de tipo diferente. Vamos considerar a dependência dos criadores em relação à gestão coletiva dos direitos.

Em casos como o do contrato de edição, por exemplo, o autor tem a capacidade de celebrar por si os seus contratos, porque são poucos e individualmente controláveis. Mas já no domínio da canção nem os autores nem os intérpretes podem controlar individualmente as utilizações que se fazem, em clubes ou nos meios de comunicação de massa. Ainda que o pudessem fazer (o que poderá vir a ser possível com os meios digitais de gestão, uma das vertentes do chamado DRM, *digital rights management*) verifica-se que na grande maioria dos casos não têm aptidão para tal, porque uma coisa é a vocação literária, artística ou científica e outra o desembaraço negocial.

São forçados a recorrer nesses casos a entidades de gestão coletiva. Por isso, as entidades de gestão coletiva são indispensáveis no esquema do Direito Autoral, na sociedade de massas em que vivemos. E então surge uma nova dependência, em relação às entidades gestoras. Há mesmo a pressão para multiplicar os casos de gestão coletiva obrigatória.

Estas entidades autojustificam-se com frequência por via de uma descrição miserabilista da condição do autor ou artista. Mas também com frequência as entidades são ricas. É difícil o controlo das contas, que a legislação vigente descuida. Também são frequentemente opacos os critérios de repartição dos proventos conseguidos.

As dificuldades adensam-se quando se estabelecem “compensações equitativas”, no sentido de remunerações coletivas por certas atividades que são livres, mas para que a lei estabelece uma contrapartida ou compensação global. Em troca de uma abstrata liberdade de utilização é concedido ao titular um direito de remuneração, que não está todavia dependente de atos concretos de utilização realizados. É o que acontece por exemplo quando como compensação dada em contrapartida da liberdade de cópia privada se atribui aos titulares de direitos autorais a percepção de certa percentagem

sobre o preço dos equipamentos ou dos suportes de reprodução. O sistema está em discussão no Brasil. Mas depois de cobrada a percentagem, o que cabe afinal a cada autor? O risco de arbitrariedade é máximo, porque seria impraticável um sistema de registro de cada concreto ato de utilização¹⁰. A dependência econômica de autores ou outros beneficiários em relação à entidade de gestão torna-se máxima.

Ainda pior é o sistema de *cessão fiduciária* dos direitos dos autores, ou artistas, que é imposto pelas entidades de gestão coletiva de certos países. Para ser representado, o autor tem de ceder os seus direitos à entidade de gestão coletiva. É uma cessão fiduciária: o autor abre mão apenas para efeitos de gestão. Fora disso, mantém a titularidade. A gestão é (deve ser) feita no interesse do titular. Mas a realidade é que com isso o titular deixa de ter contato com o bem imaterial. O autor ou artista perde legitimação até para autorizar qualquer tipo de utilização gratuita: o ente de gestão tem o poder exclusivo de gerir. Mas tampouco este ente pode autorizar a utilização gratuita, porque atua no interesse do titular e não se presume que uma utilização gratuita seja do interesse deste. Isto mostra até que ponto o titular fica coarctado em relação à sua própria produção.

Esta subordinação ao ente de gestão, que amputa, ao menos em grande medida, a ligação do titular com o objeto do seu direito, é bem elucidativa da posição subordinada a que o autor ou artista vão sendo relegados. Felizmente, a cessão fiduciária não está prevista nem no Brasil nem em Portugal¹¹. Debate-se porém já uma gestão coletiva forçosa ou necessária, que representa o primeiro passo neste caminho.

Temos acentuado que com a mercantilização do direito de autor e a subordinação deste antes de mais à Organização Mundial do Comércio, no plano internacional, se dá a transformação do direito de autor em mercadoria. Pelo menos, dá-se uma mercantilização que atinge o direito de autor. O bem intelectual é regulado pelo prisma de mero objeto de negócios, pode ser transacionado, objeto de licenças, etc.

No que respeita à independência do autor e do artista intérprete e executante, há que reconhecer que o excesso de subordinação do titular ao ente de gestão não lhe deixa os melhores instrumentos para realizar e fruir com autonomia a criação.

¹⁰ Sobre o tema, veja-se o nosso *A proposta de reforma da lei da cópia privada* (no prelo); e no Brasil, *A proposta de introdução na Lei dos Direitos Autorais de uma compensação por reprografia*, in Revista da ABPI (São Paulo), n.º 109, Nov/Dez 2010, 58-61.

¹¹ Mas também não está genericamente proibida, em ambos os países.

2.6. E há alternativas?

Que poderemos encontrar, como alternativa a esta situação de múltiplas dependências do autor e do artista?

Podem-se sugerir várias hipóteses. Logo à cabeça lembraríamos a intervenção pública, no exercício da função que constitucionalmente lhe cabe de fomento da Cultura.

Essa intervenção poderia realizar-se por diversos meios. Um, que logo viria à mente, seria o apoio direto aos criadores e artistas, através de bolsas e subsídios com o mesmo objetivo. Não é nada que não tenha sido lembrado e não se pratique, nomeadamente no apoio financeiro ao pesquisador e ao artista, abrindo-lhe uma carreira universitária ou um lançamento no meio cultural. É algo que deverá sempre existir, mas que está sujeito às endêmicas crises financeiras: estas afetam antes de mais as dotações no domínio da educação e da cultura.

Muitos outros meios de apoio existem, como os programas de intercâmbio de estudantes universitários com estudantes doutros países¹².

Mas há um perigo maior, de que devemos estar bem conscientes. A intervenção dos órgãos públicos pode representar a substituição duma dependência por outra dependência. É difícil conseguir uma real autonomia que evite que o auxílio traga mais ou menos acentuada a subordinação aos objetivos políticos ou ideológicos do Estado. Criará uma propensão para agradar nos temas escolhidos¹³, nos objetivos e nas conclusões. Na realidade, traz uma subordinação burocrática que não é preferível à de épocas anteriores — salvo na eventualidade, frequentemente ilusória, de um controlo democrático ou através da opinião pública.

Este risco não é de somenos. As formas de manietar a sociedade civil pelos órgãos administrativos renovam-se e aperfeiçoam-se incessantemente. Nos tempos atuais assistimos a uma intervenção direta destes órgãos, no desempenho de funções que deveriam caber a entidades dotadas de autonomia. Por exemplo, a atribuição (ou auto-atribuição) do encargo de ministrar Cursos e graus universitários. Mas sem a autonomia institucional, que a tradição atribui às universidades, resvala-se com facilidade para um controlo político.

Pior ainda: esse controlo pode encobrir o controlo por outras entidades que manipulam o Poder. Pode servir de correia de transmissão para o

¹² Que por vezes com dificuldade se distinguem do turismo universitário.

¹³ Quando não impostos.

domínio de outros interesses, particularmente de interesses econômicos, com sacrifício das finalidades coletivas que devem presidir a essas entidades.

Este resultado é ainda mais nocivo que a subordinação ao poder político, por si. Nas sociedades democráticas, as maiorias alternam-se: há sempre a esperança de uma correção posterior. Mas os interesses econômicos não se alternam, estão sempre presentes, apenas com variantes circunstanciais. São por isso muito mais permanentes que as dominações políticas.

Por isso é problemática a tão propugnada abertura da Universidade à indústria e à vida econômica em geral.

Podemos ilustrar com uma situação altamente relevante: a pesquisa farmacêutica. É cara, de resultados a longo prazo e em qualquer caso problemáticos. O Estado força então as universidades a recorrer ao apoio da indústria, quer através de subsídios quer de encomendas desta. Mas não se repara que o fenômeno tem uma consequência assustadora: daqui por diante, as universidades só farão pesquisas de medicamentos que interessem à indústria farmacêutica. Ficarão banidas as investigações que possam pôr em causa produtos que se encontram no mercado, o estudo e difusão de “eventos adversos” de ensaios clínicos e até a investigação de medicamentos que não tenham interesse comercial, como os destinados a doenças raras ou a doenças de países em desenvolvimento: esses nunca encontrarão patrocinadores.

Isto quer dizer que a alternativa a situações de dependência, através da intervenção do Estado, comporta grandes riscos. Não se vê que estejam sendo atalhados.

Em qualquer caso, partimos da indagação: o direito autoral é um instrumento apto a criar a suficiência financeira, que assegure a independência do criador intelectual? Fomos um pouco longe na pesquisa mas a conclusão não está em dúvida: não se pode esperar tal resultado do Direito Autoral. A independência do criador deve ser assegurada por outros meios, que estão em debate. Mas estes ultrapassam já as fronteiras do Direito Autoral.

3. O DIREITO DE AUTOR PODE REPRESENTAR OBSTÁCULO À CRIAÇÃO CULTURAL?

3.1. O conflito entre o direito autoral e o interesse público na liberdade de utilização

Na secção anterior perguntamos se o direito autoral pode ser aliado da liberdade de criação. Vimos que semelhante afirmação, se feita em absoluto, é falsa e que a essa liberdade continuam a erguer-se numerosos obstáculos.

Ocupa-nos agora a interrogação reversa: o direito autoral não é, ou não pode ser, adversário da liberdade de criação? Ou não poderá funcionar como tal? Ou pelo menos, chegar a um ponto que ponha em risco esta liberdade?

Temos de contrapor com crueza o Direito Autoral e o interesse público.

O exclusivo autoral tem constantemente de ser confrontado e conciliado com o interesse público. Isto significa simultaneamente que tem de ser moldado pelo interesse público.

O direito autoral tem no seu núcleo um exclusivo. Como dissemos já, um exclusivo atuado na vida de negócios configura-se como um monopólio. Com todos os inconvenientes de um monopólio: pelo ponto de vista económico é um monopólio como qualquer outro.

Todo o direito autoral cria zonas de acesso interdito ou pelo menos de utilização condicionada. Mas quanto mais se reforça o direito autoral mais se limita a normal liberdade de utilização de bens intelectuais. Estes são bens culturais, indispensáveis ao diálogo social. Mas por efeito do direito autoral deixam de poder ser utilizados livremente. No extremo, deixam de poder ser acedidos, se estiverem colocados na internet, ou de poder ser utilizados de todo por qualquer outro meio pelo mero arbítrio do titular — por exemplo, por descaso, ou para criar a escassez que permita subir os preços num próximo lançamento.

Tudo isto é anticultural. E a nocividade só se aquilata devidamente se lembrarmos que o Direito Autoral recai sobre os bens intelectuais atuais, não sobre os mais antigos, pois estes estão no domínio público. A consequência do exclusivo é então a de restringir o acesso e o consequente diálogo sobre estes bens culturais, quer dizer, o debate próprio justamente da nossa época, como aliás de cada época histórica. O “diálogo cultural” é um debate coletivo sobre os temas que marcam uma época, sem prejuízo de outros debates sobre temas de épocas anteriores que lhe dão como que o pano de fundo civilizacional. Mas a cultura sem o elemento de atualidade, indispensável para a autenticidade e a formação do legado próprio de cada época, fica estagnada.

De facto, se a sociedade não pode aceder e utilizar normalmente as obras próprias da sua época, a frente de batalha cultural é inoperante, porque desatualizada. A liberdade afunila perigosamente no que é histórico — o que, por definição, não é atual.

Mas o Direito de Autor, tal como hoje se apresenta, leva a extremos desta natureza. A começar pela duração. A lei estabelece um prazo normal de 70 anos pós-morte. Invoca-se para tanto a dignidade da criação e o interesse

dos criadores. Mas os criadores não têm nenhum interesse em semelhante prazo. Que interesse ou estímulo sente um autor por saber que mesmo após a sua morte o exclusivo virá a durar 70 anos? Que irá porventura beneficiar os pentanetos? Ninguém é impulsionado à criação para eventuais pentanetos.

O alongamento do exclusivo, que é feito invocando a proteção do autor, é um logro, porque não é o autor quem é beneficiado. Quem é beneficiado são as chamadas empresas de *copyright*, ou empresas culturais. Essas é que procuram o monopólio mais amplo possível. Pretendem tirar o máximo proveito de cada bem intelectual, sem nenhuma preocupação com o interesse social na liberdade dos bens intelectuais.

Com efeito, as grandes obras literárias ou artísticas, aquelas que sobrevivem ao tempo, que mantêm o interesse cultural e são susceptíveis de exploração econômica 70 anos após a morte do autor, não estão praticamente em todos os casos na titularidade dos seus criadores intelectuais ou de seus sucessores. Estão na titularidade das empresas de *copyright*. Pelo menos, estas adquiriram os direitos de exploração que lhes interessavam e exercem-nos efetivamente. São estas que querem sempre mais e mais acréscimo de proteção, na mira de a cada acréscimo ganharem um novo período “limpo” de exploração — quer dizer, sem estarem vinculadas a contraprestação. E o mesmo diremos, *mutatis mutandis*, dos direitos dos artistas.

Assim se chega até ao nível do desconexo. Diz-se que os direitos intelectuais dão um exclusivo “por tempo limitado”. É por tempo limitado um exclusivo que pode durar 150 anos ou mais, se o autor cria aos 20 anos, morre aos 90 (o que é cada vez mais frequente, dado o prolongamento da vida humana) e o exclusivo se mantém ainda até 70 anos depois da morte dele?

3.2. A conciliação de direito autoral e interesse público: os limites

O direito autoral tem justificação. Isso não está em causa. O que está em causa é a conciliação deste com o interesse público. Porque todo o instituto jurídico tem uma justificação de interesse público. Podemos falar da “função social”, que tão grande lugar ocupa na Constituição Federal.

O interesse público impõe-se constitucionalmente. Mas o direito de autor também é previsto e protegido pela Constituição. Pelo que se pode perguntar qual prevalece, afinal.

Mas assim apresentada a questão estaria falseada, ou pelo menos não deixaria lobrigar toda a verdade. Temos acentuado que, embora todos os institutos jurídicos tenham um fundamento de interesse público, não há que colocar a questão em termos de liquidação de uns direitos por outros. Há,

sim, que proceder à **conciliação**, satisfazendo na maior medida possível cada instituto, com o menor sacrifício dos direitos em confronto.

No domínio dos exclusivos autorais, a conciliação faz-se através dos **limites**.

Os limites não são *exceções*, contra o que se insinua em círculos interessados com o fim de justificar uma interpretação restritiva das normas que estabelecem estes limites. São trechos de regulação, tão normais como as regras atributivas de faculdades. Por isso, são objeto de interpretação comum, como quaisquer outras normas. E é do complexo de regras de atribuição e de regras que concedem faculdades ao público que resulta o conteúdo final de proteção de cada concreto direito autoral, no entrelaçar do positivo e do negativo.

Verificou-se porém por parte de certos círculos um combate feroz aos limites. Estabeleceu-se a tipicidade taxativa das regras limitativas. E estas foram reduzidas ao mínimo na lei atual, impiedosamente recortadas: “pequenos trechos” (art. 46 inc. II LDA), “passagens” (inc. III, para a citação), reprodução só de fragmentos de obras, salvo das artes plásticas (inc. VIII) e assim por diante.

A liberdade desejável não implica necessariamente gratuidade. Mas o diálogo social exige zonas de acesso sem barreiras. Seja o exemplo da citação. Esta tem de ser sempre livre, sem limites de custo ou de extensão, enquanto for verdadeiramente citação e não apropriação disfarçada de textos alheios. Muito ao contrário do que o art. 46 inc. III estabelece.

Há depois que estabelecer com equilíbrio (conciliadoramente) a lista dos limites adequados: os limites para o ensino, para a pesquisa científica e assim por diante. Sem o preconceito de o direito de autor ser um direito “absoluto”, porque erradamente se entendeu o “absoluto” como referindo um direito sem limites. Aqui, intervém o interesse público como diretriz hierarquicamente superior, que neste domínio não pode ser sacrificado. E intervém o direito à cultura, constitucionalmente protegido.

Não adianta alegar que o direito autoral é “propriedade”. Não o é, no sentido de um direito real específico; mas ainda que o fosse, a propriedade está também submetida à função social, que tanto se faz sentir neste domínio.

E mais errado ainda seria cair numa “soberania do autor”, brandindo o princípio (que lei nenhuma consagra) de que a utilização por outrem da obra, além das “exceções” legais, só seria possível com autorização do autor. Seria um caso único de “soberania” privada no Direito, que nada justifica.

Mas não há tal soberania, também porque os limites não são apenas aqueles que vêm tipificados na lei. Esses são os limites **intrínsecos**. Mas além destes há por natureza os limites **extrínsecos**. Resultam da inultrapassável conjugação dos institutos jurídicos entre si, porque isso é imposto pela própria natureza da ordem jurídica, como *ordem*: as várias partes carecem de se conjugar entre si, para se alcançarem as finalidades unitárias do Direito.

Os limites extrínsecos não dependem de previsão específica na lei dos direitos autorais: impõem-se por sua própria consagração positiva. A ordem jurídica, como ordem objetiva, consiste num conjunto ordenado de princípios e regras, de modo que cada parte se repercute sobre o todo e, reciprocamente, o todo influencia as partes componentes. Por isso, o complexo pode realizar funções que o não poderiam ser pelas partes, tomadas por si ¹⁴.

Assim acontece no ponto mais alto quando têm acolhimento constitucional. O direito de autor também o tem, mas a conciliação é indispensável. O Direito Autoral não escapa à necessidade de conjugação com os restantes institutos jurídicos. Nessa conjugação limita e é limitado: caso a caso há que demarcar o campo de atuação dos institutos em confronto e a solução conciliatória adequada. Deste confronto participam também as grandes liberdades fundamentais, como a de informação, ensino, acesso à Cultura... Já dissemos que são hierarquicamente superiores; isso não implica o aniquilamento do direito autoral, mas reflete-se no resultado da conciliação ¹⁵.

Entre estas liberdades está a liberdade de criação. Pode ser prejudicada por uma regulação unilateral de interesses como a que se pretende para o direito de autor. Então é que o direito de autor surge como obstáculo à liberdade de criação. Se corta ou restringe gravemente o acesso às fontes de criação cultural ou o aproveitamento destas, cria obstáculos injustificados perante a ordem jurídica global.

De fato, toda a criação se faz tendo como base as criações precedentes. Por isso, é possível aos conhecedores identificar pela análise de qualquer texto a época de que provêm: cada obra é também um produto da sua época.

¹⁴ Recorde-se o que dissemos sobre esta coexistência *supra*, n.ºs 1 e 2.

¹⁵ Veja-se neste sentido Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, *Direitos Fundamentais*, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2008, n.º 65, que dá justamente como exemplo o conflito entre os direitos de autor (art. 42/2 da Constituição portuguesa) e o direito à fruição cultural (art. 78). O A. chama também a atenção para a hierarquia valorativa dos bens constitucionalmente protegidos, advertindo que esta não funciona autenticamente. A seguir (n.º 66) enuncia o princípio da preservação do conteúdo essencial de cada direito, inteiramente no sentido para que apontamos no texto. Não é uma posição isolada — veja-se por exemplo Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 2.ª ed., Centro de Estudios Políticos e Constitucionales (Madrid), 2008, 125, que observa que a restrição não pode atingir o conteúdo essencial do direito e cita por sua vez Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*.

Tem pois de haver real possibilidade de acesso e utilização ao fundo cultural existente, sem o que a Cultura estiola.

Um autor alemão, Haimo Schack, disse lapidarmente que as grandes liberdades constitucionais de expressão, imprensa, criação artística e científica beneficiam muito particularmente os autores. “Eles não devem por isso, mediante o Direito de Autor, privar os outros do ar de que eles próprios carecem para respirar. O Direito de Autor visa promover o diálogo intelectual, e não impedi-lo”¹⁶.

3.3. O acesso à internete

A revolução informática trouxe para primeiro plano um aspecto da maior acuidade: o acesso aos conteúdos constantes da internete.

Cada vez mais a Cultura se baseia em produtos com suporte virtual, ou pelo menos digitalizáveis: e a internete torna-se a depositária mundial, cada vez mais próxima da exaustividade, desse acervo cultural.

Mas o acesso aos sítios da internete ou a utilização efetiva dos conteúdos podem ser vedados ou restringidos mediante os dispositivos tecnológicos de proteção. E estes passaram a ser protegidos da neutralização pelas próprias leis sobre Direito Autoral, como se essa proteção representasse também faculdade incluída no conteúdo dos direitos autorais.

Deixando de lado a qualificação técnica, observamos que em relação à liberdade de criação esse estado de coisas traz dois problemas maiores:

1. Permite que se estabeleçam condições de utilização muito gravosas, que põem em causa a utilização normal do fundo cultural.

Restringem fortemente a participação do criador na cultura atual. Dissemos que o criador precisa de estar a par do estado presente do debate intelectual e que a internete agrava aqui a situação, porque mesmo as obras que estão livremente disponíveis nas bibliotecas ou outros acervos tenderão a passar a estar só onerosamente disponíveis em rede.

2. O próprio acesso às obras no exercício dos limites permitidos pelas leis de Direito Autoral se torna problemático.

De fato, a lei estabelece limites aos direitos autorais no que respeita ao acesso e utilização de obras e prestações protegidas. E os limites são extensivos também às obras disponíveis em rede.

¹⁶ *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 2.^a ed., Mohr Siebeck (Tubinga), 2001, n.º 482.

Mas afinal, as mesmas leis tendem a reduzir as utilizações livres quando se trata das obras na internet. Assim, na União Europeia, mais de metade das limitações genericamente previstas são suprimidas quando se trata de obras disponíveis em rede. **Até o direito de citação desaparece!**¹⁷

3. Em relação aos limites remanescentes deparamos com uma situação paradoxal, quando o sítio na internet está ao abrigo de um dispositivo tecnológico de proteção.

Dir-se-ia que o usuário poderia neutralizar esse dispositivo para exercer a faculdade que a lei lhe concede. Mas não é assim. O art. 107 II LDA “protege” esses dispositivos tecnológicos contra a neutralização, de qualquer forma, dos “sinais codificados destinados a restringir a comunicação ao público de obras, produções ou emissões protegidas ou a evitar a sua cópia”. A violação acarreta a perda dos equipamentos utilizados e a sanção violentíssima do art. 103 § único, segundo o qual, não se conhecendo o número de exemplares da edição fraudulenta, “pagará o transgressor o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos”.

Não se preveem meios que tragam uma superação adequada deste paradoxo: sabendo-se que o recurso a juízo, pelos custos e delongas, de nada serve. Atinge-se então deste modo a liberdade de criação num ponto vital, porque o que legalmente deveria ser de utilização livre para o criador passa a ser-lhe negado. Dá-se com uma mão e tira-se com a outra o que se reconhece serem os limites mínimos estabelecidos em benefício do público.

Quer dizer: não só não se previram praticamente os limites reclamados pela especificidade do meio digital, como se restringiram gravemente deste modo os limites estabelecidos já para o meio analógico!

Há necessidade urgente de regulação desta matéria¹⁸. O público deve ter a disponibilidade das chaves que permitam o acesso e disfrute das obras e prestações em rede. Ou diretamente, nos casos em que assim se justifique, ou através de uma entidade administrativa a quem se outorgue competência para fixar *prima facie* a situação em cada caso. Sem prejuízo de meios judiciais céleres, que deem definitivamente a solução em caso de litígio.

A moral da história é estar-se a instituir a cultura do arame farpado, por força de disposições vesgas que se repercutem negativamente sobre a

¹⁷ Art. 6/4 da Diretriz n.º 01/29, de 22 de maio.

¹⁸ Para a situação em Portugal, veja-se o que dissemos especificamente sobre esta matéria no nosso referido *Dispositivos tecnológicos de protecção, direitos de acesso e uso dos bens*, in “Direito da Sociedade da Informação”, vol. VIII, APDI/Coimbra Editora, 2009, 101-122. Sobre o conflito entre o direito ao exercício dos limites que parece derivar do carácter injuntivo destes (art. 75/5 CDADC) e a tutela dos dispositivos tecnológicos de protecção veja-se também o nosso *O Direito da Internet em Portugal e no Brasil* (no prelo), n.º 5.

liberdade de criação. Há que ultrapassá-las, pensando particularmente na necessidade de proteger os criadores sem meios financeiros ou em começo de carreira, uma vez que as imposições de pagamento de licenças (em matérias tão vitais que levam a própria lei a declará-las livres) são desmotivadoras e anticulturais, por obrigarem o pesquisador a partir do zero ¹⁹.

Por isso, assiste-se a uma migração significativa para fora do direito de autor. Os sectores mais ligados à criação cultural tendem a abandonar o recurso a proteção autoral. De muitas maneiras, como a iniciativa de disposição livre na internet dos resultados científicos ou pelo recurso a esquemas organizados — os chamados métodos colaborativos. Estes abrangem sistemas organizados, como os *creative commons* e o *copyleft* no que respeita à informática. Deixa-se livre o desenvolvimento das criações por outrem, mas com a reserva de que quem o fizer deve deixar igualmente livre a terceiros a utilização ulterior dos resultados a que chegar.

Os métodos colaborativos têm sido objeto de crítica cerrada de meios em geral ligados à gestão de direitos autorais — mas sem nenhuma base, porque estes métodos respeitam integralmente o direito de autor. Apenas reduzem o campo do negócio.

Em conclusão deste capítulo: o direito de autor, se exacerbado, funciona realmente como um entrave à liberdade de criação.

4. É COMPATÍVEL COM O DIREITO DE AUTOR PRIVILEGIAR A CRIAÇÃO DE MÉRITO?

4.1. A apreciação negativa da dignidade da proteção como obra

O Direito de Autor, como o conhecemos, nasceu imbuído de altas preocupações culturais. Teve na sua origem os “homens da pena” dos sécs. XVIII e XIX, que se defendiam a si mesmos mas defendiam também simultaneamente a cultura, porque o que tinham em vista era realmente a criação cultural.

A justificação pela cultura chegou até aos nossos dias. Mas a realidade mudou. A sociedade evoluiu para a cultura de massas, que é a do nosso tempo. E isso levou a uma banalização da obra protegida. O nível de criatividade reclamado é cada vez mais baixo, roçando o zero: leva a perguntar se ainda se requer criatividade ou se basta a originalidade. Quando não a mera novi-

¹⁹ Há ainda que advertir para os riscos da burocracia. Impressionou-me o relato de um notável pesquisador brasileiro numa sessão dedicada à matéria dos conhecimentos tradicionais. Ele renunciava a utilizá-los, tantos eram os empecilhos burocráticos que se lhe levantavam. Limitava a sua pesquisa a espécies ou efeitos até então desconhecidos — o que implicava decerto uma redução muito considerável do campo de pesquisa e dos resultados a que poderia levar.

dade, em aproximação do que acontece no Direito Industrial, pelo menos no sector dos sinais distintivos do comércio.

A metamorfose coincide com a mercantilização do domínio criativo. A entidade principal no Direito de Autor continua a ser apresentada como se fosse o criador intelectual, mas na realidade passou a ser a empresa de *copyright*. Para esta, tanto importa que a obra tenha mérito cultural como que não tenha: o que importa é que venda. Por isso, a exigência de criatividade ou valia cultural apresenta-se como um empecilho inútil. Os direitos valem apenas como mercadoria²⁰.

Como acontece nestes casos, logo apareceram os intelectuais de serviço a tudo justificar. Não haveria lugar para a apreciação do mérito, porque o Direito não terá que entrar no debate das escolas literárias ou artísticas. Dão-se definições espantosas, como “arte é aquilo que o artista diz que é”. No Brasil, apresenta-se o mérito como sendo *subjetivo*, o que me parece representar uma confusão entre subjetivo e valorativo.

Mas não é assim. O que importa não são as preferências estéticas ou idiosincrasias do juiz, mas o reconhecimento do que vai além do banal. E é mesmo indispensável fazê-lo, porque a natureza do direito autoral o exige.

O direito autoral outorga basicamente um exclusivo: penso que não é contestável. Ora, para se atribuir exclusivo, supõe-se necessariamente como objeto algo que distinga do banal.

Entre uma vez num gabinete dum governante. Deparo na parede com uma grande ardósia ou quadro preto, como os que se usam nas escolas. Fiquei surpreendido: para que queria ele aquele utensílio? Soube depois que não era: era um quadro, que continha os veios e tudo o que caracteriza as ardósias.

Não está em causa a apreciação do gosto do titular ou a crítica do movimento artístico em que a obra se enquadrava. Mas está, necessariamente, a apreciação das consequências para o Direito Autoral. Se admitirmos que se tratava de uma obra de arte, então seria automaticamente protegida por um exclusivo. Consequentemente, nenhuma escola primária ou qualquer outro estabelecimento poderia ter um quadro preto sem autorização do titular do exclusivo.

Isso é inadmissível em termos de Direito Autoral. Tem de haver um mínimo de controlo do objeto do direito, sem o que o direito de autor perderia a racionalidade.

²⁰ Por isso o Direito de Autor passa a estar submetido à Organização Mundial do Comércio, os direitos conexos tendem a receber a mesma proteção do direito de autor e assim por diante.

Este controlo cabe ao jurista e, como sempre, em última análise ao juiz. Não interessa a opinião pessoal deste, se é um artista ou se é opaco à arte. Tem de decidir um litígio sobre energia atômica, tal como tem de decidir litígios bolsísticos. Pois também tem de decidir se há em cada caso obra protegida ou não. Recorrerá à peritagem necessária, mas pelo menos tem uma orientação que o guiará: a exclusão do trivial.

Na nossa época, a alta cultura tende a ser hermética. A cultura passou a ser para iniciados: aprecia-se se corresponde a uma pauta que uma escola aceita, mas odeia-se se pertence a escola diferente. Isso é indiferente para o juiz. A apreciação deste situa-se num plano diferente, com base num critério essencialmente negativo: tem sentido atribuir um exclusivo à produção que lhe é apresentada, vinculando a sociedade a um exclusivo que cerceia manifestações normais da vida comum? Não pode ser esse o sentido do Direito Autoral, designadamente num tempo como o nosso em que todo o direito é subordinado à função social desempenhada. O juiz deve concluir que a “obra” não é protegida, seja qual for o louvor que suscite dos praticantes ou especialistas no sector.

Este é o primeiro afloramento da relevância de uma apreciação substantiva sobre a valia ou idoneidade de protecção pelo direito de autor de uma produção.

4.2. A apreciação positiva da obra de mérito

Mas há ainda outro plano, em que a apreciação do mérito é ainda mais nítida: é o plano da protecção privilegiada da obra de mérito em relação à obra comum. Devemos colocar esta matéria à luz da protecção constitucional da cultura e conseqüentemente da criação cultural.

Partimos de uma distinção básica no que respeita ao aproveitamento de obra alheia: uma coisa é o aproveitamento repetitivo ou parasitário, que não merece defesa nenhuma porque em nada beneficia a cultura da comunidade, outra a utilização de obra alheia como ponto de partida para autêntica criação cultural. Está em causa essencialmente o que se chama a “transformação criativa”.

O ponto carece de ser aprofundado, porque há reais dificuldades nos contornos. Começa por não haver nenhuma previsão direta na lei. E aqui o Direito de Autor parte atrasado em relação ao Direito Industrial²¹. Neste, o art. 70 da Lei n.º 9279, de 14 de Maio de 1996, prevê a licença compulsória para obtenção de uma patente dependente que constitua substancial progresso técnico em relação à patente anterior. O beneficiário utiliza assim a

²¹ A chamada Propriedade Industrial.

patente existente e vai além dela. Deste modo se evita que a patente outorgada constitua um travão absoluto ao progresso técnico.

No Direito Autoral não se encontra diretamente nada de semelhante. Mas há a mesma necessidade de não impedir o progresso cultural através do direito de autor: sabendo-se que a cultura é diálogo através de fontes comuns e que a história nos ensina que grandes obras foram feitas tendo como ponto de partida criações alheias.

Procuremos nas leis pontos de apoio. Antes de mais, nas paráfrases e paródias.

Estas vêm previstas na LDA no Capítulo das limitações ao direito de autor, mas são separadas dos limites gerais e reguladas numa disposição própria, o art. 47. Aí se declara que *são livres*, desde que não sejam verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito. Tirando este último limite, que não provém do Direito Autoral, só se exige que não sejam *verdadeiras reproduções*... O *verdadeiras* não quer dizer reproduções literais (cópias), mas sim que não sejam verdadeiramente reproduções, isto é, cópias disfarçadas. Ora, a paráfrase ou paródia implica necessariamente utilização de obra alheia, embora se caracterize pelo chamado tratamento antitético do tema. Nestes limites, o art. 47 declara categoricamente: “São livres...”. Repare-se na força da expressão, que não encontra correspondente nas outras limitações.

Temos portanto aqui cabalmente autorizada uma utilização de obra alheia, mas porque serve de inspiração ou base para um ato autêntico de criação.

Isto nos dá fundamento para a “transformação criativa” em geral. Seja ou não verdadeira transformação ou antes obra nova, o que há sempre é uma criação genuína, feita a partir da criação antecedente. Então, a obra anterior é base e ocasião de um novo avanço criativo.

Na realidade, o que há é a manifestação do que sempre se encontrou na história, pois as linhas culturais são coletivamente prosseguidas. Assim aconteceu até tempos muito próximos. Não se compreenderia que, surgido o Direito Autoral como o manifesto da proteção da Cultura, se viesse afinal a estancar este manancial, este diálogo frutuoso no campo da Cultura. O tema

foi recentemente tratado por Manoel Pereira dos Santos, em *Direito de Autor e Liberdade de Expressão* ²².

Temos uma manifestação recente que me parece muito elucidativa. O dramaturgo alemão Heiner Müller produziu uma obra em que aproveita vastamente trechos de duas obras de Bertold Brecht. Foi por isso condenado nas instâncias. Mas o processo subiu ao BGH, supremo tribunal federal, que lhe deu razão. Fê-lo com base no direito de citação, de que se faz uma utilização muito alargada na Alemanha. A citação não serviria só para ilustrar as posições de um autor: pode ser ela própria um meio de expressão artística ²³.

Embora o Acórdão tenha recorrido à citação, o que não cremos que corresponda ao nosso Direito, pensamos que a decisão final está correta e representa um marco, dada a alta qualidade do Tribunal e da ordem jurídica em que se integra. Por isso é muito importante a formulação justificativa que exprime: “Os interesses econômicos dos titulares deveriam ceder perante a liberdade de expressão artística, garantida pela Constituição”.

O que está em causa é pois a solução de um conflito de direitos. Verifica-se que quando é mais intensa a necessidade de preservar a criação intelectual, esta prevalece sobre o exclusivo geral outorgado pelo direito de autor.

Neste conflito, em que atendemos particularmente à liberdade de criação perante o direito de autor, podemos falar como que de uma escala móvel.

São diretamente proporcionais o lídimo nível criativo duma obra e a liberdade de aproveitamento de obras preexistentes. Às criações de alto nível são permitidas liberdades que se não estendem à obra comum, mesmo que não faça apropriação fraudulenta.

No patamar mais baixo da escala está a obra banal, à qual não é permitida liberdade nenhuma de aproveitamento ²⁴.

²² Conhecemos o texto por gentileza do autor. Sairá em breve na coletânea *Direito de Autor e Direitos Fundamentais*. O estudo desenvolve particularmente a matéria das transformações criativas. Um pouco mais antigo mas igualmente recente é o estudo de Guilherme Carboni, *Conflitos entre direitos de autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico*, na Rev. da ABPI, n.º 85, Nov-Dez 2006, 38, que se posiciona perante os vários conflitos com o direito de autor que se suscitam a nível constitucional, defendendo critérios que tenham em vista o interesse público.

²³ Veja-se uma referência maior a este caso no nosso *Dispositivos tecnológicos de protecção, direitos de acesso e uso dos bens*, in “Direito da Sociedade da Informação”, vol. VIII, APDI / Coimbra Editora, 2009, 101-122, n.º 10.

²⁴ Salvo sempre a citação, que não é transformação criativa.

5. CONCLUSÃO

Muito brevemente, o que resultou deste confronto do Direito de Autor com a liberdade de criação?

Diremos que resultou a indispensabilidade de nos dirigirmos para um direito de autor valorativo contrariando a banalização da obra-objeto a subordinação ao mercantilismo que transforma os próprios direitos em bens transacionáveis a prioridade dada aos interesses empresariais a instrumentalização pelos países grandes exportadores de bens e direitos “culturais”.

Isto num tempo em que a globalização faz erguer o espetro da uniformização e com isso a subordinação cultural aos países dominantes que são a sede das grandes multinacionais do *copyright*.

É urgente procurar uma reconciliação entre direito de autor e Cultura antes de mais intelectual que tire as devidas consequências da relevância que a Constituição atribui à criação cultural.