

Propriedades intelectuais

DOMENAGEM

- Not 90 años de Luis Francisco Robledo
Manuel Lopes Rocha |
Miguel Lourenço Coutinho

DOCTRINA

- A avaliação do prejuízo em matéria de
cotização de fusões
Artur Faria | Ana Sofia Leitão
- Exclusão, coexistência e equidade
Cândido Gil Estêvão
- Por uma constituição de um direito de
autor sobre as criações literárias
e não de propriedade intelectual como
produto profissional
Vitor Gabriel Drummond
- Uma nova lei para alargar o âmbito de
ação do Brasil e Marco Civil
Renaldo Lotini

CRÓNICAS DE JURISPRUDÊNCIA

- Direito de autor
André Lucas
J. M. Diniz de
Vitor Galvão Rosa
- Direito de propriedade intelectual
Francis Mendes
Cátia Lúcia F. Oliveira
Luís Alberto Costa

ARTES DE LUSOFONIA

- Carta de Moçambique
Artur Abade
- Carta de Macau
Cândido Gil Estêvão
- Carta de Angola
Luís Filipe Coutinho |
Cátia Lúcia F. Oliveira
Fernando Pinto de Sáez

ACTUALIDADE

- "Revista" de Direito de Autor
de 21 de Agosto 2014
Miguel Lourenço Coutinho
Luís Sáez de Guzmán
Cândido Gil Estêvão
Manuel Lopes Rocha



Por uma construção de um direito de autor imune ao esvaziamento semântico e ético de expressões utilizadas como mantras performáticos

VICTOR GAMEIRO DRUMMOND
ADVOGADO, PROFESSOR UNIVERSITÁRIO

1.

O novo ambiente cultural invadido pelas novas tecnologias vem propiciando reanálises do cenário criativo e de distribuição e acesso a obras e, como consequência, uma reestruturação do direito de autor. Neste contexto existem conflitos que vem sendo protagonizados por agentes que se utilizam de argumentos muitas vezes falaciosos para atingir resultados que são de seu próprio interesse, e o fazem em nome de terceiros.

Neste sentido os conflitos insurgentes são, em sua grande parte, baseados numa relação estabelecida entre, por um lado, a *excessiva valorização de direitos* e, por outro, *em detrimento de uma usurpação destes*, cuja argumentação se dá por interesse próprio mas, muitas vezes, artificialmente construída.

Considerando o fato de que o direito de autor é terreno em que ocorrem grandes atribuições de vilania, polarizações, radicalismos e argumentações emocionais, a construção de um saber democrático e livre de contaminações ideológicas no discurso é uma difícil tarefa, especialmente na crise contemporânea pela qual atravessa esta categoria de Direito.

Parte dos conflitos tem como fundamento o uso de expressões que são utilizadas à exaustão e que possuem um conteúdo semântico desviado, artificializado ou, pelo menos, fora de esquadro. Pode-se elencar, dentre elas, o uso de ideias genéricas e expressões tais como: (1) *o direito de autor viola a liberdade de expressão*; (2) *o direito de autor impede o acesso à cultura*; (3) *a cultura é livre*; (4) *a internet é um território livre*; (5) *a propriedade intelectual é a mais sagrada das propriedades*; (6) *as associações de gestão coletiva defendem o interesse do autor*; etc. Tais expressões, que são somente exemplos, possuem um valor real e são, na maioria das vezes, corretas, mas são utilizadas (por seus difusores) com valor simbólico que procuram retoricamente afastar discussões filosóficas mais densas ou esconder outros pontos de vista (também) corretos.

Está-se diante, portanto, de uma sedimentação de ideias de cunho acentuadamente ideologizadas e que vem permeando o senso comum teórico-autorialista, sedimentando as vilanias tão típicas do direito de autor, mas, desta forma, na relação dual entre escolas às quais genericamente venho dominando de conservadoras e libertarianistas.

Denomino tais expressões utilizadas fora de contexto por *mantras performáticos* as quais perdem seu valor real em detrimento do simbólico e são transformadas em (desviado) cavalos de batalha que somente a hermenêutica pode combater.

Enquanto não for apontada a necessidade de um banho hermenêutico nos conceitos do direito de autor, as polarizações e os radicalismos ocuparão mais do que somente um papel coadjuvante, mas tomarão um espaço constante de protagonismo que não lhes caberia.

Por conta deste fato, que não é o único olhar sobre o problema da crise contemporânea pela qual atravessa o direito de autor, vale a pena discutir até que ponto o uso das referidas expressões ou de seu conteúdo está de acordo com a realidade e realmente contribui para a proteção do direito de autor e mais do que isto, para o desenvolvimento da cultura, seja nos processos criativos (que conduzem à aplicação do direito de autor) seja no processo de distribuição (dos produtos e bens decorrentes deste processo criativo).

2.

O primeiro ponto a ser analisado é o que ambienta os olhares falaciosos sobre expressões que representam conflitos econômico-ideológicos disfarçados, de um lado, de *proteção à livre criação* (ou livre acesso à cultura) e, de outro, de uma *proteção efetiva e constante dos criadores* (a que venho denominando sujeitos-criadores¹).

Assim, não é verdade que em toda e qualquer circunstância em que se está diante do uso de criações autorais de modo desautorizado se observa violações de direito de autor. O valor real (de matiz filosófico), esconde o valor simbólico (de combate ideológico e, por vezes, contentor de valor político). Por isso, Google, Youtube, Facebook e diversos provedores de serviços e de conteúdo da Internet (e da sociedade tecno-comunicacional de modo geral) são tão favoráveis à liberdade de expressão².

Por outro lado, também é verdade que existe um excesso por parte de agentes do mercado cultural e do entretenimento em exercer os direitos, sempre em nome dos “criadores” (sujeitos-criadores) quando muitas vezes o que

está em causa é um exercício legal mas que muitas vezes é eticamente ilegítimo. Este é o caso de diversas empresas que são titulares ou meros representantes de grandes “quantidades” de direitos de autor, como grandes corporações do setor do entretenimento e de algumas entidades de gestão coletiva. Tanto umas quanto outras atuam muitas vezes em nome próprio, porém eticamente ilegítimamente ao defenderem “a proteção do criador”. Há que se relativizar, porém, sem espaço a discricionariedades, o conteúdo ético das legitimidades apontadas.

Em sentido oposto, mas também atuando de modo exacerbado e muitas vezes simbolicamente violento, há que se entender que também existe um olhar falacioso no uso de ideias que formam os *mantras performáticos*³ que nem sempre representam uma relação fática real, senão representativa de interesses bastante acentuados num espectro econômico. Portanto, assim apoiados por grandes interesses econômicos, mormente típicos das empresas do universo das novas tecnologias que amparam as suas atividades multimilionárias nas expressões “liberdade de acesso à cultura”; “livre criação”, entre outras, sedimenta-se uma defesa genérica de liberdades.

Tanto as linhas de pensamento autoralista mais conservadora quanto a mais libertarianista fazem uso de generalizações sempre perigosas e voltadas a exagerados retóricos e tentativas de tomadas de “ganhos de terreno” no direito de autor. Muitas vezes tais ideias são necessárias à compreensão do contexto geral do problema, mas, em geral, acentuam as oposições e os radicalismos. E, sempre convém recordar: o direito de autor sempre foi terreno condutor a vilanias.

Neste aspecto, tanto os autorlistas de tendência mais conservadora quanto da mais libertarianista esbanjam no uso de mantras performáticos, o que esvazia semanticamente as ideias que se pretende defender, gerando um efeito inverso ao teoricamente desejado.

Releva, indicar, além de outros aspectos que do ponto de vista das expressões mais libertarianistas devem ser observadas as suas corretas utilizações, sob pena de um esvaziamento semântico que já vem ocorrendo, como já ocorreu, há algum tempo: o esvaziamento semântico do mantra autoralista de matriz conservadora da “proteção do criador”.

Neste sentido, antes de seguir adiante, entendo como prudente estabelecer um corte para alcançar a compreensão do que vem a ser uma excessiva utilização das expressões baseadas na “proteção do criador” quando muitas vezes esta proteção pode se dar de forma acentuadamente mais equilibrada.

3.

O direito de autor (e na expressão in cluo, para fins deste estudo, os direitos conexos, de modo genérico) não é, como se pretende exaustivamente defender, um terreno voltado a proteção de excessivas exclusividades. Parte do direito de autor se baseia no conceito dos direitos exclusivos, mas parte não é composta por esta ideia.

Neste sentido, além da clássica divisão entre direitos morais (em verdade nas faculdades de cunho pessoal previstas principalmente nas leis nacionais do sistema romano-germânico) e os direitos patrimoniais, há de se salientar que

também comporta a existência de distintas espécies de direitos de exploração, que, ao fim e ao cabo, são os direitos da categoria dos direitos patrimoniais.

Assim, os direitos patrimoniais ou de valoração econômica podem ser explorados sob duas distintas maneiras: como *direitos exclusivos* e como *direitos de remuneração*. Mais do que categorias (que, ao fim e ao cabo, realmente representam), são características do modo de exploração de determinadas obras, levando em conta a possibilidade do exercício de determinados direitos⁴.

Ao que ora interessa, deve ser compreendido que os direitos exclusivos são de tendência e efetividade altamente proprietarista possibilitando o impedimento do uso por parte de seus titulares e inclusive das entidades de gestão coletiva relacionadas aos mesmos. Já os direitos de remuneração não propõem um impedimento na utilização das



1. É importante aqui fazer a ressalva entre a utilização da expressão sujeito-criador como modo de nomear o sujeito que atravessa o processo criativo e não os sujeitos que possuem titularidade (originária, derivada ou de qualquer modo adquirida) sobre obras, interpretações, fonogramas etc. A nomeação sujeito-criador foi uma opção que fiz para indicar filosoficamente a origem subjetiva do criador inerente ao direito de autor. Neste sentido, o sujeito-criador é o que está inserido no processo criativo e encontra-se no círculo-criativo que, muito sinteticamente, representa o círculo hermenêutico gadameriano adaptado ao universo criativo do direito de autor, como já pude antecipar em outros textos (DRUMMOND, VICTOR, *The creative circle: Why the linguistic turn is of philosophical interest in copyright law*. RECHTD, Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 5, pp. 74 e seguintes, 2013.).

2. Afinal, é da essência de sua natureza mercantil, fantasiosamente/artificialmente filosófica.

3. Mantras performáticos são expressões utilizadas com o fim, primordial, de buscar um convencimento retórico de ideias presentes no senso comum dos autorlistas e que são utilizadas esvaziadas do seu conteúdo efetivo. Como já indiquei no corpo principal do texto, o uso de expressões tais como: *o direito de autor é contrário ou ofensivo à liberdade de expressão; a cultura é grátis; o direito de autor protege os criadores*, entre outras expressões conduzem ao esvaziamento das aplicações das leis de direito de autor ou a sua utilização ilegítima. Esta utilização ilegítima pode ocorrer por parte de grandes corporações que tem como objetivo construir grandes bases de dados ou cobrar pelo acesso aos denominados conteúdos; representantes de titulares, titulares de direitos de autor e associações diversas; associações de consumidores; entidades de gestão coletiva e diversos outros agentes atuantes no cenário do direito de autor que fazem uso dos mantras para criar ideias ideologicamente contrárias a uma ou outra linha de direito de autor, divididos em dois grandes grupos (quase sempre diretamente) conflituosos: conservadores e libertarianistas. Os mantras performáticos são expressões utilizadas com a finalidade simbólica e muitas vezes ilegítima, por terem sido baseadas em concepções exageradas e (muitas vezes artificialmente conflituosas e) decorrentes do *déficit* filosófico do direito de autor. Ou quando não são necessariamente utilizadas sob a forma de frases, mas ideias, repetidas à exaustão, também criam um falso convencimento da sociedade de valores que fortalecem um senso comum teórico dos autorlistas que impede reflexões efetivas, em especial do ponto de vista filosófico.

obras, mas sim pretendem que haja permissão de uso, desde que, porém, como o pagamento como valoração do processo criativo.

Os titulares e os representantes legítimos das obras e interpretações protegidas, no caso dos direitos exclusivos, podem tecnicamente impedir a sua circulação, o que permite (ou conduz a) excessos na representatividade e no exercício do(s) direito(s) que lhes cabe(m), direta ou indiretamente.

No tocante aos direitos de remuneração, o que efetivamente importa é a compreensão de que a circulação da obra e das interpretações não pode ser objeto de impedimento, mas uma vez que sejam utilizadas, os titulares devem participar na partilha dos resultados econômicos. Ora, se na cadeia produtiva dos setores culturais os participantes de diversas atividades são compensados pela maior valoração econômica da obra, é razoável que todos que participem do processo criativo (e não somente distributivo ou produtivo) sejam remunerados de modo a incrementar as suas atividades. Ora, a concentração de poder, dinheiro e direitos (faculdades) na mão de atores não criativos (e, por vezes, sequer produtivos, como é o caso dos distribuidores) interfere na circulação econômica, na concentração econômica⁵ e, muitas vezes, conduz a um certo dirigismo cultural⁶.

Já, por assim dizer, reiterando algumas ideias nas quais venho insistindo, compreendo que do ponto de vista da exploração econômica das obras, deve-se sustentar uma tendência, mais equilibrada e razoável no exercício econômico e na exploração das obras, que deveria se fundamentar nos direitos de exploração de natureza remuneratória, pelo simples fato de que estes não são compostos por elementos que permitem a limitação do acesso às obras, mas simplesmente uma composição econômica que deve ser baseada na principiologia do equilíbrio e da equidade, que devem compor o norte do direito de autor contemporâneo.

Assim, do ponto de vista dos direitos patrimoniais, o exercício e uma transformação dos direitos exclusivos sucessivamente em direitos de remuneração, tenderão a flexibilizar o acesso e uma “quase permissão tácita” ao uso derivado de obras sem a desvalorização que muitas vezes é proposta por setores excessivamente libertarianistas do direito de autor, mas sem afastar a proteção apregoada pelas tendências mais conservadoras. Para isso, porém, deve haver uma compreensão, por parte do sujeito-criador, de que houve uma “mudança na regra do jogo do processo criativo” e ainda não se pode apontar quanto tempo ainda tardará em evoluir tal modificação. O certo, porém, é que uma reapreciação hermenêutica sobre o que é o processo criativo deve permitir tal evolução.

4.

Voltando ao tema central, deve-se compreender a relação entre os excessos libertarianistas e o excesso proprietarista defendido por atitudes demasiadamente conservadoras.

Quando se analisa que há um excesso na aplicação dos direitos exclusivos, há circunstâncias em que podem ser indicadas como (em tese) verdadeiramente excessivas, enquanto em outras há outras que não são excessivas, senão vejamos:

Exemplo 1 – Uma editora musical, em processo de análise para autorização de repertório cobra € 100 000,00 (cem mil euros) pelo uso de uma única obra, enquanto a maior parte das empresas atuantes no mercado editorial musical, para os mesmos fins e para o uso de obra semelhante, pelo mesmo período, cobra dez vezes menos.

Exemplo 2 – Uma editora universitária de livros instada a editar uma obra esgotada, mas que ainda não se encontra em domínio público e que foi anteriormente editada por terceira editora, titular dos referidos direitos.

Exemplo 3 – Simples circulação de obras musicais por meios digitais.

Exemplo 4 – Utilização de obras protegidas por setores tecnológicos tais como empresas de telefonia, grandes portais, etc., sempre quando o seu negócio seja o denominado conteúdo⁷.

4. Cabe aqui uma breve indicação da distinção entre direitos de remuneração e de direitos de natureza exclusiva. Enquanto nos direitos exclusivos há a hipótese do titular impedir o uso das obras/interpretações/fonogramas cujos direitos se lhe aplicam, nos direitos de remuneração o uso não pode ser impedido, mas a participação econômica do titular sobre a variação econômica observada deve ser garantida. Como exemplos, imagine-se o setor de audiovisual e o setor de comercialização de obras de artes plásticas. No setor audiovisual, uma obra desta natureza somente pode circular considerando que não haverá impedimento futuro por parte dos muitos titulares implicados no processo criativo/produtivo da obra, mormente os sujeitos-criadores. Ora, assim sendo, é bastante mais inteligente que os titulares do setor, principalmente os sujeitos-criadores, participem economicamente do incremento sem a potencialidade de impedimento de circulação da obra, considerando, inclusive, que, neste caso, tratam-se de valores complementares, considerando que a valoração inicial decorreu, por exemplo, do pagamento de direitos de natureza laboral (no caso dos atores) ou de cessão de direito de autor (no caso dos roteiristas). No audiovisual, portanto, a figura do direito de remuneração garante a circulação da obra sem impedimento exclusivista e, ainda mais, aproximando, em certa medida, os diferentes sistemas de *copyright* e *droit d'auteur*. No setor de artes plásticas, mais especificamente no que se refere ao direito de sequência (previsto no artigo 38 da LDA do Brasil, e no artigo 54.º do CDADC de Portugal) a participação econômica do titular decorre de uma evidente valoração da obra posteriormente à venda. Ora, evidentemente que o titular não poderia impedir a revenda, mas, por outro lado, deveria ser remunerado em decorrência do aumento do valor da obra. Neste particular, haveria uma evidente natureza remuneratória inerente ao direito de sequência, sem aplicabilidade, porém, de uma proibição de exercícios de direito sobre a obra por meio de exclusividade por parte do titular que pudesse impedir a circulação da obra.

5. Portanto, permitir a participação dos atores verdadeiramente criativos no processo de incremento econômico é justo do ponto de vista da economia do direito de autor, mas também do ponto de vista de razões de ordem filosófica. Ou seja, seria difícil responder à pergunta ao porque não se poderia permitir uma participação de sujeitos-criadores no incremento econômico se somente os agentes não criativos e, por vezes, sequer produtivos são tão beneficiados. Do ponto de vista filosófico, a resposta nunca estaria na indicação de que se trata de suportar o risco do negócio, visto que não é de investimento, somente, que se trata em um processo de distribuição de “bens culturais”.

6. Ora, não é nenhuma novidade que, dentre muitos setores, a indústria audiovisual norte-americana atua seguindo regras e posições de manutenção de mesmas ideias repetidas à exaustão no processo criativo-produtivo. O mesmo podendo ser aplicado ao setor musical, mas, neste caso, não tão voltado à cultura norte-americana.

Vejamos agora, como, em cada um dos exemplos, se está diante da dicotomia entre o real exercício do direito e o uso das expressões e as ideias sedimentadas pelos mantras performáticos que tomam por base ideias muito genéricas tais como a conservadora ideia “da proteção sagrada do criador” e a libertarianista ideia da “violação da liberdade criativa e da limitação indevida do acesso à cultura”.

De modo muito genérico, podem ser feitas algumas apreciações, em tese:

No exemplo 1, claramente pode-se falar em uso inadequado e abuso de poder dominante como consequência de um excessivo tratamento e exercício de direito de autor.

No exemplo 2, pode-se efetivamente falar em limitação de acesso à cultura e ao conhecimento, pela impossibilidade de acesso a obra que pode ser considerada contributo científico, mesmo sem análise de mérito.

Já no exemplo 3, não há nenhuma ofensa a qualquer liberdade de criação ou limitação de acesso à cultura. Neste particular caso, o que há efetivamente uma utilização desvalorizadora do conteúdo semântico do que significa acesso à cultura ou liberdade criativa. Ninguém “deixa de poder criar” por não efetuar o pagamento pelo uso avulso de obras musicais e, neste caso, fonogramas.

No exemplo 4, de mesmo modo, a utilização desmesurada e ideológica das expressões *liberdade de expressão* e *liberdade de criação artística* faz com que, num primeiro momento, o conteúdo seja protegido. Num segundo momento, a constatação é que grandes usuários de “conteúdo” fazem uso dos *mantras performáticos* para benefício claramente econômico, bastando para tal pensar que o valor de empresas como Apple, Samsung, YouTube, Google, Facebook, somente para citar alguns (gigantes) agentes do setor, tem como fundamento indireto o uso do que deve efetivamente ser protegido por direito de autor de modo equilibrado. Um terceiro momento da inadequada utilização dos *mantras performáticos* de tendência libertarianista pelas grandes corporações tecnológicas é a total desvalorização do sentido do que efetivamente é a liberdade de criação ou de acesso à cultura. Os *mantras performáticos* libertarianistas, portanto, apresentam historicidade distinta daqueles dos conservadores, já desvalorizada pela sua sedimentação equivocadamente performática.

5.

O direito de autor, como é sabido (ou já deveria ser de conhecimento comum), não é somente o terreno para a solução destes conflitos, mas efetivamente representa *o equilíbrio dos diferentes posicionamentos entre a proteção das consequências do processo criativo e a possibilidade de se ter acesso a tais obras (protegidas)*.

E como se soluciona, do ponto de vista amplo e efetivo, conflitos de natureza tão complexa e tão diversa que podem gerar incontáveis exemplos e discrição diversas?

Entendo que isto dá por duas formas.

Em primeiro lugar, a discussão deve se dar num ambiente hermenêutico. O direito de autor deve ser conduzido a equilibrar não somente os interesses exclusivistas ou remuneratórios como também o que filosoficamente deve amparar o ambiente libertarianista. Neste sentido, o primeiro

a se fazer é chamar as coisas pelo nome que possuem e não pelo uso que se lhes deseja dar. Não há evolução que permita superar a crise contemporânea do direito de autor sem análise de fundamentos independentes de pensamentos amparados em pré-conceitos contrários ao entendimento que se possui sobre uma tendência oposta. Neste sentido, tanto pensamentos conservadores quanto libertarianistas possuem fundamentos corretos e dignos de atenção, reflexão e aplicação⁸. Afastando-se o sentimento de necessária oposição à tendência à qual se filia, afastam-se os denominados solipsismos tão presentes no direito brasileiro e indicados por Streck em muitos de seus textos⁹.

Neste mesmo sentido, e exatamente para alcançar o ambiente hermenêutico que permita uma “recuperação do



7. Aqui, aproveito para fazer a ressalva da inadequação da expressão conteúdo, que tem servido, em minha opinião, para esvaziar semanticamente o conceito de obra e de criação. Não obstante o fato de que a expressão vem tomando força como indicação do que se vem denominando como o componente criativo que circula como bem na sociedade da informação (que prefiro denominar “sociedade tecno-comunicacional”) cabe lembrar que a expressão conteúdo se refere também a informações, dados e obras não protegíveis por direito de autor e não relacionadas ao processo criativo. Trata-se, portanto, de expressão de significado bastante genérico. Inclui-se, em sua ampla generalidade, portanto, notícias, informações, dados, etc. Portanto, em linhas muito genéricas, a minha crítica advém principalmente do fato de que o valor econômico das obras vem sendo suplantado exatamente por conteúdo de valor ínfimo, inadequado, como notícias sobre a vida alheia entre outras pequenezes e, como tal, a circulação das ideias se empobrece com o discurso de baixa qualidade intelectual e artística. E o mais grave, quando textos como este possuem valor econômico muito menor do que notícias sobre o último casal de artistas da moda, ou sobre “personalidades instantâneas” constata-se que o valor da informação, muitas vezes, não se refere à qualidade do que dela se extrai. Entendo que este poderá ser um dentre diversos efeitos nefastos da generalização da circulação da informação.

8. Deve ser compreendido que a classificação entre libertarianista e conservadora se refere à postura em atribuir valores a circunstâncias do direito de autor. Não seria incomum que autores tenham pensamentos que, vistos sob um olhar primário, dividiria as tendências de modo pueril e pragmático, numa espécie de “bem” e “mal” do direito de autor. Um mesmo autor pode apresentar posturas de linhagem mais conservador e outra de linhas mais libertarianista se que se lhe possa atribuir nenhuma espécie de “esquizofrenia acadêmica” pois o direito de autor comporta tal circunstância, considerando as suas especificidades e o seu entorno de relações jurídicas com outras categorias e mesmo com outras áreas do conhecimento (filosofia; antropologia; tecnologia da informação; comunicação; etc.).

9. STRECK indica, com razão, que as posturas decisórias utilizadas como regras para uma teoria da decisão no Brasil estão baseadas em decisionismos solipsistas, o que significa, em síntese muito apertada, que os julgadores brasileiros atribuem ao seu próprio pensamento uma condição de conhecimento superior aos entendimentos de terceiros, o que conduz, por exemplo, a ideia de que basta decidir “com sua própria consciência” que um conflito jurídico estaria sendo solucionado da melhor maneira possível. Esta equivocada ideia vem sendo combatida por Streck e pela escola que fundou, denominada Nova Crítica do Direito (NCD) que pretende uma teoria da Justiça que contemple a viragem linguística, o que Streck entende que ainda não ocorreu no Brasil. Neste mesma linha, compreendo que também no direito de autor se faz necessária uma compreensão da hermenêutica de um modo geral, para que se possa alcançar uma hermenêutica da criação artística afastando o que denomino de *déficit* filosófico do direito de autor. O afastamento dos solipsismos por parte dos autoristas – se alcançado – auxiliará a superar a crise contemporânea do direito de autor.

direito de autor” deve-se compor uma nova compreensão sobre a ideia já semanticamente esvaziada das ideias desvalorizadas no terreno da propriedade intelectual. No particular caso das tendências conservadoras, esta desvalorização já foi efetivada pela sucessiva utilização fora de esquadro da ideia mantrificada de que a propriedade intelectual é a mais sagrada das propriedades, sob diversas formas, por meio de distintas mantrificações¹⁰.

Assim, a doutrina autoralista de tendência mais conservadora, se ainda efetivamente pretende ao menos uma manutenção de parte da proteção autoral de forma tradicional deve adequar o sentido do direito de autor à realidade contemporânea, o que inclui, entre outros elementos, aceitar ideias (o que não significa teses na sua totalidade) de autores inicialmente combativos do direito de autor tradicional, visto, pelos libertarianistas, como conservador¹¹.

Por outro lado, no que tange às posturas libertarianistas, é importante que se tenha conhecimento que as expressões “liberdade de acesso à cultura”; “liberdade de criação” entre outros *mantras* libertários sofrerão (e já sofrem) uma desvalorização que vão conduzir ao seu total esvaziamento caso não ocorra um uso responsável, adequado e especialmente correto das ideias que as compõem. Quem mais poderá valorizar o uso das expressões são exatamente os interessados na sua valorização, admitindo quando se estiver diante de circunstância fática em que não ocorra uma violação de acesso à cultura ou do processo criativo. Particularmente, vejo com dificuldade uma postura desta natureza no ambiente de algumas entidades de gestão coletiva ou grandes corporações titulares de direito de autor.

Portanto, o exercício de valorização das referidas expressões deve passar pelo fato de que um consumidor de obras musicais deve admitir que faz uso ilícito, ou ao menos, inadequado de arquivos musicais e buscar uma solução para este conflito ético-jurídico, sem a utilização – neste caso altamente panfletária e retórica – da expressão acesso à cultura, somente para citar um exemplo. Ouvir esta ou aquela música cujo acesso à mesma pode ser comercialmente efetuado e cujo pagamento não é efetuado não é liberdade de acesso, é uso indevido de obra protegida. Num mercado licença de uso por varejo não se justifica mais a alegação de que o “conteúdo” é caro ou somente pode ser comercializado em conjunto com outras obras, como é o caso de compra e venda de CD. A questão ética, portanto, se impõe.

6.

Além da necessidade da utilização das expressões semanticamente corretas e de uma efetiva hermenêutica construtiva do direito de autor e do ambiente cultural, a valorização de um conceito mais equilibrado é outra solução (concomitante) e uma tendência (analisou eu) de um futuro próximo do direito de autor.

O uso que gere uma contribuição econômica não voltada ao exclusivismo exacerbado proprietarista tantas vezes observado será (e muitas vezes já é) a solução pragmática mais adequada e eficiente para o conflito que não deveria ser amparado por valorações éticas artificialmente amparadas em mantras performáticos e, portanto, filosoficamente inadequados, para dizer o mínimo.

Neste sentido, o exercício dos direitos de remuneração – como tendência à valorização do uso das obras e interpretações sem o exercício arbitrário do proprietarismo excessivo – constitui-se como resposta pragmática e justa ao uso de obras ou interpretações protegidas ou, efetivamente, que gerem e conduzam a um valor econômico variável¹².

10. O primeiro grande mantra performático que, apesar desta condição, tinha absoluta razão de ser, foi a ideia de Le Chapelier quando do relatório defendendo a lei francesa de 1791 na Assembléia Nacional da França: “A mais sagrada, a mais legítima, mais inatacável, e seu posso assim afirmar, a mais pessoal de todas as propriedades é a obra fruto do pensamento de um escritor; é uma propriedade de um gênero totalmente diferente de outras propriedade.” Traduzido de: “La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et, si je puis parler ainsi, la plus personnelle de toutes les propriétés est l’ouvrage fruit de la pensée d’un écrivain; c’est une propriété d’un genre tout différent des autres propriétés [...]” Texto original em francês (no texto escaneado do documento original disponível em: http://copy.law.cam.ac.uk/cam/tools/request/showRepresentation.php?id=representation_f_1791&pagenumber=1_15&image-size=small#TranslationDisplay. Ver, a este respeito, os comentários de Frederic Rideau: RIDEAU, F. (2010), Commentary on Le Chapelier’s report (1791), in *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org.

11. Aceitar o debate ajuda a evoluir o direito. Assim, a doutrina mais conservadora deveria estar atenta a autores como Lessig; Patry; Smiers; entre outros. Isto não significa, de modo algum, que eu esteja de acordo com as linhas de defesa de flexibilização do direito de autor, mas, simplesmente, que compreendo que a mais eficaz forma de combater o *déficit* filosófico do direito de autor é examiná-lo sob o olhar hermenêutico pós-invasão da filosofia pela linguagem. De Smiers, ver: SMIERS, Joost, e VAN SCHIJNDEL, Marieke, *Imagem um mundo sem direitos de autor nem monopólios – Um ensaio*, Institute of network cultures, Amsterdam: 2009, disponível pela Internet em 15 de fevereiro de 2013 no endereço <http://livrosdoexilado.org/imaginem-um-mundo-sem-direitos-de-autor-nem-monopolios-joost-smiers-e-marieke-van-schijndel-formato-pdf/>, e SMIERS, Joost, *Artes sob pressão: promovendo a diversidade cultural na era da globalização*, Escrituras Editora – Instituto Pensarte, São Paulo: 2006. De Patry, ver: PATRY, William, *Moral panics and the copyright wars*, Oxford University Press, New York: 2009, e PATRY, William, *How to fix copyright*, Oxford University Press, New York: 2011. De Lessig, ver LESSIG, Lawrence, *Free culture – how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, disponível em formato digital em: www.free-culture.cc/freecontent/; *The future of ideas*, Oxford University Press, New York: 2011.

12. No cenário audiovisual, por exemplo, isto se coloca de forma a demonstrar uma solução pragmática e universalizante, quando o Tratado de Beijing possibilita que o Estado que o aplique possa legislar por uma presunção de cessão de direito ao produtor ou por meio da atribuição de um direito a ser posteriormente. Ver, a este respeito, o artigo 12 do Tratado de Beijing, disponível em: http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=295839#art12. Texto original em espanhol: 1. *Una Parte Contratante podrá disponer en su legislación nacional que cuando el artista intérprete o ejecutante haya dado su consentimiento para la fijación de su interpretación o ejecución en una fijación audiovisual, los derechos exclusivos de autorización previstos en los artículos 7 a 11 del presente Tratado pertenecerán o serán cedidos al productor de la fijación audiovisual o ejercidos por este, a menos que se estipule lo contrario en un contrato celebrado entre el artista intérprete o ejecutante y el productor de la fijación audiovisual, conforme a lo dispuesto en la legislación nacional.* 2. *Una Parte Contratante podrá exigir, respecto de las fijaciones audiovisuales producidas en el marco de su legislación nacional, que dicho consentimiento o contrato conste por escrito y esté firmado por ambas partes o por sus representantes debidamente autorizados.* 3. *Independientemente de la cesión de los derechos exclusivos descrita supra, en las legislaciones nacionales o los acuerdos individuales, colectivos o de otro tipo se podrá otorgar al artista intérprete o ejecutante el derecho a percibir regalías o una remuneración equitativa por todo uso de la interpretación o ejecución, según lo dispuesto en el presente Tratado, incluyendo lo relativo a los artículos 10 y 11.*

A efetividade dos direitos de remuneração poderá se dar sob a forma de gestão individual (como cada dia será mais possível de ser implementada, em razão do desenvolvimento tecnológico) ou mesmo pela gestão coletiva como forma de diminuir os custos e despesas no exercício, arrecadação e distribuição de direitos, desde que atendidos os contemporâneos princípios da gestão coletiva, quais sejam: transparência, equidade e proporcionalidade, para dizer o mínimo¹³.

Por outro lado, e também à guisa já de re-análise de direitos já amplamente sedimentados, há de se observar que o aumento da relação de dependência social das ferramentas físicas e virtuais de sociabilização conduzirá (como já o está fazendo) a uma percepção de que alguns direitos de ordem extra-econômica não resistirão, na prática, às novas tecnologias e ao que denomino, há muitos anos, de sociedade tecno-comunicacional¹⁴.

Ou seja, além de uma nova compreensão do valor econômico e da distribuição de valores decorrentes do uso das obras, também direitos nomeados como direitos morais ou faculdades morais ou pessoais tem o seu terreno invadido pelo crescente rompimento paradigmático da contemporaneidade.

Como poderá, num futuro próximo, alguém, um criador, exercer o direito nomeado como direito de arrependimento ou direito de retirada? A questão que se coloca é que as novas tecnologias subverteram a possibilidade de controle efetivo ou imaginário da presença de obras no ambiente real, sendo praticamente impossível exercer o direito de retirada ou arrependimento no âmbito da internet, invadida por redes sociais, e-mails, aplicativos de celular e outros mecanismos de comunicação imediata. Ao autor praticamente já não é razoável, em termos práticos, impedir uma circulação de obra de sua titularidade em decorrência dos direitos e retirada ou arrependimento.

O mesmo – ou equivalente, deve ser dito no tocante ao direito de integridade sobre as obras, como impedir o uso de, somente para ilustrar, *mash ups* musicais. A simples existência e circulação de obras musicais no ambiente virtual praticamente impede o exercício do direito de integridade em sua maior complexidade, por razões de ineficácia na sua aplicação.

A tendência, pelo que observo, é a desvalorização e o esvaziamento sucessivo de tais direitos – e cito estes pois são aqueles nos quais observo uma tendência ao esvaziamento de forma bastante evidente e (futuramente) acentuada.

Pouco a pouco, os próprios criadores vão compreendendo que faz parte do processo criativo não poder exercer determinados direitos simplesmente em decorrência da impossibilidade fática de seu exercício. O esvaziamento do direito acaba por conduzir a que o processo criativo seja também modificado, o que será uma tendência de modificação das “regras do jogo”, entendido o “jogo” aqui como o processo de publicização do resultado criativo e, alguma medida, o próprio processo criativo em si. Como contra partida, os usuários deverão (espera-se) perceber que alguns valores deverão ser ainda mantidos, como o respeito ao processo criativo e à figura contemporaneamente em crise – do sujeito-criador. Assim, entendo que, ao menos neste particular momento da contemporaneidade, alguns elementos do direito de autor que possuem um conteúdo ético mais acentuado – e que compreendo que são representados pelas

faculdades pessoais¹⁵ inerentes à indicação da origem da obra, como o são o direito de paternidade e de indicação da autoria, deveriam – ao menos em tese, evoluir por meio de caminhos talvez menos esperados pelas tendências mais conservadoras. Uma relativização de conceitos os quais fortalecem os denominados direitos morais pode ser admitida, ainda que com a parcimônia e a prudência necessária para não se deixar conduzir a um total esvaziamento semântico ou mesmo do conteúdo do direito em si mesmo.

Neste particular caso, a impossibilidade efetiva de exercício de um direito vai conduzir à sua inaplicabilidade e exercício social mesmo que não se faça a defesa de sua desvalorização. É uma constatação, não uma defesa de sua relativização.

Assim, entendo que, enquanto há uma desvalorização de algumas formas de utilização de obras e de algumas faculdades pessoais, há uma necessidade de fortalecimento de determinadas faculdades pessoais e de modalidades alternativas de exercício de direito de cunho econômico.

O sujeito-criador, tradicionalmente denominado e indicado autor, é intérprete do mundo de alguma forma e deve ser indicado como tal, por mais que qualquer outro pudesse potencialmente criar como ele já o fez (no sentido de interpretar¹⁶ o mundo por meio da criação ou interpretação¹⁷).

Alguns de seus direitos (ou faculdades do direito de autor) vem já sendo fortalecidos e outros efetivamente diminuídos, flexibilizados (exageradamente ou não). Porém, o que se deve ter em conta é que somente com a correta compreensão hermenêutica dos elementos formadores do direito do autor e também da compreensão das tendências opostas entre si (libertarianista e conservadora) sem solipsismos e “ideologismos” se poderá afastar ou mesmo diminuir a crise pela qual o direito de autor atravessa na contemporaneidade.



13. A este respeito, a Lei 12853/13 do Brasil modificou a Lei de Direitos Autorais (Lei 9610/98) incluindo nesta uma série de exigências no tocante à gestão coletiva de direitos. Entre os dispositivos, indico o artigo Art. 98. § 2.º, que determina os princípios que devem ser observados na gestão coletiva: Art. 98, § 2.º: *As associações deverão adotar os princípios da isonomia, eficiência e transparência na cobrança pela utilização de qualquer obra ou fonograma.* 14. Terminologia que venho utilizando para fazer referência à sociedade da informação. A este respeito ver a edição espanhola da obra *Internet, privacidad y datos personales*, Editorial Reus, Madrid: 2004.

15. Como indica Oliveira Ascensão em muitos de seus textos. Ver por todos, ASCENÇÃO, José de Oliveira, *Direito Autoral*, Renovar, 2.ª edição, Rio de Janeiro: 2007.

16. Interpretar como ato de ver o mundo.

17. Interpretação aqui, no sentido próprio dos direitos conexos de interpretar uma obra, um papel, “performatizar”, *to be a performer*.

Se os sujeitos atuantes no cenário musical fizerem uso dos direitos e exercício que lhes cabem, mas com efetivo respeito à hermenêutica, o direito de autor será protetivo efetivamente dos sujeitos-criadores e amparados pelo livre acesso à cultura e com possibilidade de criações livres e construtivas de um novo cenário de criação.

7. Considerações finais

Envolto na névoa ideológica, um pensador sequer vê o outro. E quem não vê o outro possivelmente não compreenderá seus argumentos.

Argumentos sem (possibilidade de receber) oposição não são verdade ou possibilidade de efetiva verdade, mas, antes disto, são ideologia. A única “ideologia” que escuta o outro é a democracia. Vista sob o olhar da filosofia política ou da democracia como modo de comunicação entre os falantes. Os debates sobre direito de autor precisam ser legitimamente democráticos e, para isto, todas as instâncias participativas necessitam ver o outro. Não é o que acontece na contemporaneidade.

O direito de autor, pela sua aparente e efetiva vilania, pela sua apatia diante de discussões filosóficas, pela anemia dos argumentos de forte jaez hermenêutico e ético que lhes são apresentados no seio do senso comum autoralista, acaba por permitir, como consequência, ideologismos de difícil retratação dos exageros, até mesmo no ambiente acadêmico. Uma comprovação deste fato é que o uso dos *mantras* performáticos no ambiente do direito de autor sequer respeita a fronteira das discussões acadêmicas, muitas vezes fantasiadas de academicismo, mas amparadas por interesses particulares, artificializados de coletivos e provenientes de legitimidades construídas.

É o que ocorre, por exemplo, com muitas entidades de gestão coletiva, grandes corporações de titulares de direito e seus representantes e também de grandes provedores de serviço e acesso à internet, entre outros agentes de grande força no cenário do direito de autor. Assim, enquanto entidades de gestão coletiva exigem o cumprimento de pagamentos de direitos devidos bradando os mantras performáticos como o clássico *chapeliano* “a propriedade intelectual é a mais sagrada de todas as propriedades”, organizações empresariais da Internet como Google, Apple, You Tube, Yahoo, entre muitas outras, advogam a causa (artificializada por suas próprias *posturas mántrico-performáticas*) da liberdade de expressão e de acesso à cultura.

No fundo, extrai-se claramente dos grandes agentes a ideia de que *it's all about money* mas deveria tudo ser uma questão de filosofia ética baseada nos questionamentos: “*se devo fazer algo*” e “*por que devo fazer algo?*”. A filosofia é o terreno em que primordialmente deveriam ocorrer tais discussões. Mas não é. O mínimo que se exigiria seria uma mera atenção inicial ao conteúdo ético mínimo, pois, afinal, trata-se de observar todo o ambiente protetivo do que é produzido sob o nome de artes, cultura e ciências. E todo este ambiente está pontuado, permeado ou mesmo atravessado por questões de direito de autor. A ética é o terreno da análise do (que é) devido¹⁸ (por vezes somente do possível) no terreno do justo com o outro. O valor econômico, porém, desvia a discussão, abrevia a reflexão, falsamente repudia a

ética e, no caso das mantrificações que venho denunciando, a artificializa, ou melhor, colore valores econômicos com o tom que a ética empresta (mesmo sem querer permitir) de modo evidentemente artificial¹⁹.

Levantar o véu da artificial aplicação de argumentos ao direito de autor é permitir o debate. Levantar (e afastar) os equívocos formadores dos artificialismos montados sobre ideias ideologizadas é fundamental para este mesmo debate e conduz ainda mais ao centro (real e) filosófico das discussões.

Fundamentalmente, no particular caso da análise de pensamentos genericamente denominados de conservadores e libertarianistas, entendo que as escolas autoralistas contemporâneas devem compreender as vertentes que considerem opostas e, propriamente os seus próprios conceitos, excluídas suas artificializações²⁰. Isto ajuda a compreender o próprio espaço hermenêutico de cada escola. Cada uma das escolas ou tendências deve ser vista sob um viés exclusivamente filosófico ou fundamentalmente filosófico para que se lhe possa extrair a essência do direito de autor no sentido de sua complexidade, sempre historicizada, inclusive.

Para alcançar este diálogo entre as tendências e um efeito filosoficamente mais correto (ou mesmo puro), urge permitir que seja aplicado ao direito de autor um banho de filosofia e que os autoralistas sejam alimentados pela compreensão de que a hermenêutica é a resposta, senão para solucionar a crise contemporânea pela qual tal direito atravessa, pelo menos para pavimentar as defasagens estruturais desta categoria jurídica, surgidas do *déficit* filosófico nascido nas suas entranhas, desde o seu estabelecimento formal como categoria jurídica.

Este é o caminho que acredito para retirar o direito de autor da sua crise.

Para alcançá-lo, porém, é importante que os autoralistas compreendam que sem linguagem não há encontro com a realidade, mas, ao mesmo tempo, a realidade não pode ser refém de ideologismos e direcionamentos ofensivos à filosofia.

Respeite-se a linguagem, pois ela não é escrava do desejo. Respeite-se a cultura, sob pena de se desrespeitar a si mesmo. O protetor da cultura, em muito de seu terreno, é o direito de autor. O seu respeito passa pela compreensão ético-filosófica de seus fundamentos.



18. No sentido do que se deve fazer.

19. Como é o caso de defesas da liberdade de expressão por parte de YouTube, Google, Facebook, etc.

20. Muitas vezes pouco densificados e somente repetidos sob a forma de *loops* ideológicos, que não permitem nenhum interrupção sequer.

Referências bibliográficas

ASCENÇÃO, José de Oliveira, *Direito Autoral*, Renovar, 2.^a edição, Rio de Janeiro: 2007.

CHAPELIER, Le, texto original em francês (no texto escaneado do documento original disponível em: http://copy.law.cam.ac.uk/cam/tools/request/showRepresentation.php?id=representation_f_1791&pagenumber=1_15&image-size=small#TranslationDisplay. Acessado em 24 de abril de 2014.

DRUMMOND, Victor Gameiro, *Internet, privacidad y datos personales*, Editorial Reus, Madrid: 2004.

DRUMMOND, Victor Gameiro, *The creative circle: Why the linguistic turn is of philosophical interest in copyright law*. RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 5, pp. 74 e seguintes, 2013.

LESSIG, Lawrence, *Free culture – how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, disponível em formato digital em: www.free-culture.cc/freecontent/.

LESSIG, Lawrence, *The future of ideas*, Oxford University Press, New York: 2011.

RIDEAU, Frederic, Commentary on Le Chapelier's report (1791), in *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org, 2010.

PATRY, William, *How to fix copyright*, Oxford University Press, New York: 2011.

SMIERS, Joost, e VAN SCHIJNDEL, Marieke, *Imagem um mundo sem direitos de autor nem monopólios – Um ensaio*, Institute of network cultures, Amsterdam: 2009, <http://livros-doexilado.org/imaginem-um-mundo-sem-direitos-de-autor-nem-monopolios-joost-smiers-e-marieke-van-schijn-del-formato-pdf/>. Acessado em 15 de fevereiro de 2013.

SMIERS, Joost, *Artes sob pressão: promovendo a diversidade cultural na era da globalização*, Escrituras Editora – Instituto Pensarte, São Paulo: 2006.

