

**Mariana Giorgetti Valente
Bruna Castanheira de Freitas**

Manual de direito autoral para museus, arquivos e bibliotecas



**ARQUIVOS DE MUSEUS
E PESQUISA**



**DIREITO RIO
EDITORA**



Mariana Giorgetti Valente
Bruna Castanheira de Freitas

**Manual de direito autoral
para museus, arquivos e
bibliotecas**



ARQUIVOS DE MUSEUS
E PESQUISA



DIREITO RIO
EDITORA

Copyright © 2017 Mariana Giorgetti Valente; Bruna Castanheira de Freitas



“Atribuição não comercial (CC BY-NC): Essa licença permite que outros remixem, adaptem e criem a partir da obra para fins não comerciais, e, embora obras derivadas tenham de atribuir o devido crédito de autoria e não possam ser usadas para fins comerciais, os usuários não são obrigados a licenciar as obras derivadas sob os mesmos termos.” Licença disponível em: <<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.0/br/>>.

Direitos desta edição reservados à FGV Editora,
nos termos da licença Creative Commons aqui utilizada:

FGV EDITORA
Rua Jornalista Orlando Dantas, 37
22231-010 | Rio de Janeiro, RJ | Brasil
Tels.: 0800-021-7777 | 21-3799-4427
Fax: 21-3799-4430
editora@fgv.br | pedidoseditora@fgv.br
www.fgv.br/editora

Impresso no Brasil | *Printed in Brazil*

Os conceitos emitidos neste livro são de inteira responsabilidade das autoras.

1ª edição – 2017

Preparação de originais: Sandra Frank
Editoração eletrônica: Abreu's System
Revisão: Aleidis Beltran | Fatima Caroni
Capa: Humberto Nunes/Lampejo Design

Ficha catalográfica elaborada pela
Biblioteca Mario Henrique Simonsen/FGV

Valente, Mariana Giorgetti

Manual de direito autoral para museus, arquivos e bibliotecas [recurso eletrônico] / Mariana Giorgetti Valente, Bruna Castanheira de Freitas. – Rio de Janeiro : FGV Editora, 2017.

1 recurso online (84 p.) : PDF

Dados eletrônicos.

Inclui bibliografia.

ISBN: 978-85-225-1996-5

1. Direitos autorais. 2. Direitos autorais – licenças. 3. Domínio público (direitos autorais). 4. Propriedade intelectual. I. Valente, Mariana Giorgetti. II. Freitas, Bruna Castanheira de. III. Fundação Getúlio Vargas. IV. Título.

CDD – 342.28

SUMÁRIO



| | |
|--|----|
| Sobre este manual | 7 |
| 1. O direito autoral como direito de propriedade intelectual | 11 |
| 2. Por que o direito autoral tem limites? | 15 |
| 3. Conceitos e distinções fundamentais do direito autoral | 19 |
| O direito autoral é parecido por todo o mundo? | 19 |
| Que criações são “obras intelectuais” (protegidas por direitos de autor)? | 20 |
| É necessário que a obra seja registrada para que seja protegida pelo direito de autor? | 23 |
| E o que não é protegido por direito de autor? Ideias, imagem, privacidade, patentes | 25 |
| Os direitos morais de autor | 28 |
| Os direitos patrimoniais de autor | 32 |
| E o que são direitos conexos? | 35 |
| Quanto tempo dura o direito de autor? E o domínio público? | 36 |
| As expressões culturais tradicionais | 40 |
| Quem é o autor? Autoria individual, coautoria e autoria coletiva | 43 |
| As limitações e exceções: usos sempre permitidos | 47 |
| Licenças e cessões: transferindo o direito autoral | 57 |
| O problema das obras órfãs | 61 |

| | |
|---|----|
| 4. OpenGLAM: políticas de licenciamento livre | 65 |
| O que é o OpenGLAM? | 65 |
| E o direito autoral nisso? O licenciamento aberto | 69 |
| As licenças Creative Commons | 72 |
| Comentários finais | 79 |
| Referências | 81 |

• • • • •

Sobre este manual

O Grupo de Trabalho Arquivos de Museus e Pesquisa (GT Arquivos de Museus e Pesquisa) é um grupo interinstitucional baseado na cidade de São Paulo/SP. Foi fundado em 2010, reunindo profissionais da área de arquivologia, museologia, biblioteconomia, conservação e curadoria de instituições de memória paulistanas, com o objetivo de discutir o papel dos arquivos e as práticas de documentação dentro de instituições museológicas. Em 2012, o GT foi cadastrado no Diretório Nacional dos Grupos de Pesquisa do CNPq. Além de organizar seminários internos e internacionais, o GT subdivide-se em grupos de discussão de diferentes pautas, entre os quais se encontra o subgrupo Direitos Autorais. Seu objetivo é debater políticas de direito autoral das instituições, produzir materiais de facilitação de políticas de acesso e produzir intervenções no debate público. Desde 2012, o subgrupo vem produzindo um material de referência de direitos de autor direcionado especificamente às instituições de memória no Brasil. Em 2014, os autores do manual juntaram esforços com a equipe do Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS) da Fundação Ge-

tulio Vargas do Rio de Janeiro, uma organização que produz conhecimento no campo de propriedade intelectual desde 2002. O projeto de pesquisa Acervos Digitais, vigente entre 2014 e 2016 e financiado pela presidência da FGV, chegou ao diagnóstico de que existiam dificuldades comuns entre os museus, arquivos e bibliotecas brasileiros frente aos desafios que a digitalização de acervos apresenta, e de que um manual endereçando questões de direitos autorais comuns seria de grande utilidade para as organizações.

Tanto no âmbito do GT quanto no da pesquisa desenvolvida pelo CTS, reconheceu-se que os profissionais de instituições de memória percebem o direito autoral essencialmente como um obstáculo. Curadores, produtores, documentalistas e arquivistas defrontam-se, em seu cotidiano, com um direito autoral que impede uma série de atividades que pretendem realizar, que aparece como ameaçador e, sobretudo, opaco e obscuro. A ausência, na grande maioria das instituições, de profissionais internos dedicados a resolver questões de direitos autorais é também um desafio estrutural.

Nesse contexto, este manual surgiu como um esforço de oferecer aos profissionais de instituições de memória, em uma linguagem simples, acessível e tanto quanto possível livre de jargões jurídicos ou citações excessivas, alguns parâmetros para lidar com a interpretação do direito autoral brasileiro diante de desafios do cotidiano. É evidente que este manual não dispensa a consulta a advogados, em especial porque nem sempre as situações cotidianas se apresentarão de forma simples. Ele pode servir, no entanto, como um subsídio para a

atuação profissional em situações menos complexas, facilitando e dando segurança ao trabalho das instituições de memória no que constitui sua missão, que é levar, em todos os sentidos que isso possa ter, seu acervo ao público.

1

.....

O direito autoral como direito de propriedade intelectual

A propriedade intelectual é como se convencionou chamar uma série de proteções jurídicas conferidas a criações do intelecto humano. São proteções concedidas ao criador de bens imateriais, na forma de controles, com limites. Esses controles podem significar vantagens financeiras, quando o bem imaterial é utilizado por terceiros, ou ainda quando alguns desses controles são transferidos a pessoas físicas ou jurídicas.

Há uma série de justificações possíveis para a proteção de bens imateriais por meio da propriedade intelectual. Uma das mais populares é a utilitária, que quer ver na proteção jurídica à criação intelectual uma forma de estimular a criatividade e “o progresso das ciências e das artes”,¹ ou seja, incentivar o

¹ Essa famosa e repetida linguagem vem da Constituição dos Estados Unidos (1787), que estabelece, em seu art. I, seção 8, cláusula 8: “*The Congress shall have power [...] To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries*” (“O Congresso terá o poder [...] De promover o progresso da ciência e das artes utilitárias, garantindo a autores e inventores, por tempo limitado, o direito exclusivo sobre seus respectivos escritos e descobertas”).

criador a produzir uma obra ou invenção, tendo em vista os benefícios que isso traz à sociedade. Há outras justificações em disputa, e mesmo a justificação utilitária divide calorosamente estudiosos e profissionais das diferentes áreas da propriedade intelectual: esse instrumento jurídico é efetivo para os fins a que se propõe?

A propriedade intelectual é um gênero que abrange duas espécies: o direito autoral e a propriedade industrial. A propriedade industrial, por sua vez, abrange as marcas (sinais visualmente distintivos, usados para identificar empresas e produtos), patentes (invenções), modelos de utilidade, desenho industrial, indicações geográficas e também a repressão à concorrência desleal.

Propriedade industrial e direito autoral têm objetos e regramentos tão distintos que se chega inclusive a questionar abrigar as duas modalidades debaixo de um mesmo guarda-chuva.

A propriedade industrial, ao contrário do direito autoral, protege criações de caráter utilitário. Por exemplo: enquanto uma invenção, à qual poderá ser concedida uma patente, resolve um problema técnico, uma obra intelectual é protegida independentemente, e em geral inclusive, na ausência de uma serventia funcional.

A proteção que o autor de uma obra intelectual tem, por meio de *direitos exclusivos*, não depende de qualquer registro da obra em qualquer órgão oficial, ao contrário do que ocorre em relação aos direitos relativos à propriedade industrial. No caso desta última, os direitos garantidos ao criador dependem de um procedimento de registro em um órgão oficial, e somente após a concessão desse registro é que a invenção ganhará proteção intelectual.

Outra diferença essencial entre o direito autoral e os demais direitos disciplinados no campo da propriedade industrial é que o direito autoral envolve *direitos de personalidade*, como exploraremos adiante.

O direito autoral brasileiro é disciplinado essencialmente pela Lei nº 9.610/1998 — a Lei de Direitos Autorais — e oferece proteção às obras intelectuais nos campos literário e artístico. Vale lembrar que também os programas de computador são protegidos pelo direito autoral, nos termos da Lei nº 9.609/1998.

O direito de autor tutela a *obra*: criação intelectual original, materializada em qualquer meio, físico ou não. Isso quer dizer também que a *mera ideia* ou o *projeto mental* de uma determinada obra não é protegido pelo direito autoral; a proteção é dada à *expressão original* dessa ideia, materializada em um suporte (pode ser um livro, CD, pintura, arquivo de computador etc.). O direito de autor não protege aquilo que eu *pensei* em criar como obra, mas nunca executei (mesmo que tenha contado isso a alguém), e uma obra que corporifique apenas a mesma *ideia* da minha obra não é uma violação do meu direito de autor.

É necessária, aqui, uma ressalva: não se pode confundir a obra com o *suporte* no qual ela se materializa. Sobre o suporte em si pode existir apenas propriedade material. Muito embora a proteção conferida pelo direito de autor *dependa* da materialização em um suporte, a obra é protegida independentemente da destruição do suporte. Assim, não é o objeto “livro” que é protegido por direito autoral, mas o romance que ele carrega. Quando eu compro um livro, posso rasgá-lo sem com isso ferir o direito de autor de quem o escreveu, já que, nesse caso, estarei destruindo apenas o suporte, sobre o qual existe apenas propriedade material. Já copiar o romance todo

ou substancialmente e publicá-lo em um novo livro como se fosse meu é uma violação do direito de autor. Igualmente, ainda que uma tela de um artista queime em um incêndio, subsistem os direitos de autor sobre aquela obra — a comercialização de eventuais imagens daquela tela continua sendo um direito de seu criador, ou de quem detenha os direitos, mesmo depois da destruição do suporte.

2

.....

Por que o direito autoral tem limites?

A limitação do direito autoral é justificada diferentemente, de acordo com a justificação que se adota em relação ao próprio direito autoral. Caso se adote a noção utilitária que esboçamos acima, ou seja, que o direito autoral tem uma função de avanço no bem comum, a extensão da proteção ou da limitação do direito autoral vem então justificada com o quanto uma ou outra contribui para a criação de mais obras. Para aqueles que entendem o direito autoral como *propriedade*, sua limitação costuma vir justificada da mesma forma que ocorre em relação à propriedade material: via, por exemplo, a ideia de que a propriedade deve cumprir uma função social.

De uma forma ou de outra, do ponto de vista jurídico, a limitação do direito autoral decorre da existência de *mais de um direito* em jogo em uma mesma relação social. Assim, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 reconhece, de um lado, a proteção dos direitos morais e materiais dos autores, em seu art. 27, 2. O art. 27, 1, da mesma convenção, no entanto, estabelece que todos têm direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, ou seja,

garante direitos de acesso a cidadãos em geral, que usufruirão dos bens protegidos pelo direito autoral.

No mesmo sentido, a Constituição Federal brasileira tanto prevê o direito fundamental dos autores — “pelo tempo que a lei fixar” (art. 5º, XXVII) — quanto contém disposições sobre o direito à educação e à cultura (ver, por exemplo, os arts. 6º, 205, 206, 215, 216 e 216-A). Assim, o legislador, ao criar as regras de direito autoral, e os magistrados, ao interpretá-las, devem levar em conta um e outro direito, buscando um balanço que seja adequado ao fim a se atingir — que existam incentivos para a criação de obras (lembrando que nem todos os incentivos são de ordem econômica), e que os cidadãos e a sociedade como um todo possam desfrutar dos bens culturais.

Constituição Federal

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

[...]



Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

[...]

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

[...]

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

[...]

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

[...]

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

[...].

§ 3º. A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

[...]

Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais.

§ 1º. O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios:

I - diversidade das expressões culturais;

II - universalização do acesso aos bens e serviços culturais;

III - fomento à produção, difusão e circulação de conhecimento e bens culturais;

[...]

Há uma série de disposições do direito autoral que costumam ser pensadas como formas de atingir esse balanço, e trataremos delas em mais detalhes adiante. Vale, por enquanto, dizer que a limitação do direito autoral *no tempo* é uma delas — que as obras possam ser livremente utilizadas por qualquer pessoa, para qualquer fim, após a passagem de uma quantidade de tempo entendida como *suficiente para compensar o autor pela criação* (estamos falando do domínio público), também assim os limites intrínsecos aos próprios direitos exclusivos dos autores, ou seja, usos que são permitidos às pessoas em geral, sempre, ainda que dentro do prazo de proteção (são as limitações e exceções).

Mais recentemente, por conta principalmente dos avanços tecnológicos e das novas possibilidades de usos das obras intelectuais protegidas, tem-se discutido internacionalmente uma doutrina chamada de “direitos dos usuários”, que seria uma forma de pensar os usos permitidos não somente como *exceções* contidas nas legislações, mas como direitos propriamente.²

Instituições de memória, que têm entre suas principais funções preservar e dar acesso ao conhecimento e à cultura, estão diretamente implicadas nessas tensões. Quando se deparam com dúvidas sobre a legalidade de um determinado uso de uma obra intelectual, ou ainda com a necessidade de interpretar se determinado uso é permitido ou não pela legislação brasileira, elas estão diante de uma atualização dessa questão do equilíbrio entre a proteção ao autor concedida pelo direito autoral e o acesso do público às obras.

² Para ler mais sobre isso, ver, por exemplo, Cohen (2005) e Litman (2007).

Conceitos e distinções fundamentais do direito autoral

O direito autoral é parecido por todo o mundo?

Existem, internacionalmente, dois grandes sistemas de direito autoral: o continental, também conhecido como *droit d'auteur*, por sua origem francesa, e o *copyright*, sistema anglo-americano. Esses sistemas evoluíram separadamente: as distinções em suas justificações e objetivos declarados levaram ao desenvolvimento de formas de proteção peculiares a cada um deles. De maneira bastante genérica, é possível afirmar que o *copyright* esteve sempre ligado a uma justificação utilitária e a considerações econômicas. O próprio nome dado ao sistema revela sua origem, que esteve na proteção a cópias de uma obra. O sistema continental de *droit d'auteur* veio justificado por noções românticas de autoria e de criação, e por uma compreensão da ligação entre o autor e a obra que levou ao desenvolvimento de aspectos como os *direitos de personalidade*, que são os direitos morais de autor (que discutiremos adiante). Por conta da progressiva uniformização do direito autoral dos países, que vem se dando com a negociação e assinatura de tratados

internacionais, os dois sistemas têm se aproximado cada vez mais. Os mais importantes desses tratados são a Convenção de Berna, de 1886, e o Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), assinado em 1994 como um anexo ao acordo que criou a OMC (Organização Mundial do Comércio).

O direito autoral no Brasil segue o sistema continental de *droit d'auteur*, e é regulado pela Lei nº 9.610/1998 (Lei de Direitos Autorais, ou simplesmente LDA), que tutela os direitos de autor e os que lhe são conexos (art. 1º). São “direitos de autor” os pertinentes ao criador da obra intelectual, e que será sempre, no Brasil, uma pessoa física.

O Brasil protege também os chamados “direitos conexos”, que são direitos semelhantes aos de autor, porém de menor extensão, e pertinentes aos artistas intérpretes ou executantes, aos produtores fonográficos e às empresas de radiodifusão (art. 89).

Direito autoral é o nome que se dá no Brasil ao conjunto da proteção do *direito de autor* e dos *direitos conexos*.

Que criações são “obras intelectuais” (protegidas por direitos de autor)?

A LDA não oferece um conjunto fechado do que sejam os tipos de obras protegidas por direitos de autor, afirmando, em seu art. 7º, que obras são “criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”. Ou seja, qualquer criação que se encaixe nessa definição é, no nosso sistema, uma obra protegida por direito de autor. A lei oferece, no entanto, um conjunto de *exemplos* de tipos de obras, o que serve tanto para a segurança de que eles, modalidades

conhecidas à época da elaboração da lei, sejam efetivamente protegidos como também para orientar a interpretação sobre outras criações que não estão explicitamente elencadas, mas que também seriam consideradas obras protegidas por direito de autor. Entre elas, estão textos de obras literárias e científicas, composições musicais, obras fotográficas, obras de pintura, gravura etc.

Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/1998)

Art. 7º. São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

- I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;
- II - as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza;
- III - as obras dramáticas e dramático-musicais;
- IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;
- V - as composições musicais, tenham ou não letra;
- VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;
- VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;
- VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;
- IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;
- X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;
- XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;
- XII - os programas de computador;
- XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

▼

§ 1º. Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis.

§ 2º. A proteção concedida no inciso XIII não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras.

§ 3º. No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial.

Instituições de memória utilizam-se, em seu trabalho, de uma série de obras protegidas, e também são um *locus de criação* de outras tantas obras. Assim, com base nos exemplos dados pelo art. 7º da LDA, reproduzido acima, são objetos de proteção por direitos autorais:

- textos produzidos dentro ou em função da atividade das instituições, como os textos curatoriais ou pesquisas elaboradas pelos profissionais da instituição (inciso I);
- fotografias de exposições, de eventos ocorridos na instituição, ou, ainda, cumprido o requisito da originalidade, como desenvolvermos adiante, fotografias de obras de arte (inciso VII);
- o projeto museográfico desenvolvido para uma exposição ou para outro espaço da instituição (inciso X), embora o regime de proteção para projetos arquitetônicos seja bastante específico e requeira mais atenção;
- produtos criados com utilização de obras já existentes, como camisetas e canecas que reproduzem obras de

artistas, podem ser obras novas, desde que contenham contribuição original (inciso XI). Vale lembrar que isso não dá à instituição direitos exclusivos sobre a obra já existente de que ela se utilizou;

- o próprio projeto curatorial de uma exposição pode ser protegido, desde que apresente elementos originais (inciso XIII). Aqui, já deve estar claro que não é a *mera ideia* de uma exposição que é protegida, mas, por exemplo, a organização específica de determinadas obras, sua disposição espacial etc.

Como veremos, no Brasil somente pessoas físicas são *autoras* (art. 11 da LDA). As instituições de memória poderão, no entanto, no caso de *transferência*, ser *detentoras* de direitos de autor.

É necessário que a obra seja registrada para que seja protegida pelo direito de autor?

Não. Como vimos, o art. 7º da LDA determina que a proteção via direito de autor exige que a criação seja *fixada em algum suporte*, que pode ser físico ou não (digital, por exemplo). A exteriorização é essencial inclusive porque, como afirmamos atrás, meras ideias ou esquemas mentais não são protegidos por direito de autor; no entanto, o meio utilizado para a exteriorização é irrelevante. Um poema escrito num guardanapo é obra intelectual protegida tanto quanto um poema publicado num livro.

Um requisito de proteção não escrito na LDA, mas em geral aceito pela *doutrina jurídica* (comentadores da legislação) e pela jurisprudência (conjunto de decisões judiciais) é o da originalidade, ou seja, que a criação não seja banal. É bastante difícil determinar os critérios que fazem com que uma obra seja original, e não poucas vezes é garantida proteção a criações com pouca contribuição original.

O *registro* da obra *não* é um requisito de proteção. O autor tem a faculdade, se assim desejar, de registrar sua obra, “conforme sua natureza”, na Biblioteca Nacional, na Escola de Música, na Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, no Instituto Nacional do Cinema ou no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (Crea). Esse registro não *constitui* direitos de autor, mas serve como um meio de prova, ou seja, como segurança adicional.

Trocando em miúdos não jurídicos: Joana, que registra um romance na Biblioteca Nacional, terá uma prova forte e “oficial” de que o romance é dela, e não de Caio, que teve acesso ao arquivo furtivamente e publicou-o antes como livro. Mas a prova não é irrefutável — se Caio enviou à Biblioteca Nacional uma cópia do arquivo a que teve acesso furtivamente e registrou o romance como seu, mas Joana tem meios de provar que escreveu o livro, seja por testemunhas, seja por meios digitais, ela prevalecerá, em uma disputa judicial. É que Joana é autora desde quando escreveu, e o romance é obra intelectual desde o mesmo momento. Tudo o que um registro vai poder lhe dar é uma segurança adicional.

E o que não é protegido por direito de autor? Ideias, imagem, privacidade, patentes

A própria LDA traz uma série de exemplos de criações não protegidas por direito de autor. Determina, assim, como já afirmamos, que ideias, planos e esquemas mentais não estão no âmbito de proteção; tampouco são protegidas criações de uso comum, como calendários, agendas ou atos oficiais, como textos de lei e decisões judiciais.

Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/1998)

Art. 8º. Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:

- I - as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;
- II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios;
- III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções;
- IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais;
- V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas;
- VI - os nomes e títulos isolados;
- VII - o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras.

No contexto das instituições de memória, vale dizer, não são protegidos os meros títulos, legendas ou descrições técnicas das obras (incisos V e VI). Como afirmamos, a mera ideia por trás de uma exposição ou organização de materiais também

não pode ser protegida. Assim, a biblioteca que cria um sistema de organização de livros não tem esse esquema protegido por direito de autor. O museu (ou o curador, caso não ocorra transferência de direitos) que elaborou uma exposição baseada na *ideia* de organizar as obras por cores tampouco terá direito sobre a ideia ou poderá impedir que outros realizem exposições que sejam organizadas com base em cores — embora a configuração específica das obras, sua relação umas com as outras etc. possam configurar obra protegida, se originais.

Uma confusão comum no meio cultural é chamar o direito de autor de *direito de imagem*, ou ainda tratar o próprio direito de imagem como direito de autor. São coisas distintas: o direito de imagem é um direito de personalidade, que diz respeito à imagem da própria pessoa, e que é regulado pelo Código Civil. O direito de imagem ramifica-se entre direito de imagem em sentido figurado — a imagem abstrata que a pessoa tem de si mesma, o que é também chamado de *honra* — e direito de imagem em sentido material, ou seja, a figura física de uma pessoa. Não é em todas as situações que uma pessoa tem direito irrestrito a controlar o uso de sua imagem: há casos em que o uso da imagem de alguém é um exercício da liberdade de expressão, ou, ainda, alguns critérios são aplicados, por exemplo, o entendimento de que a imagem de um político no exercício de sua função pode ser utilizada pelos jornais. Em regra, também, um uso preponderantemente *comercial* da imagem de qualquer pessoa, como em uma publicidade ou em um produto à venda (uma caneca ou uma camiseta) é proibido, a não ser que a pessoa em questão tenha expressa-

mente autorizado. Entre os dois casos extremos existe uma grande zona cinzenta.

As instituições arquivísticas são frequentemente assoladas por dúvidas no que diz respeito às informações, contidas em acervos pessoais, que potencialmente violam os direitos à privacidade e à intimidade. É uma questão bastante complexa — em que medida podem os herdeiros definir o que querem ou não que seja publicado sobre uma pessoa de importância histórica? — que ganhou um norte mais definido após o julgamento, em 2015, pelo Supremo Tribunal Federal, do caso das “biografias não autorizadas” (ADI nº 4.815), que declarou “inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais”. Nem todas as situações são resolvidas por esse entendimento, e o melhor a fazer é estudar o caso e consultar um especialista. E, embora sobre um mesmo material possa incidir um problema de direito de autor e um problema de privacidade/intimidade, como uma carta escrita por uma personalidade histórica, a questão específica da privacidade/intimidade foge aos objetivos deste manual.

Por fim, outra confusão comum é aquela entre o direito de autor e outras figuras da propriedade intelectual, como as patentes e as marcas. Cada uma delas tem um âmbito de proteção específico e serve a um fim determinado — as patentes de invenção servem à proteção de invenções, utilitárias, com aplicação industrial, e as marcas, a sinais distintivos. Frequentemente, a instituição de memória terá marcas registradas, como sua logomarca, ou usará marcas de terceiros, e nada impede que obtenha também patentes ou tenha de se utilizar

de patentes de outrem. É importante, no entanto, saber que se trata de institutos diferentes, com proteções diferentes.

Os direitos morais de autor

Historicamente, uma das características mais marcantes do sistema continental de *droit d'auteur*, no qual o direito autoral brasileiro se baseia, é a divisão dos direitos do autor de uma obra intelectual entre direitos morais e direitos patrimoniais. São direitos morais aqueles que dizem respeito a uma ideia de relação de paternidade entre o autor e sua obra, e que se justificam por essa *ligação pessoal*, e não por imperativos de aproveitamento econômico.

Os direitos morais de autor estão previstos no art. 24 da LDA, e dizem respeito a quatro grandes grupos:

- 1) *indicação de autoria*: é o direito que o autor tem de reivindicar autoria a qualquer momento (inciso I) e ter seu nome ou pseudônimo vinculado à sua obra (inciso II);
- 2) *circulação da obra*: é o direito pessoal do autor de decidir não circular a obra, mantendo-a inédita (inciso III) ou ainda a retirando de circulação se assim desejar (inciso VI);
- 3) *alteração da obra*: o autor poderá tanto modificar a obra antes ou depois de utilizada (inciso V) quanto se opor a modificações, como estabelece a lei de forma geral, quando a circulação ou utilização implicar

afronta à sua reputação e imagem (inciso V). Também o autor de projeto arquitetônico tem o direito de repudiar a autoria caso a execução o modifique (art. 26) — não há proibição, portanto, da modificação, mas é facultado ao autor o repúdio nesses casos;

- 4) *acesso a exemplar único*, para registro fotográfico e audiovisual e, assim, preservação da memória (inciso VII).

Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/1998)

Art. 24. São direitos morais do autor:

- I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;
- II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;
- III - o de conservar a obra inédita;
- IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;
- V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;
- VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;
- VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

Ao contrário do que ocorre com os direitos patrimoniais de autor, os direitos morais são *inalienáveis* e *irrenunciáveis* (art. 27). Isso significa que serão *inválidas* quaisquer

disposições feitas em contrato, por exemplo, abrindo mão desses direitos. Imaginemos o exemplo em que um museu faz um contrato de cessão de direitos com um fotógrafo que registrou imagens de uma abertura de exposição (trataremos de transferência de direitos adiante). Nesse contrato, estabelece-se que o museu poderá veicular as imagens sem mencionar o nome do fotógrafo, atribuindo exclusivamente a si, como instituição, a “fonte”. Essa disposição do contrato será inválida e poderá ser questionada judicialmente. Ocorre que, na tradição continental, nem mesmo o próprio autor pode abrir mão dos direitos morais que tem. A justificativa estaria novamente nessa ideia de relação íntima entre autor e obra, garantindo que ela não seja sobrepujada por relações de poder desequilibradas.

É claro que o poder conferido ao autor, por força da lei, é bastante grande e pode também prejudicar outras pessoas. Pense no caso de Fernando, autor de obra literária erótica, que assinou um contrato com uma editora para vender 10 mil exemplares. No momento em que o livro está começando a ser distribuído nas livrarias, Fernando decide, por motivos pessoais, que não quer mais que a obra seja erótica, e que vai mudar o texto. A rigor, ele pode mudar sua obra a qualquer momento, sem precisar se justificar (art. 24, V); no entanto, a editora sairá prejudicada se já imprimiu os livros da versão anterior, pois havia feito investimento em uma estratégia de vendas etc.

É por essa razão que, no caso dos direitos morais que podem ensejar prejuízos a terceiros, a legislação prevê que o

exercício do direito seja condicionado à compensação pelos eventuais danos desses terceiros (§ 3º do art. 24). Isso vale para os casos de modificação (inciso V) e retirada de circulação da obra (inciso VI). Para os demais casos, não existe essa previsão, ou seja, o exercício do direito moral do autor não está condicionado a qualquer compensação.

Os direitos morais do autor, embora impliquem essa relação pessoal com a obra, são transferidos a seus herdeiros (§ 1º do art. 24) pelo *prazo de proteção da obra* (ver adiante). São os casos dos incisos I a IV do art. 24, ou seja, a tutela da indicação de autoria, de manter a obra inédita e de assegurar sua integridade. Os demais direitos, que dizem respeito a modificações e retirada de circulação da obra, ou ainda o de acesso a exemplar único, não são transferidos do autor aos herdeiros com seu falecimento, por motivos de razoabilidade. Se o direito moral decorre de uma relação íntima entre o autor e a obra, faz sentido que se exija sempre a indicação de autoria, mas que não se permita que os sucessores modifiquem a criação ou deem a ela uma circulação diferente da que desejou o autor.

Quando acaba o prazo de proteção, passa ao Estado a competência de zelar pela integridade da obra e sua autoria (§ 2º). Veja que a lei não menciona, nesse caso, ineditismo, de forma que, uma vez a obra esteja em domínio público, ninguém, nem herdeiros nem Estado, tem o direito de exigir que ela se mantenha inédita.

O quadro 1 sistematiza que direitos morais subsistem em cada momento:

Quadro 1 | Subsistência dos direitos morais

| | Pelo autor, em vida | Pelos sucessores, após falecimento do autor e durante prazo de proteção | Pelo Estado, após prazo de proteção |
|------------------------------------|---------------------|---|-------------------------------------|
| Reivindicar autoria | X | X | X |
| Garantir associação do nome à obra | X | X | X |
| Assegurar integridade | X | X | X |
| Manter ineditismo | X | X | |
| Retirar de circulação | X | | |
| Modificar a obra | X | | |
| Ter acesso a exemplar único | X | | |

Os direitos patrimoniais de autor

Os direitos patrimoniais de autor dizem respeito propriamente à exploração econômica das obras intelectuais protegidas. Ao contrário do que ocorre quanto aos seus direitos morais, o autor pode aliená-los e renunciar a eles, ou seja, transferir esses direitos por meio dos contratos de que trataremos adiante, ou abrir mão deles, caso não deseje explorá-los.

De acordo com o *princípio da prévia autorização*, somente com a autorização dos autores ou de seus sucessores podem ser feitos usos das obras protegidas, já que pertence a eles o *direito exclusivo* de utilizar, fruir e dispor da obra (arts. 28 e 29 da LDA). Como veremos, no entanto, algumas utilizações de obras protegidas são permitidas a qualquer pessoa, por constituírem verdadeiras limitações nesses direitos exclusivos que detêm o autor e seus sucessores (são as limitações e exceções, que têm função de dar equilíbrio ao sistema).

O art. 29 da LDA elenca direitos patrimoniais exclusivos dos autores, mas a lista é exemplificativa, não exaustiva — outras utilizações, que não estão ali expressamente, podem também estar protegidas. Entre os direitos patrimoniais elencados na lei, estão o de reprodução da obra (são as cópias, como a reprodução de um artigo de jornal em um livro, ou de uma aquarela em um catálogo de uma exposição), a tradução, a exposição de obras de artes plásticas e a adaptação ou qualquer outro tipo de transformação da obra.

Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/1998)

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I - a reprodução parcial ou integral;

II - a edição;

III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;

IV - a tradução para qualquer idioma;

V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;

VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;

VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;

VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:

a) representação, recitação ou declamação;

b) execução musical;

c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos;

d) radiodifusão sonora ou televisiva;

e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva;

f) sonorização ambiental;

- ▼
- g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado;
 - h) emprego de satélites artificiais;
 - i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;
 - j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas;
- IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;
- X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.

Existe um “princípio de independência entre as utilizações” (art. 31 da LDA), de acordo com o qual cada uma das possíveis utilizações de uma obra é tratada de forma autônoma e deve ser autorizada independentemente pelo autor. Isso quer dizer que a permissão de exibição de uma escultura, dada por um autor, não implica a permissão automática de sua reprodução fotográfica em qualquer outro material. Trata-se de utilizações diferentes e, portanto, as autorizações também devem ser separadas.

Obras de artes plásticas e o direito de exposição

Uma exceção importante a essa regra é o caso das obras de artes plásticas: a não ser que o autor da obra determine *expressamente* o contrário, quem adquire uma obra de artes plásticas adquire o direito de expô-la (art. 77 da LDA: “Salvo convenção em contrário, o autor de obra de arte plástica, ao alienar o objeto em que ela se materializa, transmite o direito de expô-la, mas não transmite ao adquirente o direito de reproduzi-la”).

Assim, a não ser que o autor ou detentor de direitos tenha expressamente estabelecido o contrário, instituições de memória podem livremente expor suas coleções e permitir sua exposição em outros locais; a reprodução da obra, por exemplo, em um catálogo, depende sempre de autorização.

E o que são direitos conexos?

A LDA regula não só os direitos de autor, mas também “os que lhe são conexos” (art. 1º). No Brasil, é convenção falar em “direito autoral” de forma a englobar direitos de autor e direitos conexos. Essa diferenciação existe porque, ao longo do século XX, desenvolvimentos da tecnologia fizeram com que novos atores demandassem uma proteção a seus trabalhos que, por mais que tivessem relações com o direito de autor, não cabiam nele completamente. Estamos falando, no Brasil, dos artistas intérpretes ou executantes, os produtores fonográficos e as empresas de radiodifusão.

Esses detentores de direitos não são *autores* e não criam *obras originais*; os intérpretes de uma canção, por exemplo, estão interpretando uma *composição* de um *autor*; a partir do momento que passaram a ser gravados, transmitidos pela rádio e fonogramas passaram a ser vendidos, reivindicaram uma compensação por sua interpretação. Direitos conexos são regulados de forma bastante variável pelo mundo. No Brasil, são essas três as categorias protegidas (artistas intérpretes ou executantes, produtores fonográficos e empresas de radiodifusão), sendo que a segunda pode ser uma pessoa jurídica, e a terceira sempre o é.

O art. 89 da LDA estabelece que, de modo geral e no que couber, as disposições direcionadas ao direito de autor aplicam-se aos direitos conexos. Ao longo da lei, são estabelecidas algumas diferenciações; nós as apontaremos, quando for relevante.

Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/1998)

Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

[...]

XI - produtor — a pessoa física ou jurídica que toma a iniciativa e tem a responsabilidade econômica da primeira fixação do fonograma ou da obra audiovisual, qualquer que seja a natureza do suporte utilizado;

XII - radiodifusão — a transmissão sem fio, inclusive por satélites, de sons ou imagens e sons ou das representações desses, para recepção ao público e a transmissão de sinais codificados, quando os meios de decodificação sejam oferecidos ao público pelo organismo de radiodifusão ou com seu consentimento;

XIII - artistas intérpretes ou executantes — todos os atores, cantores, músicos, bailarinos ou outras pessoas que representem um papel, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem em qualquer forma obras literárias ou artísticas ou expressões do folclore.

Quanto tempo dura o direito de autor?**E o domínio público?**

Uma das mais importantes limitações do direito de autor é a temporal. Depois de um determinado tempo, extinguem-se os direitos patrimoniais de autor, e as obras passam a pertencer ao domínio público — o que quer dizer que qualquer pessoa pode fazer uso delas, sem pedir autorização ou precisar compensar quem quer que seja financeiramente, ressalvados os direitos morais, como veremos adiante. Uma grande disponibilidade de obras em domínio público significa também um grande acervo cultural que pode ser livremente utilizado em novas criações.

No Brasil, o direito patrimonial de autor tem limitação temporal de acordo com o quadro 2.

Quadro 2 | Limitação temporal do direito de autor no Brasil

| Que obras? | Quanto tempo de proteção? | Base legal (LDA) |
|--|---|------------------|
| Obras em geral, inclusive obras póstumas. | 70 anos a partir do 1º de janeiro subsequente à <i>morte do autor</i> . | Art. 41 |
| Obras em coautoria indivisível. | 70 anos a partir do 1º de janeiro subsequente à <i>morte do último coautor sobrevivente</i> . | Art. 42 |
| Obras anônimas ou pseudônimas. | 70 anos a partir do 1º de janeiro subsequente à <i>primeira publicação</i> . ³ | Art. 43 |
| Obras fotográficas e audiovisuais. | 70 anos a partir do 1º de janeiro subsequente à <i>divulgação</i> . | Art. 44 |
| Obras cujos autores tenham falecido sem deixar sucessores. | O <i>falecimento</i> extingue o direito patrimonial de autor. | Art. 45, I |
| Direitos conexos sobre os fonogramas. | 70 anos a partir de 1º de janeiro subsequente à <i>fixação</i> . | Art. 96 |
| Direitos conexos sobre as emissões das empresas de radiodifusão. | 70 anos a partir de 1º de janeiro subsequente à <i>transmissão</i> . | Art. 96 |
| Direitos conexos dos artistas intérpretes ou executantes. | 70 anos a partir de 1º de janeiro subsequente à <i>execução e representação pública</i> . | Art. 96 |

É especialmente importante, para instituições de memória, o conhecimento da regra sobre obras fotográficas e audiovisuais, cujo prazo de proteção (de 70 anos) passa a contar *a partir da divulgação*, e não do falecimento do autor. O momento preciso da *divulgação* nem sempre é fácil de se determinar, no entanto.

³ Caso se descubra quem é o autor durante o prazo de proteção da obra anônima/pseudônima, passa a valer a regra geral do art. 41 da LDA.

Há outros dois aspectos importantes sobre prazo de proteção e domínio público. O primeiro deles é que, como já indicamos, alguns dos direitos morais de autor jamais se extinguem (veja novamente o quadro 1, sobre direitos morais). Durante o prazo de proteção dos direitos patrimoniais, aos sucessores são transferidos alguns dos direitos morais (exceção àqueles de retirar a obra de circulação, modificar a obra e ter acesso a exemplar único, que são prerrogativas do autor enquanto vivo). Uma vez que o prazo de proteção dos direitos patrimoniais da obra tenha decorrido, extingue-se também o direito de manter ineditismo (que os sucessores ainda podiam defender), e passam à proteção pelo Estado brasileiro os direitos de *reivindicação de autoria*, garantir a associação do nome à obra e assegurar a integridade desta. Ou seja, o uso de uma obra que esteja em domínio público, caso ela tenha sido criada sob a proteção das leis de direitos autorais, precisa respeitar esses direitos. Você não pode, por exemplo, utilizar uma obra nessa situação afirmando que ela é sua, ou suprimindo a indicação de autoria.

E, falando do momento de criação da obra, o segundo ponto, que é bastante complexo, tem a ver com prazos diferentes de proteção para obras criadas em momentos diferentes. É que a Lei de Direitos Autorais anterior, de 1973, estabelecia um prazo geral de proteção inferior, de 60 anos (além de outras regras específicas para determinados tipos de obras). O que o art. 112 da atual LDA determina é que, se uma obra já estava em domínio público antes da entrada em vigor da atual LDA

(19 de junho de 1998), ela *não terá seu prazo de proteção ampliado* por força da nova lei. Resumindo:

| | |
|--|---|
| Obras cujos direitos patrimoniais encontravam-se <i>sob proteção</i> em 19 de junho de 1998. | Passam a valer os prazos de proteção e todo o regramento da LDA de 1998 (ver quadro 2). |
| Obras que se encontravam <i>em domínio público</i> em 19 de junho de 1998. | Continuam em domínio público (direitos não são "recuperados", ainda que novos prazos beneficiassem o autor ou os sucessores). |

E as obras estrangeiras?

O Brasil é signatário da Convenção de Berna. Todos os países que fazem parte dessa convenção têm a obrigação de seguir o que é chamado de *tratamento nacional*, ou seja, tratar as obras estrangeiras (de países também signatários) da mesma forma como trata as nacionais. Ou seja, alguém utilizando a obra no Brasil não pode diferenciar a proteção dada a uma obra porque ela foi criada no exterior.

Há uma particularidade, no entanto, no que se refere ao prazo de proteção e ao domínio público. O art. 7(8) da Convenção de Berna determina que o prazo de proteção de uma obra estrangeira em um país não excederá a duração fixada no país de origem da obra.

Assim, por exemplo, se na África do Sul o prazo geral de proteção é a vida do autor + 50 anos (mínimo exigido pela Convenção de Berna, da qual a África do Sul também é signatária), uma obra sul-africana será protegida pelo mesmo prazo no Brasil (pelo prazo dos 50 anos após a morte do autor, e não pelo prazo dos 70 anos vigente no Brasil). Também a obra brasileira será tratada assim lá.

Vale dar atenção, também, para as outras razões pelas quais obras ingressam no domínio público, para além da temporal. Assim, compõem o domínio público as obras de autores falecidos que não tenham deixado sucessores, e as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais, de que trataremos adiante (art. 45 da LDA).

Atenção para múltiplas camadas de direitos

Sobre algo que parece ser uma única obra podem existir diferentes camadas de direitos. Pode acontecer de parte deles estar protegida por direitos de autor, e parte não.

Em uma gravação de uma sonata de Bach, por exemplo, temos a composição em si, que está em domínio público; no entanto, podem subsistir os direitos conexos dos músicos executantes e do produtor fonográfico da gravação em questão. Assim, embora *qualquer pessoa* possa utilizar a composição de Bach independente de por quem ela for gravada, sobre *aquela* gravação (da composição em domínio público) podem existir direitos.

Outro exemplo é o da fotografia de obra de arte. Um fotógrafo faz uma fotografia de uma obra de Aleijadinho. A escultura em si está em domínio público; qualquer um pode desenhá-la, pintá-la, fazer uma fotografia dela. A utilização *daquela* imagem específica, no entanto, feita pelo fotógrafo, e que ainda está dentro do prazo de proteção, depende de sua autorização, pois a fotografia é uma obra protegida também. Isso não quer dizer que o fotógrafo tem qualquer titularidade sobre a escultura, que continua disponível para todas as outras pessoas.

É claro que, se a fotografia ou gravação em questão disser respeito a obra também protegida, existe aí mais de uma camada de direitos, e a utilização passa por ter autorização de todos os envolvidos.

As expressões culturais tradicionais

A única referência que a LDA faz às expressões culturais tradicionais é no contexto de afirmá-las como “protegidos legalmente”, em oposição a outras obras “de autor desconhecido”, que pertencem ao domínio público sem mais.

Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/1998)

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

- I - as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;
- II - as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

Embora o nome empregado pela lei seja “conhecimentos étnicos e tradicionais”, nas discussões internacionais fala-se em “conhecimentos tradicionais” em relação à conservação da biodiversidade (o marco é a Lei nº 13.123/2015, que regula a Convenção sobre Diversidade Biológica) e “folclore”, em relação a manifestações culturais.

No entanto, não existe no Brasil um regramento a detalhar essa proteção que a LDA menciona. O Brasil é signatário da Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial da Unesco (2003), que entende tradições, expressões orais, idioma e expressões artísticas como patrimônio imaterial e estabelece, entre outros pontos, a necessidade de realização de inventários (no Brasil, atribuição do Iphan) e uma garantia do acesso a esse patrimônio que respeite “ao mesmo tempo os costumes que regem o acesso a determinados aspectos do referido patrimônio” (art. 13, “d”, ii). Entretanto, a convenção não trata de uso ou apropriação dele. Da Lei de Direitos Autorais, depreende-se que o folclore está em domínio público, ainda que seja um domínio público em um sentido estrito, e há quem entenda que a utilização de expressões culturais tradicionais deveria ser autorizada sempre pela Fundação Nacional do Índio (Funai). De toda forma, na falta de um marco legal, abusos podem ser coibidos com referência à própria Constituição Federal, que prevê proteção a esse tipo de patrimônio.

Constituição Federal

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

§ 1º. O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º. A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

§ 3º. A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

I - defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;

II - produção, promoção e difusão de bens culturais;

III - formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;

IV - democratização do acesso aos bens de cultura;

V - valorização da diversidade étnica e regional.

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

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

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

§ 2º. Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

§ 3º. A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§ 4º. Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

§ 5º. Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos. [...]

Na arena internacional, existem disputas há décadas sobre como tratar esse tipo de patrimônio, do ponto de vista do direito autoral. A estrutura individualizante do direito autoral, tal como regrado nas sociedades ocidentais, parece pouco afeita à proteção de criações cuja origem não é traçada até um sujeito individual. A pergunta que é feita, principalmente pelos países em desenvolvimento, nessa discussão, é se é razoável que as produções de populações indígenas sejam de domínio público, enquanto todas as outras não o são.⁴

Quem é o autor? Autoria individual, coautoria e autoria coletiva

Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/1998)

Art. 11. Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica.

Parágrafo único. A proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei.

Art. 12. Para se identificar como autor, poderá o criador da obra literária, artística ou científica usar de seu nome civil, completo ou abreviado até por suas iniciais, de pseudônimo ou qualquer outro sinal convencional.

No Brasil, embora pessoas jurídicas possam ter a *proteção* concedida ao autor em casos determinados, autor é somente a pessoa física. Veremos, a seguir, que existe uma distinção entre autor e detentor de direitos, dado que, como vimos, o direito patrimonial de autor pode ser *transferido* a terceiros, inclusive pessoas jurídicas.

⁴ Para uma interessante manifestação desse debate, ver Strathern et al. (1998:109-126).

Muito embora a identificação do autor seja obrigatória para quem utiliza a obra, como um dos direitos morais de autor, este pode identificar-se com outro nome que não o seu verdadeiro (art. 12). O escultor e pintor Ascânio Maria Martins Monteiro, por exemplo, identifica-se em sua obra como Ascânio MMM; Marcos Reis Peixoto, igualmente, identifica-se como o artista Marepe. São nomes convencionais, e utilizá-los para atribuir a autoria é suficiente para respeitar o direito moral de atribuição.

A LDA estabelece também o regime aplicável ao caso das obras produzidas em coautoria. Existe a coautoria divisível, que é aquela em que a parte de cada autor é identificável, como é o caso em um livro de contos de autores diferentes, ou de uma canção que teve a letra composta por um autor e foi musicada por outro. Nesses casos, os direitos são exercidos por cada autor relativamente à sua parte, exceto quanto a ações que possam prejudicar o conjunto (art. 15).

Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/1998)

Art. 15. A coautoria da obra é atribuída àqueles em cujo nome, pseudônimo ou sinal convencional for utilizada.

§ 1º. Não se considera coautor quem simplesmente auxiliou o autor na produção da obra literária, artística ou científica, revendo-a, atualizando-a, bem como fiscalizando ou dirigindo sua edição ou apresentação por qualquer meio.

§ 2º. Ao coautor, cuja contribuição possa ser utilizada separadamente, são asseguradas todas as faculdades inerentes à sua criação como obra individual, vedada, porém, a utilização que possa acarretar prejuízo à exploração da obra comum.

[...]



Art. 17. É assegurada a proteção às participações individuais em obras coletivas.

§ 1º. Qualquer dos participantes, no exercício de seus direitos morais, poderá proibir que se indique ou anuncie seu nome na obra coletiva, sem prejuízo do direito de haver a remuneração contratada.

§ 2º. Cabe ao organizador a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o conjunto da obra coletiva.

§ 3º. O contrato com o organizador especificará a contribuição do participante, o prazo para entrega ou realização, a remuneração e demais condições para sua execução.

A coautoria indivisível é aquela em que não é possível separar a parcela de cada um dos autores na obra final. É o caso, por exemplo, do trabalho de parte dos coletivos contemporâneos. Assim, por exemplo, o grupo Opavivará, do Rio de Janeiro, produz obras em conjunto, sem que um dos integrantes do grupo tenha seu trabalho destacável da obra final. Em um caso como esse, as decisões devem ser tomadas por maioria, não podendo um deles exercer os direitos do conjunto individualmente (art. 32).

Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/1998)

Art. 32. Quando uma obra feita em regime de coautoria não for divisível, nenhum dos coautores, sob pena de responder por perdas e danos, poderá, sem consentimento dos demais, publicá-la ou autorizar-lhe a publicação, salvo na coleção de suas obras completas.

§ 1º. Havendo divergência, os coautores decidirão por maioria.

§ 2º. Ao coautor dissidente é assegurado o direito de não contribuir para as despesas de publicação, renunciando a sua parte nos lucros, e o de vedar que se inscreva seu nome na obra.

§ 3º. Cada coautor pode, individualmente, sem aquiescência dos outros, registrar a obra e defender os próprios direitos contra terceiros.

Existe, ainda, o caso da obra coletiva em que a participação dos autores é indivisível, mas um deles, tido como o organizador, responde pelo conjunto. O organizador pode ser também uma pessoa jurídica. Assim, uma obra criada em uma instituição, por vários de seus profissionais, em regime de contrato de trabalho, sem que o trabalho de cada um deles seja divisível no todo, pode ser uma obra coletiva cujos direitos serão geridos pela instituição, de acordo com o regime previsto na LDA.

Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/1998)

Art. 17. É assegurada a proteção às participações individuais em obras coletivas.

§ 1º. Qualquer dos participantes, no exercício de seus direitos morais, poderá proibir que se indique ou anuncie seu nome na obra coletiva, sem prejuízo do direito de haver a remuneração contratada.

§ 2º. Cabe ao organizador a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o conjunto da obra coletiva.

§ 3º. O contrato com o organizador especificará a contribuição do participante, o prazo para entrega ou realização, a remuneração e demais condições para sua execução.

[...]

Art. 88. Ao publicar a obra coletiva, o organizador mencionará em cada exemplar:

I - o título da obra;

II - a relação de todos os participantes, em ordem alfabética, se outra não houver sido convenionada;

III - o ano de publicação;

IV - o seu nome ou marca que o identifique.

Parágrafo único. Para valer-se do disposto no § 1º do art. 17, deverá o participante notificar o organizador, por escrito, até a entrega de sua participação.

A lei também determina o que não é coautoria em seu art. 15, § 1º:

Não se considera coautor aquele que simplesmente auxilia o autor na produção da obra literária, artística ou científica, revendo-a, atualizando-a, ou fiscalizando ou dirigindo sua edição ou apresentação por qualquer meio.

Pode ser difícil determinar o regime jurídico a ser aplicado em cada caso, em especial no que diz respeito a obras de arte contemporânea, que, em alguns casos, têm como objeto a contestação do próprio conceito de autoria. Por exemplo: na obra Projeto Aula, de 1989, Nelson Leirner produziu uma instalação com 24 cavaletes em que estão flores coloridas desenhadas com caneta Bic.⁵ Apenas um dos desenhos foi feito por ele, enquanto os outros foram feitos por outros artistas ou por pessoas de profissões diversas. Como um museu lida com essa obra? A participação do público, nesse caso, foi a de mero auxiliar? O artista Nelson Leirner seria o organizador de obra coletiva? A dificuldade em determinar o regime jurídico aplicável é um sinal de que a obra efetivamente desafia as noções tradicionais de autoria.

As limitações e exceções: usos sempre permitidos

Muito frequentemente, profissionais de instituições de memória enfrentam questões sobre usos de obras intelectuais que, lhes parece, são ou deveriam ser permitidos. São perguntas recorrentes: “Se a exposição é gratuita ou o catálogo será doado,

⁵ Nelson Leirner. Disponível em: <www.nelsonleirner.com.br/portu/comercio2.asp?flg_Lingua=1&flg_Tipo=IM84>. Acesso em: 19 abr. 2016.

eu posso reproduzir uma obra de artes plásticas, ou tocar uma música, sem pedir autorização ou remunerar o autor?"; "Se eu utilizar um pedaço da imagem de uma obra protegida para uma peça de divulgação, esse uso é uma infração?".

Essas perguntas estão relacionadas com uma percepção de que alguns usos deveriam ser permitidos pela legislação, porque seriam justificados de acordo com seus fins. Tecnicamente, os usos permitidos, ou seja, os que *podem ser feitos* sem que seja necessário pedir autorização ou remunerar o autor ou detentor de direitos, são as *limitações e exceções*. Como tratamos na parte de conceitos fundamentais, o direito de autor, como qualquer outro direito, não é um direito absoluto: previsto na Constituição Federal, ele é limitado por outros direitos igualmente constitucionais. A LDA define contornos dessa limitação, estabelecendo um conjunto expresso delas e uma cláusula geral, nos arts. 46, 47 e 48.

Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/1998)

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I - a reprodução:

- a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;
- b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;
- c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;

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

II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;

III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;

IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;

V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização;

VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;

VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;

VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito.

Art. 48. As obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais.

Desse conjunto de limitações e exceções, vale a pena ressaltar algumas, pela importância que assumem no cotidiano das instituições de memória:

1) O *direito de citação* (art. 46, III). É a possibilidade de se reproduzirem passagens de qualquer obra, em qualquer meio de comunicação, para “fins de estudo, crítica ou polêmica”. Citar trechos de obras alheias parece para todos nós algo tão corriqueiro que pode ser até surpreendente saber que existe uma previsão legal para esse uso. Ele poderia ser justificado por uma série de outros direitos e objetivos, mas a previsão legal é importante, para a segurança jurídica em uma utilização tão cotidiana de obras intelectuais. Em outras palavras: o direito de citar é uma *limitação* ao direito autoral.

Não há uma predefinição do tamanho do trecho que pode ser reproduzido; a lei determina que a citação não é violação de direito de autor se for feita “na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra”. Costuma-se compreender que a tal “medida justificada para o fim a atingir” é uma relação estabelecida entre o tamanho e importância do trecho na obra original e o caráter, inclusive o tamanho, da obra em que a citação está sendo feita. A utilização de trechos de obras em novas obras sem indicação de ser uma citação e da autoria e origem pode ser considerada plágio.

2) As *paráfrases e paródias* (art. 47). A utilização de uma obra intelectual para a criação de outra é autorizada, desde que a obra nova não seja “verdadeira reprodução da obra originária” e não lhe “implique descrédito”. Esta última parte do art. 47 é bastante criticada: o objetivo de determinadas paródias será a crítica à obra original. Como fazê-lo sem incorrer nesse “descrédito”? Afinal, essa limitação está relacionada com o direito de liberdade de expressão. Paródias podem ser o uso de uma obra para criticar a própria obra ou alguma outra situação não relacionada a ela diretamente.

Há vários casos-limite, no Judiciário brasileiro⁶ e pelo mundo, em que nem sempre é fácil determinar se uma obra nova que utilizou uma anterior o fez na forma de paródia, ou seja, um uso permitido, ou se se tratou propriamente de uma *obra derivada*, que é a utilização de uma obra na criação de outra sem que esse valor da paródia esteja embutido, e que depende, portanto, da autorização do detentor de direitos.

3) *Obras “em público” (art. 48)*. Aquelas obras que se encontram permanentemente em logradouros públicos podem ser fotografadas, desenhadas e filmadas. O artigo diz “livremente”, ou seja, a legislação não impõe limites. No entanto, muitas decisões judiciais vêm adotando o critério, que nos parece bastante equivocado, do “uso comercial”: caso a obra resultante seja explorada comercialmente, ao autor da obra original caberia compensação/seria necessário pedir-lhe autorização.

**Controvérsias: obras em logradouros públicos
(ruas, praças, parques etc.)**

Em 1998, a empresa Spiral foi condenada a pagar danos morais e materiais a um artista, por ter produzido uma coleção de cadernos com capas contendo grafites seus, fotografados nas ruas (logradouros públicos). No Tribunal de Justiça de São Paulo, entendeu-se que não somente o artista tinha de ter tido a autoria reconhecida, como também teria direito de participar financeiramente, já que a Spiral estava utilizando as obras comercialmente. Esse caso vem sendo utilizado na argumentação de vários outros.⁷

⁶ Para saber mais sobre os critérios de que o Judiciário se utiliza na avaliação da licitude de paródias, ver Perez (2016).

⁷ Apelação Cível nº 0067457-94.1996.8.26.0000 e Embargos de Declaração nº 0067457-94.1996.8.26.0000, no TJ/SP.

Outra controvérsia conhecida é aquela em torno do Cristo Redentor. Em um dos vários casos envolvendo o monumento, herdeiros de um dos escultores, Paul Landowski, quiseram impedir a joalheria H. Stern de produzir e vender pequenos pingentes reproduzindo o Cristo. O caso acabou não sendo propriamente julgado (decidiu-se apenas que Landowski havia cedido seus direitos e não podia mover aquele processo, mas não sobre a licitude da utilização pela H. Stern),⁸ mas, na época (2012), foram produzidos vários argumentos, dos dois lados, sobre o art. 48, envolvendo inclusive a questão do uso comercial.

Há também, entre os autores que escrevem sobre direito autoral, quem defenda que o art. 48 fala na liberdade de *representar*, e não de reproduzir, ou seja, eu posso até fazer uma fotografia de uma escultura que esteja em um lugar público, mas, se ela estiver dentro do prazo de proteção, não poderei reproduzir a fotografia em uma revista sem obter a devida autorização. Outros autores discordam dessa posição, argumentando que o que a lei quis proteger, ainda que sem usar as palavras de forma técnica, foi propriamente a reprodução — sem a qual o art. 48 não teria razão de ser. Por que seria permitido fotografar, se não se pode utilizar a fotografia? Parece-nos que essa última posição faz mais sentido. De qualquer forma, é importante saber que esse direito relativo à livre utilização de obras situadas em logradouros públicos é bastante controverso, inclusive no Judiciário.

4) *Para uso de deficientes visuais (art. 46, I, “d”).* Pode ser feita qualquer reprodução para sistema Braille ou qualquer outro procedimento em qualquer suporte, para que deficientes visuais possam fruir da obra. O Brasil ratificou, em 2015, o Tratado de Marraqueche, “para facilitar o acesso a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para aceder ao texto impresso”, da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (Ompi),⁹ que detalha e

⁸ Ver acórdão na Apelação Cível nº 0103897-94.2007.8.26.0100 no TJ/SP. Relator: desembargador Vito Guglielmi. Julgamento em 15 de março de 2012.

⁹ Disponível em: <www.acessibilidade.gov.pt/pub/tratado_marraquexe_pt.html#artigo1>. O Brasil foi um grande protagonista na aprovação desse tratado na Ompi.

amplia essa limitação que já tínhamos em nossa legislação, e com caráter de emenda constitucional.¹⁰

5) A “cláusula geral” (art. 46, VIII). A LDA prevê uma espécie de autorização genérica para o uso de obras intelectuais, desde que alguns requisitos sejam atendidos. Assim, é autorizada a reprodução de pequenos trechos de obras preexistentes em obras novas ou da obra integral, no caso das artes plásticas, desde que:

- a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova, ou seja, que ela contribua para a obra que se cria, sem que seja sua razão de ser;
- ela não prejudique a exploração normal da obra reproduzida, ou seja, que a utilização nova não venha a fazer com que o autor ou detentor de direitos tenha seu mercado diminuído;
- não cause prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores. Essa é a mais aberta das condições, e é importante atentar para a palavra *injustificado*. É que eventualmente a utilização de uma obra pode atentar contra o interesse do autor — pensemos, por exemplo, numa utilização em um contexto de crítica. O que se requer, para que a utilização seja lícita, é que o prejuízo não seja injustificado.

¹⁰ Isso quer dizer que os direitos ali contidos têm caráter de direitos constitucionais e não podem ser revogados por mera mudança na lei. Ver Souza, Fairbanks e Souza (2015).

Se todas as limitações e exceções comportam um grau de insegurança, a cláusula geral, que não traz elementos concretos como as outras limitações, é ainda mais aberta, ou seja, enquadrar algo nela sempre vai envolver algum risco. Não é muito diferente apostar em um uso como *fair use*, no direito norte-americano: algumas situações vão ser mais evidentes; outras serão apostas. No direito autoral, é muito comum essa situação de incerteza. Mas a cláusula geral é extremamente importante: é ela que permite a acomodação de usos que servem para balancear o direito autoral com outros direitos diante das transformações sociais, especificamente as tecnológicas. Não dá para se esperar que o legislador conseguisse, em 1998, prever e especificar todos os usos que deveriam ser permitidos em 2017. Ela é assim uma espécie de “respiro flexível” diante da rigidez da determinação dos direitos dos autores e de quais são as limitações que eles comportam.

Mais indefinições e inseguranças: o “pequeno trecho”

O art. 46, II, da LDA permite “a reprodução, em um só exemplar, de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro”. Várias situações podem ser comportadas nessa previsão legal, mas uma das mais importantes é a reprodução de trechos de livros para uso, por exemplo, universitário. Não existe um consenso sobre em que consiste o tal pequeno trecho. A comunidade acadêmica, nos conflitos sobre fotocópia da bibliografia de obra, vem argumentando pela definição de pequeno trecho como 10% da obra; a Associação Brasileira de Direitos Reprográficos (ABDR) defende se tratar de “uma parte não substantiva (uma página)” (Machado e Craveiro, 2011:503). Conflitos importantes já ocorreram por conta disso, como as ações contra donos de estabelecimento de cópias em universidades. No entanto, por mais insegurança que isso traga, pode não ser conveniente a definição de um valor exato: é que a relevância daquela porcentagem depende muito do tipo de material que está sendo copiado. De qualquer forma, salta aos olhos que a lei brasileira não prevê a possibilidade da cópia privada integral.

Uma controvérsia importante envolvendo a LDA brasileira é se essas limitações e exceções são *exemplificativas*, ou seja, são exemplos de usos que podem ser feitos livremente (e outros podem ser considerados lícitos também), ou *taxativas*, ou seja, *só estaria permitida a utilização livre do que está expressamente previsto na lei*. Essa discussão pode envolver uma série de camadas, inclusive sobre a natureza do direito autoral. O Superior Tribunal de Justiça, nos últimos anos, vem decidindo que outras limitações e exceções são possíveis e pensáveis, desde que sejam seguidos os parâmetros dos tratados internacionais que o Brasil assina (particularmente a Convenção de Berna e o TRIPS).¹¹

Esse item deixa claro que pode não ser nada simples determinar, no âmbito dos usos comuns e cotidianos de obras de arte por instituições de memória, o que pode e o que não pode ser feito sem uma autorização específica. Para os casos menos fáceis, é bastante recomendável ter assessoria jurídica, inclusive porque os entendimentos dos tribunais sobre essas questões podem trazer elementos novos, que não estão no texto da lei.

¹¹ Para sermos mais específicos, o que o STJ decidiu é que a “regra dos três passos”, prevista na Convenção de Berna e reproduzida no TRIPS, tem *aplicabilidade imediata*, o que quer dizer que, se um uso está conforme com a regra, ele é permitido, sem que seja necessária a previsão legal específica. A primeira decisão nesse sentido foi de 15 de março de 2011, no Recurso Especial nº 964.404/ES (2007/0144450-5). Terceira Turma, por unanimidade, tendo como relator o ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Uma notável ausência: a cópia para preservação

Uma leitura atenta dos arts. 46, 47 e 48 que reproduzimos acima revela que são bastante limitadas as possibilidades de reprodução ou cópia *integral* de uma obra intelectual. É possível destacar a reprodução:

- integral de notícia ou artigo informativo de diários ou periódicos;
- de discursos em reuniões públicas, em diários ou periódicos;
- de retratos feitos sob encomenda, cumpridas as condições estabelecidas;
- para uso exclusivo de deficientes visuais;
- de obra de artes plásticas, seguidos aqueles critérios da “cláusula geral” (art. 46, VIII);
- de obras em logradouros públicos (na nossa interpretação de que o art. 48 permite a reprodução).

Como vimos, a LDA não prevê sequer a possibilidade de cópia integral para uso privado (e, portanto, não comercial) — algo que era expressamente permitido pela LDA anterior, a de 1973, e também pelo Código Civil de 1916, que regia o direito autoral antes de termos uma lei própria, e que permitia uma cópia *manuscrita* para uso privado.

Não existe qualquer previsão legal para a *cópia para preservação*. A cópia para preservação é aquela feita pela instituição de memória, ou por qualquer indivíduo, para garantir contra a deterioração ou perda do *suporte material* da obra.

Suponhamos que uma biblioteca tenha um livro raro em estado avançado de deterioração, mas que se encontra ainda sob o prazo de proteção do direito autoral. Ela pode digitalizar o livro, para garantir tanto a permanência daquele conteúdo quanto que se faça manuseio da cópia digital, preservando-se assim o suporte em deterioração?

Veja que a lei não prevê essa limitação ao direito de autor. No entanto, seria absurdo admitir, diante de todos os dispositivos de proteção a patrimônio, cultura e acesso à cultura e à educação previstos na Constituição, que uma cópia com essa finalidade esteja proibida. Trata-se de um caso em que, seja do ponto de vista da interpretação *sistemática* do ordenamento jurídico brasileiro, seja seguindo pela via de uma *função social do direito de autor*, a ação pode ser considerada permitida.

Ainda assim, é uma demanda importante do setor de memória que essa possibilidade seja explicitamente contemplada na Lei de Direitos Autorais brasileira. É que a previsão expressa traria segurança jurídica plena para os profissionais que atuam na preservação de acervos culturais.

Licenças e cessões: transferindo o direito autoral

Neste ponto da leitura, você já deve saber que *autor* e *detentor de direitos* são figuras que nem sempre coincidem. É que, como já tratamos quando da distinção entre direito moral e direito patrimonial, este último pode ser transferido pelo autor a outras pessoas, físicas ou jurídicas (pessoas naturais ou empresas), mediante pagamento ou não.

A condição de autor nunca se transfere. Falamos disso também: a atribuição de autoria é um direito moral, que inclusive não deixa de existir até mesmo depois da entrada da obra em domínio público (passa então a ser defendida pelo Estado). O autor ou seu sucessor pode, assim, transferir seus direitos patrimoniais para outras pessoas, que passarão a ser *detentoras de direitos de autor*.

A transferência de direito de autor pode se dar de duas formas: mediante uma cessão ou uma licença. De acordo com a interpretação mais corrente da LDA (art. 50), tanto uma quanto a outra devem se dar sempre por escrito.¹² Colocando de uma forma genérica, a regra é: absolutamente todas as condições de qualquer transferência de direitos de autor devem

¹² A lei menciona a licença, mas praticamente só menciona cessão na regulação da transferência de direitos. Há diferentes entendimentos sobre os diferentes dispositivos, mas, de qualquer forma, diante das diferentes interpretações, o mais seguro é que sempre se coloquem por escrito todas as condições de qualquer uma das transferências (e, de forma reversa, que se considerem não transferidos os direitos que não tenham sido colocados em acordo escrito). Isso favorece também o autor, evitando que se presumam transferências que ele não teria autorizado.

estar previstas por escrito. Em especial, três elementos devem estar presentes: quais direitos patrimoniais estão sendo transferidos; qual o limite territorial da transferência; e por quanto tempo se dá. Caso algum desses elementos não esteja explícito, a lei traz soluções (como se “preenchesse” a transferência em questão com os elementos faltantes): entender-se-á que só são transferidos os direitos essenciais para o cumprimento da finalidade do contrato; o limite territorial da transferência é nacional e o prazo é de cinco anos.

Pensemos no caso de Maria de Castro, autora de um romance que celebra um contrato com uma editora para a comercialização de livros com seu romance. Esse contrato vai precisar operar uma transferência dos direitos de autor, para que a editora possa reproduzir o romance, distribuí-lo etc.

Mas, como vimos, os direitos patrimoniais são independentes entre si. Pode ser que Maria de Castro não queira autorizar que a editora traduza seu livro para outras línguas para comercialização em outros países. Pode ser que Maria de Castro queira celebrar, aliás, um contrato com uma editora no exterior, para tradução do livro para o inglês e venda em países específicos. Assim, Maria de Castro vai fazer questão que se especifique, por escrito, que a transferência se dá somente para território nacional, e para direitos específicos. Além disso, ela vai estabelecer um prazo.

Caso nada disso tenha sido feito, o que a LDA determina é que a transferência se dá como feita somente para o Brasil, somente para reprodução e distribuição (não para tradução ou outros direitos), e por cinco anos.

O que diferencia a *cessão* da *licença*, no direito autoral brasileiro, é a *exclusividade*. Uma cessão é a transferência *exclusiva* de direitos do autor a terceiros; a transferência pode ser global (de todos os direitos relativos àquela obra), ou parcial (somente do direito de tradução, por exemplo). De uma ou de outra maneira,

aquele a quem se transfere o direito será *titular* daquele direito, nas condições estabelecidas (de prazo e território, por exemplo).

Alternativamente, a licença é mais propriamente uma *autorização* de uso: quando o autor licencia sua obra a X, ele pode ainda licenciá-la a Y, Z, A, B e C. É o caso, por exemplo, do artista plástico que licencia sua obra para reprodução em uma revista: o mais lógico é mesmo que ele não dê à revista qualquer exclusividade sobre a utilização de sua obra, para poder continuar autorizando sua reprodução em outras revistas, jornais, livros e onde mais quiser. Já a personagem de nosso exemplo acima, Maria de Castro, poderá (ou não, mas é o mais comum) transferir seus direitos com exclusividade para a editora, ainda que com os limites estabelecidos de território, prazo e extensão dos direitos. Isso quer dizer que, naquele prazo, ela não pode ceder ou sequer autorizar a outras editoras aquilo que cedeu à primeira editora; a editora torna-se a *titular* daqueles direitos cedidos.

Tanto a cessão quanto a licença podem ser gratuitas ou onerosas, isto é, o autor pode decidir transferir seus direitos cobrando por isso (da forma como convencionar, por exemplo um pagamento único, ou na forma de porcentagem pela venda de exemplares etc.), ou sem cobrar. O que a lei estabelece, no entanto, é que, se o documento escrito (o “instrumento”)¹³ não

¹³ Apesar de usado indistintamente, a rigor um contrato é um negócio jurídico oneroso, ou seja, que tem um valor determinável. Estamos utilizando a palavra instrumento para referir-nos ao documento jurídico que formaliza o acordo entre as partes, porque estamos falando também de casos em que transferências serão dadas gratuitamente.

contém disposições sobre isso, presume-se que a transferência foi onerosa, e poderá ser arbitrado um valor (em última instância, por um juiz).

Limites: obras futuras e usos impossíveis de serem previstos

É possível ceder direitos sobre obras futuras, ou seja, que o autor ainda vai criar. É o caso do museu que estabelece um contrato com um artista que criará uma obra em sua fachada, querendo estabelecer uma cessão de direitos sobre ela, antes de ela ter sido criada (atenção: o direito de que estamos tratando não é o do suporte material, mas o direito de autor sobre a obra criada — no caso, o que será feito das imagens dela). No entanto, visando proteger o autor de abusos, o máximo de tempo que esse contrato pode ter é cinco anos (art. 51 da LDA). Disposições em contrário (prazos maiores, ou prazo indeterminado) são inválidas (será considerado que a cessão tem o prazo de cinco anos).

Outra limitação imposta pela LDA é a de que o autor só pode ceder direitos já existentes à data do contrato (art. 49, V). Isso acaba sendo muito importante diante das inovações tecnológicas: se a nossa Maria de Castro cedeu os direitos à editora brasileira há 20 anos, quando ainda não se comercializavam *e-books*, a editora não vai poder comercializar seu romance em *e-book* sem obter uma nova cessão de direitos, mesmo se a cessão anterior estiver em vigor. A ideia é que o autor nunca seja pego de surpresa, como se tivesse autorizado algo que ainda nem sabia que existia, e a melhor interpretação desse dispositivo da legislação é que ele se aplica também para as licenças. É claro que isso pode gerar dores de cabeça para instituições de memória: se os contratos estabelecidos no passado não previam utilizações na internet, terão de ser celebrados novos para que as obras possam ser difundidas na rede.

A instituição de memória cria (por meio de seus funcionários) e utiliza obras intelectuais. Assim, estará ora licenciando ou cedendo direitos que já detém, ora firmando transferências para poder utilizar obras, tornando-se titular (no caso da cessão) de direitos, ou não (no caso da licença). Do ponto de vista

gerencial, é bastante importante que se estabeleçam rotinas e fluxos de trabalho relativos aos instrumentos de transferência de direitos. Assim, por exemplo, no caso de um museu, mediante a aquisição de uma obra, que ao detentor de direitos já seja enviada uma minuta de licença, que possa ser negociada e assinada. Além disso, pode ser bastante útil manter uma espécie de sistematização sobre que direitos o museu tem em relação a cada obra, a partir do que foi negociado em cada licença. Isso facilita os usos posteriores.

Um ponto essencial para se ter em conta é que, como dissemos, no Brasil somente pessoas físicas podem ser autoras. Profissionais de instituições de memória poderão criar obras intelectuais no âmbito de suas funções na instituição. A instituição, no entanto, não será a autora. É importante que os contratos de trabalho prevejam de antemão as condições de utilização das obras criadas por funcionários.

O problema das obras órfãs

Há obras em relação às quais não se tem informações de direitos. Pode ser o caso de não se saber quem é o autor, ou, no caso de ele ter falecido, se tem ou quem são os herdeiros, ou ainda se o período de proteção já transcorreu. São as obras órfãs. Segundo Barbosa (2008:2), o problema está relacionado ao prazo de proteção ser bastante longo — como vimos, a regra geral no Brasil são 70 anos após a morte do autor. Outro fator é que, como não é necessário registrar a obra para que ela seja protegida por direito autoral, não existe um *registro*

único e completo que se possa consultar para ter informações sobre direitos.

Obras órfãs sempre geraram problemas para instituições de memória, mas viraram realmente uma questão a partir da possibilidade de *digitalização em massa* dos acervos possibilitada pelo desenvolvimento e barateamento da tecnologia. Hoje é possível, do ponto de vista tecnológico, que uma biblioteca dê acesso aos seus livros a pessoas do mundo inteiro sem qualquer custo adicional (além daqueles em que a pessoa incorre para acessar a internet). Um museu ou um arquivo podem também disponibilizar todo seu acervo em altíssima resolução. É evidente que o custo continua elevado, e mesmo proibitivo para uma grande parte das instituições; os direitos autorais são uma questão adicional, e frequentemente ligada também a custos.

Embora possam existir situações específicas a ser avaliadas, partimos aqui do pressuposto de que a digitalização completa de obras intelectuais que *não* estão em domínio público, em boa resolução, requer autorização do autor ou detentor de direitos. Isso significa um trabalho de obtenção dessas autorizações. O que fazer, no entanto, quando se está diante de algo que parece ser uma obra órfã?

O problema não é nada pequeno. Embora não tenhamos dados no Brasil, países da União Europeia realizaram pesquisas para avaliar a quantidade de obras órfãs em seus acervos, indicando, por exemplo, que elas constituem 25% das obras do Museu de História Nacional de Londres, 20% das obras do Arquivo de Guerra Imperial e 25% das obras da Biblioteca

Nacional da Escócia.¹⁴ A União Europeia editou uma Diretiva de Obras Órfãs (Diretiva 2012/28/EU), buscando estabelecer alguns critérios para dar segurança jurídica às instituições de memória, mas em um nível muito aquém do que desejavam as organizações, que se mobilizavam por um marco legal para seus projetos de digitalização em massa.¹⁵

No Brasil, o art. 45 da Lei de Direitos Autorais estabelece que pertencem ao domínio público as obras “de autores falecidos que não tenham deixado sucessores”, e “as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais”. Um primeiro ponto a gerar insegurança é que não há qualquer regramento para o caso em que os *detentores de direito* são desconhecidos. Além disso, a lei não diferencia de forma clara dois tipos de obras anônimas bastante distintos: aquelas em relação às quais não se sabe quem é o autor e aquelas cujo autor não quer ser identificado (Westenberger, 2017:298). Chamando os dois casos de obras anônimas, a lei estabelece um regramento distinto para o caso em que “o autor se dá a conhecer”, referindo-se aparentemente aos autores que não quiseram, no passado, ter seus nomes atribuídos.

¹⁴ Para mais informações: JISC. *In from the cold: an assessment of the scope of 'orphan works' and its impact on delivery of services to the public*. Disponível em: <<https://assets.documentcloud.org/documents/2094366/orphan-works2015.txt>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

¹⁵ Ver texto da diretiva em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:299:0005:0012:PT:PDF>>. Acesso em: 12 maio 2017. Ver também a crítica da Electronic Information for Libraries (EIFL) em: <www.eifl.net/resources/european-orphan-works-directive-eifl-guide>. Acesso em: 12 maio 2017.

Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/1998)

Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

[...]

VIII - obra:

[...]

b) anônima — quando não se indica o nome do autor, por sua vontade ou por ser desconhecido;

[...]

Art. 40. Tratando-se de obra anônima ou pseudônima, caberá a quem publicá-la o exercício dos direitos patrimoniais do autor.

Parágrafo único. O autor que se der a conhecer assumirá o exercício dos direitos patrimoniais, ressalvados os direitos adquiridos por terceiros.

[...]

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

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

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

A insegurança em determinar com certeza que uma obra é órfã (anônima, na nomenclatura dada pela legislação, mas desse segundo tipo) faz com que instituições de memória tenham receio de ter de lidar posteriormente com processos judiciais e indenizações caso se venha a conhecer quem é o autor ou detentor de direitos. Um procedimento comumente adotado pelas instituições é a *documentação* de uma *busca diligente* pelo autor ou detentor de direitos, a ser utilizada posteriormente como indicação de boa-fé na utilização da obra considerada órfã. Nesse processo, instituições também costumam fazer publicações em jornais e meios de comunicação de nicho, anunciando que estão a procurar os detentores de direitos e guardando as provas. A comunicação com um advogado é bastante importante para garantir uma segurança mínima de atuação.

OpenGLAM: políticas de licenciamento livre

O que é o OpenGLAM?

O acrônimo OpenGLAM quer dizer galerias (G), bibliotecas (*libraries*: L), arquivos (A) e museus (M) Abertos (*Open*). Embora seja o nome de um conjunto de práticas, é também como se chama a iniciativa da Open Knowledge Foundation (OKFN), que busca propagar os princípios do acesso livre e aberto aos acervos digitais de galerias, bibliotecas, arquivos e museus, por meio de *workshops*, materiais de referência, fornecimento de documentação e suporte em geral para as instituições de memória que desejam permitir o livre acesso aos seus acervos digitalizados (<http://openglam.org>).

Um dos pilares do OpenGLAM é a livre disponibilização dos dados e conteúdos produzidos pelas instituições GLAM (o que é uma definição bastante contextual dada para “metadados”). De acordo com Pekel e colaboradores (2014:7), “metadados” e “conteúdos” são, respectivamente:

A informação textual e os hiperlinks que servem para identificar, descobrir, interpretar e/ou administrar o conteúdo [...] e o objeto

físico ou digital que é parte da cultura e/ou herança científica, tipicamente contida por um provedor de dados [trad. livre].

O projeto OpenGLAM da OKFN elaborou uma Carta de Princípios (<http://openglam.org/principles/>), que inicia com uma celebração da importância das instituições de memória para o conhecimento da humanidade e segue afirmando a importância da internet para engajar audiências globais não somente no acesso, mas no compartilhamento, participação e contribuição à cultura e ao conhecimento. O *open*, como estratégia de *abrir* as coleções, seria um passo importante nesse sentido:

Considera-se “aberto” um dado ou conteúdo se o indivíduo for livre para utilizar, reutilizar e redistribuir, tendo apenas que obedecer a condição de creditar o autor e/ou tornar qualquer trabalho resultante acessível sob os mesmos termos do trabalho original.¹⁶

Princípios do OpenGLAM:

- 1) Liberar a informação digital (metadados) sobre os conteúdos no *domínio público*, usando um instrumento legal apropriado, como a CC0 (licença Creative Commons Zero).
- 2) Cópias digitais e representações de obras sobre as quais o direito autoral expirou (obras em domínio público) devem ser mantidas em domínio público (sem

¹⁶ The Open definition. Disponível em: <<http://opendefinition.org/>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

a adição de outras camadas de direito, como direitos sobre a fotografia da obra) e *marcadas explicitamente* como estando em domínio público, utilizando-se um instrumento legal apropriado, como a Marca de Domínio Público do Creative Commons.

- 3) Publicar dados com uma declaração explícita e robusta de seus desejos e expectativas em relação ao reuso e à criação de novas funcionalidades a partir das descrições das obras, da coleção de dados como um todo e de partes da coleção.
- 4) Ao publicar dados, utilizar formatos abertos de arquivo que sejam legíveis por qualquer máquina.
- 5) Oportunidades para engajar audiências de novas formas devem ser buscadas.

Os princípios em geral estão ligados a uma política institucional de dar o máximo de acesso possível aos acervos e às informações sobre eles, para que sejam facilmente encontrados e, quando possível, utilizados, retrabalhados, ou quem sabe até mesmo base para contribuições ao acervo por parte dos usuários (*crowdsourcing* de metadados, por exemplo). Isto é: acervos abertos podem permitir novas formas de interação com o público, afeitas às possibilidades da internet, e novas oportunidades de aprendizado e criatividade.

Algumas experiências pelo mundo vêm apontando para benefícios não somente do ponto de vista principiológico, mas inclusive econômico, na adoção de práticas de OpenGLAM. O Rijksmuseum, em Amsterdã, é frequentemente citado como

um caso de sucesso, por conta do êxito tanto no aumento de acessos aos seus acervos quanto no maior alcance da publicidade e captação de financiamento.

O museu adotou gradualmente uma estratégia digital de disponibilização de conteúdos de alta resolução e completamente livres para reutilização. Apesar de conseguir expor, a um só tempo, apenas 8 mil peças, seu acervo conta com cerca de 1 milhão delas. Esse dado veio como justificativa para a crescente e rápida digitalização e disponibilização das obras na internet (em 2013, eram mais de 150 mil) (Pekel, 2014). Para incentivar a reutilização das imagens e um engajamento criativo do público, em 2013 o museu lançou uma ferramenta chamada “RijkStudio”, que permite que os usuários criem exposições virtuais, realizando suas próprias curadorias do acervo da instituição. As obras da coleção do museu estão em domínio público, o que certamente é um facilitador da iniciativa.

De acordo com Pekel (2014), a disponibilização das imagens em alta resolução fez com que passassem a prevalecer, espalhadas pela internet e encontráveis nos mecanismos de busca, imagens melhores e mais fiéis das obras do acervo. Além disso, elas começaram a ser utilizadas em plataformas como a Wikipédia, para ilustrar verbetes. A alta utilização das obras teria favorecido o museu em termos de visibilidade, o que teria revertido em novas oportunidades de financiamento para a instituição (Kapsalis, 2016:3). Alguns financiadores, inclusive, como a Ford Foundation e a Gates Foundation, estabelecem hoje o licenciamento livre como pré-requisito para apoio financeiro (Kelly, 2013:24). Reportou-se também uma dimi-

nuição considerável em gastos com pessoal e organizacionais da antiga área de licenciamentos — antes, ainda que as obras estivessem em domínio público, o Rijksmuseum licenciava as imagens feitas das obras. Parte das considerações financeiras de um projeto como esse passa, portanto, por pesar os ganhos e os gastos com a atividade de licenciar, e os ganhos e gastos com a adoção de políticas de acesso aberto — para além dos ganhos em termos de princípios e cumprimento de missão.

A Biblioteca Municipal de Schaffhausen (Suíça) também apresenta uma experiência interessante, por ter digitalizado e disponibilizado na internet, para livre acesso, manuscritos dos séculos VII a XV que se encontram em domínio público. Outro exemplo é o do Arquivo Nacional do Reino Unido, que se juntou ao Wikimedia Commons para disponibilizar digitalmente artefatos do governo. Os arquivos podem ser baixados e reutilizados sem a necessidade de se pedir permissão. O arquivo solicita que, ao utilizar as imagens, seja creditada a instituição, bem como seja incluída a referência do catálogo do item, com o intuito de facilitar que outros encontrem as imagens ou documentos originais, se desejarem. No Brasil, há algumas experiências também em curso, como é o caso do Instituto Hercule Florence, que se utilizou de diversas parcerias para digitalizar e disponibilizar de forma aberta documentos importantes de seu acervo.

E o direito autoral nisso? O licenciamento aberto

Os itens anteriores já deixaram claro que a disponibilização de uma obra intelectual na internet é livre, caso ela esteja

em domínio público. Vimos também, no entanto, que o direito autoral pode estar presente em um texto descritivo que acompanha uma peça, ou, ainda, que sobre uma imagem podem existir camadas de direitos: sobre a fotografia de uma escultura podem existir os direitos do escultor e os direitos do fotógrafo.

O OpenGLAM baseia-se na disponibilização livre de obras em domínio público e no licenciamento público e livre de obras intelectuais ainda protegidas. A licença pública é nada mais que uma licença, ou seja, uma autorização de uso, como discutimos no item “As expressões culturais tradicionais”, mas direcionada ao público em geral. Eu, autora de uma obra intelectual protegida, posso, por meio de um instrumento jurídico, declarar quais as condições de uso da minha obra, por meio de uma licença pública.

Há alguns debates e controvérsias sobre o que significa o licenciamento público propriamente *livre*. Adotamos aqui uma das posições possíveis, e que parece predominar: o licenciamento é livre quando o autor (ou detentor de direitos) permite a qualquer pessoa qualquer utilização de sua obra, mesmo para fins comerciais, e inclusive para fins de criar novas obras, podendo ser estabelecidas algumas condições. Quando tudo isso é permitido, mas não o uso comercial, que continua sendo protegido, costuma-se afirmar que se trata de uma licença *aberta*, mas não livre.¹⁷

¹⁷ Ver uma definição e resumo dessa discussão em: <<https://creativecommons.org/share-your-work/public-domain/freeworks/>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

É evidente que a instituição de memória, além de poder fazer utilizações de obras em domínio público (como qualquer pessoa pode), só pode licenciar direitos que detém. Pensemos no caso de um museu de arte contemporânea, cujo acervo é todo composto por obras que ainda se encontram sob proteção autoral. O museu quer disponibilizar fotografias das obras em seu acervo *online*, acompanhadas de textos criados pelas equipes da curadoria e do educativo, e ainda permitir que qualquer pessoa possa baixar as imagens e textos, criar em cima deles, utilizar no material que quiser, inclusive com fins comerciais. A solução em relação a textos produzidos pela equipe do museu é mais simples, já que, se houver seguido os procedimentos corretos, será o detentor dos direitos patrimoniais e poderá licenciá-los como quiser. Para disponibilizar as fotografias das obras, no entanto, ele precisará (1) da autorização do autor ou detentor de direitos e (2) do fotógrafo da imagem (ver discussão adiante). Para licenciar com uma licença livre, então, ele precisará ter obtido autorização para isso, especificamente. Vale lembrar que, estivessem as obras em domínio público, ou fossem os itens do acervo não protegidos por direito autoral (como determinados objetos ou itens arquivísticos), ficaria a discussão somente sobre a fotografia.

Os direitos sobre as obras fotográficas que registram outras obras

Um profissional de instituição de memória que lide com digitalização de acervos certamente já se defrontou com a necessidade de obter direitos sobre as fotografias das obras, feitas por profissionais. É praxe no setor de memória, no Brasil, seguir esse procedimento.



Mas existe uma discussão importante acerca da própria existência de direitos autorais sobre esse tipo de fotografia. Que a fotografia é obra protegida pela LDA é evidente (art. 7^o, VII); no entanto, entende-se no Brasil, ainda que isso não esteja positivado na lei, que é obra intelectual protegida por direito autoral somente aquela que é *original*. A discussão que se pode fazer, assim, e que se faz efetivamente também em outros lugares do mundo, é se uma fotografia de, digamos, um objeto bidimensional, por mais que seja uma criação que depende de conhecimento técnico específico e profissional, é uma *criação original*. Afinal, ela basicamente é composta de uma obra alheia, captada a partir de processos técnicos.

Essa discussão é extremamente complexa e não vai ser resolvida aqui. O relatório de pesquisa “The digitization of cultural heritage: originality, derivative works and (non) original photographs”, de Thomas Margoni (2014), faz uma comparação de como diferentes países na União Europeia lidam com o assunto, e traz mais uma camada de complexidade: a diferenciação entre a fotografia de itens de acervo bidimensionais e tridimensionais, já que em relação aos últimos mais possibilidades de criação podem ser pensadas.

Se é de se questionar assim, se sequer há proteção autoral a esse tipo de fotografia, de outro lado o conselho jurídico para uma instituição de memória seria o de se assegurar, sempre que contratar o serviço fotográfico para registro e digitalização de seu acervo, de que vai deter os direitos necessários para realizar o que precisar no futuro (por meio de uma licença ou cessão).

Um ponto levantado por algumas instituições de memória que têm acervos não protegidos por direitos autorais, ou que estão em domínio público, é que o licenciamento oneroso (cobrando valores) das fotografias, quando elas obtiveram os direitos, pode ser uma importante fonte de receita. Voltamos aqui à questão de ser importante refletir em cada caso sobre os custos, receitas e valores envolvidos na atividade de licenciamento oneroso dos acervos.

As licenças Creative Commons

Qualquer detentor de direitos pode criar as licenças públicas que desejar, para indicar que usos podem ser feitos das obras.

É claro que ler e interpretar diferentes licenças para cada vez que se quer utilizar uma obra disponível na internet não é trabalho fácil nem para advogados, e então muito menos para usuários comuns.

A organização Creative Commons foi criada tendo exatamente isso em vista. É uma organização sem fins lucrativos, com base nos Estados Unidos, mas com grupos voluntários em mais de 100 países. O que a Creative Commons faz é oferecer para o detentor de direito autoral um conjunto de licenças preestabelecidas, acompanhadas de material não jurídico, isto é, informações simplificadas sobre o que elas representam. Como as licenças foram amplamente traduzidas e adotadas por pessoas individualmente e por projetos de peso, como o Flickr (para fotografia), a Wikipédia e repositórios científicos como o Scielo, a Creative Commons tornou-se uma referência importante em todas as discussões e projetos envolvendo licenciamento aberto ou livre. Em 2016, a quantidade de criações utilizando essa licença ultrapassou 1,2 bilhão.¹⁸

Assim, o detentor de direitos pode sinalizar, em sua obra, que está licenciando com uma das licenças Creative Commons. Ele deve nomear a licença, e indicar o hiperlink de onde está contido o texto jurídico, disponível no site da Creative Commons. Quem vai utilizar a obra licenciada pode ir até a página e ter detalhes sobre o que pode ou não fazer com aquela obra, desde orientações mais gerais, “para leigos”, até

¹⁸ *State of the Commons*. Disponível em: <<https://stateof.creativecommons.org/>>. Acesso em: 1º jun. 2017.

o regramento jurídico específico (a licença em si, construída por experientes advogados e acadêmicos do campo do direito autoral pelo mundo).

Uma das explicações célebres sobre a Creative Commons é que ela, como qualquer iniciativa de licenciamento livre, apresenta uma alternativa ao modelo de “Todos os direitos reservados”, para “Alguns direitos reservados”. Cabe ao detentor de direitos decidir qual das licenças adotar, de acordo com seus objetivos; as licenças combinam e recombinaam algumas permissões de uso padronizadas:¹⁹

Domínio público (CC0): Essa licença indica que o titular da obra concede todos os direitos, ou seja, coloca a obra em domínio público, permitindo que qualquer um faça qualquer uso da obra que desejar. Há algumas discussões sobre se é possível, no Brasil, dedicar uma obra ao domínio público, por conta dos direitos morais. Há quem defenda que sim, isso é possível, pois seria um *exercício* do direito moral, não uma renúncia. De qualquer forma, a licença mantém-se válida nos limites de cada legislação.



¹⁹ Mais informações em: <<https://br.creativecommons.org/licencas/>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

Atribuição (CC BY): Essa licença permite que outros distribuam, remixem, adaptem e criem a partir da obra, mesmo para fins comerciais, desde que atribuam o devido crédito de autoria pela criação original. É a licença mais flexível de todas as licenças disponíveis. É recomendada para maximizar a disseminação e uso dos materiais licenciados.



Atribuição-CompartilhaIgual (CC BY-SA): Essa licença permite que outros remixem, adaptem e criem a partir da obra, mesmo para fins comerciais, desde que atribuam o devido crédito de autoria e que licenciem novas criações, derivadas da obra, sob termos idênticos. Todos os trabalhos novos criados com base no original licenciado terão a mesma licença; portanto, quaisquer trabalhos derivados também permitirão o uso comercial.



Atribuição-SemDerivações (CC BY-ND): Essa licença permite a redistribuição, comercial e não comercial, desde que o trabalho seja distribuído inalterado e no seu todo (não são permitidas derivações), e sempre com crédito de autoria atribuído.



Atribuição-NãoComercial (CC BY-NC): Essa licença permite que outros remixem, adaptem e criem a partir da obra para fins não comerciais, e, embora obras derivadas tenham de atribuir o devido crédito de autoria e não possam ser usadas para fins comerciais, os usuários não são obrigados a licenciar as obras derivadas sob os mesmos termos.



Atribuição-SemDerivações-SemDerivados (CC BY-NC-ND): A mais restritiva das licenças, conhecida como “licença de mero compartilhamento”. Ela permite que outros façam *download* das obras e as compartilhem, desde que atribuam

crédito de autoria, sempre sem alterá-los e sempre sem fins comerciais.



A utilização das licenças Creative Commons é simples: a indicação do nome da licença escolhida com o link para a página dela na internet (que vai levar ao texto jurídico) já é suficiente. É comum as pessoas utilizarem os símbolos relativos à licença já junto do material licenciado, para facilitar a comunicação, ou ainda utilizar descrições próprias do que a licença significa. O site do projeto oferece um passo a passo para escolha e aplicação da licença, oferecendo inclusive um código HTML para ser embutido em páginas da internet (ver <http://creativecommons.org.br>). Há instruções também sobre utilização da licença em outros materiais, como arquivos de áudio e vídeo.

Por fim, um instrumento bastante interessante para instituições de memória, sem que seja propriamente uma licença, é a marca do domínio público (*public domain mark*). É uma indicação, a acompanhar o material, de que a obra está em domínio público, dando assim ao usuário segurança sobre o seu *status* jurídico.



• • • • •

Comentários finais

Pode gerar muita frustração o fato de nem sempre ser claro e evidente o que se pode e o que não se pode fazer com uma obra, em especial no âmbito de instituições de memória, que em muitas de suas atividades estão primordialmente preocupadas em dar acesso a seus acervos. É impossível, num manual como este, dar respostas finais ou margens de atuação segura nas questões controversas. Nosso objetivo foi facilitar a resolução de casos simples e esclarecer o funcionamento geral do direito autoral, com foco na atuação das instituições de memória. Ter um profissional com conhecimento jurídico à mão sempre vai ser útil na análise das situações concretas que aparecerem.

Muitas das situações envolvem, inevitavelmente, riscos e apostas. É pensando na insegurança reportada por muitos profissionais dessas instituições que uma das questões que se discute atualmente na Organização Mundial de Propriedade Intelectual é um tratado para bibliotecas e arquivos (museus estão atualmente, no meio de 2017, fora da discussão), com claras limitações e exceções específicas para essas organizações,

bem como uma isenção de responsabilidade (com limites) para seus profissionais, de forma a permitir mais segurança no trabalho diário.

Muitas das questões que apontamos merecem também estudo e, possivelmente, mobilização por reformas legais. O conhecimento dos institutos fundamentais do direito autoral é imprescindível para que as instituições de memória representem seus interesses nas discussões sobre mudanças na lei.

Para além das discussões em âmbito político e nacional, é bastante aconselhável que as instituições façam um inventário da situação de direito autoral de suas coleções e estabeleçam uma política contendo os fluxos de licenciamento para si e para terceiros, de forma a minimizar as possibilidades seja de violação de direitos, seja de ausência de condições de realizar as atividades desejadas. O OpenGLAM apresenta-se como uma interessante possibilidade, ainda a ser melhor experimentada no contexto brasileiro.



Referências

- BARBOSA, Denis Borges. *Domínio público e obras órfãs*. São Paulo, ago. 2008. Disponível em: <www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/orfas.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2016.
- CENTRO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE (CTS). *Direitos autorais em reforma*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2011. v. 1.
- COHEN, Julie E. The place of the user in copyright law. *Fordham Law Review*, n. 74, p. 347- 348, 2005.
- KAPSALIS, Effie. The impact of open access on galleries, libraries, museums and archives. *Smithsonian Emerging Leaders Development Program*, abr. 2016. Disponível em: <https://siarchives.si.edu/sites/default/files/pdfs/2016_03_10_OpenCollections_Public.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2017.
- KELLY, Kristin. Images of works of art in museum collections: the experience of open access. *Council on Library and Information Resources*, 2013.
- LITMAN, Jessica. Lawful personal use. *Texas Law Review*, n. 85, p. 1871, 1879-1882, 2007.
- MACHADO, Jorge A. S.; CRAVEIRO, Gisele da Silva. Reprodução proibida: financiamento público e direitos de cópia privados. *Liinc em Revista*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 485-509, set. 2011.

- MARGONI, Thomas. *The digitization of cultural heritage: originality, derivative works and (non) original photographs*. Institute for Informational Law, Amsterdã, 2014. Disponível em: <www.ivir.nl/publicaties/download/1507.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2016.
- PEKEL, Joris. *Democratising the Rijksmuseum*. Europeana Foundation, Haia, 2014. Disponível em: <http://pro.europeana.eu/files/Europeana_Professional/Publications/Democratising%20the%20Rijksmuseum.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2015.
- _____ et al. Public sector information in cultural heritage institutions. *ePSIplatform Topic Report*, n. 6, 2014.
- PEREZ, Priscila de Carvalho Luiz. Paródia como violação de direito autorial. *Jusbrasil*, 2016. Disponível em: <<https://prisciladecarvalhoperez.jusbrasil.com.br/artigos/240522872/parodia-como-violacao-de-direito-autoral>>. Acesso em: 10 jul. 2017.
- SOUZA, Allan Rocha; FAIRBANKS, Alexandre de Serpa Pinto; SOUZA, Wemerton Monteiro de. A look at The Marrakesh Treaty Ratification in Brazil. *IP Watch*, 2015. Disponível em: <www.ip-watch.org/2016/01/14/a-look-at-the-marrakesh-treaty-ratification-in-brazil/>. Acesso em: 22 fev. 2017.
- STRATHERN, M. et al. Exploitable knowledge belongs to the creators of it: a debate. *Social Anthropology*, n. 6, p. 109-126, 1998.
- WESTENBERGER, Paula. Digital culture, copyright and the orphan works issue: a view from Brazil. In: FORTES, Pedro et al. (Ed.). *Law and policy in Latin America: transforming courts, institutions, and rights*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2017. p. 293-309.