

A estrutura legal internacional dos direitos autorais

Denis Borges Barbosa ¹

O sistema de produção criativo pode ser distinguido entre o estamento tecnológico e o expressivo. Na sua raiz, os problemas são essencialmente os mesmos. Já na análise econômica e da indução do mercado são fenômenos rigorosamente paralelos. Embora a análise econômica de cada instituto não seja suscetível de conceitos genéricos, cada um possui sua própria economia e a produção no nível tecnológico expressivo é, essencialmente, convergente.

Deslocando do estritamente local para o internacional, vê-se que é exatamente neste contexto onde se constrói a economia da produção expressiva ou criativa. O sistema internacional da Propriedade Intelectual continua se amparando em dois documentos básicos gerados no século XIX. Sem dúvida são os mais antigos e, provavelmente, os mais relevantes instrumentos multilaterais em relação à atividade econômica e à produção cultural, porém essencialmente econômica.

O primeiro documento é chamado de Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, de 1883. O mesmo originou-se de um longo processo gestativo que se iniciou em 1873 e foi concluído dez anos depois.

A lista de participantes desta convenção, ao longo destes dez anos, avulta conspicuamente duas classes: empresas e agentes de Propriedade Intelectual. Nas discussões estavam notoriamente ausentes os inventores, as pessoas, os criadores. Só muito tardiamente os diplomatas começaram a apontar para uma incorporação de outros participantes, já que este processo era rigorosamente econômico e privado.

O Brasil, em particular, teve não só interesse mas extrema participação. Em 1883, a missão diplomática brasileira apresentou um desempenho absolutamente surpreendente. Relatórios desta comissão mostram a importância que o país teve no desenvolvimento da Convenção de Paris.

Três anos depois, se reuniu em Paris uma outra assembléia, uma outra reunião, em que pessoas, criadores, escritores, músicos, etc, faziam parte como fulcros da dinâmica desse novo ato internacional, que veio a se denominar Convenção de Berna.

¹ Palestra no Seminário de Propriedade Intelectual e Economia da Cultura que foi realizado em setembro de 2010 no Centro Cultural da Justiça Federal.

O Brasil estava notoriamente ausente, a não ser pela reclamação veemente dos delegados portugueses de que o país era um enorme pirata, pois não protegia os direitos autorais dos mesmos. Isto se explica, pois o código penal de 1830, e antes, a lei de criação dos cursos jurídicos, de 1824, criaram sistemas de proteção autoral que não se estendiam aos autores portugueses ou a quaisquer outros.

O comportamento dos Estados Unidos frente às leis internacionais

Curiosamente, os Estados Unidos, também ausente no evento e também conhecido na época como pirata, não recebeu tantas críticas de maneira tão veemente. Na época, exatamente pela mesma política pública de acesso à cultura, os Estados Unidos, assim como o Brasil, não protegia os direitos dos ingleses, neste caso com relação ao acesso à proteção literária e intelectual. O país optou, e continuou optando por algum tempo, por não proteger a produção estrangeira, dando livre acesso, sem barreiras, à produção inglesa dentro de seu território.

A abolição de requisitos estranhos à proteção de interesses estrangeiros nos Estados Unidos só ocorreu quando o próprio subscreveu a Convenção de Berna. Somente em 1889 aboliram o último requisito, que protegia os direitos autorais *apenas* das obras impressas no seu território, ainda que de autores estrangeiros. Contudo, mesmo com a entrada teórica em vigor, as resistências, quanto à internacionalização da sua própria Propriedade Intelectual continuaram.

Recentemente, discutiu-se uma série de decisões judiciais americanas não apenas com relação aos direitos autorais. Segundo dizem as cortes norte-americanas, particularmente em Nova Iorque, só terá a marca notória se esta for *usada* no país.

Outra decisão recente diz que, para se ter completo acesso à proteção dos direitos autorais nos Estados Unidos é necessário realizar o registro no Copyright Office² como qualquer americano, caso contrário não se tem o espectro completo da proteção ensejada pela lei americana. É possível perceber que, no país em questão, a Convenção de Berna não possui aplicabilidade plena, já que a mesma exige que a proteção se dê independente de qualquer formalidade.

Os Estados Unidos sempre manteve em primeiro lugar uma estrutura nacional atenta mais ao acesso à cultura e ao desenvolvimento cultural educacional do que a qualquer preocupação com o impacto nos atos internacionais. Em 1950, o país gerou um outro acordo internacional, a Convenção Internacional de Direito Autoral, no âmbito da Unesco³. Neste evento, desenvolveram-se relações internacionais

² Órgão responsável pelo registro de criações e obras americanas e de proteção dos direitos autorais dos mesmos. Acesso on-line: <http://www.copyright.gov/>

³ Site oficial da Unesco no âmbito da Cultura e Organização Cultural - <http://portal.unesco.org/culture>

de interesse próprio, excluindo todos os aspectos não compatíveis com o direito nacional americano, especialmente os referentes aos direitos morais. Com exceção de segmentos extremamente estritos, como determinados aspectos da produção visual, por exemplo, rejeitam uma categoria contrária ao sistema americano.

Vale pensar qual é a relevância dos atos internacionais que, particularmente, é muito relativa. Embora os Estados Unidos tenham se submetido a um ato de resolução controversa à Organização Mundial do Comércio (OMC)⁴, suscitado pela União Européia, o fato é que o resultado desta desobediência revelada e confirmada para a economia e a produção cultural americana, foi, no máximo, marginal. Nada foi tocado no sistema de produção americana.

A importância dos acordos e a sua aplicabilidade atual

O próprio evento americano, embora indique a fragilidade dos sistemas nacionais que não estejam em conformidade com os dados internacionais, possui um questionamento da própria OMC. Mostra também que, no estado atual de desenvolvimento das relações internacionais, o fato de estar ou não de acordo com sistemas internacionais é, em primeiro lugar, uma questão de reputação, ou seja, de não marcar o país como pirata ou estranho ao sistema de produção cultural universal.

Não obstante à tendência harmonizadora, e até certo ponto uniformizadora, dos atos internacionais, a relevância destes acordos é muito mais retórica do que política. A Convenção de Berna é, essencialmente, um conjunto de normas que implica numa união de direito. Ela prescreve uma quantidade de regras de aplicação necessária que devem ser refletidas na lei nacional, ou seja, regula as relações dos beneficiários estrangeiros da União.

Na Argentina, por exemplo, é exigido o registro das obras nacionais, já das obras estrangeiras não é necessário. Este fato ilustra o rigor da aplicação deste ato internacional num sistema interno. Mesmo com a proibição, pela Convenção de Berna, da exigência do registro para o exercício dos direitos essenciais relativos à produção autoral e, também, que não haja nenhum tipo de requisito formal, o registro, além do uso do símbolo referente ao Copyright, é o único requisito formal exigido.

No Brasil, como em outros países que incorporam voluntariamente o teor desta obrigação internacional, esta regra se torna facultativa. Outro ponto, em relação ao efeito direto ou indireto das normas no Brasil, é o do posicionamento da Convenção de Berna, em face às leis nacionais.

⁴ Organização internacional que trata das regras sobre o comércio entre as nações. Em inglês é denominada World Trade Organization (WTO) – <http://www.wto.org>

Assim como a Convenção de Paris, segundo a construção da hierarquia das normas e das correspondências com o Supremo, não temos leis que estabeleçam a relação entre as normas nacionais e as internacionais. Por exemplo, o artigo 4º da Constituição, que deveria tratar do assunto, é absolutamente silencioso. Com isso, o Supremo afirma que os tratados internacionais têm o mesmo nível da lei nacional. E, segundo uma observação importante, sujeito às mesmas normas de subsunção e de sucessão do tempo, a norma anterior revoga a posterior.

Mas também ao princípio da especialidade: uma norma que se destina exclusivamente à proteção dos direitos de estrangeiros não colide com normas gerais. Uma nota importante é que tanto a Convenção de Berna quanto a de Paris não são, em princípio, afetadas pelas normas gerais de Propriedade Intelectual, a lei interna.

Um dos elementos básicos presentes nos conceitos de ambas as Convenções é a negação da norma de reciprocidade. A aplicação do conceito de União implica exatamente na superação desta norma. O artigo 4º da lei autoral e da lei de Propriedade Industrial se referem à exigência de reciprocidade, *na inexistência de um acordo internacional* que a tenha proscrito.

Este é um ponto relevante e que tem um papel importante ao estabelecer, no plano dos direitos autorais, uma certa universalidade de proteção. Neste caso, não é necessário nenhum exame do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI)⁵ com efeito de registro e nem sequer a evidência de qualquer reciprocidade. Assim sendo, adquire eficácia, até certo ponto, extraterritorial, no sentido de que os vários sistemas nacionais que protegem direitos autorais agem sincronicamente em relação à proteção.

Acordo sobre aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (TRIPS)

A Convenção de Berna foi, em grande parte, acolhida pelo acordo TRIPS, outro instrumento internacional, de 1994, que vem a ser um dos anexos da Convenção da Organização Mundial de Comércio (OMC). Devido a uma série de movimentos internacionais de caráter político que se exerceram a partir dos anos 60 até o início dos anos 80, a discussão da Propriedade Intelectual foi deslocada da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) e da Unesco para um novo órgão que veio a ser a Organização Mundial de Comércio.

Este acordo tornou aplicável a Convenção de Berna de forma coativa a todos aqueles que se tornassem membros da OMC. No entanto, esta incorporação das normas pouco inovou, a não ser, talvez, em certas áreas como na ratificação sobre a proteção dos direitos autorais da criação de softwares.

⁵ Instituto Nacional de Propriedade Industrial – <http://www.inpi.gov.br>

O ponto mais interessante em relação a TRIPS é a cobrança, para todo o mundo, do cumprimento das normas previstas em Berna, com exceção dos direitos morais. Os Estados Unidos são a razão ostensiva desta exclusão dos direitos morais, pois largamente não os incorporaram, muito embora as informações que prestam à Organização Mundial do Comércio indiquem que através de outros sistemas legais, como a lei estadual e outras formas de direito, algum tipo de proteção aos direitos morais também é provida. Este é um argumento bastante engenhoso, embora tão falso quanto outros tantos usados no direito internacional.

Porém, o que acontece com o TRIPS é que, sendo negociada desde 1986 – onde tive a sorte de ser delegado do Brasil no início da negociação – até 1994 e entrando em vigor no dia 1º de janeiro de 1995, pelo menos na sua parte essencial, não necessariamente no Brasil, mas para os países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁶, se tornou um acordo completamente démodé, ou seja, fora do contexto, já que a década de 90 apresentou uma enorme modificação do espaço onde a economia e a produção cultural é exercida.

A OMPI conseguiu emplacar dois tratados em dezembro de 1996, cujos propósitos seriam incorporar às legislações nacionais, por força de um tratado internacional de aplicação direta ou indireta, um novo direito apropriado à internet, inclusive em relação aos DRMs - Digital Rights Management⁷. Esses acordos, em relação ao Brasil, tem um efeito interessante por não estarem em vigor e, mesmo assim, se encontrarem incorporados à lei nacional. Percebe-se que a lei nacional brasileira está em processo de alteração, ou pelo menos num exercício para este fim.

A influência dos Direitos Humanos no cumprimento das normas

Não cumprir os atos internacionais gera algumas repercussões, mas pouco relevantes. O que caracteriza a nossa lei, em razão de sua mudança, é exatamente porque não está incorporado, na mesma, um outro ato internacional, ao qual pouco se dá atenção e que possui uma hierarquia muito mais importante.

Após a emenda 45, os atos internacionais relativos aos Direitos Humanos adquiriram status específico, sendo recepcionados por um processo legislativo equivalente às emendas constitucionais. Estes atos passam a ter um status congruente ao artigo 5º da Constituição, com a proteção que lhe é adequada. Não tendo sido submetidos ao protocolo legislativo, no entanto, eles estão numa outra situação.

Existe uma pendência inaugurada por um habeas corpus do Superior Tribunal de Justiça, e depois configurada em pelo menos duas decisões monocráticas do Supremo Tribunal Federal, para indicar que o status desses atos, ainda quando

⁶ Site oficial da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, em inglês, Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) – <http://www.oecd.org>

⁷ Em português: Gestão de Direitos Digitais (GDD)

não incorporados ao direito nacional através de uma maioria e de um rito legislativo equivalente às emendas constitucionais, teriam o status de Norma Supra Legal e não de emenda.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 não é um ato internacional coativo. O artigo 27.1 da mesma diz: 'Toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam'.

O primeiro elemento dessa norma é, assim, o direito humano (de fundo coletivo) de acesso, que afirma que todo mundo tem direito ao acesso à produção intelectual.

Mas, imediatamente, a mesma norma diz que todo trabalhador inovador, expressivo ou tecnológico, tem direito aos frutos morais e materiais da sua criação. Os dois direitos humanos encontram-se em igual hierarquia.

A declaração de 48 não é norma, mas o Pacto das Nações Unidas de 1966, que no seu artigo 15 declara a mesma existência destes dois direitos simultâneos e acoplados, é a norma vigente.

Este tratado, com a sua aplicabilidade, exige a incorporação do direito autoral, em geral das normas que dizem respeito à produção cultural, como um direito de acesso da sociedade. Esta é a norma de aplicação direta, algo que merece incorporação, que tem status cogente. É uma das grandes características do exercício em que se empenhou o Estado Brasileiro, principalmente o Ministério da Cultura, de discussão do problema autoral.

Particularmente, não tenho a menor ilusão de que a mudança da lei autoral vá resultar em menor benefício para a Economia da Cultura. O problema da Economia da Cultura neste momento não é um problema jurídico e sim de modelos de negócio, de tecnologia, ou seja, um problema externo.

O que se pretende fazer é lembrar o direito que todo mundo tem de receber os frutos morais e materiais de sua criação. O direito autoral não pode ser uma barreira ao acesso, ao contrário, ele foi criado para ser um estímulo de produção, senão qualitativa pelo menos quantitativa, ou seja, produzir mais obras e não melhores obras. O direito autoral, com este objetivo, não será beneficiado com a mudança da lei.

* Professor de Direito da Propriedade Intelectual da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio)