

Instituto Fernando Henrique
Cardoso

28 de outubro de 2009

Silvia Regina Dain Gandelman

“A proteção autoral e da imagem no direito
brasileiro – Arquivos públicos e privados”

Rua Formosa, nº 367, 6º andar
São Paulo

A proteção autoral e da imagem no direito brasileiro – Arquivos públicos e privados

“O direito de autor tem como função social a promoção do desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico, por meio de concessão de um direito exclusivo para a utilização e exploração de determinadas obras intelectuais por um certo prazo. Findo este prazo a obra cai em domínio público podendo ser livremente utilizada por qualquer pessoa.”¹

I – DIREITO DE AUTOR – BREVE HISTÓRICO

A história do direito de autor e da evolução de seus conceitos confunde-se com o desenvolvimento tecnológico, que cria novas modalidades de utilização da obra, em conseqüentemente, mais direitos a merecer proteção. Apesar das evidências de valorização dos músicos, compositores, artistas e poetas durante o período de predominância greco-romana, é verdade que os povos clássicos não legislaram sobre a propriedade intelectual. Uma invenção já na Era Moderna, os tipos móveis da prensa de Gutemberg, foi responsável pela disseminação dos textos religiosos e clássicos, pela Reforma do Cristianismo através de Lutero e Calvino e pelos privilégios dos editores surgidos na Europa, que mais tarde resultariam nos direitos autorais.

Ao longo dos séculos XVI e XVII livros e partituras espalharam o conhecimento, enriqueceram seus editores e despertaram os povos para um novo tipo de mercadoria: a cultura. Atenta para esta nova realidade, a Rainha Anne da Inglaterra, em abril de 1710, promulgou o Estatuto de Anne, concedendo aos autores e compositores do reino o privilégio de receber dos editores, dos grupos de teatro, das orquestras, um valor percentual sobre os rendimentos auferidos pela utilização comercial de suas obras, por um período de 21 anos para as obras já publicadas e de 14 anos para as obras novas, renováveis por igual período caso o autor ainda vivesse. Cumpria a rainha assim os dois princípios básicos do direito de autor: protegia a obra para seu autor, estimulando a criação, concedia privilégio delimitado no tempo para que afinal a obra cumprisse sua função social, ao se tornar disponível para todos, expirado o prazo de proteção. Já em 1754 a Constituição Americana, replicando o conceito assim criado, outorgava a proteção de 28 anos para as obras

¹ CARBONI, Guilherme. Função Social do Direito do Autor. Curitiba. Juruá Editora, 2006, p. 97/98

norte-americanas, em favor de seus autores. Nascia o sistema do *copyright*, em que a proteção nasce com a obra e perdura por um prazo estabelecido por lei, fixo, durante o qual o autor recebia *royalties*.

Enquanto isto, na França, os iluministas lutavam para extinguir os privilégios dos editores (e de toda a classe dominante). Com o fim do absolutismo e a criação de um governo democrático, a primeira Constituição francesa consagrou os princípios do *droit d'auteur*, criando a propriedade imaterial como um direito individual, personalíssimo, vinculado à figura do autor. Era assim vitalício e perdurava após a morte do autor, por mais 10 anos. As leis francesas influenciaram muitos países e logo a proteção era aumentada para 50 anos após morte, prazo este que determinou a Convenção de Berna, de 1886 e chegou aos nossos dias.

II – A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA NO CAMPO AUTORAL – PRAZOS DE PROTEÇÃO

O Brasil, desde a época do Império, passou a fazer parte do grupo de países onde o direito de autor era protegido pela legislação. O Código Penal publicado em 1827 já continha penalidades para a contrafação, o Brasil foi signatário de Berna em 1886 e a Convenção foi ratificada aqui em 1889. A primeira Constituição Republicana de 1890 já contemplava o direito de autor e assim sucessivamente até a atual Constituição Federal de 1988, com exceção da Carta Constitucional de 1937.

O Código Civil de 1916 traz, a partir de seu artigo 649, a primeira regulamentação de direito de autor, concedendo-lhe condição de propriedade, no capítulo denominado: “DA PROPRIEDADE LITERÁRIA CIENTÍFICA E ARTÍSTICA”, onde se estabelece, imediatamente, o prazo de proteção:

“Art. 649 – Ao autor de obra literária, científica ou artística, pertence o direito exclusivo de reproduzi-la.

§1º Os herdeiros e sucessores do autor gozarão desse direito pelo tempo de 60 (sessenta) anos, a contar do dia de seu falecimento.

§2º. Se morrer o autor, sem herdeiros ou sucessores até o 2º grau, a obra cairá no domínio comum.

§3º. No caso de caber a sucessão aos filhos, aos pais ou ao cônjuge do autor, não prevalecerá o prazo do §1º e o direito só se extinguirá com a morte do sucessor.”

Consequentemente a obra só cairia em domínio público se não houvesse descendente do autor até o 2º grau. Após sua morte, caso houvesse descendente, após 60 anos, e para os herdeiros necessários, após o falecimento também, o que poderia ultrapassar os 60 anos.

A primeira lei especial sobre direito do autor repete o prazo de 60 anos do Código Civil, mas traz modificações importantes para o tema: cria prazos de *copyright* dentro de uma sistemática de *droit d'auteur*, como abaixo:

LEI 5.988/73

“Art. 40. Os direitos patrimoniais do autor, excetuados os rendimentos resultantes de sua exploração, não se comunicam, salvo se o contrário dispuser o pacto antenupcial.

Art. 41. Em se tratando de obra anônima ou pseudônima, caberá a quem publicá-la o exercício dos direitos patrimoniais do autor.

Parágrafo único. Se, porém, o autor se der a conhecer, assumirá ele o exercício desses direitos, ressalvados porém, os adquiridos por terceiros.

Art. 42. Os direitos patrimoniais do autor perduram por toda sua vida.

§ 1º Os filhos, os pais, ou o cônjuge gozarão vitaliciamente dos direitos patrimoniais do autor que se lhes forem transmitidos por sucessão mortis causa.

§ 2º Os demais sucessores do autor gozarão dos direitos patrimoniais que este lhes transmitir pelo período de sessenta anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento.

§ 3º Aplica-se às obras póstumas o prazo de proteção a que aludem os parágrafos precedentes.

Art. 43. Quando a obra intelectual, realizada em colaboração, for indivisível, o prazo de proteção previsto nos §§ 1º e 2º do artigo anterior contar-se-á da morte do último dos colaboradores sobreviventes.

Parágrafo único. Acrescer-se-ão aos dos sobreviventes os direitos de autor do colaborador que falecer sem sucessores.

Art. 44. Será de sessenta anos o prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras anônimas ou pseudônimas, contado de 1º de janeiro do ano imediatamente posterior ao da primeira publicação.

Parágrafo único. Se, porém, o autor, antes do decurso desse prazo, se der a conhecer, aplicar-se-á o disposto no Art. 42 e seus parágrafos.

Art. 45. Também de sessenta anos será o prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras cinematográficas, fonográficas, fotográficas, e de arte aplicada, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua conclusão.

Art. 46. Protegem-se por 15 anos a contar, respectivamente, da publicação ou da reedição, as obras encomendadas pela União e pelos Estados, Municípios e Distrito Federal.

Art. 47. Para os efeitos desta lei, consideram-se sucessores do autor seus herdeiros até o segundo grau, na linha reta ou colateral, bem como o cônjuge, os legatários e cessionários.

Art. 48. 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, transmitidas pela tradição oral;
III - as publicadas em países que não participem de tratados a que tenha aderido o Brasil, e que não confirmem aos autores de obras aqui publicadas o mesmo tratamento que dispensam aos autores sob sua jurisdição.”

Vemos assim repetido o conceito da vitaliciedade para os herdeiros necessários e ainda verificamos a incomunicabilidade dos direitos autorais para os cônjuges, o que resulta na transmissão unicamente da renda para estes. O artigo 48 item III, ressalta importância dos tratados e convenções firmados com os demais países que outorgam a brasileiros a mesma proteção concedida aos nacionais, caso contrário as obras caem em domínio público. A novidade maior fica por conta dos prazos menores das obras cinematográficas, fotográficas, fonográficas e de arte aplicada (artigo 45) a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua conclusão.

No artigo 102, em relação aos direitos conexos, vemos a mesma norma de *copyright* repetida, desprezada a vitaliciedade, a saber:

“Art. 102. É de sessenta anos o prazo de proteção aos direitos conexos, contado a partir de 1º de janeiro do ano subsequente à fixação, para os fonogramas; à transmissão, para as emissões das empresas de radiodifusão; e a realização do espetáculo, para os demais casos.”

Como já foi dito no início, as novas invenções subsequentes à da prensa, como a fotografia, o cinema, o fonógrafo, o rádio, a televisão, trouxeram à tutela autoral novos direitos a serem protegidos, que receberam, como vimos, tratamento diferenciado quanto ao prazo de proteção, caindo no domínio público mais rapidamente. Os direitos conexos surgiram junto com a possibilidade aberta pelos novos meios de fixação das interpretações sonoras ou audiovisuais. Se antes os autores, na época de Anne Stuart, sentiam-se prejudicados perante os atores de suas peças, que participavam da bilheteria dos teatros, agora são os intérpretes que se preocupam em receber pelas fixações, que lhes encolhem o mercado de trabalho.

Já sobre o domínio público remunerado, instituto odioso pelo qual o Estado passa a administrar e cobrar pelas obras caídas em domínio público, que foi introduzido no Brasil pela Lei 5.988/73, revogada 10 anos após, sabemos que foi

adotado em diversos países sul-americanos, como Argentina, Bolívia, Uruguay, durante os regimes ditatoriais.

A lei autoral brasileira de 1973 vigorou por surpreendentes 25 anos, sendo finalmente revogada pela Lei 9.610/98, conhecida como “a nova lei autoral” aumentou todos os prazos de proteção para 70 anos, seguindo a legislação europeia uniformizada, a recomendação do TRIPS (Trade Related Intellectual Property and Services) e a tendência americana, de aumentar os prazos de proteção. A proteção autoral ficou assim:

“Art. 39. Os direitos patrimoniais do autor, excetuados os rendimentos resultantes de sua exploração, não se comunicam, salvo pacto antenupcial em contrário.

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. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.

Parágrafo único. Aplica-se às obras póstumas o prazo de proteção a que alude o *caput* deste artigo.

Art. 42. Quando a obra literária, artística ou científica realizada em co-autoria for indivisível, o prazo previsto no artigo anterior será contado da morte do último dos co-autores sobreviventes.

Parágrafo único. Acrescer-se-ão aos dos sobreviventes os direitos do co-autor que falecer sem sucessores.

Art. 43. Será de setenta anos o prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre as obras anônimas ou pseudônimas, contado de 1º de janeiro do ano imediatamente posterior ao da primeira publicação.

Parágrafo único. Aplicar-se-á o disposto no art. 41 e seu parágrafo único, sempre que o autor se der a conhecer antes do termo do prazo previsto no *caput* deste artigo.

Art. 44. O prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras audiovisuais e fotográficas será de setenta anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação.

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.

.....

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

.....

Art. 96. É de setenta anos o prazo de proteção aos direitos conexos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente à fixação, para os fonogramas; à transmissão para as emissões das empresas de radiodifusão; e à execução e representação pública, para os demais casos.

Constata-se a repetição na nova lei autoral dos prazos menores para fotografias, obras cinematográficas, fonogramas, obras de radiodifusão e direitos conexos de representação, conceito este de *copyright*, inaugurado na Lei 5.988/73.

No direito internacional, o panorama é muito semelhante ao brasileiro. Nos países da Comunidade Econômica Européia, como os prazos de proteção eram variados, uma diretiva de 1994 recomendou a uniformização dos prazos em 70 anos após a morte do autor. Obras já caídas em domínio público não retornaram ao domínio pagante com o aumento do prazo. Nos EUA, o prazo de 28 anos + 28 anos que vigorou até 1976, seguindo os princípios do Estatuto de Anne, passou a ser de 75 anos, pelo Copyright Act de 1976, contados da data da primeira publicação da obra. O registro, que até então era atributivo de direito, passou a ter caráter declaratório, como nos demais países.

Recentemente, impactados pela larga utilização dos meios digitais, os americanos aderiram a Berna, para obter reciprocidade no tocante aos direitos autorais, editaram o Digital Millennium Act em 1998 para melhor controlar o uso da internet, o Child Protection Act, para a proteção dos menores na Rede e finalmente ampliaram os prazos de proteção para melhor se adequarem aos acordos internacionais sobre a matéria.

Na Inglaterra, o sistema do *copyright* foi abandonado em 1975, com a adesão a Berna e a subsequente criação da Comunidade Econômica Européia.

III - OS DIREITOS AUTORAIS E A INTERNET – DOMÍNIO PÚBLICO

Com a popularização dos computadores portáteis na década de 1980 e a entrada em operação da internet para utilização em larga escala na década de 1990, os conceitos de limites e da privacidade foram abalados, as leis tradicionais e sistemas de coerção demonstraram, ser ineficazes para conter a onda de violações que acompanhou o surgimento da nova tecnologia.

“Liberdade no *cyber* espaço” clamavam alguns, “acabou o direito de autor” diziam outros. Entretanto, com a assinatura do TRIPS (Trade Related Intellectual

Property and Services), marcando a importância da propriedade intelectual no Comércio Exterior, diversos países atualizaram suas leis ou criaram novas para se adequar aos novos desafios oferecidos pelos meios digitais. O Brasil editou um novo Código da Propriedade Industrial em 1996 (Lei 9.279, de 14 de maio de 1996), uma nova Lei de Software (Lei 9.609, de 19 de fevereiro de 1998), uma nova Lei autoral (Lei 9.610/98) um decreto protegendo e criando o registro dos conhecimentos tradicionais (Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000), enfim existe hoje no País um elenco legislativo capaz de garantir a propriedade intelectual aos seus titulares, mesmo nas redes virtuais. Podemos e devemos respeitar direitos, mesmo quando em rede, identificando também as obras em domínio público, para o seu amplo aproveitamento.

A Lei 9.610/98 diz, em seu artigo 7º item XIII, “in verbis”:

“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:

.....
 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.

.....
 § 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. “

Dentre as obras protegidas acima encontra-se com toda certeza, o *site* da internet em que o organizador é titular de direitos autorais, restando ainda direitos autorais nos dados ou diversos elementos que compõem o todo. O fato de tais obras ou elementos estarem livres ou disponíveis em *sites* da internet ou em redes virtuais não implica que estejam livres ou disponíveis para cópia ou utilização gratuitas, apenas para consultas. Para a verificação das obras em domínio público, basta uma consulta às leis em vigor para saber que:

- 1 – Obras anônimas ou de autores falecidos sem herdeiros já estão em domínio público;
- 2 – Obras cinematográficas ou fonográficas anteriores a 1939 poderão estar em domínio público, respeitados os direitos autorais das obras musicais que eventualmente tenham sido fixadas;
- 3 – Interpretações fixadas por radiodifusão e outros processos anteriores a 1939 estão em domínio público;

- 4 – Fotografias anteriores a 1939 estão em domínio público, respeitados os direitos dos retratados (direito de imagem).

Surge então uma derradeira dúvida sobre a duração da proteção relativa à imagem, no direito pátrio.

IV - DIREITO DE IMAGEM NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA - CONCLUSÃO

O direito de imagem está protegido na legislação brasileira em 3 (três) diplomas legais distintos:

- a) na Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso X:

“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:

.....
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

- b) na Lei 9.610/98, artigo 46, inciso I, letra c):

“Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:
I - a reprodução:

.....
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; “

- c) no Código Civil Brasileiro, Lei 10.406/02, artigo 12, parágrafo único e artigo 20, parágrafo único:

“Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.”

.....
“Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.”

Consoante o art. 12, parágrafo único, podem agir em nome do morto o cônjuge sobrevivente ou qualquer parente em linha reta ou colateral até o 4º grau, ou seja, filhos, netos, bisnetos e trinotos em linha reta, irmãos, sobrinhos e sobrinhos-netos na linha colateral.

Esclarecemos, portanto, que não existe prazo final da proteção, em matéria de direito da personalidade (incluída aí a imagem), somente a falta de descendente na linha reta ou colateral com legítimo interesse de agir.