



Fórum Nacional de Direito Autoral – Ministério da Cultura
Seminário Internacional sobre Direito Autoral
Fortaleza, CE, 26, 27 e 28 de novembro de 2008
Mesa 4: Diversidade Cultural e Direito Autoral

Diversidade Cultural e Direito Autoral

Marcos Alves de Souza

Falar sobre a relação entre Direitos Autorais e Diversidade Cultural é uma tarefa complexa. À primeira vista poderia se argumentar que a Diversidade Cultural é nutrida pela criatividade, que por sua vez é estimulada, ou está regulada, pelos Direitos Autorais. Mas esse é um argumento simplista que deixa de analisar todas as conseqüências que o Direito Autoral provoca na Diversidade Cultural e vice-versa. Para explorar todas essas implicações, escolhemos tratar da relação entre Direitos Autorais e Diversidade Cultural a partir do novo marco legal e institucional criado pela Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, aprovada pela UNESCO em 2005, de agora em diante chamada apenas de Convenção da Diversidade.

Esta Convenção, que muitos crêem não possuir relação direta com os tratados relativos a direitos autorais, trouxe em seu arcabouço uma série de disposições que lançam nova luz no entendimento sobre uma possível regulação futura acerca dos direitos autorais, tornando-os instrumentos que beneficiem efetivamente a todos que criam e não somente a algumas empresas que os negociam.

O primeiro ponto que gostaria de discutir é a se a Convenção da Diversidade e os normativos sobre direitos autorais estão no mesmo campo de atuação. Começemos pelos direitos autorais.

Na página inicial da OMPI dedicada aos direitos autorais, afirma-se que “os direitos de autor e os direitos conexos são conceitos e instrumentos jurídicos por meio dos quais se respeitam e protegem os direitos dos criadores sobre suas obras e se contribui ao **desenvolvimento cultural e econômico dos povos**”. E ainda, “o direito de autor tem um papel decisivo na articulação das contribuições e dos direitos dos distintos grupos interessados que participam nas **indústrias culturais** e na relação entre estes e o público”. Sem muita dificuldade pode-se perceber que os direitos autorais tratam principalmente de direitos econômicos sobre obras que, por sua natureza e definição, são integrantes do patrimônio cultural comum da humanidade. Ou seja, estão obviamente inseridos no campo cultural, não sendo nenhuma heresia afirmar que os direitos autorais estão na base de todas as cadeias econômicas da Cultura.

Esta inserção dos direitos autorais no campo da cultura torna-se ainda mais óbvia ao se notar que a UNESCO, enquanto organismo do sistema Nações Unidas encarregado da Cultura, é responsável, isolada ou conjuntamente com outros organismos do Sistema Nações Unidas, por vários instrumentos internacionais relativos a direitos autorais, como a Convenção Universal sobre Direito de Autor de 1952, revisada em 1971, a Convenção de Roma, de 1961, a Convenção de Genebra para a Proteção dos Produtores de Fonogramas contra a reprodução

não autorizada de seus fonogramas, de 1971 e a Convenção de Bruxelas sobre a distribuição de sinais portadores de programas transmitidos por satélite, de 1974.

Se os direitos autorais estão no campo cultural, não há como negar que a Convenção da Diversidade também se insere neste campo. A própria UNESCO considera que a Convenção da Diversidade e as mencionadas convenções relativas a direitos autorais estão no campo da diversidade criadora. Por outro lado, é verdade que o fato de tais instrumentos internacionais estarem no mesmo campo não significa que tratem dos mesmos aspectos, sendo mais correto afirmar que são instrumentos complementares. Neste sentido, os direitos autorais tratam das obras, interpretações etc. apenas como ativos econômicos, pelo menos em sua vertente patrimonial, já que sua vertente moral trata especificamente do vínculo da obra com a personalidade de quem a criou pois, conforme já afirmei antes, o direito autoral (patrimonial) está na base da economia da cultura, sendo um dos motores do desenvolvimento dos países, segundo o site da OMPI. Não é por acaso que o Acordo de TRIPS não trata de direitos morais. Já a Convenção da Diversidade busca tratar das atividades, bens e serviços culturais, que, diga-se de passagem, são protegidos em sua imensa maioria por direitos autorais, enfatizando sua dupla natureza, ou seja, enquanto ativos econômicos e enquanto portadores de identidades, valores e significados. Ou seja, a Convenção da Diversidade complementa os instrumentos relativos a direitos autorais ao trazer para o ordenamento jurídico internacional este novo entendimento sobre a dupla natureza das atividades, bens e serviços culturais: a econômica e a cultural. A própria Convenção da Diversidade deixa transparecer isto em sua redação, ao dispor entre seus princípios diretores a complementaridade dos aspectos econômicos e culturais do desenvolvimento. Causa estranhamento que os que defendem não existir relação direta entre direitos autorais e diversidade cultural só lembrarem-se da dupla natureza das atividades, bens e serviços culturais para se defenderem da aplicação de regras do direito da concorrência às suas posições hegemônicas.

Cabe aqui destacar ainda que aqueles que manifestam sua oposição sobre o vínculo entre os direitos autorais e a Convenção da Diversidade defendem, ao mesmo tempo, que a Convenção da Diversidade foi aprovada para proteger a diversidade cultural contra o crescente predomínio do liberalismo econômico que abre uma ampla via destinada a reforçar a hegemonia cultural das nações mais poderosas, destacando apenas as negociações sobre serviços na OMC. Eles esquecem-se que a propriedade intelectual é também mais uma das formas em que tal liberalismo se manifesta na OMC, ainda mais por conta da existência do Acordo de TRIPS e das discussões para a sua reforma promovida pelas mesmas nações poderosas. Não é por acaso que os famosos Tratados de Livre Comércio, além de forçarem os países que os assinam a abdicar de soberanamente formularem e implementarem políticas culturais destinadas a preservar sua diversidade cultural, forçam-os a também desenvolverem regras de propriedade intelectual em padrões "TRIPS Plus".

Assim, a própria UNESCO, no livreto que divulga a Convenção da Diversidade, afirma que as atividades, bens e serviços culturais, ou seja, os ativos protegidos por direitos autorais, não podem ser considerados meras mercadorias ou bens de consumo quaisquer ou ainda como mero objeto de negociações comerciais. Não se trata de uma completa reformulação dos institutos relativos a direitos autorais, pois a Convenção da Diversidade reconhece, em seu preâmbulo, "a importância dos direitos de propriedade intelectual para a manutenção das

peças que participam da criatividade cultural”, mas trata-se, sobretudo, de fazer com que tais direitos atuem em benefício de todos, principalmente daqueles que efetivamente criam, e não somente de alguns, que desfrutam da maioria dos direitos por conta de seu poderio econômico e de mercado.

O campo de aplicação da Convenção da Diversidade, conforme estabelecido em seu Artigo 3, são “as políticas e medidas adotadas pelas partes relativas à proteção e promoção da diversidade das expressões culturais”. As “políticas e medidas”, segundo a Convenção da Diversidade dispõe em vários de seus artigos, são conservadas, adotadas e implementadas de maneira soberana pelas Partes. Por “políticas e medidas” entende-se aquelas “relacionadas à cultura, seja no plano local, regional ou internacional, que tenham como foco a cultura como tal, ou cuja finalidade seja exercer efeito direto sobre as expressões culturais de indivíduos, grupos ou sociedades, incluindo a criação, produção, difusão e distribuição de atividades, bens e serviços culturais, e o acesso aos mesmos”. Daí nota-se que não pode haver dúvidas quanto à interface da Convenção da Diversidade com os direitos autorais, uma vez que se os mesmos não estão no campo cultural, como alguns afirmam, seus efeitos nas expressões culturais são diretos. Além disso, o direito autoral é o liame fundamental que rege as relações de criação, produção, difusão, distribuição e fruição das atividades, bens e serviços culturais.

A Convenção da Diversidade vai ainda mais longe, ao dispor, em seu Artigo 6, que as medidas adotadas pelas partes em âmbito nacional poderão incluir medidas regulatórias de proteção e promoção da diversidade das expressões culturais; medidas que criem oportunidades às atividades, bens e serviços culturais nacionais para a sua criação, produção, difusão, distribuição e fruição; e medidas destinadas a fornecer às indústrias culturais nacionais independentes e às atividades no setor informal acesso efetivo aos meios de produção, difusão e distribuição das atividades, bens e serviços culturais. Chamo a atenção para o fato de que o mesmo artigo 6 dispõe ainda que tais medidas podem incluir “medidas objetivando promover a diversidade da mídia, inclusive mediante serviços públicos de radiodifusão”, demonstrando que qualquer tratado posterior que trate da proteção dos organismos de radiodifusão deve ser plenamente compatível com tal disposição para os países que ratificarem a Convenção da Diversidade.

No Artigo 7º, a Convenção da Diversidade também dispõe que as partes “procurarão criar em seu território um ambiente que encoraje indivíduos e grupos sociais a criar, produzir, difundir e distribuir suas próprias expressões culturais, e a elas ter acesso”. Ora, se é verdade que o direito autoral estimula a criatividade, em muitos mercados, por conta de monopólios e oligopólios nas redes de distribuição, exibição pública e demais ramos de comunicação ao público, os criadores, para se inserirem no mercado e terem suas criações neles circulando, são compelidos a abrir mão de seus direitos autorais em favor de tais monopólios e oligopólios, impossibilitando-os de cumprir plenamente com este dispositivo da Convenção da Diversidade e com o próprio espírito dos direitos autorais, conforme veremos mais adiante.

Outro ponto fundamental a se analisar na relação da Convenção da Diversidade com os direitos autorais diz respeito ao seu status no ordenamento jurídico internacional. Discordamos, por vários motivos, daqueles que defendem que a Convenção da Diversidade não tem qualquer vínculo as regras internacionais de proteção dos direitos autorais. Em

primeiro lugar, cabe notar que a Convenção da Diversidade é vinculante para quem a ela aderir, isto é, suas disposições e sua observância são obrigatórias a todos os países que a ratificarem. Em segundo lugar, ao analisar seus artigos 20 e 21, que tratam respectivamente das relações com outros instrumentos internacionais e da consulta e coordenação internacional, percebe-se uma série de conseqüências, principalmente no tocante à linguagem ambígua do Artigo 20. Já no título do Artigo 20 se destaca como deve ser a relação da Convenção da Diversidade com os outros instrumentos internacionais: de apoio mútuo, complementaridade e não-subordinação. No parágrafo primeiro do mesmo artigo, após estabelecer que as partes cumprirão de boa fé as obrigações emanadas da Convenção da Diversidade e dos demais tratados de que sejam parte, dispõe que a Convenção da Diversidade não se subordina a qualquer outro tratado. Ou seja, a Convenção da Diversidade não está abaixo e nem deve ser entendida como um instrumento internacional menor do que qualquer outro.

A alínea (a) do mesmo parágrafo insta as partes a fomentar o apoio mútuo entre a Convenção da Diversidade e os demais tratados dos quais sejam parte e a alínea (b) estabelece que as partes devem levar em conta as disposições relevantes da Convenção da Diversidade ao interpretarem e aplicarem os outros tratados dos quais sejam parte, bem como quando assumirem novas obrigações internacionais. Por outro lado, o parágrafo 2º do mesmo artigo 20 estabelece que os direitos e as obrigações decorrentes de outros tratados dos quais sejam parte não serão modificados por qualquer interpretação da Convenção da Diversidade.

Cabe aqui refletir o que a ambigüidade da redação do Artigo 20 realmente estabelece. Em primeiro lugar, ressalte-se que as disposições de tal artigo, por tratarem da relação entre tratados, devem ser lidas à luz da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969.

Levando as disposições da Convenção de Viena para a Convenção da Diversidade na sua relação com os tratados relativos a direitos autorais, se tais tratados são anteriores à Convenção da Diversidade, então aplica-se o disposto no tratado anterior apenas naquilo que seja compatível com a Convenção da Diversidade. Como o parágrafo 2º do Artigo 20 da Convenção da Diversidade estabelece que ela não modifica direitos e obrigações decorrentes de outros tratados dos quais suas partes sejam também partes deles, depreende-se que as disposições relativas a direitos e obrigações do tratado anterior prevalecerão, já que uma extremada interpretação possível de tal dispositivo é que todos os direitos e obrigações da Convenção da Diversidade são compatíveis com os demais direitos e obrigações internacionais já assumidos pelos seus estados Partes. Os demais dispositivos de tais tratados só se aplicarão naquilo que forem compatíveis com a Convenção da Diversidade.

Porém, no caso da negociação de um novo tratado relativo a direitos autorais, isto é, um tratado posterior à Convenção da Diversidade, à primeira vista a situação descrita acima apenas se inverteria, mas este não é o caso. O parágrafo 2 do artigo 20 da Convenção da Diversidade só se aplica aos direitos e obrigações internacionais já assumidos pelas partes da Convenção da Diversidade, e não aos que porventura venham a assumir. Fica cabalmente demonstrado que o artigo 20.2 da Convenção da Diversidade não proíbe que se leve suas disposições em consideração na aplicação de tratados relativos a direitos autorais e muito menos para negociações e conclusão de tratados futuros sobre o tema.

Assim, por exemplo, caso se negocie um tratado de proteção, por exemplo, aos organismos de radiodifusão no marco dos direitos autorais, então as partes da Convenção da Diversidade que porventura venham a tomar parte deste novo tratado devem aplicar somente o que está disposto no parágrafo 1º do artigo 20 da Convenção da Diversidade, isto é, não subordinação da Convenção da Diversidade, apoio mútuo entre a Convenção da Diversidade e o novo tratado e, notadamente, a obrigação de levar em conta as disposições relevantes da Convenção da Diversidade de forma a tornar este novo tratado plenamente compatível com a Convenção da Diversidade, o que é reforçado pelo artigo 21 da Convenção da Diversidade que estabelece o compromisso das partes em promover seus objetivos e princípios em outros foros internacionais.

Nada mais do que isso o Brasil procurou garantir na negociação do tratado de proteção aos organismos de radiodifusão ocorrida na OMPI, e que continuará tentando garantir em eventual retomada da negociação. Não foi, portanto, um movimento para anular a proteção do possível novo tratado por estimá-lo contrário à proteção da diversidade cultural, ou para invocar a Convenção da Diversidade para tornar sem efeito as obrigações assumidas em virtude das convenções relativas a direitos autorais, como alguns divulgaram.

Partindo agora para uma análise de quais seriam as disposições relevantes da Convenção da Diversidade que eventualmente tenham relação com os normativos relativos a direitos autorais, percebe-se dois campos principais que poderiam ser objeto de políticas e medidas permitidas pela Convenção da Diversidade aos seus Estados Parte: a questão do acesso às atividades, bens e serviços culturais e a questão do desenvolvimento de indústrias culturais dinâmica nos países em desenvolvimento.

No tocante ao acesso, a Convenção da Diversidade deixa claro qual seria sua perspectiva sobre este assunto no Artigo 2.7, ao estabelecer como um de seus princípios diretores “o acesso equitativo a uma rica e diversificada gama de expressões culturais provenientes de todo o mundo e o acesso das culturas aos meios de expressão e de difusão constituem importantes elementos para a valorização da diversidade cultural e o incentivo ao entendimento mútuo”. O direito autoral, quando levado ao extremo, pode representar uma barreira a esse acesso. É isto que vem ocorrendo em vários países do mundo, sejam desenvolvidos ou em desenvolvimento e é isso que preocupa o Brasil. O caso do Brasil é exemplar, neste sentido. Pressionado pela confecção de novos tratados sobre direitos autorais, o Brasil atualizou sua legislação sobre o tema em 1998 tornando-a uma das mais rígidas do mundo em termos da garantia de acesso do público a obras protegidas, notadamente no seu capítulo das limitações. Porém, o governo brasileiro também compreende que não seria justo prover o acesso às expressões culturais, isto é, a obras protegidas por direitos autorais, sacrificando a proteção ao autor, este instituto tão duramente conquistado ao longo de décadas. Trata-se, aqui, de prover um justo equilíbrio entre a proteção ao autor e o acesso do público a suas obras, aproveitando o espaço de possibilidades existente nos instrumentos internacionais relativos à matéria. No entanto, não se deve descartar a utilização de políticas e medidas autorizadas pela Convenção da Diversidade para a promoção do acesso, caso a pressão para elevação dos padrões internacionais de proteção autoral consiga obter êxito, seja por meio do ACTA, seja por uma emenda ao Acordo de TRIPS, seja pela confecção de novos tratados com disposições “TRIPS Plus”.

A relação dos direitos autorais com o desenvolvimento de indústrias culturais dinâmicas em todos os países, notadamente nos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, é um tema mais importante ainda na implementação da Convenção da Diversidade na visão do governo brasileiro. Já no Preâmbulo da Convenção da Diversidade se afirma que a diversidade cultural constitui-se em um dos principais motores do desenvolvimento sustentável das comunidades, povos e nações. Um de seus objetivos é reafirmar o vínculo entre cultura e desenvolvimento para todos os países, especialmente para os países em desenvolvimento, e um dos seus princípios diretores é criar e fortalecer, por meio da cooperação e solidariedade internacionais, os meios necessários à expressão cultural de todos os países no plano local, nacional e internacional, notadamente dos países em desenvolvimento, incluindo as indústrias culturais, sejam elas nascentes ou estabelecidas. O Artigo 14 da Convenção da Diversidade deixa clara a preocupação com o fortalecimento das indústrias culturais dos países em desenvolvimento, que devem ter capacidade de produção e distribuição de atividades, bens e serviços culturais, bem como uma maior facilidade de acesso ao mercado global e aos circuitos internacionais de distribuição e, principalmente, permitindo a emergência de mercados regionais e locais viáveis.

Todos estes objetivos e princípios devem ser atingidos pela cooperação internacional e pela adoção de políticas e medidas em plano nacional, de acordo com as disposições da Convenção da Diversidade. Historicamente, o tipo de políticas e medidas adotadas com vistas a atingir tais objetivos tem sido a de proteção das indústrias culturais nacionais contra o risco da hegemonização cultural por meio de cotas mínimas obrigatórias de conteúdo nacional, apoio financeiro público e outras medidas do mesmo tipo, restando ainda por se desenvolver medidas paralelas para o acesso a todas as culturas do mundo, conforme preconiza o princípio da abertura e do equilíbrio da Convenção da Diversidade. No entanto, este tipo de políticas e medidas tem se mostrado ineficaz quando o que se persegue é o fortalecimento de indústrias culturais dinâmicas nos países em desenvolvimento, tendo em vista a existência de mercados culturais oligopolizados, principalmente na distribuição de atividades, bens e serviços culturais. O custo da inserção em tais mercados dominados por oligopólios dificulta, senão impossibilita a emergência de indústrias culturais dinâmicas na maioria dos países.

Em outras palavras, todos são a favor da diversidade cultural, mas a questão que se coloca é quem ganha com a nossa diversidade, isto é, com a diversidade dos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos. A resposta é que nem os criadores destes países e nem as suas indústrias culturais, e o motivo disso é a ênfase dos direitos autorais apenas no aspecto mercadológico das atividades, bens e serviços culturais. Por conta da regulação internacional atual dos direitos autorais, as atividades, bens e serviços culturais têm sido tratadas apenas como uma mercadoria qualquer, como mero objeto de negociação. O que o governo brasileiro defende é que os direitos autorais devem beneficiar a todos aqueles que criam, e não apenas aqueles que possuem maior poderio econômico e negociam as criações. É este o espírito do famoso parágrafo 17 do preâmbulo da Convenção da Diversidade, que reconhece “a importância dos direitos de propriedade intelectual para a manutenção das pessoas que participam da criatividade cultural”.

Se, por um lado, a Convenção da Diversidade, como afirma a UNESCO, tem como objetivo principal fortalecer, principalmente nos países em desenvolvimento e menos

desenvolvidos, os cinco elos inseparáveis da mesma corrente, a saber: criação, produção, distribuição, acesso e usufruto das expressões culturais veiculadas por atividades, bens e serviços culturais, por outro lado, os direitos autorais controlados por grandes conglomerados transnacionais acabam por privilegiar apenas a alguns destes elos, o que vem se agravando com o processo de globalização que vivemos. Lembro que o preâmbulo da Convenção da Diversidade também alerta para o desafio que o processo de globalização representa para a diversidade cultural, facilitado pela rápida evolução das tecnologias de comunicação e informação, especialmente no que diz respeito aos riscos de desequilíbrios entre países ricos e pobres. Na ausência de indústrias culturais nacionais dinâmicas e robustas, os países em desenvolvimento e menos desenvolvidos correm o risco de sofrerem o impacto avassalador da invasão, via internet, de repertório estrangeiro ou até de seu próprio repertório nacional controlado pelos conglomerados transnacionais que mencionei. Por isso defendemos que os direitos autorais devem sim ser objeto de políticas e medidas regulatórias em nível nacional, e de cooperação internacional, com vistas a se buscar a criação e o fortalecimento de indústrias culturais dinâmicas em todos os países do mundo, de forma a se realizar plenamente os objetivos da Convenção da Diversidade.

Não poderia deixar ainda de mencionar nossa preocupação com alguns desdobramentos recentes do sistema internacional de direito autoral que podem prejudicar ainda mais a diversidade cultural no mundo. Refiro-me às chamadas “licenças transnacionais” de repertórios que num futuro muito breve podem vir a afetar sensivelmente as sociedades de gestão coletiva de direitos autorais de muitos países e a própria diversidade cultural no mundo. Tais licenças poderão ocasionar a inviabilidade da existência e do funcionamento das sociedades de gestão coletiva nos países pequenos ou de menor população, sejam desenvolvidos ou em desenvolvimento. Elas já provocaram uma espécie de “leilão” por parte das grandes editoras musicais transnacionais, donas de boa parte do repertório musical mundial, junto às grandes sociedades de gestão coletiva de direitos, sujeitando, via direitos autorais, este repertório, que é patrimônio comum da humanidade, a uma lógica puramente mercantilista. Tais editoras ignoram que este repertório comunica identidades, valores e significados e que a diversidade cultural não é só uma necessidade que se limita aos países em desenvolvimento, mas um valor que merece ser preservado em todos os países.

Por fim, gostaria de concluir chamando a atenção para a necessidade de se preservar, portanto, a possibilidade de se utilizar a Convenção da Diversidade como uma forma de melhor regular os direitos autorais, de forma a possibilitar que seus benefícios atinjam a todos. Um exemplo é a busca de uma regulação que empoderasse os autores frente aos grandes conglomerados transnacionais com vistas a diminuir a assimetria de poder e permitir a reversão dos benefícios da proteção dos direitos autorais para aqueles que efetivamente criam, possibilitando o surgimento de mercados e indústrias culturais viáveis em todos os países do mundo. Os críticos certamente defenderão que para o direito autoral tanto faz a origem da obra e tal regulação fere pilares da Propriedade intelectual, como o tratamento nacional e a estes lembramos que existem antecedentes neste sentido no GATS, com restrições à cláusula de tratamento nacional em relação à propriedade de obras audiovisuais.

A proteção e promoção da diversidade das expressões culturais não ameaçam e nem coloca em risco, absolutamente, os direitos exclusivos dos autores. Trata-se tão somente de

resguardar as criações humanas de ações predatórias que favorecem a hegemonia em prejuízo do patrimônio cultural comum da humanidade. Em suma, se é verdade que sem direitos autorais não existe diversidade cultural, é mais verdade ainda que sem diversidade cultural não existe direito autoral, e sim regras de proteção de investimentos na cultura. O direito autoral deve se preocupar também com a hegemonia cultural pois, caso contrário, somente os hegemônicos gozarão de sua proteção. A proteção ao direito autoral deve vir acompanhada da proteção e promoção da diversidade cultural. Não basta diversidade de conteúdos, é necessária também a diversidade de titulares para a promoção e o fortalecimento das indústrias culturais em todo o mundo.

Muito obrigado.