



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

OS LIMITES DO DOMÍNIO PÚBLICO NO DIREITO AUTORAL SOBRE AS OBRAS DE
ARTE BIDIMENSIONAIS

Luisa Soares Ferreira Lobo

Rio de Janeiro
2018

LUISA SOARES FERREIRA LOBO

OS LIMITES DO DOMÍNIO PÚBLICO NO DIREITO AUTORAL SOBRE AS OBRAS DE
ARTE BIDIMENSIONAIS

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

OS LIMITES DO DOMÍNIO PÚBLICO NO DIREITO AUTORAL SOBRE AS OBRAS DE ARTE BIDIMENSIONAIS

Luisa Soares Ferreira Lobo

Graduada pela Faculdade de
Direito da Pontifícia Universidade
Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – a Lei nº 9.610/98 prevê período dentro do qual as criações intelectuais recebem a proteção do direito de autor em sua integralidade: tanto no aspecto moral quanto no aspecto patrimonial. Decorrido o prazo legal, a obra cai em domínio público e passa a ser permitida a sua livre reprodução sem que sejam devidos direitos patrimoniais de autor. O trabalho analisa os limites práticos no acesso às obras de arte bidimensionais que já caíram em domínio público. Busca-se demonstrar a tensão existente entre a efetividade do domínio público e o direito do proprietário da tela, tendo em vista a indissociabilidade entre a criação intelectual e o seu suporte físico. Enfrenta-se, ainda, a possibilidade de proteção do direito de autor sobre fotografias que apenas reproduzam as pinturas que já estejam sob o domínio público.

Palavras-chave – Direito Civil. Propriedade Intelectual. Direito Autoral. Domínio público. Obras de arte. Pinturas.

Sumário – Introdução. 1. O direito autoral sobre a pintura: a peculiar indissociabilidade material entre o *corpus mechanicum* e o *corpus mysticum*. 2. O direito à livre reprodução das pinturas sob o domínio público *versus* o direito do proprietário do suporte físico da obra. 3. A proteção do direito autoral sobre a fotografia que reproduz a obra de arte bidimensional sob o domínio público. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho assenta-se no propósito de analisar a efetividade do domínio público na seara do direito autoral sobre as obras de arte bidimensionais, tendo em vista a particular indissociabilidade entre criação intelectual e suporte físico da obra.

O direito autoral, ramo do direito de propriedade intelectual, visa a proteger e a estimular as criações intelectuais, de forma a garantir ao autor o recebimento dos lucros que delas possam advir. O domínio público, por sua vez, mostra-se como um limite ao direito patrimonial do autor e assegura o direito à livre reprodução e utilização das criações intelectuais após a passagem de determinado lapso temporal, valorizando a disseminação do conhecimento.

No caso das pinturas, porém, a efetividade do domínio público é mitigada, uma vez que a criação do artista se apresenta materialmente inseparável da tela e da tinta utilizadas em sua

produção. Desse modo, o acesso ao conteúdo imaterial acaba por depender do acesso ao local onde está exposta a obra em seu suporte físico.

Nesse contexto, discute-se se as fotografias que consubstanciam a mera reprodução das pinturas sob o domínio público poderiam ser utilizadas como meios a facilitar o acesso às obras de arte, ou se sobre elas incidiria um novo direito autoral de titularidade do fotógrafo. Na segunda hipótese, o domínio público recairia exclusivamente sobre a pintura original, cujo acesso dependeria da vontade do proprietário da tela.

No primeiro capítulo deste trabalho, faz-se uma exposição sobre a forma pela qual é exercido o direito autoral sobre as pinturas e apresenta-se os requisitos para a incidência do domínio público, conforme a legislação pertinente.

No segundo capítulo, passa-se ao exame do conflito entre o direito à livre reprodução e utilização da criação intelectual e o direito do proprietário do suporte físico da obra, observadas as suas consequências na efetividade do domínio público.

No terceiro capítulo, estuda-se a possibilidade de se conferir a proteção do direito autoral às fotografias que apenas reproduzam pinturas que já caíram em domínio público, prática que limitaria, em última análise, o acesso ao conhecimento.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo e a abordagem de seu objeto é qualitativa. Para sustentar a tese, são usadas fontes legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais, seguindo-se o procedimento bibliográfico. Também é realizada a pesquisa comparada a fim de investigar normas de direito autoral alienígena.

1. O DIREITO AUTORAL SOBRE A PINTURA: A PECULIAR INDISSOCIABILIDADE MATERIAL ENTRE O *CORPUS MECHANICUM* E O *CORPUS MYSTICUM*

Durante muitos séculos, as criações intelectuais não foram revestidas de proteção pelo Direito. Apesar de as diversas formas de manifestação intelectual serem valorizadas, ao que se sabe, desde a Grécia Antiga, período em que Homero teria criado as famosas obras *Ilíada* e *Odisseia*, a primeira lei de direitos autorais conhecida no mundo foi o Estatuto da Rainha Ana, que entrou em vigor somente em 1710. Essa lei tinha aplicação restrita à proteção dos livros.

Já no século XIX, no ano de 1886, foi celebrada a Convenção de Berna, que inaugurou diretrizes de proteção dos direitos do autor sobre suas obras em nível internacional, contemplando as produções dos domínios literário, científico e artístico. A Convenção foi internalizada no Brasil por meio do Decreto nº 75.699/75 e serviu de base para a elaboração da

Lei nº 9.610/98, apelidada Lei de Direitos Autorais - a LDA. Os direitos do autor também encontram guarida constitucional, uma vez que a norma fundamental pátria atribui aos autores, em seu art. 5º, inciso XXVII, o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras.

O direito autoral consiste na proteção de ordem moral e patrimonial conferida por lei ao criador de uma obra intelectual - literária, artística ou científica - dotada de originalidade¹ e exteriorizada por qualquer meio ou suporte. Apresenta natureza jurídica híbrida, na medida em que abrange o direito moral do autor - direito personalíssimo - e o direito patrimonial decorrente da exploração econômica da criação, relacionado ao direito real de propriedade.

Eliane Y. Abrão² ensina que

os direitos autorais compõem um sistema de normas com dupla ordem de direitos. A primeira, voltada à pessoa humana criadora de obra intelectual, o autor, apresenta características morais, fundadas na personalidade e no exercício da liberdade de expressão, e características patrimoniais, decorrentes das relações de caráter real no uso e gozo das obras criadas e materializadas (*res*); a segunda, voltada à coletividade, é baseada no direito constitucional de todos ao progresso científico, ao acesso ao conhecimento, ao lazer, e à cultura, razão e fundamento da temporariedade da proteção.

É no contexto do princípio da temporariedade da proteção que se insere o domínio público, cuja incidência sobre as obras de arte bidimensionais – as pinturas – é o tema central deste trabalho.

De acordo com a LDA³, a proteção conferida ao autor de obra intelectual é vitalícia e ainda perdura *post mortem* por setenta anos contados do dia 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, no caso de o autor ter deixado herdeiros. Decorrido o prazo septuagenário, a obra cai em domínio público, de modo que qualquer pessoa possa explorá-la economicamente sem depender da autorização do autor. Em outras palavras, passado o prazo legal, o direito do autor, em seu aspecto patrimonial, perde o caráter de exclusividade.

A LDA estabelece ainda que pertencem ao domínio público as obras de autores falecidos que não tenham deixado sucessores, e aquelas de autores desconhecidos, ressalvando-se a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

¹ Esse requisito não deve ser entendido como “novidade absoluta”, e sim como elemento capaz de diferenciar a obra de determinado autor das demais. PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. *Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 24.

² ABRÃO, Eliane Y. *Comentários à Lei de Direitos Autorais e Conexos: Lei nº 9610/98 com as Alterações da Lei 12.853/2013, e jurisprudência dos Tribunais Superiores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 5.

³BRASIL, *Lei nº 9.610/98* de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 02 set. 2018.

O objetivo primordial do domínio público consiste em assegurar à coletividade o direito à livre utilização da criação intelectual. A obra que, ao cair em domínio público, é difundida pela sociedade, estimula novas mentes criativas a fabricarem novas obras baseadas nas primeiras. Nas palavras de Pedro Paranaguá e Sérgio Branco⁴:

o ser humano cria a partir de obras alheias, de histórias conhecidas, de imagens recorrentes. Sempre foi assim e sempre será. O efeito do direito autoral nos autores de obras subsequentes requer uma ênfase especial. Criar um novo trabalho envolve pegar emprestado ou criar a partir de trabalhos anteriormente existentes, bem como adicionar expressão original a eles.

Hoje, por exemplo, é plenamente possível reproduzir uma obra de William Shakespeare ou de Jane Austen sem que seja necessário pedir autorização e pagar direitos patrimoniais por isso, devendo ser respeitado apenas o direito moral dos autores. Da mesma forma, é possível utilizar livremente uma composição de Ludwig van Beethoven ou de Wolfgang Amadeus Mozart, obras intelectuais que já caíram em domínio público.

Indubitável, portanto, a importância da temporariedade, da qual decorre o domínio público, na promoção do acesso coletivo à cultura e ao conhecimento.

Estabelecida essa premissa, deve-se atentar ao caso particular das pinturas, definidas como obras intelectuais suscetíveis de proteção no art. 7º, inciso VIII da LDA⁵.

A lei demonstra de forma clara a autonomia existente entre o conteúdo imaterial referente à criação intelectual do autor - o *corpus mysticum* - e o meio físico por meio do qual tal criação se materializa – o *corpus mechanicum* – cuja propriedade é passível de transmissão.

Nessa linha, dispõe o art. 37 que a aquisição do original de uma obra, ou de exemplar, não confere ao adquirente qualquer dos direitos patrimoniais do autor, salvo convenção em contrário entre as partes. Isso significa que uma pessoa que adquira um quadro de Tarsila do Amaral ou de Cândido Portinari, por exemplo, terá a propriedade do suporte físico da obra, mas, em regra, não poderá reproduzi-la ou explorá-la economicamente sem a autorização dos herdeiros dos referidos artistas brasileiros. Afinal, no tempo em que vigora a proteção aos direitos patrimoniais do artista, conferida nos moldes da lei, certo é que, como regra geral, a obra não pode ser reproduzida sem a autorização do autor ou de seus herdeiros. A contrário senso, entende-se que, no momento em que a pintura cai em domínio público, passa a ser livre a sua utilização não apenas pelo proprietário do quadro – adquirente do suporte físico – como

⁴ PARANAGUÁ; BRANCO. op. cit., p. 58-59.

⁵ BRASIL, op. cit., Art. 7º.

também por todos os membros da coletividade, pois o que cai em domínio público é o conteúdo imaterial.

Diante desse cenário, pode-se inferir, novamente recorrendo aos exemplos práticos, que a qualquer pessoa é garantido o direito de reproduzir ou explorar economicamente a famosa pintura do artista pós-impressionista Vincent Van Gogh “A Noite Estrelada”, que pertence ao acervo do Museu de Arte Moderna de Nova Iorque – o MoMA. A reprodução do conteúdo imaterial é livre, mas, como nas pinturas o *corpus mysticum*, compreendido como a criação do artista relacionada à sua criatividade e à sua técnica, é indissociável do *corpus mechanicum*, consistente na tinta e na tela de propriedade do Museu, o acesso à única obra original acaba por se sujeitar às restrições impostas pelo proprietário do seu suporte físico, tema que será desenvolvido no próximo capítulo.

2. O DIREITO À LIVRE REPRODUÇÃO DAS PINTURAS SOB O DOMÍNIO PÚBLICO VERSUS O DIREITO DO PROPRIETÁRIO DO SUPORTE FÍSICO DA OBRA

A propriedade pode ser compreendida, de forma sintética, como a submissão de um objeto de direito a uma pessoa, chamada proprietária.

O Código Civil⁶ estabelece que o titular do direito de propriedade tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. Trata-se de direito que abrange, portanto, quatro poderes: o uso, o gozo, a disposição e a reivindicação. Entre suas principais características estão a perpetuidade, a oponibilidade *erga omnes* e a exclusividade. Caio Mário da Silva Pereira⁷ leciona que

o direito de propriedade é em si mesmo uno (...). A condição normal da propriedade é a plenitude. A limitação, como toda restrição ao gozo ou exercício dos direitos, é excepcional. A propriedade, como expressão da senhoria sobre a coisa, é excludente de outra senhoria sobre a mesma coisa, é exclusiva: *plures eamdem rem in solidum possidere non possunt*.

⁶ Id., Lei n° 10.403/2002, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 07 set. 2018. Art. 1228.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Volume IV, Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 95.

A partir desses elementos, entende-se que a propriedade é direito subjetivo de cunho real e de caráter amplo. Além disso, consiste em direito fundamental previsto no art. 5º, XXII da Constituição Federal⁸.

O artista, ao manipular a matéria-prima - essencialmente a tela e a tinta no que concerne às obras de arte bidimensionais -, e ao transformá-la em algo novo, materializa a sua criação, atribui valor diverso à coisa originária e se torna proprietário do objeto criado. Tal processo se subsume à espécie de aquisição da propriedade móvel denominada especificação, qual seja, a manipulação e a transformação de matéria-prima por ação necessariamente humana. Sobre a espécie, Caio Mário⁹ destaca que

a importância social desta modalidade aquisitiva é muito grande, tendo-se em vista a capacidade criadora do homem, as atividades artísticas, a elaboração artesanal, o desenvolvimento da indústria etc. São exemplos, todos, lembrados pelos civilistas: a pintura em relação à tela; a escultura em relação à pedra, madeira ou metal; o trabalho gráfico em relação ao papel ou assemelhados; o bordado, ao tecido ou à linha, além da manipulação industrial em relação a toda espécie de matérias-primas. Em qualquer caso, todavia, a “novidade” é encarada em sentido econômico e não filosófico, vale dizer que a nova *species* há de resultar de alteração dotada de importância.

O Código Civil¹⁰ regula a especificação somente no contexto em que o especificador utiliza matéria-prima alheia. Nesse caso, dita a lei que adquirirá a propriedade da coisa o especificador de boa-fé, se não for possível restabelecer a forma precedente; mas, se de má-fé, a espécie nova será do proprietário da matéria-prima. No entanto, no caso das obras de arte, é muito provável que o valor da espécie nova exceda consideravelmente o da matéria-prima, hipótese em que esta será do especificador, que ressarcirá eventuais danos ao primeiro proprietário.

Percebe-se, no que tange tanto às criações intelectuais, em geral, quanto às pinturas, em particular, a coexistência de dois tipos de propriedade: a propriedade imaterial, conexas aos direitos do autor, incluídos os direitos morais e patrimoniais do criador da obra; e a propriedade material, relacionada ao direito sobre o suporte físico da obra, que confere ao seu titular, em princípio, todos os atributos e poderes inerentes a ela. Vê-se que o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica cabe, portanto, ao seu autor¹¹.

⁸ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 set. 2018.

⁹ PEREIRA, op. cit., p. 167.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 6. Artigos 1269 a 1271.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 3. Art. 28.

Por um lado, nos termos da Lei de Direitos Autorais¹², os direitos morais do autor são inalienáveis, irrenunciáveis e perpétuos. Por outro lado, certo é que pode o autor alienar a propriedade sobre o suporte físico de sua obra, bem como ceder os direitos patrimoniais sobre a sua criação, que, como visto, submetem-se ao princípio da temporariedade. Aliás, são essas possibilidades bastante relevantes para que o artista aufera lucros com o seu trabalho.

É nítido que a lei procura proteger os direitos do autor mesmo após a alienação da obra. Observa-se, por exemplo, que o artigo 38 da LDA garante ao autor o direito irrenunciável e inalienável de perceber, no mínimo, cinco por cento sobre o aumento do preço eventualmente verificável em cada revenda de obra de arte original que houver alienado. Ainda, o artigo 77 da lei prevê que o autor de obra de arte plástica, como a pintura, 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. Para a reprodução, é mister a autorização por escrito, que se presume onerosa¹³.

Neste trabalho, entretanto, não se pretende examinar o acesso às obras de arte enquanto ainda estiverem sujeitas aos direitos patrimoniais do autor, mas sim analisar a tensão entre o direito do proprietário da obra de arte que já esteja sob o domínio público e o direito da coletividade a acessá-la. Nesse cenário, admitem-se como proprietários eventuais sucessores do autor, no caso de a obra não ter sido alienada a outrem, ou terceiros que a tenham adquirido no comércio de obras de arte. Evidentemente o proprietário da obra não será o seu autor, dado que uma pintura sob o domínio público tem necessariamente autor desconhecido ou já falecido¹⁴.

Suponha-se que um sujeito deseje reproduzir uma pintura do artista surrealista René Magritte, cujas obras caíram em domínio público em 1º de janeiro de 2018. Não é encontrada em meio eletrônico nenhuma imagem da pintura desejada em resolução suficiente para a utilização, de modo que precisará acessar diretamente o local onde está a obra original. Caso a obra esteja exposta em um museu, será necessário que o sujeito compareça ao local de exposição. Possivelmente, submeter-se-á ao pagamento de um valor para o ingresso. Uma vez lá, se precisar de uma estrutura mais complexa para efetuar a reprodução da pintura, terá que pedir autorização do museu e, em alguns casos, realizar outro desembolso. Ainda mais complicada é a situação caso o suporte físico no qual está o conteúdo imaterial sob o domínio público seja de propriedade de um colecionador privado. Nessa hipótese, não pode o sujeito violar a propriedade do dono da pintura para ter acesso a ela. No mínimo, terá que entrar em

¹² *Ibid*, art. 27.

¹³ *Ibid*, art. 78.

¹⁴ Deve-se observar, nesse caso, o disposto nos artigos 44 e 45, I da Lei nº 9.610/98.

acordo com o proprietário da tela para obter acesso à criação de Magritte. Fica claro que a dissociação entre o corpo mecânico e o corpo místico limita o instituto do domínio público, enfraquecido diante do alto valor atribuído pelo ordenamento jurídico ao tradicional direito de propriedade do objeto material.

Deve ser apontada, enfaticamente, a gravidade da limitação ao acesso do público às pinturas sob o domínio público, o que, pela semântica, já demonstra a incongruência existente. Afinal, a impossibilidade de se conhecer obras de renomados artistas que representam, em suas criações, impressões do período histórico em que viveram – e muitos aspectos mais – causa incalculável prejuízo à sociedade.

Uma alternativa para garantir o acesso do público às referidas obras se daria por meio da desapropriação, intervenção do Estado na propriedade privada por meio da qual se transformaria o bem privado em público, mediante justa e prévia indenização. Encontra amparo constitucional do artigo 5º, XXIV da Lei Maior¹⁵, que dispõe: “a lei estabelecerá o procedimento para a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”. Sobre o instituto

os requisitos constitucionais exigidos para a desapropriação resumem-se na ocorrência de necessidade ou utilidade pública ou de interesse social no bem a ser desapropriado e no pagamento de justa e prévia indenização em dinheiro. O interesse social determina muitas vezes uma limitação à propriedade individual, que pode chegar à sua supressão ou transferência forçada, pois, como se sabe, não vigora mais nos dias atuais a concepção absoluta dessa propriedade, que deve conciliar-se aos interesses da coletividade¹⁶.

Trata-se, porém, de medida extrema de caráter excepcional, tendo em vista o seu significativo impacto no direito fundamental de propriedade. Além da excepcionalidade da medida, seria preciso desembolsar elevado valor para a indenização e providenciar condições adequadas para o acondicionamento da obra.

Não se vislumbra, hoje, a possibilidade real de se proporcionar o acesso da sociedade à pintura caída em domínio público pela via da desapropriação. É que se admite, com pesar, que o direito à cultura, apesar de direito fundamental, não apresenta o caráter de essencialidade que outros direitos fundamentais, tais como a saúde e a educação básica, fazem-no. Assim, deve

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 8.

¹⁶ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Aquisição e Propriedade de Obras de Arte. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marçílio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito da Arte*. São Paulo: Atlas, 2015, p.351.

o Estado dar prioridade à efetivação destes direitos, e a realidade mostra que o investimento nessas áreas já não tem sido suficiente. A expectativa de que o Estado possa voltar a sua atenção às obras de arte, nessas circunstâncias, corre o risco de ser encarada como utopia.

Atualmente, portanto, o direito de propriedade do colecionador privado prevalece sobre o direito coletivo à livre reprodução da pintura sob o domínio público, uma vez que não há na legislação brasileira previsão efetiva de mitigação do primeiro e sólido direito em prol do acesso à obra, muitas vezes necessário à efetivação do segundo direito.

Quanto aos museus, é inquestionável a sua função de disseminar o conhecimento e de aproximar cultura e sociedade; da qual decorre o dever de garantir amplo acesso ao seu acervo. Compreensível, porém, a cobrança de entrada no local de exposição, desde que compatível com os custos para a manutenção do local e dos funcionários e para a conservação das obras. Aponta-se como uma boa forma de proporcionar o acesso livre e gratuito às pinturas sob o domínio público a disponibilização por meio da rede mundial de computadores de imagens em alta resolução que propiciem o seu uso e a sua reprodução. Ocorre que os museus têm cobrado direitos patrimoniais do autor sobre essas fotografias, a pretexto de serem obras independentes em relação às pinturas fotografadas, tema que será estudado no próximo capítulo.

3. A PROTEÇÃO DO DIREITO AUTORAL SOBRE A FOTOGRAFIA QUE REPRODUZ A OBRA DE ARTE BIDIMENSIONAL SOB O DOMÍNIO PÚBLICO

Os relatos históricos costumam apontar que a fotografia surgiu na primeira metade do século XIX, mais especificamente em 1826, quando o francês Joseph Niépce elaborou a primeira foto da História usando uma câmera escura. Passada pouco mais de uma década, a criação de Niépce foi aperfeiçoada por seu conterrâneo Louis Daguerre, a quem se atribui a invenção do daguerreotipo, instrumento precursor da máquina fotográfica.

Também no século XIX, desenvolveu-se, principalmente na Europa, o Realismo, movimento de expressão literária e artística que privilegia a objetividade no tratamento da realidade. Nesse contexto, a fotografia, nos primeiros anos após o seu nascimento, era vista somente sob o seu aspecto documental, ou seja, como meio de reprodução exata da realidade. À época, afastava-se a possibilidade de a fotografia ser inserida no campo das Artes. Afinal, a sua formação dependeria da utilização de uma máquina e não há a participação das mãos do artista, diferentemente do que ocorre com a produção das pinturas e das esculturas.

Apenas no final do século XX, passa-se a admitir o papel da fotografia como meio de expressão artística. Reconhece-se que a imagem ali retratada vai além do registro de um ponto localizado no tempo e no espaço, pois está imbuída da escolha do fotógrafo em relação ao ângulo e a forma pela qual decidiu representar o objeto representado. Demonstra-se a presença de uma subjetividade autoral que ultrapassa a objetividade consubstanciada na máquina fotográfica.

Hoje não há dúvidas de que as fotografias, sejam de um fotógrafo amador, sejam de um fotógrafo profissional, estão sob o manto de proteção do Direito Autoral, conforme previsão expressa no art. 7º, VII da Lei de Direitos Autorais¹⁷. Em regra, portanto, a reprodução e a utilização dessa obra intelectual protegida dependem do consentimento prévio e expresso de seu autor, devendo-se sempre dar a ele o reconhecimento da autoria. O direito do autor de obra que eventualmente seja objeto de fotografia também é protegido. Observa-se, porém, que, como já estudado nos capítulos anteriores, o seu viés patrimonial se esvai no momento em que a obra cai em domínio público.

É importante compreender que a tutela proporcionada pela LDA tem como base um pressuposto que caracteriza a criação intelectual, qual seja, a originalidade. Tal pressuposto mínimo previsto no Direito pátrio funciona como estímulo à produção de algo que decorra da criatividade e da individualidade do sujeito autor.

É pacífico no ordenamento jurídico brasileiro a qualificação da obra fotográfica como criação intelectual protegida, diante da capacidade que a fotografia apresenta de transmitir ao seu espectador a visão original do fotógrafo. Essa particularidade demonstra a subjetividade ínsita, em regra, às fotografias. Indaga-se, porém, se toda fotografia ostenta os requisitos necessários à aplicação da proteção legal. Este trabalho defende a resposta em sentido negativo.

Toma-se como premissa que o artigo 7º, VII da LDA, ao estabelecer que as obras fotográficas são obras intelectuais protegidas, deva ser interpretado à luz dos pressupostos da criatividade, da originalidade e da individualidade. Assim, entende-se que

como toda a tutela do direito de autor baseia-se na criação, na originalidade, ainda que relativa, mas sempre com a tônica da individualidade, não são taxativos nem o rol do artigo 7º, que contempla as obras protegidas, nem o do artigo 8º que apresenta o elenco de obras não protegidas, sobre as quais não incide direito de autor. A obra é protegida, no elenco exemplificativo do artigo 7º, desde que tenha criatividade e originalidade, dignas de tutela; (...) ¹⁸.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁸ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Requisitos Fundamentais para a Proteção Autoral de Obras Literárias, Artísticas e Científicas. Peculiaridades da Obra de Artes Plásticas. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito da Arte*. São Paulo: Atlas, 2015, p.299.

Nessa linha, passa-se a questionar como se dá a proteção conferida pelo direito de autor à fotografia que reproduz uma obra de arte bidimensional. Frisa-se que, em relação às obras de arte tridimensionais, como as esculturas, é inegável que a opção do artista quanto à perspectiva em que decide fotografar configura a originalidade que enseja a incidência da proteção. No que toca às pinturas, entretanto, são comuns as fotografias que visam apenas a reproduzir o conteúdo contido no quadro, conteúdo esse de autoria do pintor.

O tema foi tratado no caso *Bridgeman Art Library v. Corel Corporation* submetido à Corte Federal do Distrito Sul de Nova Iorque, em 1998. A companhia *Corel* vendia CD-ROOM's que continham imagens digitais de pinturas de artistas europeus, todas já sob o domínio público conforme as normas de direito autoral dos países de cada pintor. A *Bridgeman* ajuizou ação contra a *Corel* alegando ter *copyright* ou direito de cópia¹⁹ sobre as fotografias vendidas, sustentando que algumas daquelas imagens provinham, inclusive, de coleções privadas, às quais apenas a Biblioteca teria acesso. Foi concedido o pedido formulado pela *Corel* no sentido de ser proferido julgamento sumário em desfavor da requerente para extinguir o pleito. A Corte entendeu que as fotografias que meramente reproduziam as obras de arte bidimensionais sob o domínio público não apresentavam originalidade digna de proteção, até porque a intenção dos trabalhos era justamente elaborar reproduções exatas das pinturas, sem lhes acrescentar nenhuma contribuição original.

Assim como a *Bridgeman Art Library*, o Museu do Louvre, em Paris, um dos museus mais conhecidos do mundo, resguarda direitos de autor sobre as fotografias dos itens de seu acervo que disponibiliza em seu sítio eletrônico. Ali, lê-se o alerta de que as reproduções em fotografia expostas são protegidas pelo direito de propriedade intelectual²⁰. Isso significa que a fotografia da famosa obra de Leonardo di ser Piero da Vinci, *La Gioconda* ou *The Mona Lisa*, já sob o domínio público, encontrada no *site*, não pode ser utilizada sem a prévia autorização do Museu, em decorrência dos direitos sobre a obra fotográfica.

Ocorre que o fotógrafo de uma reprodução não acrescenta à fotografia a sua própria visão, mas somente representa a visão do artista do qual a obra reproduziu. As reproduções fiéis não dão espaço para escolhas criativas nem para a individualidade. Aliás, se uma reprodução transmitir a subjetividade do fotógrafo não será considerada uma boa reprodução, ou seja, terá falhado o fotógrafo ao não atingir o escopo de seu trabalho: a cópia fiel. Entende-se que

¹⁹ Observa-se que o sistema de proteção do *copyright* é adotado no direito anglo-saxão e apresenta enfoque no viés patrimonial dos direitos do autor.

²⁰ *Louvre Museum Official Website*: <<https://www.louvre.fr/en/conditions-use-images>>. Acesso em: 25 set. 2018.

trabalhos literários e artísticos são o resultado de um ou mais de três tipos de escolhas: escolhas técnicas, aquelas que são essencialmente ditadas pela técnica usada (...); escolhas funcionais, aquelas ditadas pela função a que um trabalho utilitário servirá (...); e finalmente escolhas criativas, aquelas que verdadeiramente se originam do autor e que, se outra pessoa as tivesse tomado, muito provavelmente se alcançaria um resultado diferente. Fotografias reprodutivas não resultam do terceiro tipo de escolhas, mas apenas do primeiro e do segundo: são o resultado de prévias condições técnicas, como a luz e a distância, etc. e o propósito de retratar a obra de arte original o mais fielmente possível.²¹

A habilidade e a técnica do fotógrafo, sozinhas, não configuram a originalidade. É certo que uma fotografia pode ser tão artística quando uma pintura ou uma escultura, mas nem sempre o é. Quando a fotografia não leva ao espectador uma qualidade especial que a caracterize como original, inexistente criação mínima que de alguma forma contribua com a sociedade, o que constitui o objetivo principal da LDA ao estimular os autores por meio da proteção. Não há, assim, justificativa para a concessão de proteção autoral ao trabalho que não apresente sequer uma originalidade relativa e que se limite a reproduzir uma obra já criada. Nas palavras de Pedro Marcos Nunes Barbosa, “quem não empenha uma mínima criatividade para realizar uma combinação original certamente não será agraciado pelo especial resguardo jurídico, diferentemente daquele outro que perpassou o filtro meritório da criação real.”²² Entendimento distinto violaria o princípio constitucional da isonomia.

É inevitável concluir que as obras fotográficas que objetivam a mera reprodução da obra de arte bidimensional não devem receber a proteção do direito autoral. Admite-se que deva ser dado crédito ao fotógrafo pela sua técnica; no entanto, tratando-se de reprodução de obra cuja criação intelectual não se atribua ao fotógrafo, mas sim ao artista da obra original sob o domínio público, não devem ser cobrados direitos patrimoniais sobre a fotografia.

Finalmente, defende-se que a postura correta a ser adotada pelos museus deveria ser aquela que se verificou praticada pelo Museu de Arte de São Paulo (MASP). O MASP informa em seu sítio eletrônico que não cobra a disponibilização de imagens pertencentes ao seu acervo,

²¹ PETRI, Grischka. *The Public Domain vs. The Museum: The Limits of Copyright and Reproductions of Two-dimensional Works of Art*. Disponível em: <<https://www.jcms-journal.com/articles/10.5334/jcms.1021217/>>. Acesso em: 20 mar. 2018; p. 5: “*Literary and artistic works are the result of one or more of three types of choices: technical choices, those that are essentially dictated by the technique used (...); functional choices, those dictated by the function that a utilitarian work will serve (...); and finally creative choices, those that truly stem from the author and where, if someone else has produced the work, there would most likely have been a different result. Reproductive photographs are not the result of the third type of choices but only of the first and second: they are the outcome of technical preconditions such as light, distance, etc., and the functional purpose of rendering the original work of art as faithfully as possible*”. Tradução livre.

²² BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Originalidade em crise. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 15, p.33-48, jan./mar. 2018, p. 47.

devendo-se respeitar a política de uso de imagens descrita no formulário de requisição que protege os direitos de autor concernentes às obras que não estão sob o domínio público.²³

Agir de forma diferente seria limitar significativamente o acesso do público às obras de arte, o que causaria um grande prejuízo ao direito ao conhecimento e à cultura.

CONCLUSÃO

O direito de autor apresenta dois aspectos: o moral e o patrimonial. Os direitos morais do autor se inserem no campo dos direitos da personalidade e se caracterizam como inalienáveis e irrenunciáveis. Os direitos patrimoniais, por sua vez, são considerados bens móveis passíveis de cessão. Sua proteção tem como objetivo o estímulo às criações intelectuais, uma vez que se assegura ao criador o recebimento dos frutos que a sua obra possa gerar. No entanto, em atenção aos princípios da proporcionalidade e da temporariedade, o direito patrimonial do autor não é perpétuo. Prevê a Lei de Direitos Autorais, em regra, o prazo de 70 anos, contados a partir do primeiro dia do ano subsequente ao do falecimento do autor, após o qual a obra cairá em domínio público.

A obra intelectual sob o domínio público pode ser reproduzida livremente por quem o desejar, mantido apenas o direito moral do autor, que impõe que se dê o crédito da criação ao criador da obra original. No caso das obras de arte bidimensionais, porém, constata-se a indissociabilidade entre a criação intelectual – a pintura – e o seu suporte físico – a tela e a tinta. Diante disso, constata-se uma tensão entre o direito da coletividade ao acesso à obra de arte sob o domínio público - premissa necessária à efetividade do direito à livre reprodução -, e o direito de propriedade perpétuo e oponível *erga omnes* daquele que é dono do suporte físico. Ambos os direitos em conflito são direitos fundamentais.

Nesse contexto, limites impostos pelo proprietário do quadro ao acesso da coletividade à criação intelectual ali contida encontram, em tese, legitimidade fundada no direito de propriedade. Entretanto, entende-se que deve ser atribuída preponderância ao direito da coletividade a conhecer as obras de arte que, muito além da técnica, comportam manifestações artísticas que contam diferentes perspectivas e impressões sobre os períodos históricos pelos quais passaram a humanidade. Admite-se, porém, que proporcionar eficácia ao direito à cultura

²³ Museu de Arte de São Paulo Assis Chateaubriand: <<https://masp.org.br/acervo/intercambio>>. Acesso em: 25 set. 2018.

não seja, hoje, uma das prioridades do Estado, já que tal direito não contém a essencialidade e a urgência inerentes a outros direitos fundamentais, como a saúde e a educação básica. Assim, não se vislumbra a possibilidade de tomada de medidas por parte do Estado, por ora, que ampliem a efetividade do domínio público nesses casos.

Defende-se, como solução para que se compatibilize o direito de acesso à obra ao direito do proprietário da tela, a disponibilização de fotografias em alta resolução que reproduzam as obras de arte sob o domínio público na rede mundial de computadores. Sobre as fotografias não devem incidir direitos do autor, porque elas carecem de originalidade mínima, pressuposto necessário à proteção legal. Desse modo, dar-se-ia mais eficácia ao domínio público o que promoveria, em última análise, o direito fundamental à cultura e ao conhecimento.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y. *Comentários à Lei de Direitos Autorais e Conexos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Originalidade em crise. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 15, p.33-48, jan./mar. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. *Lei nº 9.610*, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. *Lei nº 10.403/2002* de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 07 set. 2018.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Requisitos Fundamentais para a Proteção Autoral de Obras Literárias, Artísticas e Científicas. Peculiaridades da Obra de Artes Plásticas. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito da Arte*. São Paulo: Atlas, 2015.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Aquisição e Propriedade de Obras de Arte. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito da Arte*. São Paulo: Atlas, 2015.

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. *Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Volume IV, Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PETRI, Grischka. *The Public Domain vs. The Museum: The Limits of Copyright and Reproductions of Two-dimensional Works of Art*. Disponível em: <<https://www.jcms-journal.com/articles/10.5334/jcms.1021217/>>. Acesso em: 20 mar. 2018.