

FOTOGRAFIA – INTERNET – PATRIMÔNIO CULTURAL
PHOTOGRAPHY - INTERNET - CULTURAL HERITAGE

Carla Eugenia Caldas Barros¹

Professora Titular da graduação e do mestrado em Direito da Universidade Federal de
Sergipe.

RESUMO

O artigo tem como núcleo o direito autoral do fotógrafo, no que tange a internet e sua proteção nos âmbitos do patrimônio cultural e do interesse público. Analisa-se a evolução da fotografia desde os primórdios, ainda como mero invento e técnica, para depois afirmar-se como arte, concentrando-se nos desdobramentos jurídicos a ela relacionados. Também se estuda a internet quanto a sua natureza, necessariamente voltada ao direito à informação, discutindo-se a questão autoral de fotografias nela disponibilizadas. Por fim, o trabalho concentra-se no tão importante patrimônio cultural, particularmente no que toca ao inventário e o registro desse bem imaterial, defendendo-se o valioso papel que o fotógrafo pode desempenhar no *humus* público atinente à documentação e divulgação da diversidade cultural brasileira, sem prejuízos de direitos autorais.

Palavras Chave: Fotografia. Internet. Patrimônio cultural

ABSTRACT

The article has as its core the author's right of the photographer, as it pertains to the Internet and its protection in the areas of cultural patrimony and public interest. It's analyzed the photography evolution since its beginning, still as simple invention and technique, to after establish itself as art, focusing on juridical developments associated to it. Also are studied the Internet as to its nature, necessarily focused on right to information, being debated the authorial question of photos on it available. Finally, the work focuses on important question of cultural patrimony, particularly with regard to inventory and register of this immaterial property, being defended the valuable function of the photographer in the public *humus*, referent to documentation and to dissemination of Brazilian culture, without damages for the authorial rights.

Keys word: Photography. Internet. Cultural heritage

¹ Artigo originalmente publicado no livro Propriedade Intelectual & Internet Vol II, Páginas 355 a 371. Editora Juruá, 2011 | carlaeugenia2010@gmail.com

Quando, em 1835, o francês Louis Jacques Daguerre, valendo-se dos trabalhos de Joseph Nicéphore Niépce, conseguiu, pela primeira vez, fixar a imagem pela ação direta da luz, deu início ao que hoje se considera como fotografia, sem dúvida, com facilidade, conseguiu um objeto de direito intelectual, mas restrito à patente². O fato é que, na época, a fotografia se restringiu à tecnologia, uma vez que não se percebia a possibilidade da fotografia como arte, razão de outra modalidade de direito intelectual, no caso, o direito autoral.

Niépce, em seus primeiros experimentos, obteve imagens que logo desapareciam. Após várias tentativas, conseguiu retardar cada vez mais o desaparecimento da imagem, até obter a primeira fotografia de que se tem notícia em 1826 (até hoje existente), “Vista da janela de Le Gras”. Ele denominava o processo que inventou de “heliografia”. O feito de Daguerre consistiu no desenvolvimento de um processo que envolvia a aplicação de vapor de mercúrio, o que reduziu substancialmente o tempo de revelação. Esse processo ficou conhecido por “daguerreotipia”.

Ainda no século XIX, no Brasil, trabalhando isoladamente, Hercules Florence, um francês radicado em Campinas, desenvolveu, primeiramente, um meio de impressão, que denominou “polygraphie”. Depois, preocupado com um método de reprodução que utilizasse a luz solar, descobriu um processo fotográfico que nomeou “photographie”. Isso se deu em 1832, antecipando-se, portanto, a Niépce e Daguerre. No ano seguinte, 1833, conseguiu fotografar com câmara escura, usando uma chapa de vidro e papel sensível à luz.

Observa Denis Barbosa³ que o direito de autor passou objeto de lei em 1827, com o decreto que instituiu as faculdades de Direito de Olinda (depois do Recife) e de São Paulo, mas restrito aos textos dos professores dessas instituições. Em 1882, ao propor nova classificação dos direitos civis, em concurso para docência na Faculdade de Direito do Recife, Tobias Barreto de Menezes observava: “[...] sendo digno de nota que a coisa não deixara de causar espanto e motivar mais de uma interpelação particular sobre o sentido e o alcance daquela espécie de *corvo* branco, por mim qualificada de *direito autoral*”⁴. Segundo Clóvis Bevilacqua, “cabe [...] a Tobias a honra de ter, pela primeira vez, entre nós, colocado a questão em sua exata postura científica e a felicidade de ter encontrado uma expressão que obteve aceitação geral”⁵. Todavia, ateu-se Tobias Barreto “[...] ao exposto no Código Criminal do Império que prescrevia penas que protegiam a então convencional propriedade

² A propósito, Daguerre ao vender seu invento ao governo francês, consagrou-se a co-titularidade da invenção, uma vez que, a título de remuneração, por força de contrato de sociedade, passou a perceber a pensão vitalícia de 6000 francos anuais, enquanto Isidore Niépce, sucessor de Nicéphore passou a receber 4000 francos.

³ Barbosa, 2011.

⁴ Tobias Barreto, 1991, p. 249 (destaques no original).

⁵ Bevilacqua, 1927, p. 115-116.

literária, mas tão-somente elas, sem adentrar nas conseqüências legais mais profundas da matéria”⁶.

O legislador brasileiro, por seu lado, no século XIX, se preocupava com a proteção autoral das fotografias, tanto que, na Lei nº 496, de 1º de agosto de 1898, consta:

Art. 2º. A expressão « obra litteraria, scientifica ou artistica » comprehende: livros, brochuras e em geral escriptos de qualquer natureza; obras dramaticas, musicaes ou dramatico-musicaes, composições de musica com ou sem palavras; obras de pintura, esculptura, architectura, gravura, lithographia, **photographia**⁷, illustrações de qualquer especie, cartas, planos e esboços; qualquer producção, em summa, do dominio litterario, scientifico ou artístico.

Ainda dispunha o estatuto em tela, em seu art. 13, sobre a formalidade exigida para a garantia dos direitos de autor, no caso, o registro na Biblioteca Nacional. No primeiro parágrafo do dispositivo, estabelece que o registro de fotografia deveria ser mediante um exemplar em perfeito estado de conservação, ao modo das litogravuras, obras literárias e científicas. Por fim, é prevista, no segundo parágrafo do mesmo artigo, a fotografia como meio de registro, no que toca às esculturas, às pinturas e às obras arquitetônicas.

O Código Civil de 1916 estabelece, no art. 649, que “ao autor de obra literária, científica, ou artística pertence o direito exclusivo de reproduzi-lo”. No art. 673, preconiza:

Para segurança de seu direito, o proprietário de obra divulgada por tipografia, litografia, gravura, moldagem, ou qualquer outro sistema de reprodução, depositará com destino ao registro, dois exemplares na Biblioteca Nacional, no Instituto Nacional de Música ou na Escola Nacional de Belas Artes do Distrito Federal, conforme a natureza da publicação.

Como se observa, o estatuto civil de 1916, diferentemente da Lei nº 496/1898, deixa o direito autoral sobre a fotografia implícito na expressão “qualquer sistema de reprodução”. Pontes de Miranda posicionou-se desta maneira: “o Código Civil brasileiro não se referiu à fotografia, mas deixou à doutrina definir, conforme o sistema jurídico, obra artística”⁸. Exatamente por esse entendimento, verifica-se um impasse doutrinário, uma vez que ficou o jurisconsulto sujeito às questões que não só envolvem o conceito de obra de arte em si, mas também a admissibilidade da fotografia como tal, sendo não poucos os que a excluam do rol das artes. Não fosse a Lei nº 496/1898, haveria, portanto, um vazio grave na legislação brasileira. Por sinal, o próprio Pontes de Miranda ressalta na mesma obra, adiante,

⁶ Barros, 2009, p. 49.

⁷ Destaque da autora.

⁸ Pontes de Miranda, 1977, 134.

que, “no sistema jurídico brasileiro, a fotografia é protegida como a pintura e a escultura, sem se entrar na apreciação do mérito”⁹.

Persistiu por muito tempo, como até hoje persiste, embora em escala inexpressiva, o entendimento de que as obras fotográficas não podem ser consideradas como arte, já que consistem em cópias da natureza, ainda que os fotógrafos nelas introduzam o que seriam “jeitos” ou “artifícios”, frutos de meras manipulações técnicas. A respeito disso, J. M. de Carvalho Santos observava, em sua interpretação do art. 655, do Código Civil de 1916: “Sobre a exigência de se tratar de uma obra de arte, aos tribunais cabe decidir, se, no caso, a obra deve ser considerada como tal, ou, se não tem o caráter de artística, não devendo, assim gozar de nenhuma proteção”¹⁰.

O fato é que a Conversão de Berna¹¹, embora em seu texto original, de 1886, omitisse a fotografia da lista de obras protegidas, em sua revisão de 1908 (Conferência de Berlim), incluiu-a ao estabelecer: “La présente Convention s’applique aux œuvres photographiques et aux œuvres obtenues par un procédé analogue à la photographie. Les pays de l’Union sont tenus d’en assurer la protection”¹². Portanto, na época da promulgação do antigo Código Civil, a despeito de suas posições conceituais, o doutrinador brasileiro, por força da Lei nº 496/1898 e da Convenção de Berna, já tinha suporte jurídico suficiente para garantir a fotografia como obra sujeita à proteção autoral.

No entanto, em sua revisão de 1948, em Roma, a convenção em comento, praticamente, se restringiu à previsão de 1908, ao contemplar a fotografia (texto preservado até hoje):

Les termes “œuvres littéraires et artistiques” comprennent toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu’en soit le mode ou la forme d’expression, telles que: [...] les œuvres photographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la photographie [...]”¹³.

A propósito, dois anos antes da revisão de Roma, da Convenção de Genebra, a conhecida Convenção de Washington, formalmente denominada de Convenção Interamericana sobre os Direitos de Autor em Obras Literárias, Científicas e Artísticas, assim se posicionou, no primeiro parágrafo do art. 5º:

⁹ Ibidem, p. 186.

¹⁰ Carvalho Santos, 1961, p. 437.

¹¹ Que contou com a adesão brasileira em 1922.

¹² *Apud* ibidem, p. 134-135.

¹³ OMPI, 2011.

Serão protegidas como obras originais sem prejuízo do direito de autor sobre a obra original, as traduções, adaptações, compilações, arranjos, compêndios, dramatizações ou outras versões de obras literárias, científicas e artísticas, inclusive as adaptações fotográficas e cinematográficas¹⁴.

Por seu lado, a Declaração Universal de Direitos Humanos, promulgada em 1948, de forma implícita, estende suas garantias aos autores de fotografias, na expressão do segundo item de seu art. 27: “Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor”.

Atendo-se ao Código Civil de 1916 e aos diplomas internacionais mencionados, excetuando-se a Declaração Universal de Direitos Humanos, Pontes de Miranda conclui que o fotógrafo é titular de três direitos autorais distintos. O primeiro deles é o de especificador ou dono de matéria nova, “que trabalhou com material em parte seu (art. 611), ou, de boa fé, com material alheio (art. 612), ou, de boa fé ou de má fé, com material alheio, obteve fotografia que vale consideravelmente mais do que a matéria-prima (art. 612, § 2º). O segundo diz respeito às fotografias dos “que se põe na atitude radical positiva”, a ponto de elas serem consideradas como obras de arte, não se distinguindo o profissional do amador, o talentoso do imaginativo etc. Por fim, o terceiro, o entendimento da proteção da fotografia como um trabalho de arte¹⁵.

Portanto, passou o fotógrafo a figurar como o único titular do direito autoral, mas da fotografia em si, não de seu objeto, o mesmo panorama, protegendo-se assim o direito de outro fotógrafo, artista plástico ou assemelhado recorrerem ao mesmo objeto em suas produções individuais. Enfim, como ressaltava Pontes de Miranda, “o que se tutela é o resultado técnico objetivo, e não a escolha do motivo, ou a espécie de pose, ou a colocação da luz”¹⁶.

Passo importante, na história do direito autoral brasileiro, ocorreu com a promulgação da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os direitos autorais. Entre suas contribuições estava a busca de solução para as controvérsias sobre determinados aspectos, especialmente no toca a cessão do negativo original da fotografia, se nesse ato está implícito o direito de reprodução. Outro exemplo é a obrigatoriedade da menção do nome do autor, quando reproduzida a fotografia por qualquer meio ou processo, independentemente de ele deter ou não a propriedade de sua obra. Ainda, válido o acréscimo,

¹⁴ Decreto Legislativo n. 12/1948.

¹⁵ Pontes de Miranda, 1977, p. 134-136.

¹⁶ Ibidem, p. 186.

resolveu a imprecisão estabelecida no art. 673, do Código Civil de 1916, apesar de preservar parte de sua redação, ao reconhecer o direito de o fotógrafo registrar sua obra¹⁷.

A lei de 1973 explicitamente eliminou a ambigüidade do art. 673 do CC/16, apesar de manter muito da redação deste, acrescentando em seu art. 17 que o autor da obra “poderá registrá-la”

Substituindo a Lei nº 496/1898 e complementando a expressão do Código Civil, assim se exprime a então novo diploma em seus sexto artigo:

São obras intelectuais as criações do espírito, de qualquer modo exteriorizadas, tais como:

[...]

IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;

[...]

VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia, desde que, pela escolha de seu objeto e pelas condições de sua execução, possam ser consideradas criação artística;

[...].

Trata, também, da questão do colaborador, estabelecendo que “a autoria da obra em colaboração é atribuída àquele ou àqueles colaboradores em cujo nome, pseudônimo ou sinal convencional for utilizada”¹⁸. Em vista disso, cuida de asseverar que não se considera colaborador o mero auxiliar do autor da obra intelectual, aquele que revê, atualiza, fiscaliza ou dirige, por exemplo, a reprodução para efeitos de divulgação ou distribuição da obra fotográfica¹⁹.

A Lei nº 5.988/73 nomeou, em seu art. 17, as instituições competentes para o registro da obra intelectual, sendo elas, a Biblioteca Nacional, a Escola de Música e a Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, o Instituto Nacional de Cinema, como também o Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia. A instituição deve ser escolhida segundo suas afinidades com a obra envolvida, no caso da fotografia, certamente, a Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio Janeiro²⁰.

Em relação à durabilidade da proteção, foi estabelecido um prazo de 60 anos²¹. Já na época, o legislador preocupou-se com a licitude da reprodução de fotografias em obras

¹⁷ Art. 17, Lei nº 5.988/1973.

¹⁸ Art. 14, *Caput*, ibidem.

¹⁹ Art. 14, § único, ibidem.

²⁰ <http://www.eba.ufrj.br/index.php?option=com_content&task=blogsection&id=5&Itemid=55>.

²¹ Art. 45, Lei nº 5.988/1973.

científicas ou didáticas, reconhecendo-a, desde que indicado o nome do autor e efetuado pagamento de valor fixado pelo hoje extinto Conselho Nacional de Direito Autoral²².

A Lei nº 5.988/1973, em seu art. 56, estabelece de forma incisiva: “A tradição de negativo, ou de meio de reprodução análogo, induz à presunção de que foram cedidos os direitos do autor sobre a fotografia”. A doutrina mais recorrente pugna, ao lado dessa disposição, pela preservação do direito moral do autor, embora se transfiram os direitos de reprodução ou republicação, enfim, patrimoniais, ficando obrigatória, por conseguinte, a clara indicação da origem da fotografia e de sua autoria. Certamente, essa vertente tem posição sustentada no parágrafo 1º, do art. 82, uma vez que “a fotografia, quando divulgada, indicará de forma legível o nome de seu autor”. O fato é que, descumprida essa exigência, o responsável pela utilização da fotografia responderá por danos morais e fica obrigado à imediata divulgação da identidade do autor²³.

Outro detalhe é a exigência de a reprodução estar em absoluta consonância com o original, exceto quando há autorização prévia do autor²⁴.

Ainda, lê-se no *caput* do art. 82:

O autor de obra fotográfica tem direito a reproduzi-la, difundí-la e colocá-la à venda, observadas as restrições à exposição, reprodução e venda de retratos, e sem prejuízo dos direitos de autor sobre a obra reproduzida, se de artes figurativas.

Quanto às restrições da fotografia de pessoas, observa Antônio Chaves: “Razoável, pois, que a lei consigne dispositivo de acordo com o qual o retrato de uma pessoa não possa ser publicado e posto à venda seu consentimento expresso ou tácito”²⁵. De modo semelhante procedeu a lei em relação à exposição, difusão ou exibição de fotografias de operações cirúrgicas, exigindo autorização do cirurgião e da pessoa operada e, no caso de esse falecer, do cônjuge ou de seus sucessores²⁶.

Pouco mais de um ano depois, através do Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975, é promulgado então o novo texto da Convenção de Berna, em 1971, em Paris. Assim ficou a redação do primeiro item do art. 2º, da mencionada convenção:

Os temas “obras literárias e artísticas” abrangem todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão,

²² Art. 51, *ibidem*.

²³ Art. 126, *caput*, *ibidem*.

²⁴ § 2º, art. 82, *ibidem*.

²⁵ Chaves, *apud* Oliver, 1991, p. 75.

²⁶ Art. 90, Lei nº 5.988/1973.

tais como os livros, brochuras e outros escritos [...] as obras fotográficas e da fotografia [...]²⁷.

No art. 7º do estatuto internacional, preservou-se a liberdade dos países signatários, para estabelecer o prazo de proteção das obras fotográficas, ressaltando, no entanto, que não poderia ele ser inferior a 25 anos²⁸, contados da data da efetivação da obra. Concedida a proteção em data posterior à morte do autor, a contagem do prazo passa a ser a partir do dia primeiro de janeiro do ano seguinte ao de seu falecimento.

No mesmo ano, surgiu o Decreto nº 76.905, de 24 de dezembro de 1975, promulgando a Convenção Universal do direito do Autor (CUDA), aprovada em Genebra, Suíça, e revista em Paris, em 24 de junho de 1971, um mês antes da revisão da Convenção de Berna. Administrada pela UNESCO, ela se caracterizou por disposições menos rigorosas e mais multilaterais. Segundo Ascensão, predominaram os seguintes propósitos:

- 1) a pretensão de representar uma convenção verdadeiramente universal, por oposição a uma Convenção de Berna ainda então demasiadamente européia;
- 2) a intenção de superar os obstáculos derivados da existência de sistemas tecnicamente diferentes, sobretudo os europeus e os americanos, mediante o estabelecimento de uma base mínima de proteção, facilmente aceitável por todos;
- 3) a consagração duma fórmula para os Estados Unidos se colocarem no centro do movimento protecionista do direito de autor sem aceitarem as exigências da Convenção de Berna;
- 4) o aproveitamento da UNESCO como entidade administradora, dada a oposição existente entre a UNESCO e a atual OMPI, que ao tempo não era ainda agência especializada das Nações Unidas²⁹.

Na convenção em comento, a única menção ao direito autoral do fotógrafo prevê sua proteção no prazo mínimo de 10 anos, nos casos dos Estados que protejam obras fotográficas, e não durante todo o período de vida do autor, acrescido de 25 anos, previsto para as demais obras³⁰.

O ADPIC (TRIPS), por seu lado, que iniciou sua vigência em 1995, respalda-se na Convenção de Berna, no que diz respeito às questões gerais do direito autoral, embora exclua o Estado-membro dos direitos e obrigações, explícitos e implícitos no art. 6 bis da mencionada convenção³¹. De forma expressa, estabelece que, nos cálculos de período de proteção em bases outras, que não a duração da vida do autor, exceto obras fotográficas ou de artes aplicadas, a duração não pode ser inferior a 50 anos, considerando-se o final do ano em

²⁷ Ver Decreto nº 75.699/1975.

²⁸ O que não contradiz, portanto, ao prazo previsto na Lei nº 5.988/1973, que é de 60 anos.

²⁹ *In*: Decreto nº 76.905/1975.

³⁰ *In*: *ibidem* [CUDA, art. 4º, 2 e 3].

³¹ ADPIC, 2011, art.9, 1.

que se deu a publicação autorizada e, na falta dela, a realização da obra³². A oportunidade dessa disposição é sua harmonia com o que dispõe sobre o tema Convenção de Berna.

No ano seguinte, foi promulgada a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que alterou, atualizou e consolidou a legislação brasileira sobre direitos autorais e conexos. No que toca à fotografia, confirma-a como obra intelectual protegida³³, mas excluindo a exigência de que, em conformidade com seu objeto e condições de execução, seja considerada criação artística, como previa a lei antecedente³⁴. Além disso, estende o prazo de proteção para 70 anos, contados a partir do dia 1º de janeiro seguinte ao da data de sua divulgação³⁵.

Uma disposição importante é a do art. 48 da nova lei, que autoriza a representação livre, por meio de pinturas, desenhos fotografias e outros procedimentos audiovisuais, obras situadas permanentemente em logradouros públicos. Por outro lado, no art. 79, preserva a restrição ao direito do autor quanto à reprodução, exposição e à venda de imagens de terceiros, ainda que não se prejudique o direito autoral em si sobre a obra fotografada. É nesse diapasão, sem dúvida, que no primeiro parágrafo do dispositivo, se exige a identificação legível do nome do fotógrafo e, ainda, no parágrafo seguinte, “é vedada a reprodução de obra fotográfica que não esteja em absoluta consonância com o original, salvo prévia autorização do autor”.

Em sede de fotografia, o negativo é um dos tópicos ignorados pela nova lei do direito autoral. Por muitos anos foi considerado pela lei como requisito indispensável à garantia do direito autoral do fotógrafo, pois prova de essencial originalidade da obra. Todavia, o legislador de 1998 pretendeu-se mais objetivo e preferiu direção diversa, visualizando o objeto do direito autoral como suficiente em si mesmo, ou seja, a fotografia pronta, o produto obtido quando concluídos todos os processos de revelação.

Por conseguinte, cabe considerar que o legislador brasileiro se antecipou à proliferação de câmaras digitais que grassa no início do presente século. O fato é que a fotografia, praticamente, abandonou os antigos processos de produção fotográficos, que envolviam atividades confinadas em laboratórios, complexas, sobremaneira onerosas e só acessíveis a poucos iniciados.

Com o advento das câmaras digitais, a fotografia vulgarizou-se, deixou de ser campo de privilegiados, massificou-se. Atualmente, seus baixos custos permitem a qualquer

³² Ibidem, art. 12.

³³ Art. 7º, VII, Lei n. 9.610/1998.

³⁴ Art. 6º, VII, Lei. 5.988/1973.

³⁵ Art. 44, Lei n. 9.610/1998. No diploma anterior, Lei n. 5.988/1973, o prazo de proteção era de 60 anos.

um descobrir essa arte tão expressiva da contemporaneidade e cultivá-la, despertando suas aptidões e desenvolvendo seus talentos relacionados às imagens. Isso, sem dúvida, aumenta o prestígio social da fotografia como arte e, destarte, os que são capazes de vê-las e compreendê-las como tal.

Nos tempos atuais, há um desafio difícil de ser sanado pelo Direito. Trata-se do uso da internet, no que toca o direito autoral. Eis que predomina ainda, em muitas doutrinas, a concepção do direito patrimonialista do autor. Ademais, não poucos autores, inclusive fotógrafos, que defendem com veemência esse posicionamento, decerto por motivos outros, não decorrentes da Ciência Jurídica. Ambos os lados, todavia, tem em comum a presunção de que a internet se qualifica entre os meios de comunicação tradicionais.

Para eles, a internet não vai além de aprimoramento tecnológico propiciado pela informática, e não uma ferramenta inteiramente nova em todos os seus sentidos. É importante considerar que a internet apareceu no cotidiano humano há pouco tempo e ela ainda está sendo descoberta em sua substância e possibilidades. O que mais ocorre hoje é apenas sua utilização em consonância com os meios tradicionais de informação. Por conseguinte, é vista aos modos de periódicos impressos, de emissoras radiofônicas e televisivas e assemelhados, enfim, dos meios tradicionais de divulgação e controle da informação, cujos objetivos primordiais são mais de ordem disciplinadora e pecuniária, e menos informativa e democratizante.

Entretanto, não se pode ignorar que a internet é, por natureza, instrumento de compartilhamento de informações. O que se divulga na internet mais ingressa no domínio público do que no privado. Em vista disso, cabe entender que a internet diz respeito ao direito irrestrito à informação e à interação, fato sobremodo estranho aos meios tradicionais de comunicação. Em outras palavras, cabe dizer que a internet é tão vinculada à difusão quanto os meios tradicionais de comunicação aos mercados.

Helenara Avancini pondera que a há causas para novos paradigmas, pois há a implicação “[...] de mudança na matriz jurídico-teórica a ser utilizada para compreensão do próprio sistema social³⁶. Barros ressalta que “essa matriz faz do paradoxal a razão preponderante para identificar o que fundamenta os conflitos de interesses³⁷.

Enfim, na simples disponibilização de qualquer obra em página de internet está implícita a renúncia ao direito autoral na perspectiva patrimonial. Resta-lhe a perspectiva

³⁶ Avancini, 2004, p. 365.

³⁷ Barros, 2009, p. 559.

moral, ou seja, a garantia da identificação da autoria da obra, que, atualmente, encontra sólidos respaldos no “copyleft”³⁸, na “Creative commons”³⁹ e no *Color Iuris*⁴⁰.

Em sede de direito autoral, nos âmbitos da internet, resta ao autor, portanto, o pleno gozo do direito moral, que surge quando a obra ainda está em fase de concepção e é inalienável. É importante sempre considerar que a internet é causa de uma profunda modificação nos desdobramentos do direito autoral, colocando em segundo plano ou, mesmo, descartando o que se refere à natureza comercial da obra, geralmente sob o domínio de terceiros, porque cedidos a eles mediante contratos não raro com cláusulas abusivas, para evidenciar e até mais beneficiar o autor. Esse benefício, especialmente, se traduz na possibilidade da franca projeção da pessoa física do autor, com abrangência dantes nunca imaginada. Com isso, além de preservar seus direitos intelectuais e patrimoniais sobre a obra de sua lavra, ele pode segundo o alcance intelectual-artístico de sua obra, conquistar créditos e merecimentos tais, que sejam causa de futuras atividades empresariais, contratos criativos etc., com bons retornos financeiros indiretos.

Quanto às imagens fotográficas disponibilizadas na internet, há recursos com razoável eficácia para resguardá-las de forma segura, de maneira que garanta a autoria da obra exposta. Os exemplos são muitos, vão desde a simples gravação do nome de seu autor no corpo da fotografia até “softwares” com processos que impedem a obtenção de “cópias” das fotografias para “colagem” em arquivos particulares ou “disponibilização” em outros “sites”. Há também os “softwares” que vinculam de forma clara, sempre visível, o nome do autor à fotografia “copiada” e “colada”.

Ademais, fruto de pleitos de fotógrafos, já existem “sites” especializados que se concentram na proteção de fotografias, tal como a “Universal photographic digital imaging guidelines” (UPDIG) [<http://www.updig.org>], que, ao promover a proteção autoral, concentra-se nas questões que afetam a gestão e a produção correta de imagens digitais. Estabelece, também, práticas e padrões para fotógrafos, desenhistas, gráficas e distribuidores de imagens.

Entre as linhas mestras da UPDIG, está o propósito de que às imagens estejam incorporados os complementos previstos nas normas do IPTC⁴¹ e PLUS⁴², tornando-o

³⁸ Como alternativa à clássica aplicação das normas de propriedade intelectual, o “copyleft” é uma forma de recorrer à legislação protetora dos direitos autorais com o propósito de eliminar barreiras à utilização, modificação e difusão de obras criativas, o que a difere do denominado domínio público.

³⁹ Organização não-governamental estadunidense, concentrada na expansão da disponibilidade obras, possibilita cópias e compartilhamentos com menos restrições do que os regimentos do “copyright”.

⁴⁰ Alternativa desenvolvida pelo advogado espanhol Pedro Canut, para a questão dos direitos de autor de obras disponibilizadas na internet, cujas classificações são identificadas por cores.

pesquisáveis e, ao mesmo tempo, para viabilizar direitos de uso e informações relevantes, entre elas, nome do criador, dados sobre o contato e descrições dos usos autorizados. Além disso, busca a proteção da corrupção ou apagamento de elementos das imagens.

Comprova-se, diante disso, em um domínio inquestionavelmente público, a presença privada buscando alternativas com eficácia jurídica para a proteção do direito do autor no campo da fotografia. Diante de iniciativas de tal monta, questiona-se sobre a conveniência da celebração de tratados internacionais sobre a matéria fotográfica – quem sabe? – nos mesmos termos do PCT.

Outro ponto que merece atenção é relativo às fotografias do patrimônio histórico, cultura e artístico. Estabelece a atual carta constitucional brasileira:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

[...].

E, no parágrafo seguinte, a competência concorrente, da qual exclui os municípios:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

VII – proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

[...].

Ainda, a competência administrativa dos municípios, para promover a proteção do patrimônio cultural regional:

Art. 30. Compete aos Municípios:

[...]

IX – promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual;

[...].

⁴¹ International Press Telecommunications Council [<http://www.updig.org/>].

⁴² Picture Licensing Universal System [<http://www.useplus.com/>]. O sistema inter-relaciona comércio, tecnologia, arte, preservação e educação.

Por fim, estabelece:

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

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

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

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

§ 1º. O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação⁴³.

Com essa disposição, o texto constitucional estabelece vários meios de preservação e de proteção do patrimônio histórico-cultural, tornando o tombamento apenas um deles. O fato é que, até antes de 1988, entendia-se o tombamento como única alternativa à proteção física de objetos do patrimônio histórico e cultural nacional. Atualmente, o tombamento, a rigor, tornou-se mais um “plus” protetor extremo, quando não apenas exigência burocrática para a restauração de edifícios e objetos de arte históricos, mediante o custeio ou financiamento de determinadas instituições internacionais e nacionais. Por conseguinte, a proteção pode ocorrer por diversas formas, inclusive pelo tombamento, mas, válida a reiteração, não somente por ele.

Em suma, proteção do patrimônio em tela cabe à União, também aos estados, ao distrito federal e, ainda, aos municípios, apesar de esses estarem sujeitos a restrições, quanto a competência legislativa⁴⁴. Ao cidadão, de resto, cabe, sem dúvida, o respeito ao citado patrimônio, haja ou não a presença fiscalizadora do poder público, já que “os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei”⁴⁵. Além disso, ele é visto como colaborador necessário na promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro⁴⁶.

Do rol de instrumentos para a preservação e proteção do patrimônio histórico-cultural brasileiro, merecem destaque os inventários, os registros, os tombamentos e a desapropriação, por possuírem eles estatura constitucional⁴⁷. Certamente, o inventário evidencia-se de forma especial, por tratar-se de ferramenta autônoma e auto-aplicável, dada a

⁴³ Grifo nosso.

⁴⁴ Constituição Federal: “Art. 30. Compete aos Municípios: I – legislar sobre assuntos de interesse local; II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; [...]”.

⁴⁵ Art. 216, § 4º, Constituição Federal.

⁴⁶ Ibidem, § 1º, Constituição Federal.

⁴⁷ Art. 216, § 1º, Constituição Federal.

condição de a preservação cultural ser um direito fundamental e difuso. A Constituição, certamente por excesso de zelo, dá especificidade à proteção de documentos e localidades com reminiscências históricas dos antigos quilombos, ao declará-los tombados.

É correto entender que a condição de patrimônio histórico ou cultural de determinado bem, por ser de interesse público, impõe restrições a seus proprietários, o que contrariaria, em princípio, ao que expõe o *caput* do art. 1.228, do Código Civil; “O proprietário 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”.

Todavia, cabe considerar que as restrições se coadunam não só com a letra constitucional, no que tange a função sociocultural da propriedade, mas com próprio Código Civil, uma vez, no primeiro parágrafo, do mesmo dispositivo, estabelece:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Por isso, independentemente de tratar-se de ser público ou privado, os bem cultural inventariado é considerado pela lei, pela jurisprudência e pela doutrina como de interesse público. Um exemplo é o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

ADMINISTRATIVO - PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL - LIMITAÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE - POSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. As limitações administrativas impõem obrigações de caráter geral a proprietários determinados, em benefício do interesse geral, afetando o caráter absoluto do direito de propriedade, ou seja, o atributo pelo qual o titular tem o poder de usar, gozar, e dispor da coisa da maneira que melhor lhe aprouver" (PIETRO, Maria Sylvania Z. di. Direito Administrativo. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 118). É o caso típico em análise, onde o objetivo é resguardar imóveis de potencial interesse histórico. Ora, mesmo não tendo sido tombado, o imóvel em questão era objeto de uma outra modalidade de restrição do Estado sobre a propriedade privada, qual seja a que restringe exatamente o direito de demolir qualquer edificação sem prévia autorização do Poder Público. Esta restrição se agrava, quando se trata de construções antigas, pela probabilidade de se tratarem de imóveis de interesse histórico-cultural. (TJSC – AC-MS 2004.012131-8 – Florianópolis – 3ª CDPúb. – Rel. Des. Luiz César Medeiros – J. 05.09.2006).

Atualmente, a nova perspectiva de arrolamento dos bens culturais brasileiros, mediante registros e inventários, implica a valorização de instrumentos tais como mapeamentos, diagramações, gravadores, filmagens, fotografias, desenhos etc., como também os registros vocabulares, digitalização de documentos e as políticas de segurança que
PIDCC, Aracaju, Ano VI, Volume 11 nº 02, p.110 a 128 Jun/2017 | www.pidcc.com.br

envolvem não só dados, mas os próprios bens. Enfim, conforme estabelece o Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000, que regulamentou, no âmbito do IPHAN, os princípios constitucionais atinentes à preservação do patrimônio imaterial:

Art. 1º Fica instituído o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro.

§ 1º Esse registro se fará em um dos seguintes livros:

I – Livro de Registro dos Saberes, onde serão inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades;

II – Livro de Registro das Celebrações, onde serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social;

III – Livro de Registro das Formas de Expressão, onde serão inscritas manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas;

IV – Livro de Registro dos Lugares, onde serão inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas.

§ 2º A inscrição num dos livros de registro terá sempre como referência a continuidade histórica do bem e sua relevância nacional para a memória, a identidade e a formação da sociedade brasileira.

§ 3º Outros livros de registro poderão ser abertos para a inscrição de bens culturais de natureza imaterial que constituam patrimônio cultural brasileiro e não se enquadrem nos livros definidos no parágrafo primeiro deste artigo.

Para a efetivação do registro em tela, evidentemente, imprescindível é a mobilização dos poderes públicos e organizações privadas, o que leva o decreto acima a estabelecer:

Art. 2º São partes legítimas para provocar a instauração do processo de registro:

I – o Ministro de Estado da Cultura;

II – instituições vinculadas ao Ministério da Cultura;

III – Secretarias de Estado, de Município e do Distrito Federal;

IV – sociedades ou associações civis.

É valioso notar que o registro de bens imateriais é a garantia *sine qua non* de sua memória. É ele que viabiliza inúmeras pesquisas sobre as raízes da cultura brasileira e, ao mesmo tempo, protege-a dos quase forçados processos de aculturação, hoje tão freqüentes e agressivos, em decorrência do colonialismo e, agora, da globalização, além de fomentar o denominado “Programa Nacional do Patrimônio Imaterial” (PNPI).

Por fim, vale lembrar o que expõe Maria Laura Cavalcanti:

A conceituação do Patrimônio Cultural Imaterial no Brasil acompanha de perto essa formulação. O Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000, que institui o registro e cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial, compreende o Patrimônio Cultural Imaterial brasileiro como os saberes, os ofícios, as festas,

os rituais, as expressões artísticas e lúdicas, que, integrados à vida dos diferentes grupos sociais, configuram-se como referências identitárias na visão dos próprios grupos que as praticam⁴⁸.

Essa concepção, como bem ressalta a autora, mostra “o entrelaçamento das expressões culturais” com várias dimensões, inclusive socioeconômicas e políticas, que implicam “processos culturais vivos”, referências, em nosso entender, necessárias às construções de identidades sociais.

O Departamento do Patrimônio Imaterial é órgão administrativo do IPHAN destinado os registros e à preservação do Departamento do Patrimônio Imaterial. A esse departamento, que tem suas ações desenvolvidas através das secretarias regionais do IPHAN, está vinculado o Centro Nacional de Folclore e Cultura Popular.

É importante lembrar que a cultura, necessariamente, é dinâmica por si mesma, pulsante. Construção exclusiva da espécie humana, ela é fruto e identidade de indivíduos que se agrupam mediante experiências, crenças e condutas comuns etc., o que permite falar em diversidade cultural, uma vez que ela se molda aos ambientes em que se formam os agrupamentos.

Para os registros da cultura, patrimônio imaterial necessário de qualquer agrupamento humano, é imprescindível o envolvimento de todos os atores sociais que o vivenciam. Somente assim se tornam possíveis inventários eficazes de seus referenciais. A propósito, quando se fala em atores sociais envolvidos, é cabível considerar não só os contextualizados em determinada cultura, uma vez que são perfeitamente acrescentáveis os que a testemunham e, especialmente, aqueles que a documentam através de registros. É o caso, por exemplo, dos que fotografam manifestações culturais. Testemunhar e documentar determinada cultura também são vivências que dela não se separam.

É em vista do exposto acima que se indaga sobre o fato de não se procederem aos registros de fotografias atinentes ao patrimônio cultural imaterial, o que seriam providências de duplo efeito: a primeira, relativa às garantias dos direitos de seus autores; a segunda, relativa aos benefícios que produziriam aos inventários com imagens valiosas da diversidade cultural brasileira, reduzindo inclusive, talvez de forma substancial, os altos custos financeiros que, não raro, representam essa modalidade de documentação.

A atividade fotográfica generaliza-se como muito mais do que uma profissão, já que não poucos se dedicam a ela sem interesse outro que não seja o de realização pessoal, com o talento e a técnica que lhes são possíveis, sendo respeitável o número de coleções de

⁴⁸ Cavalcanti, Fonseca, [2008], 2011, p. 12.

fotografias de manifestações culturais hoje existentes no país. Coleções que, se não merecerem uma atenção adequada, se perderão no tempo, prejudicando-se o interesse público, uma vez que é impossível a um só órgão, por mais aparelhado que seja, consiga, de forma satisfatória, registrar toda a diversidade cultural brasileira.

São coleções que não podem ficar sem a adequada proteção do Estado. Do mesmo modo que essa proteção é garantia dos direitos autorais dos fotógrafos, quanto a seus créditos em seus trabalhos, também é garantia do interesse público, principalmente nos tempos atuais. Estamos em uma época em que o direito à informação e ao acesso à cultura é amplamente recepcionado pela Constituição Federal, o que lhe dá *status* de princípio norteador de balanceamentos de interesses com irrecusáveis implicações jurídicas, em sede de direito autoral.

REFERÊNCIAS

1. TRATADOS

ADPIC. **PARTIE II** – Normes concernant l’existence, la portée et l’exercice des droits de propriété des droits de propriété intellectuelle. Disponível em: <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/index_a_f.htm>. Acesso em 13 abr. 2011.

OMPI. **Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques**. Disponible en:

<http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/trtdocs_wo001.html#P89_12957>. Accès en: 04 avr. 2011.

UNESCO. **Convenção da Diversidade Cultural**. Texto oficial ratificado pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo 485/2006. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001502/150224por.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2011.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas 10 de dezembro de 1948. <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 06 abr. 2011.

2. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Constituição de República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 mar. 2011.

Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975. Promulga a convenção de Berna para a proteção das obras literárias e artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=122781&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 11 abr. 2011.

Decreto n. 76.905, de 24 de dezembro de 1975. Promulga a Convenção Universal sobre Direito de Autor, revisão de Paris, 1971. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=123194&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 12 abr. 2011.

Decreto n. 3.551, de 4 de agosto de 2000. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3551.htm>. Acesso em: 04 mai. 2011.

Decreto n. 6.177, de 1º de agosto de 2007. Promulga a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6177.htm>. Acesso em: 27 abr. 2011.

Decreto Legislativo n. 12, de 14 de dezembro de 1948. [ratifica da Convenção Interamericana sobre os Direitos de Autor em Obras Literárias, Científicas e Artísticas]. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=106029>>. Acesso em: 06 abr. 2011.

Lei n. 496, de 1 de agosto de 1898. Define e garante os direitos autorais. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=60815&tipoDocumento=LEI&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 28 mar. 2011.

Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102644&tipoDocumento=LEI&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 25 mar. 2011.

Lei n. 5.988, de 14 de dezembro de 1973. Regula os direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=122027&tipoDocumento=LEI&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 11 abr. 2011.

Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>. Acesso em: 20 abr. 2011.

3. OBRAS

AVANCINI, H. B. O paradoxo da sociedade da informação e os limites dos direitos autorais: *In*: ROVER, A. J. (org.). **Direito e Informática**. Barueri: Manole, 2004., p. 355-381.

- BARBOSA, D. B. Nota sobre o direito autoral em fotografias. *In: _____*. **Direito autoral e liberdade de expressão**. Estudo de Direito. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/geiger.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2011.
- BARROS, C. A. C. Propriedade intelectual: Tobias Barreto – Rui Barbosa. **Revista Criação**, Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, p. 47-58, 2009.
- BEVILACQUA, C. **História da Faculdade de Direito do Recife, 2**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927.
- CARVALHO SANTOS, J. M. **Código Civil brasileiro interpretado, 8**. Direito das Coisas (arts. 554-673). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.
- CAVALCANTI, M. L. V. Patrimônio cultural imaterial no Brasil: estado da arte. *In: _____*; FONSECA, M. C. L. **Patrimônio imaterial no Brasil**. Brasília: UNESCO, Educarte, 2008, p. 11-35. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001808/180884por.pdf>>. Acesso em: 11 mai. 2011.
- OLIVER, P. **Aspectos jurídicos** – Direito autoral, fotografia e imagem. São Paulo: Letras & Letras, 1991.
- PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado, 16**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- TOBIAS BARRETO. **Estudos de Direito, 1**. Edição comemorativa. Rio de Janeiro: Record; Aracaju: Sec. de Cultura e Meio Ambiente, 1991.

RECEBIBO 05/06/2017
APROVADO 15/06/2017
PUBLICADO 01/07/2017