

**WALTER ALVES DE SOUZA NETO**

**LIMITES E DESAFIOS DO DIREITO AUTORAL NA SOCIEDADE DA  
INFORMAÇÃO**

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Professora Dra. Teresa Ancona Lopez

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo – SP**

**2018**

**WALTER ALVES DE SOUZA NETO**

**LIMITES E DESAFIOS DO DIREITO AUTORAL NA SOCIEDADE DA  
INFORMAÇÃO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Civil, sob a orientação da Profa. Dra. Teresa Ancona Lopez.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo – SP**

**2018**

Catálogo da Publicação  
Serviço de Biblioteca e Documentação  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

---

Alves de Souza Neto, Walter  
Limites e Desafios do Direito Autoral na Sociedade da Informação / Walter  
Alves de Souza Neto ; orientadora Teresa Ancona Lopez -- São Paulo, 2018.  
241

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) -  
Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Direito Autoral. 2. Sociedade da Informação. 3. Acesso ao Conhecimento. 4.  
Função Social. 5. Abuso do Direito. I. Ancona Lopez, Teresa, orient. II. Título.

---

## **AGRADECIMENTOS**

Este trabalho é dedicado aos meus pais, Teresa e Walter, aos meus avós, Lourdes e Walter, e à minha Tia Hilda. Devo tudo a vocês. Agradeço ao restante da minha família que, sabedora ou não das dificuldades do Mestrado, sempre esteve ao meu lado.

Agradeço à minha orientadora, Professora Doutora Teresa Ancona Lopez. Sou extremamente grato por ter acreditado neste trabalho, bem como pelas críticas, sugestões e mais diversos conselhos.

Agradeço ao Professor Doutor Giovanni Ettore Nanni, que me abriu as portas ao mundo acadêmico.

Agradeço ao Professor Doutor Carlos Dias Motta. O trabalho desenvolvido sob a sua orientação durante a graduação despertou o meu interesse pelo Direito Autoral.

Agradeço aos excelentes profissionais com quem tive e tenho a honra de advogar. Agradeço também aos amigos de tantos anos.

Isabela Oro Linares, você sabe a sua importância para que eu tenha conseguindo alcançar este momento.

## **RESUMO**

O presente trabalho aborda os crescentes desafios do direito autoral na sociedade da informação, notadamente após a consolidação da *internet* como principal meio de interação social. Seja por conta de uma legislação defasada, seja pelos avanços tecnológicos recentes, que geraram novos costumes e moldaram valores, o emprego de tecnologias para a utilização, reprodução e distribuição de obras intelectuais protegidas gera enorme controvérsia.

Dessa forma, pretende-se apontar soluções para os desafios do direito autoral que não destoem da realidade atual, conferindo reconhecimento aos autores e proteção aos titulares de obras intelectuais protegidas, bem como permitindo o benéfico intercâmbio de cultura, conhecimento e informação viabilizado pelas novas tecnologias sem impor barreiras aos usuários.

**Palavras chave:** Direito Autoral, Sociedade da Informação, Função Social, Abuso do Direito, Reforma Legislativa.

## **ABSTRACT**

This paper addresses the growing challenges of copyright in the information society, notably after internet's consolidation as the primary mean of social interaction. Whether because of outdated laws, or recent technological breakthroughs which create new habits and values, the employment of technologies for utilization, reproduction and distribution of protected intellectual works generates considerable controversy.

Thus, it is aimed to point out viable solutions that do not detract from the current reality, giving recognition to authors and protection to Copyright's owners, as well as allowing the positive exchange of culture, knowledge and information made possible by the new technologies without imposing barriers to users.

**Keywords:** Copyright, Information Society, Social Function, Abuse of Rights, Legislative Reform.

## ÍNDICE

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>PARTE 1 – O QUE É O DIREITO AUTORAL? POR QUE FALAR EM DESAFIOS DO DIREITO AUTORAL?</b> .....	4
<b>1.1 Origem Histórica do Direito Autoral</b> .....	4
1.1.1 <i>Copyright</i> .....	4
1.1.2 <i>Droit d’Auteur</i> .....	9
<b>1.2 Natureza Jurídica do Direito Autoral</b> .....	13
1.2.1 Direito Autoral como Propriedade .....	13
1.2.2 Direito autoral como Monopólio Privado .....	21
1.2.3 Direito Autoral como um Direito de Personalidade .....	25
1.2.4 Conclusões sobre a Natureza Jurídica do Direito Autoral .....	27
<b>1.3 Desafios do Direito Autoral na Sociedade da Informação</b> .....	33
1.3.1 A Sociedade da Informação .....	33
1.3.2 Os Desafios Impostos pela Sociedade da Informação: o Direito Autoral na Berlanda?..	37
<b>PARTE 2 – COMPREENDENDO OS DESAFIOS DO DIREITO AUTORAL NO PLANO JURÍDICO</b> .....	50
<b>2.1 Modelo Romântico de Autor</b> .....	50
2.1.1 Construção e Desconstrução do Modelo Romântico de Autor .....	50
2.1.2 Uma Mudança de Perspectiva: o Direito Autoral Focado na Obra Intelectual .....	57
<b>2.2 Função Social do Direito Autoral</b> .....	71
2.2.1 A Função Social da Propriedade e do Contrato Aplicadas ao Direito Autoral .....	71
2.2.2 Principais Funções do Direito Autoral .....	84
2.2.2.1 Função de Identificação do Autor e de Salvaguarda da Obra Intelectual .....	85
2.2.2.2 Função Promocional.....	87
2.2.2.3 Função Econômica .....	96
2.2.2.4 Função Política.....	100
2.2.2.5 Conceito de Função Social do Direito Autoral .....	103
2.2.3 A Função Social do Direito Autoral nos Tratados Internacionais.....	107
<b>2.3 Exercício Abusivo do Direito Autoral</b> .....	111
2.3.1 Introdução à Teoria do Abuso do Direito.....	111
2.3.1.1 Abuso do Direito: Conceito e Autonomia Dogmática .....	113
2.3.2 Abuso do Direito no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	117

2.3.3	Práticas Abusivas Adotadas pela Indústria Cultural .....	124
2.3.3.1	Restrições Abusivas à Cópia de Livros (ou o “caso ABDR”) .....	127
2.3.3.2	Restrições Abusivas à Utilização e Reprodução de Obras em Formato Digital ...	147
2.3.4	Consequências do Exercício Abusivo do Direito Autoral.....	160
<b>PARTE 3 – POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA OS DESAFIOS DO DIREITO AUTORAL .....</b>		<b>164</b>
<b>3.1</b>	<b>Licenciamento de Obras Intelectuais: Modalidades Alternativas .....</b>	<b>164</b>
3.1.1	<i>Copyleft</i> (e o Movimento <i>Software Livre</i> ) .....	165
3.1.2	<i>Creative Commons</i> .....	169
<b>3.2</b>	<b>Solução Legislativa.....</b>	<b>176</b>
3.2.1	Contribuições para a Reforma da LDA.....	176
3.2.1.1	Explicitando a Natureza e a Função do Direito Autoral no Texto Legal .....	183
3.2.1.2	Ampliação e Flexibilização das Limitações e Exceções ao Direito Autoral .....	187
3.2.1.3	Outras Ideias Importantes para a Reforma da LDA – Redução do Prazo de Proteção, Licenciamento Compulsório, Exceções às Normas Antielisão etc. ....	200
3.2.2	O Marco Civil da <i>Internet</i> : Lacuna Perigosa .....	209
<b>3.3</b>	<b>Soluções Judicial e Doutrinária .....</b>	<b>217</b>
3.3.1	A Contribuição do Poder Judiciário .....	217
3.3.2	Necessária Evolução da Postura Doutrinária .....	221
<b>CONCLUSÃO .....</b>		<b>224</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>		<b>227</b>



## INTRODUÇÃO

A noção de que a cultura, o conhecimento e a informação possam “pertencer” a alguém soa contraintuitiva. Tratam-se de elementos desde sempre presentes na história humana e básicos para uma existência digna. Ainda assim, a partir de certo momento, foram apropriados e passaram a ter um “dono”: passaram a ter regras que controlam a sua difusão e o seu usufruto.

Por alguns séculos a apropriação desse “acervo imaterial da humanidade” foi pouco questionada. Transformou-se em verdadeiro dogma, algo quase sagrado, direito natural pertencente à inspirada fonte – o autor – que brindou o mundo ao externar parte da sua personalidade e do seu intelecto.

Porém a sociedade recentemente experimentou uma revolução tecnológica sem precedentes, o que impactou de maneira profunda a forma como as pessoas se relacionam entre si e com tal acervo. Desde o começo dos anos 90, e, principalmente, após a popularização da *internet*, a aludida apropriação rapidamente se transformou em um conceito ultrapassado – senão do ponto de vista jurídico, certamente do ponto de vista social.

Os novos horizontes trazidos por essa revolução tecnológica permitiram que o “acervo imaterial da humanidade” fosse explorado e difundido de maneiras novas, alcançando usos e públicos inimagináveis. Não tardou para que a sociedade passasse a questionar – seja expressa e diretamente (como é o caso dos partidos piratas e organizações congêneres), seja por meio de condutas corriqueiras (como o *download* de um arquivo digital contendo obra intelectual protegida pelo direito autoral) – a apropriação há tanto consolidada.

As bases jurídicas sobre as quais se assentam a apropriação da cultura, do conhecimento e da informação, contudo, permaneceram rigorosamente as mesmas. É verdade que ocorreram algumas mudanças em tratados internacionais e legislações internas sobre o tema, e todas elas tiveram o intuito de fincar ainda mais essas bases no solo. Poucas foram as vozes que, formalmente, dentro do sistema político-legislativo, ousaram repensar essa apropriação e acomodá-la a uma realidade que, talvez, não a comporte mais – ou, ao menos, não a comporte da forma como ela sempre existiu.

Há, portanto, evidente descompasso entre os interesses dos “donos” da cultura, do conhecimento e da informação – uma enorme classe empresarial multinacional, de grande influência política, que será daqui em diante denominada “indústria cultural”<sup>1</sup> – e os interesses da sociedade. Uma sociedade que, ante as quase infinitas possibilidades de utilização e compartilhamento do “acervo imaterial da humanidade” permitidas pelo atual estágio tecnológico, demanda maior liberdade de expressão e maior acesso a bens culturais.

O objetivo deste trabalho é justamente compreender os fundamentos políticos, sociais e jurídicos que embasam e justificam a apropriação da cultura, do conhecimento e da informação. Pretende-se analisar em que medida esses fundamentos se mantêm na sociedade contemporânea, também chamada de sociedade da informação por motivos que serão explicados adiante e, ao final, propor alterações nas bases jurídicas que legitimam a referida apropriação – o sistema de direitos autorais<sup>2</sup>.

Dessa forma, o presente trabalho é dividido em três partes: a primeira parte se volta para explicar o que é o direito autoral, qual a sua natureza jurídica e quais os desafios que a sociedade da informação lhe impôs – tais desafios serão chamados de exógenos, pois oriundos de fora do sistema de direitos autorais. Esta parte visa introduzir alguns dos alicerces sobre os quais as demais se desenvolvem.

A segunda parte busca identificar quais os desafios enfrentados pelo sistema de direitos autorais em razão dos avanços tecnológicos recentes. Esses desafios serão chamados de endógenos, pois são internos ao próprio sistema de direitos autorais e reveladores da forma anacrônica como o aludido sistema está estruturado.

A terceira e última parte se desenvolve visando apontar possíveis respostas no plano jurídico para os desafios exógenos e endógenos enfrentados pelo sistema de direitos autorais.

---

<sup>1</sup> Expressão utilizada pelo filósofo alemão Theodor Adorno para definir os conglomerados comerciais que ofertam a cultura como um bem de consumo e que, por meio do poder econômico, exercem grande controle sobre autores e demais produtores de bens culturais (Gabriel Cohn, “A atualidade do conceito de indústria cultural”, in *Sociedade global: cultura e religião*, org. Adalberto da Silva Moreira [Petrópolis: Vozes, 1999], p. 15 *et. seq.*).

<sup>2</sup> Fala-se em sistema de direitos autorais de modo a compreender, conjuntamente, o direito autoral (no que se inclui os direitos conexos ao de autor), os princípios e demais normas – por exemplo, da Constituição da República e do Código Civil – que sobre ele irradiam os seus efeitos, e até mesmo a forma reiterada de exercício do direito autoral pela indústria cultural.

São propostas soluções relativas ao licenciamento de obras intelectuais, à reforma legislativa e à postura judicial e doutrinária quanto ao direito autoral.

Por fim, este trabalho se debruça preponderantemente sobre o âmbito patrimonial do direito autoral. Não se descuida da importância do âmbito extrapatrimonial do direito autoral – o chamado “direito moral” –, porém, como se destacou, o principal objeto de análise é a apropriação do “acervo imaterial da humanidade”, bem como o acesso, a utilização e o compartilhamento desse acervo na sociedade da informação, matérias mais diretamente relacionadas ao âmbito patrimonial do direito autoral.

## **PARTE 1 – O QUE É O DIREITO AUTRAL? POR QUE FALAR EM DESAFIOS DO DIREITO AUTRAL?**

A primeira parte do trabalho é dedicada à conceituação do direito autoral e à exposição dos alicerces sobre os quais a segunda e a terceira parte se desenvolverão. Assim, no primeiro capítulo, explica-se a origem histórica do direito autoral com foco nos seus dois principais sistemas – o *copyright* e o *droit d’auteur* – e na interação entre ambos. O segundo capítulo trata da (controversa) natureza jurídica do direito autoral e o terceiro capítulo expõe os desafios exógenos impostos ao direito autoral pela sociedade da informação, fazendo uma transição entre a primeira e a segunda parte do trabalho.

### **1.1 Origem Histórica do Direito Autoral**

No primeiro subcapítulo, são apresentadas as origens do *copyright* como um privilégio temporário concedido a editores e livreiros para a exploração comercial de livros e outros impressos. No segundo subcapítulo, o foco é o *droit d’auteur*, no qual a figura do autor ganha preponderância e que influenciou diretamente o atual sistema de direitos autorais no Brasil.

#### **1.1.1 *Copyright***

João Henrique da Rocha Fragoso traça uma evolução histórica das artes na Grécia e em Roma e demonstra a preocupação de determinados artistas – principalmente escultores e poetas – no sentido de apor uma identificação autoral nas obras por si produzidas. A ideia de propriedade intelectual privada ainda não havia sido abarcada pelo Direito, mas dava ensejo a sanções de ordem moral. Fragoso cita que, já no século V, plagiadores eram publicamente censurados.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> João Henrique da Rocha Fragoso, *Direito de autor e copyright: fundamentos históricos e sociológicos* (São Paulo: Quartier Latin, 2012), p. 48–49.

A pretensão de ver identificadas suas obras, contudo, era algo restrito a determinados artistas de notoriedade particular. A regra geral era de que os artistas fossem anônimos e a imortalização de nomes na história fosse reservada aos deuses e soberanos. O artista era, dessa forma, subordinado à sua obra.<sup>4</sup>

A partir do século XV, com a invenção da prensa de tipos móveis por Johannes Gutenberg, a impressão de obras literárias adquire um caráter de produção mercantil. A reprodução mecânica de obras somente reforçou a aparente impessoalidade do processo de criação intelectual – assim atribuiu-se um direito ao detentor do meio técnico de reprodução das obras intelectuais, e não aos autores.<sup>5</sup>

Foi nesse contexto que, ao longo do século XV, surgem os primeiros privilégios outorgados pelas monarquias europeias em favor de editores e livreiros com o objetivo de viabilizar a exploração econômica de obras intelectuais. Os privilégios também exerciam a função de controle sobre o conteúdo das obras intelectuais, que deveriam respeitar a moral e os costumes defendidos pela Igreja e pela burguesia ascendente.<sup>6</sup>

Em 1475, o Rei Luis XI da França concedeu um privilégio para Conrado Hannequis e Pedro Shoeffler, possíveis sócios de Gutemberg, para a impressão e comercialização de livros. Em 1495, o senado de Veneza concedeu um privilégio para Aldo Manuzio publicar as obras de Aristóteles. Em 1502, a coroa portuguesa concedeu um privilégio para que Valentim Fernandes editasse o livro de Marco Polo. Em 1507, o Rei Luis XII da França concedeu um privilégio para a publicação das epístolas de São Paulo.<sup>7</sup>

---

O autor aponta que a ausência de normas jurídicas para tutelar a produção intelectual se justifica à medida em que “as obras de arte e de literatura ainda não haviam se tornado mercadorias. O desvalor ou a insignificância do valor econômico da produção intelectual em relação à produção econômica como um todo é fato a ser considerado para entender o porquê da inexistência de normas jurídicas de proteção à criação intelectual [...]. as artes eram uma *techne*, uma técnica, com o sentido primitivo e assim permaneceram até muito depois do fim da idade média [...]. Como *techne*, as artes ainda não tinham adquirido a especial aura que viriam a se revestir em época futura” (Fragoso, p. 52–54).

<sup>4</sup> Fragoso, *Direito de autor e copyright: fundamentos históricos e sociológicos*, p. 55.

<sup>5</sup> Fragoso, p. 113–115.

<sup>6</sup> Fragoso, p. 132–133; Alessandra Tridente, *Direito autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI* (Rio de Janeiro: Elsevier, 2009), p. 5.

<sup>7</sup> Fragoso, *Direito de autor e copyright: fundamentos históricos e sociológicos*, p. 134.

Em 1557, na Inglaterra, a Rainha Mary Tudor concedeu um privilégio à corporação dos editores ingleses (*Stationers' Company*) para que somente seus membros pudessem imprimir livros. Os livros que podiam ser impressos deviam contar com uma aprovação prévia da coroa. E a *Stationers' Company* foi autorizada a confiscar livros não aprovados.<sup>8</sup> Em 1686, na França, um privilégio expressamente proibia que os autores comercializassem as obras que tivessem produzido.<sup>9</sup>

Nesse período, a comercialização de livros e outros textos impressos beneficiava os editores e livreiros muito mais do que os próprios autores. A remuneração dos autores ficava por conta do patrocínio dos editores e alguns mecenas. Os lucros sobre a venda de livros eram auferidos exclusivamente pelos editores. Nesse sentido, Alessandra Tridente nota que:<sup>10</sup>

*“Na origem, portanto, o direito autoral nada tem a ver com a proteção dos autores [...]. O copyright [...] favorecia amplamente o poder real (por meio da censura) e os editores (por meio do monopólio), em nítido prejuízo aos autores, que ficavam sujeitos [...] ao controle prévio de suas ideias e [...] aos preços impostos pelo único comprador disponível no mercado.”*

A superação do autor como um anônimo e a consideração da obra como um trabalho individual somente ocorreu quando das lutas de classes, que atingiram seu ponto mais crítico no século XVIII, com a revolução francesa. A consolidação do modo de produção capitalista permitiu a consideração do autor como um trabalhador livre e propiciou que as obras intelectuais

---

<sup>8</sup> Siva Vaidhyathan, *Copyrights and copywrongs: the rise of intellectual property and how it threatens creativity* (New York: New York University Press, 2003), p. 37.

Vaidhyathan nota que a operação da corporação de editores revela que o *copyright* inglês tem origem em um estatuto legal, não se relacionando com um suposto direito natural dos autores, e dava origem a um monopólio, de forma que os editores podiam fixar um preço por determinado livro sem considerar pressões de mercado (Vaidhyathan, p. 38).

<sup>9</sup> Fragoso, *Direito de autor e copyright: fundamentos históricos e sociológicos*, p. 134.

<sup>10</sup> Tridente, *Direito autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI*, p. 5.

No mesmo sentido, José de Oliveira Ascensão afirma que “*Dá-se um privilégio, ou monopólio, ao impressor. A ratio da tutela não foi proteger a criação intelectual mas sim, desde o início, proteger os investimentos*” (José de Oliveira Ascensão, *Direito autoral*, 2ª ed., ref. e ampl. [Rio de Janeiro: Renovar, 2007], p. 4).

se tornassem, elas próprias e de maneira independente de intermediários e do meio de reprodução, mercadorias.<sup>11</sup>

Começam a surgir, então, conflitos de interesses entre autores e editores (ou seja, entre trabalhadores e capitalistas). Em 1662, o parlamento inglês aprovou o *Licensing Act*, que pela primeira vez garantiu aos autores uma remuneração decorrente da exploração de suas obras. Mas essa remuneração era devida com a condição de que apenas a *Stationers' Company* pudesse explorá-las comercialmente.<sup>12</sup>

Em 1709, alguns anos após a não renovação do *Licensing Act* e a consequente perda do seu monopólio<sup>13</sup>, a *Stationers' Company* passou a apelar aos interesses dos autores para a promulgação de uma lei que devolvesse a estabilidade de preços ao mercado livreiro. Assim, em 1710, o *Statute of Anne* foi aprovado. Em seu título, lia-se o seguinte: “*Uma lei destinada a encorajar o aprendizado, conferindo o direito sobre cópias de livros impressos aos Autores, ou compradores dessas cópias, pelo tempo nela mencionado*”.<sup>14</sup>

Apesar de o *Statute of Anne* ser a primeira lei que reconhece o direito sobre determinada obra ao respectivo autor, ele tinha por objetivo principal a proteção do direito de cópia de livros impressos. Os autores não conseguiam, por si só, viabilizar a comercialização de suas obras sem a intermediação de um editor ou livreiro e, portanto, não tinham escolha senão ceder os direitos sobre as obras para esses intermediários.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> Fragoso, *Direito de autor e copyright: fundamentos históricos e sociológicos*, p. 59.

“A sustentação ideológica da burguesia dirige-se claramente para a realização de seus ideais terrenos, no caso, para a manutenção da propriedade burguesa [...]. E nessa ordem de coisas, a criação artística e literária, mesmo pertencendo já a um novo nível na divisão social do trabalho, assumindo, aos poucos, um caráter de trabalho intelectual e não mais como trabalho manual, passava, também, para outro plano, para transformar-se, ao fim e ao cabo, em mercadoria, como qualquer outra mercadoria resultante do trabalho humano.” (Fragoso, p. 124).

<sup>12</sup> Fragoso, *Direito de autor e copyright: fundamentos históricos e sociológicos*, p. 152; Lawrence Lessig, *Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity* (New York: The Penguin Press, 2004), p. 86, <http://www.free-culture.cc/freeculture.pdf>.

<sup>13</sup> O *Licensing Act* deixou de produzir efeitos no ano de 1695 (Lessig, *Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, p. 86).

<sup>14</sup> Vaidhyathan, *Copyrights and copywrongs: the rise of intellectual property and how it threatens creativity*, p. 40.

No original: “*An Act For The Encouragement Of Learning, By Visiting The Copies Of Printed Books In The Authors, Or Purchasers, Of Such Copies, During The Times Therein Mentioned*”.

<sup>15</sup> Fragoso, *Direito de autor e copyright: fundamentos históricos e sociológicos*, p. 153–154.

Com o intuito de aumentar a competitividade do mercado de livros, o parlamento inglês pela primeira vez limitou o *copyright* no aspecto temporal.<sup>16</sup> O prazo de proteção legal era de quatorze anos, renováveis por mais quatorze, para obras inéditas, e de vinte e um anos para obras já publicadas anteriormente.

Assim que o prazo de proteção legal de obras já publicadas começou a se aproximar do fim, a *Stationers' Company* decidiu argumentar perante os tribunais que os autores tinham o direito de controlar a impressão de seus trabalhos para sempre, sendo a eles aplicáveis os mesmos princípios legais de *common law* que conferiam aos proprietários o direito perpétuo sobre suas terras.<sup>17</sup>

A *Stationers' Company* arquitetou um litígio entre dois editores que dela faziam parte com o objetivo de obter um julgamento favorável. Porém, o juiz responsável pelo caso descobriu que o litígio entre os editores era colusivo e extinguiu a ação.<sup>18</sup>

Um caso real surgiu em 1729. O poeta James Thomson alienou os direitos sobre o poema “*The Seasons*” para um editor chamado Andrew Millar, que usufruiu da exclusividade sobre a obra pelo prazo legal. Após o término desse prazo, outro editor, chamado Robert Taylor, publicou o poema.<sup>19</sup>

Millar processou Taylor e obteve um resultado favorável. Os juízes que apreciaram o caso entenderam que o ato de criar instila um caráter de propriedade na obra e, assim, aplicaram os

---

“[...] certos direitos dos autores também foram assegurados, mas como parte de uma conciliação necessária no próprio âmbito das relações entre os editores e destes com os autores; como uma necessidade de ordem funcional, não como declaração de princípio, menos ainda como afirmação filosófica ou mesmo ideológica” (Fragoso, p. 127).

<sup>16</sup> Lessig, *Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, p. 89.

<sup>17</sup> Vaidhyanathan, *Copyrights and copywrongs: the rise of intellectual property and how it threatens creativity*, p. 41–42.

“However convincing the claim that ‘it’s my property, and I should have it forever’ try sounding convincing when uttering, “It’s my monopoly, and I should have it forever” (Lessig, *Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, p. 88).

<sup>18</sup> Vaidhyanathan, *Copyrights and copywrongs: the rise of intellectual property and how it threatens creativity*, p. 42.

<sup>19</sup> Vaidhyanathan, p. 42.



princípios do *common law* relativos à propriedade real. Dessa forma, a exclusividade sobre a impressão do poema pertenceria a Millar para sempre.<sup>20</sup>

Cinco anos mais tarde, Millar vendeu o direito de impressão do poema para um conglomerado de quinze editores, dentre eles Thomas Becket. E, novamente, o poema foi publicado sem autorização, agora pelos editores John e Alexander Donaldson. Desta vez, o entendimento do caso Millar vs Taylor foi revertido pela Câmara dos Lordes. A Corte expressamente consignou que o *copyright* era um privilégio concedido pelo Estado e que deveria possuir um limite temporal, não sendo um direito natural perpétuo.<sup>21</sup>

Assim, em sua origem, o *copyright* foi o resultado de um sistema de privilégios monopolísticos que tinha por objetivo a proteção de editores e livreiros.<sup>22</sup> Esse privilégio ainda não havia ganhado ares de propriedade ou de direito natural. No entanto, conforme a importância da figura do autor crescia, começou-se a desenvolver um sistema legal que o considerava como figura central.

### 1.1.2 *Droit d'Auteur*

Já se adiantou que a figura do autor começou a ganhar preponderância com os conflitos de classes que culminaram na revolução francesa. Pouco antes da revolução, em 1777, na própria França, a primeira legislação de *droit d'auteur* começou a ganhar forma com a abolição dos privilégios concedidos a editores e livreiros, revertendo-se a propriedade sobre a obra aos autores (ou respectivos herdeiros).<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> Vaidhyanathan, p. 42.

<sup>21</sup> Vaidhyanathan, p. 43.

Lawrence Lessig narra que a decisão da Câmara dos Lordes gerou uma enorme reação política e popular. Na Escócia, onde a maior parte dos editores e livreiros considerados clandestinos estavam instalados, a aludida decisão foi até mesmo comemorada nas ruas (Lessig, *Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, p. 93).

<sup>22</sup> Ainda hoje, a base do sistema de *copyright* é o exclusivo de reprodução da obra intelectual.

<sup>23</sup> Fragoso, *Direito de autor e copyright: fundamentos históricos e sociológicos*, p. 165.

Em 1791, na França pós-revolução, foi aprovada uma lei que reconhecia aos autores o direito de autorizar a encenação de suas obras em teatros públicos. Em 1793, também na França, é aprovado um decreto que estendeu a proteção legal a obras de todos os gêneros – no que João Henrique da Rocha Fragoso denomina a consagração definitiva do *droit d'auteur*.<sup>24</sup>

Todas essas leis rompem com a justificação do *copyright* e gradativamente atribuem importância à figura do autor e à atividade criadora em si (e não na materialidade do exemplar).<sup>25</sup> A França abriu caminho para uma série de outras legislações que seguiram as bases do *droit d'auteur*: na Rússia, em 1830; na Alemanha, em 1837; em Portugal, em 1851; na Itália, em 1865; na Bélgica, em 1886; e, também, no Brasil, em 1891.<sup>26</sup>

O *droit d'auteur* passou a afirmar a “propriedade” do autor sobre a obra, aproveitando-se da “sacralização que àquele direito se outorgara”.<sup>27</sup> Dessa forma, conferiu-se caráter de Direito ao que antes era visto como um privilégio.<sup>28</sup>

Mas, para além dessa afirmação, almejava-se conferir aos autores direitos que superavam a mera possibilidade de exploração econômica da obra intelectual. Surgem então os direitos extrapatrimoniais de autor (ou “direitos morais”). O exemplo clássico é a garantia de associação do nome do autor à obra – a denominada “paternidade” da obra.<sup>29</sup>

Assim é que houve uma cisma entre as tradições de *copyright* e *droit d'auteur*. O primeiro se concentra no direito de reprodução de obras intelectuais, atividades exercidas por intermediários, como editores e, mais atualmente, gravadoras. O segundo se concentra na

---

<sup>24</sup> Fragoso, p. 165.

<sup>25</sup> Ascensão, *Direito autoral*, p. 5.

<sup>26</sup> Fragoso, *Direito de autor e copyright: fundamentos históricos e sociológicos*, p. 167.

“O fato é que, sob inspiração francesa, o *Droit d'Auteur* se espalhou, como se espalharam os princípios da própria revolução de 1789” (Fragoso, p. 167).

<sup>27</sup> Ascensão, *Direito autoral*, p. 5.

<sup>28</sup> Carlos Alberto Bittar, *Direito de autor*, 6ª ed. rev., atual. e ampl. por Eduardo C. B. Bittar (Rio de Janeiro: Forense, 2015), p. 29.

Vide, nesse sentido, os capítulos 1.2 e 2.1.

<sup>29</sup> Tridente, *Direito autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI*, p. 7.

Carlos Alberto Bittar afirma que “o aspecto moral manifestou-se, inicialmente, na concepção do delito de contrafação [...] na doutrina germânica. A noção foi sedimentada e burilada pela jurisprudência, principalmente na França” (Bittar, *Direito de autor*, 2015, p. 31).

própria figura do autor, e, por esse motivo, congrega um direito de ordem patrimonial com um direito de ordem extrapatrimonial.

Em que pese as diferenças de ambas as tradições, elas se inserem em um contexto e período histórico comuns e não devem ser consideradas de maneira estanque.<sup>30</sup> Existe, e sempre existiu, uma comutação de conceitos entre o *copyright* e o *droit d'auteur*.<sup>31</sup> Pedro Nicoletti Mizumaki dá conta de que “*qualquer estudo sério da base de justificação de ambas as tradições revela harmonia [...] e inspiração recíproca em noções utilitaristas e jusnaturalistas*”.<sup>32</sup>

Atualmente nenhum dos dois sistemas parece completamente apto a lidar com os desafios da sociedade da informação, o que dá azo a ponderações sobre “*uma maior unificação entre ambos os sistemas, reduzindo aqueles pontos de atrito e se aprofundando os pontos comuns*”, com o objetivo último de se chegar a um sistema único.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> “*Copyright e droit d'auteur são, portanto, sistemas ligados na origem uma vez que o 'direito dos autores' somente pôde surgir em oposição ao 'privilégio dos editores'*”. (Tridente, *Direito autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI*, p. 11).

<sup>31</sup> Por exemplo, João Henrique da Rocha Fragoso, citando Henry Jessen, afirma que foi a Inglaterra quem primeiro atribuiu direitos extrapatrimoniais aos autores, por meio de uma reforma legislativa realizada em 1862. (Fragoso, *Direito de autor e copyright: fundamentos históricos e sociológicos*, p. 167).

Pedro Nicoletti Mizumaki afirma que, atualmente, as tradições de *copyright* e *droit d'auteur* “*são muito mais semelhantes do que diferentes, de modo que é preciso atenuar o vigor com que os manuais tendem a toma-las como radicalmente distintas*” (Pedro Nicoletti Mizumaki, “Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88” [Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007], p. 225, [http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=82877](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=82877)).

<sup>32</sup> Mizumaki, “Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88”, p. 227.

Mizumaki afirma, ainda, que “*em última análise, as tradições são mais direcionadas por mercado, tecnologia e setores de interesse do que por fundamentação filosófica, estratégias de implementação, ou [...] a família de sistema jurídico à qual se filiam*” (Mizumaki, p. 228).

<sup>33</sup> Fragoso, *Direito de autor e copyright: fundamentos históricos e sociológicos*, p. 248.

Fragoso lucidamente aponta que “*o sistema de Droit d'Auteur [...] resguarda para a obra e para o autor uma aura de dignidade, atribuindo ao autor os chamados direitos morais e não permitindo que certos aspectos da criação intelectual, os 'direitos morais' sejam transacionados como parte do pacote, como uma mercadoria a mais. Mas nada deve se manter rígido por força da tradição ou de princípios, por contrariar a realidade, tornar-se cego ao mundo em constante mutação. Essa mutação clama por mudança, clama por aberturas, clama por novos rumos e o sistema do Droit d'Auteur, de alguma forma, deverá acrescentar novas ramificações em seu tronco secular. [...] A tensão entre os dois sistemas, do Copyright e do Droit d'Auteur não pode ser vista como uma luta entre o bem e o mal; também não é uma luta entre inimigos. Ambos os sistemas têm matizes próprios a merecer respeito, é bem verdade, embora no interior de cada um deles também os conflitos se manifestem. São vários e diversos os pontos de atrito e de convergência entre ambos os sistemas, mas é inegável a realidade e importância de cada um deles perante o mundo atual*”. (Fragoso, p. 247–248).

Como questiona José de Oliveira Ascensão, a tutela do autor surgiu como um apoderamento do privilégio monopolístico concedido à indústria. Hoje, contudo, “*teremos de perguntar se no final a indústria não se apoderou da tutela do autor*”.<sup>34</sup> E Ascensão prossegue, evidenciando o anacronismo do discurso que hoje permeia o *droit d’auteur* e, ao mesmo tempo, aproxima-o inconscientemente do *copyright*:<sup>35</sup>

*“O direito de autor nasce amparado na imagem do escritor cuja criatividade se recompensa, embora já nos primeiros tempos seja evidente a marca de atividade editorial. Hoje, porém, podemos dizer que um sistema de direito de autor eficiente é ‘um pré-requisito para a criação e sobrevivência de certos setores da indústria atual, entre os quais a indústria editorial’.”*

O presente trabalho, portanto, não toma por base a estrutura estanque de um ou outro sistema. O ponto de partida é o *droit d’auteur* que caracteriza o sistema de direitos autorais brasileiro, porém, já no próximo capítulo, nota-se uma ruptura necessária com o discurso de propriedade sobre a obra, bem como com o próprio objeto do direito autoral. Mais adiante, outras rupturas necessárias serão apresentadas: a dessacralização do autor, a funcionalização do direito autoral e a coibição de condutas abusivas que historicamente permeiam o exercício do direito autoral.

---

<sup>34</sup> Ascensão, *Direito autoral*, p. 4.

<sup>35</sup> Ascensão, p. 8.

## 1.2 Natureza Jurídica do Direito Autoral

A natureza jurídica do direito autoral é controversa e envolta em interesses políticos e econômicos desde a sua origem. Há grande debate Brasil afora sobre sua classificação como propriedade ou como monopólio. Denis Borges Barbosa nota, a esse respeito, a existência de um eixo no qual a classificação dos direitos de propriedade intelectual<sup>36</sup> constantemente se desloca, conforme cada sistema nacional e momento histórico, de forma que tais direitos ora estão mais próximos de uma noção, ora de outra.<sup>37</sup>

Há, ainda, os defensores de classificações outras, como a de que o direito autoral seria um direito de personalidade ou um direito *sui generis*, que encerra características de direitos reais e pessoais. José de Oliveira Ascensão observa que, apesar dessas classificações serem comuns na doutrina brasileira, elas são abordadas de maneira bastante sumária.<sup>38</sup>

Assim, na primeira e na segunda seção, serão expostos os fundamentos das correntes doutrinárias que classificam o direito autoral em sua concepção atual, tais como, respectivamente, propriedade e monopólio. Na terceira seção, haverá espaço para tratar sobre a classificação do direito autoral como um direito de personalidade. Finalmente, na quarta seção, serão traçadas algumas linhas conclusivas de todo o exposto, as quais suportarão o desenvolvimento dos próximos capítulos.

### 1.2.1 Direito Autoral como Propriedade

Designa-se como direitos reais, ou direito das coisas, nas palavras do Código Civil, a categoria de relações jurídicas que regula a apropriação e a utilização dos bens por parte dos homens. A categoria dos direitos das coisas nasceu da distinção estabelecida em relação aos

---

<sup>36</sup> Utilizar-se-á a expressão “propriedade intelectual” por ter sido consagrada em tratados internacionais e obras doutrinárias ao redor do mundo. Sua utilização, no entanto, não revela, de plano, uma afiliação à tese de que o direito autoral consiste em propriedade, ao menos na acepção civilista do termo.

<sup>37</sup> Denis Borges Barbosa, *Tratado da propriedade intelectual*, 1ª ed., 2ª tiragem, tomo I (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013), p. 99.

<sup>38</sup> Ascensão, *Direito autoral*, p. 615.

direitos das obrigações. Enquanto o direito das obrigações trata dos direitos de crédito, o direito das coisas se incumbe do exercício dos direitos subjetivos<sup>39</sup> reais, mormente da propriedade, o direito real por excelência e símbolo máximo do assenhramento dos bens.<sup>40</sup>

Denis Borges Barbosa nota que o tipo clássico dos direitos de exclusividade é a propriedade. Assim, Barbosa afirma que todos os sistemas jurídicos, em diferentes proporções, emprestam aos direitos sobre bens imateriais algumas características gerais relativas à propriedade.<sup>41</sup> Nessa mesma linha, Sérgio Branco identifica que a positivação do direito autoral, ao menos nos países de tradição romano-germânica, é em geral fundada no direito de propriedade.<sup>42</sup>

O art. 3º da Lei 9.610/1998 (Lei do Direito Autoral - “LDA”) corrobora essa afirmação ao dispor que “*Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis*”.<sup>43</sup> Porém, esse dispositivo não significa que o direito autoral necessariamente se classifica como propriedade ou direito real. Como adverte José de Oliveira Ascensão, “*as qualificações legais nada têm de decisivo*” e “*o intérprete não está impedido de as abandonar quando concluir que elas não refletem o regime que a própria lei estabelece*”.<sup>44</sup>

Segundo Denis Borges Barbosa, no que é acompanhado por José de Oliveira Ascensão, como se verá no capítulo 2.2 abaixo, a classificação dos direitos sobre bens imateriais como

---

<sup>39</sup> Os direitos subjetivos são uma construção jurídica recente, datada dos séculos XVIII e XIX. Entende-se por direito subjetivo a liberdade conferida às pessoas, físicas ou jurídicas, para atuação segundo seus interesses próprios, dentro dos limites impostos pelo ordenamento. Tais limites podem ser internos ou intrínsecos e externos ou extrínsecos. Os limites internos dos direitos subjetivos são aqueles que decorrem de sua natureza, objeto e conteúdo, dos valores do sistema (confiança, lealdade etc.) e da função econômica e social da propriedade. Os limites externos, por sua vez, incluem os direitos de terceiros e os advindos do próprio ordenamento jurídico. (Teresa Ancona Lopez, “Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito”, in *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*, org. Rosa Maria de Andrade Nery e Rogério Donnini [São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009], p. 541–542).

<sup>40</sup> Gustavo Tepedino, “Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução”, in *Temas de direito civil - tomo II* (Rio de Janeiro: Renovar, 2006), p. 136.

<sup>41</sup> Barbosa, *Tratado da propriedade intelectual*, p. 99.

<sup>42</sup> Sérgio Branco, *O domínio público no direito autoral brasileiro: uma obra em domínio público* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011), p. 49, <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9137/Sergio+Branco++O+Dominio+Publico+no+Direito+Autoral+Brasileiro.pdf?sequence=1>.

<sup>43</sup> Também o Código Civil de 1916 classificava o direito autoral dentre os bens móveis (art. 48, inciso III). Além disso, dispunha de título denominado “Da Propriedade Literária, Científica e Artística” (arts. 649 a 673), inserido no Livro dos Direitos das Coisas (Leonardo Estevam de Assis Zanini, *Direitos de autor* [São Paulo: Saraiva, 2015], p. 90).

<sup>44</sup> Ascensão, *Direito autoral*, p. 600–601.

propriedade pode gerar uma visão extrema e desequilibradamente favorável aos titulares de tais direitos.<sup>45</sup> Isso porque, nas palavras de Sérgio Staut Jr., na modernidade a propriedade era vista como um direito inviolável, absoluto, individual e que outorgava ao seu titular todas as garantias atribuídas pela ordem jurídica, visão que fora (e, acrescente-se, ainda é) estendida ao direito autoral.<sup>46</sup>

Leonardo Estevam de Assis Zanini, na linha do exposto no capítulo 1.1, lembra que tal classificação foi consagrada na França, como uma tentativa de romper com o regime anterior de privilégios. Dessa forma, era ideologicamente interessante classificar o direito autoral como propriedade, pois se permitiria a aplicação do regime jurídico do domínio e a utilização das medidas cabíveis para proteção da propriedade em sua concepção clássica.<sup>47</sup>

Tullio Ascarelli entende que o direito absoluto de gozar e dispor do bem imaterial, considerado como a criação intelectual objetiva e individualizada, e não a respectiva materialização, permite sua qualificação como propriedade. Faz oposição à ideia de monopólio ou privilégio, sob o fundamento de que o autor exerce seu direito diretamente sobre a criação intelectual, e não sobre uma atividade a ela relacionada.<sup>48</sup>

Pedro Nicoletti Mizumaki aponta que, sob uma perspectiva econômico-empresarial, não há qualquer óbice em se tratar o direito autoral como propriedade. A obra intelectual – fixada ou não em um suporte físico – que seja transacionável, “*independentemente da existência de um regime jurídico que controle sua qualidade*”, é considerada como propriedade.<sup>49</sup>

Eliane Y. Abrão entende que a obra é uma *res* e “*garante ao autor um direito do tipo real, oponível a terceiros, e um direito de natureza pessoal, contra quaisquer agressões à sua*

---

<sup>45</sup> Barbosa, *Tratado da propriedade intelectual*, p. 108.

<sup>46</sup> Sérgio Staut Jr., *Direitos autorais: entre as relações sociais e as relações jurídicas* (Curitiba: Moinho do Verbo, 2006), p. 132.

<sup>47</sup> Zanini, *Direitos de autor*, p. 88. Zanini faz menção à qualificação do direito autoral por Le Chapelier como “*a mais sagrada, a mais pessoal de todas as propriedades*”. Essa afirmação é ilustrativa da concepção de direito autoral vigente na França do século XVIII e justifica a preocupação de Denis Borges Barbosa e José de Oliveira Ascensão com a classificação do direito autoral como propriedade.

<sup>48</sup> Tullio Ascarelli, *Teoría de La Concurrencia y de los Bienes Inmateriales* (Barcelona: Bosch, 1970), p. 286–293.

<sup>49</sup> Mizumaki, “Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88”, p. 178.

*integridade*”.<sup>50</sup> José Carlos Costa Netto, citando Clóvis Beviláqua, para quem o aspecto patrimonial do direito autoral era de natureza real, assevera que “*é inegável a efetiva absorção – pelo direito brasileiro – da noção de existência paralela de dois direitos de natureza diversa: um pessoal (intransferível e irrenunciável) e outro patrimonial (negociável)*”.<sup>51</sup>

João Henrique da Rocha Fragoso afirma que o direito autoral exige uma abordagem dialética, “*sintetizando elementos, cujas naturezas intrínsecas parecem repelir-se mutuamente: de um lado, um direito real; de outro, direito pessoal.*”<sup>52</sup> Carlos Alberto Bittar reconhece no direito autoral a natureza bipartida, porém incindível, de direitos reais e direitos pessoais.<sup>53</sup> Vinculam-se, todos, à teoria, predominantemente aceita no Brasil, de que o direito autoral possui caráter *sui generis*, sendo uma combinação de direitos reais e direitos pessoais.<sup>54</sup>

José de Oliveira Ascensão, por outro lado, é enfático ao afirmar que a obra intelectual não pode ser apropriada de maneira exclusiva e, dessa forma, não dá origem a uma propriedade – e, tampouco origina qualquer outro direito real. Ascensão afirma que a divulgação da obra intelectual importa em sua comunicação a todo e qualquer interessado, impedindo o domínio exclusivo de um só.<sup>55</sup>

*“A obra intelectual não é evidentemente um bem de produção. O circunlóquio a que se recorre só significa afinal que a obra não foi atribuída ao titular*

---

<sup>50</sup> Eliane Y. Abrão, *Direitos de autor e direitos conexos*, 2ª ed. rev. e ampl. (São Paulo: Migalhas, 2014), p. 63.

<sup>51</sup> José Carlos Costa Netto, *Direito autoral no Brasil*, 2ª ed. rev., ampl. e atual. (São Paulo: FTD, 2008), p. 76.

<sup>52</sup> João Henrique da Rocha Fragoso, *Direito autoral: da antiguidade à internet* (São Paulo: Quartier Latin, 2009), p. 29.

<sup>53</sup> Bittar, *Direito de autor*, 2015, p. 29–30.

É curioso notar que na 4ª edição de sua obra, Carlos Alberto Bittar afirma que o âmbito patrimonial do direito autoral “*constitui verdadeiro monopólio*” (Carlos Alberto Bittar, *Direito de autor*, 4ª ed. [Rio de Janeiro: Forense, 2001], p. 49). Essa afirmação foi retirada da 6ª edição.

<sup>54</sup> Leonardo Estevam de Assis Zanini denomina essa visão como “teoria do direito pessoal-patrimonial”. Explica se tratar de uma combinação, mais ou menos fluida, a depender do autor que a defende, de direitos patrimoniais e pessoais, que não pode ser enquadrada em nenhuma das categorias jurídicas tradicionais. Por isso, fala-se em um direito *sui generis*. (Zanini, *Direitos de autor*, p. 110–116).

<sup>55</sup> Ascensão, *Direito autoral*, p. 604–605. Ascensão prossegue, afirmando que o titular de direitos autorais “*não pode proibir o desfrute da sua obra por parte de outrem. Pode não autorizar a reprodução; em casos extremos pode mesmo retirar do mercado os exemplares existentes etc.; mas tudo isto respeita à materialização da obra, e não à obra em si. Esta pertence a todos, por natureza e não por qualquer tolerância do criador intelectual, ou do transmissário do direito de autor*”. (Ascensão, p. 605–606).



*como seria característica da propriedade; há utilizações de terceiros que continuam lícitas, e têm de o ser sempre, dada a destinação social do bem intelectual.”*

A obra intelectual, uma vez exteriorizada, é, por definição, pública. Somente haveria que se falar em propriedade ou qualquer outro direito real se se admitisse que o direito autoral recai sobre a obra, o que, para José de Oliveira Ascensão, não é verdadeiro. Ascensão entende que a obra é ponto de referência do direito autoral em âmbito patrimonial, mas não seu objeto, que seria precisamente as atividades reservadas ao titular dos direitos autorais:<sup>56</sup>

*“As atuações sobre a obra, permitidas a terceiros, não se diferenciam daquelas que são permitidas ao autor. A norma vem só proibir a todos, com exceção do autor, as utilizações que estejam ligadas a formas de exploração econômica da obra. Um direito que não outorga sobre a obra poderes diversos dos que cabem a qualquer pessoa não pode ser um direito real.”*

Portanto, no âmbito patrimonial, o direito autoral reserva aos titulares de direitos autorais apenas as faculdades que se relacionam à exploração econômica da obra intelectual. Nesse contexto, não há espaço para se falar em propriedade recaindo sobre as formas de gozo com significado econômico, como pretende Mario Are, pois a propriedade representa a atribuição de uma universalidade de poderes, e não de poder de uma única espécie.<sup>57</sup>

José de Oliveira Ascensão afirma ainda que o recurso ao conceito de propriedade não se justifica, por ser impossível adotar um regime unitário aplicável simultaneamente à propriedade clássica e à denominada propriedade intelectual. Para Ascensão, a propriedade, conforme

---

<sup>56</sup> Ascensão, *Direito autoral*, p. 610–611.

<sup>57</sup> Ascensão, *Direito autoral*, p. 606.

estabelecida no Brasil, pressupõe a existência de um bem material e a possibilidade da prática de atos de posse desse bem, o que não ocorre com o direito autoral.<sup>58</sup>

Ascensão reconhece, contudo, que o direito autoral se qualifica como um direito absoluto, no sentido de que ele pode ser oposto *erga omnes*.<sup>59</sup> Assim, as regras atinentes aos direitos reais que se baseiam exclusivamente em seu caráter absoluto podem ser aplicadas, analogamente e no que couber, ao direito autoral.<sup>60</sup> Nessa mesma linha, Denis Borges Barbosa afirma que o direito autoral, em sua parcela patrimonial, é assimilável ao estatuto constitucional da propriedade.<sup>61</sup>

Sérgio Branco também se dedica a apontar as principais diferenças entre os direitos de “propriedade” intelectual e a propriedade em sua concepção clássica. Em primeiro lugar, Branco destaca que os bens intelectuais são não-rivais. Entende-se por bem não rival aquele cujo consumo por uma pessoa não reduz a quantidade disponível desse bem para o restante da sociedade. Diversas pessoas podem ouvir a mesma música, por exemplo, sem que o uso de uma pessoa rivalize com o uso feito por outra pessoa, ao contrário do que ocorre com qualquer bem material.<sup>62</sup>

---

<sup>58</sup> Ascensão, p. 608.

Sérgio Branco, por outro lado, valendo-se da lição de Caio Mário da Silva Pereira, pontua que no Brasil o direito de propriedade pode ser exercido sobre a coisa (bens corpóreos) ou sobre bens em sentido estrito (bens imateriais ou abstratos). Cita como exemplo a propriedade sobre ações ou marcas. (Branco, *O domínio público no direito autoral brasileiro: uma obra em domínio público*, p. 18–22).

<sup>59</sup> Eliane Y. Abrahão nota, a esse respeito, que “os princípios históricos e norteadores dos direitos autorais e do *copyright* foram enormemente alargados, afastando-se da noção de proteção a criadores de obras do espírito, com finalidades estéticas e de entretenimento, para receber obras nascidas e destinadas a outros fins, unicamente interessadas no privilégio *erga omnes*.” (Abrahão, *Direitos de autor e direitos conexos*, p. 59–60).

<sup>60</sup> Ascensão, *Direito autoral*, p. 601.

<sup>61</sup> Denis Borges Barbosa, *Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013), p. 67.

<sup>62</sup> Branco, *O domínio público no direito autoral brasileiro: uma obra em domínio público*, p. 21–22.

Lawrence Lessig oferece uma didática explicação para o conceito de bens não-rivais, comparando a utilização da teoria da relatividade publicada por Albert Einstein com a utilização de ruas e praias públicas: “*Einstein’s theory of relativity is different from the streets or public beaches. Einstein’s theory is fully “nonrivalrous”; the streets and beaches are not. If you use the theory of relativity, there is much left over afterward as there was before. Your consumption, in other words, does not rival my own. But roads and beaches are very different. If everyone tries to use the roads at the very same time (something that apparently happens out here in California often), then their use rivals my own. Traffic jams; public beaches crowded*” (Lawrence Lessig, *The future of ideas: the fate of the commons in a connected world* [New York: Vintage, 2002], p. 21).

Para Leonardo Estevam de Assis Zanini, essa característica leva à impossibilidade de defesa do direito autoral por meio de ações possessórias, pois estas demandam a existência de um bem corpóreo. Nota, a respeito, que o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 228, que estabelece ser “*inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral*”.<sup>63</sup>

A segunda diferença apontada por Sérgio Branco diz respeito ao fato de que a propriedade intelectual, ao contrário da propriedade em sua concepção clássica, não é perpétua, mas está sujeita ao que a doutrina denomina princípio da temporalidade. Significa dizer que os direitos de propriedade intelectual são limitados no tempo.<sup>64</sup>

A terceira diferença reside na possibilidade de que a propriedade intelectual não pertença e não possa pertencer a ninguém, como ocorre com a obra em domínio público. A propriedade clássica, de outro lado, ainda que não pertença a ninguém, tal como a coisa sem dono ou abandonada, pode vir a pertencer.<sup>65</sup>

A quarta diferença recai sobre as peculiaridades na transmissão de direitos. A transmissão do direito de propriedade, em regra, põe fim a qualquer relação jurídica existente entre o alienante e o novo proprietário. No direito autoral, ao menos, tal não ocorrerá, pois o autor sempre permanecerá gozando dos direitos extrapatrimoniais que a lei lhe confere, independentemente da transmissão da titularidade dos direitos patrimoniais sobre a obra.

Leonardo Estevam de Assis Zanini, tratando especificamente do direito autoral, aponta mais algumas diferenças: (i) os modos de aquisição do direito autoral e da propriedade são distintos, pois o direito autoral somente se adquire com a criação da obra. Não pode ser adquirido por usucapião, ocupação, tradição etc.; (ii) a perda da propriedade também é distinta, pois o direito autoral, no que toca ao âmbito extrapatrimonial, é intransmissível, inalienável e irrenunciável. Não pode ser objeto de renúncia, abandono, perecimento etc.; (iii) não há tratamento igualitário entre as regras do direito autoral e da propriedade clássica quanto à comunicação dos bens em razão do matrimônio; e (iv) a incompatibilidade do direito de

---

<sup>63</sup> Zanini, *Direitos de autor*, p. 92.

<sup>64</sup> Branco, *O domínio público no direito autoral brasileiro: uma obra em domínio público*, p. 23; Abrão, *Direitos de autor e direitos conexos*, p. 63.

<sup>65</sup> Branco, *O domínio público no direito autoral brasileiro: uma obra em domínio público*, p. 23.

propriedade com o âmbito extrapatrimonial do direito autoral, já que a teoria da propriedade não explicaria o vínculo perene que liga o criador à obra intelectual.<sup>66</sup>

Também é de se destacar que o direito autoral não compartilha das características dos direitos reais no que se refere à ambulatoriedade – o fato de que o dever jurídico correspondente ao direito real caminha com a relação jurídica; direito de seqüela – poder de perseguir o bem, esteja ela na mão de quem quer que seja; publicidade – ampla divulgação dos atos concernentes à sua constituição e transferência, inclusive para fins de eficácia perante terceiros; e preferência – posição privilegiada do detentor do direito real na satisfação do seu crédito em relação aos titulares dos demais direitos de crédito.

Deixando a análise dos autoralistas e civilistas de lado, José Afonso da Silva entende, sob uma perspectiva constitucional, que a propriedade deveria ser tratada pela Constituição da República como uma instituição da ordem econômica, o que permitiria relativizar seu conceito à vista da realização da finalidade precípua aos princípios da ordem econômica: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.<sup>67</sup>

Prossegue, valendo-se de noção elaborada pela doutrina italiana, de que a Constituição da República não consagra uma propriedade única, “*mas várias instituições diferenciadas, em correlação com diversos tipos de bens e de titulares, de onde ser cabível falar não em propriedade, mas em propriedades*”. O direito autoral é, assim, classificado como uma “manifestação da propriedade”, ou “propriedade especial”.<sup>68</sup>

Celso Ribeiro Bastos assevera que o conceito constitucional da propriedade é muito mais amplo em relação ao que lhe é conferido pelo direito privado. Para Bastos, a Constituição da República estende a proteção conferida à propriedade em sua concepção clássica também aos inventos e criações artísticas de obras literárias e até mesmo a direitos em geral com expressão econômica.<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> Zanini, *Direitos de autor*, p. 93–98.

<sup>67</sup> José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 37<sup>a</sup> ed., rev. e atual. (São Paulo: Malheiros, 2014), p. 272–273.

<sup>68</sup> da Silva, p. 276–278.

<sup>69</sup> Celso Ribeiro Bastos, *Curso de direito constitucional*, 22<sup>a</sup> ed. atual. (São Paulo: Saraiva, 2001), p. 215–216. E continua: “*a referida multiplicidade de propriedades leva a uma respectiva diversificação dos regimes jurídicos de cada uma. Canotilho observa que a ampliação e diversificação do espaço do direito de propriedade conduziu*

Eros Grau enxerga na propriedade afirmada na Constituição da República “*um conjunto de institutos jurídicos relacionados a distintos tipos de bens*”, concluindo haver, no direito positivo, uma “*multiplicidade da propriedade*”, no que se inclui a propriedade literária e artística.<sup>70</sup>

A palavra “propriedade” vem do latim “*proprietare*” e se relaciona a tudo aquilo que “*possui qualidade de próprio*”.<sup>71</sup> Trata-se de conceito próximo às lições de José Afonso da Silva, Celso Ribeiro Bastos e Eros Grau, e, de certa maneira, é também aplicável ao direito autoral em seu âmbito patrimonial.

Percebe-se, assim, que os estudiosos da Constituição da República conceituam a propriedade como um instituto que tutela a circulação econômica *latu sensu*, ao invés do conceito estanque que lhe é comumente atribuído por aqueles que se debruçam sobre o direito privado. Essa noção será importante para o capítulo 2.2 adiante.

### **1.2.2 Direito autoral como Monopólio Privado**

Os sistemas de *common law* historicamente fundam os direitos de propriedade intelectual na noção de monopólio. O Estatuto dos Monopólios, aprovado pelo parlamento inglês em 1624, trata de direito patentário e é considerado o diploma legal que deu início a essa tradição. O aludido Estatuto subsistiu como a única disposição legal sobre direito patentário no Reino Unido até o final do século XIX, e permanece sendo invocado em julgados de países integrantes do *commonwealth*.<sup>72</sup>

De acordo com Denis Borges Barbosa, a classificação dos direitos de propriedade intelectual como monopólio é atualmente adotada pelas cortes supremas da Inglaterra, Estados

---

a uma espécie de ‘fracionamento’ do seu conceito unitário-primitivo, responsável por uma diversidade de regimes (Bastos, p. 216).

<sup>70</sup> Eros Grau, *A ordem econômica na constituição de 1988* (São Paulo: Malheiros, 2007), p. 225.

<sup>71</sup> Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo dicionário da língua portuguesa*, 2ª ed., rev. e aument. (Nova Fronteira, 1986), p. 1403.

<sup>72</sup> Barbosa, *Tratado da propriedade intelectual*, p. 99.

Unidos da América (“EUA”), Índia, Canadá e Austrália, além de países sem ligação direta com o Estatuto dos Monopólios, como a Colômbia e o México.<sup>73</sup>

De fato, o pioneirismo do Estatuto dos Monopólios ao classificar o direito patentário como monopólio permitiu o espraiamento dessa noção para outros sistemas jurídicos, no que se inclui o Brasil do final do século XIX. Rui Barbosa, por exemplo, ao comentar o artigo da Constituição da República de 1891 que dispunha sobre marcas, patentes e direitos autorais, afirmou que o “privilégio temporário” concedido aos inventores sobre seus inventos consistia em um monopólio.<sup>74</sup>

Denis Borges Barbosa assevera, com fulcro na doutrina e jurisprudência norte-americanas, que a classificação dos direitos de propriedade intelectual como monopólio representa a crença de que, em matéria de exclusividade sobre criações intelectuais, o interesse público deve prevalecer sobre interesses privados.<sup>75</sup> Nesse sentido, Siva Vaidhyathan identifica que a chamada “*property talk*” – quando se atribui ao direito autoral a característica de propriedade – faz com que todo argumento de flexibilização do direito autoral se aproxime da ideia de furto e, conseqüentemente, afaste o instituto da sua origem de incentivo à expressão criativa.<sup>76</sup>

José de Oliveira Ascensão encontra na classificação como monopólio<sup>77</sup> a verdadeira natureza jurídica do direito autoral. Para Ascensão, mesmo aquilo que não é individualmente apropriável pode ser objeto de monopólio. Como exemplo, cita as coisas no domínio público que são objeto de concessão privada (tais como rodovias públicas).<sup>78</sup>

---

<sup>73</sup> Barbosa, p. 100.

<sup>74</sup> Barbosa, p. 99.

<sup>75</sup> Barbosa, p. 101.

<sup>76</sup> Vaidhyathan, *Copyrights and copywrongs: the rise of intellectual property and how it threatens creativity*, p. 11–12. Vaidhyathan prossegue: “*Instead of trying to prevent ‘theft’, we should try to generate a copyright policy that would encourage creative expression without limiting the prospects for future creators.*” (Vaidhyathan, p. 12).

<sup>77</sup> Ascensão se vale do termo “exclusivo” ou “direito de exclusivo” para evitar polissemia. Utilizar-se-á no presente trabalho o termo “monopólio” por ser o mais comumente empregado no Brasil em discussões sobre a natureza jurídica do direito autoral.

<sup>78</sup> Ascensão, *Direito autoral*, p. 612. Ascensão ressalva, porém, que aceita a teoria do monopólio apenas sob o prisma negativo, pois ela afasta as teorias realistas e demonstra que o vácuo criado pela não classificação do direito autoral como propriedade tampouco demanda a criação de nova categoria jurídica específica (Ascensão, p. 613).

Dentro dessa concepção, o direito autoral se centra na exclusão da intervenção de terceiros. As atividades de exploração econômica da obra intelectual, reservadas pelo monopólio existente em favor dos titulares de direitos autorais, funcionam como uma exceção à regra geral de liberdade de atuação. Tais atividades, portanto, deixam de ser livres por determinado período de tempo.<sup>79</sup>

Em síntese, “o direito de autor pode assim ser nuclearmente caracterizado como um exclusivo [monopólio] temporário de exploração econômica da obra”.<sup>80</sup>

A natureza jurídica do direito autoral conforme defendida por José de Oliveira Ascensão é assemelhada à tese de Edmond Picard, mencionada por Eliane Y. Abrão, para quem o direito autoral se constitui em um monopólio originário da criação e figura como uma quarta categoria de direitos, os “direitos intelectuais”, que não guardam relação com as categorias de direitos reais, pessoais e obrigacionais.<sup>81</sup>

Sérgio Branco abraça a ideia de monopólio (direito de exclusivo) defendida por José de Oliveira Ascensão, afirmando que o direito autoral é conferido pela lei, não emanando de um suposto direito natural<sup>82</sup>, e se presta para justificar tanto (i) o direito patrimonial, que não é propriedade, em que pese seja passível de circulação econômica, quanto (ii) o direito

---

<sup>79</sup> Ascensão, *Direito autoral*, p. 613–615. Ascensão refuta, ainda que parcialmente, a ideia do direito autoral como um direito que visa à conquista de clientela, sob o fundamento de que essa qualificação não é essencial ao monopólio de que trata o direito autoral. (Ascensão, p. 613).

<sup>80</sup> Ascensão, *Direito autoral*, p. 616.

<sup>81</sup> Abrão, *Direitos de autor e direitos conexos*, p. 61; O próprio José de Oliveira Ascensão afirma que “a classificação dos direitos subjetivos em pessoais, reais e obrigacionais está longe de ser exaustiva. Há, ainda, nomeadamente, direitos de exclusivo ou de monopólio” (Ascensão, *Direito autoral*, p. 613).

<sup>82</sup> Nesse sentido, o próprio José de Oliveira Ascensão nota que não há qualquer fundamento além do positivo, para justificar o direito autoral: “Além deste fundamento positivo, haverá ainda fundamentos transcendentais de justificação, se assim nos podemos exprimir – como o Direito Natural, a dignidade humana ou outros de natureza supra-positiva? A nosso ver não. A discussão poderia travar-se quanto ao direito pessoal (ou “moral”) de autor, cujo relevo se apaga aliás cada vez mais a nível mundial. No ponto de vista patrimonial, é um puro instituto positivo: a lei cria-o ou não, com o objetivo, a duração e o conteúdo que entender. Como todos os institutos meramente positivos, é ditado pela utilidade social dele derivada.” (José de Oliveira Ascensão, “O direito autoral numa perspectiva de reforma”, in *Estudos de direito de autor e a revisão da lei dos direitos autorais*, org. Marcos Wachowicz e Manoel Joaquim Pereira dos Santos [Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010], p. 17, [http://www.direitoautoral.ufsc.br/gedai/wp-content/uploads/livros/GedaiUFSC\\_LivroEstudosDirAutor\\_vfinal.pdf](http://www.direitoautoral.ufsc.br/gedai/wp-content/uploads/livros/GedaiUFSC_LivroEstudosDirAutor_vfinal.pdf)).

extrapatrimonial, que não é direito da personalidade (como se verá adiante), ainda que seja um direito pessoal.<sup>83</sup>

Ressalte-se que a utilização do termo “monopólio” para caracterizar a natureza jurídica dos direitos de propriedade intelectual e, mais especificamente, do direito autoral, não guarda relação com sua acepção no direito antitruste. Nesse sentido, Denis Borges Barbosa explica que há séculos os ordenamentos jurídicos admitem a exclusividade sobre uma tecnologia nova, útil e dotada de espírito criativo, ao mesmo tempo em que vedam os monopólios econômicos em geral. Barbosa fala em um “monopólio do novo”, que, ao contrário do “monopólio do velho”, não recai sobre as atividades produtivas já em curso.<sup>84</sup>

*“Intuitivamente, esse monopólio do novo não é igual ao monopólio do velho. Não se retiram liberdades do domínio comum, para reservar a alguém. Ao contrário, traz-se do nada, do não existente, do caos antes do Gênesis, algo que jamais integrara a liberdade de ninguém. Há uma doação de valor à economia, e não uma subtração de liberdade.”*

Trata-se, portanto, de uma noção de monopólio jurídico sobre determinada coisa nova, não monopólio econômico.<sup>85</sup> Denis Borges Barbosa é feliz ao se referir a um monopólio instrumental: a exclusividade sobre a obra intelectual recai sobre um meio de exploração do mercado, mas não evita que, de outras formas, esse mesmo mercado seja explorado por terceiros.<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> Branco, *O domínio público no direito autoral brasileiro: uma obra em domínio público*, p. 53; José de Oliveira Ascensão chega à mesma conclusão, não sem fazer uma autocrítica: “a qualificação do direito de autor como um direito de exclusivo não está dependente da sua qualificação como direito pessoal ou patrimonial. Mas nem sempre a situação nos surge com a mesma nitidez. Assim, no direito de retirada ou no direito à integridade são elementos da personalidade, como a honra, que surgem em primeiro plano, e não atividades atribuídas em exclusivo. Havendo embora uma extrinsecação da personalidade, há também o aspecto característico de essa extrinsecação se dar a propósito de uma determinada obra.” (Ascensão, *Direito autoral*, p. 614).

<sup>84</sup> Barbosa, *Tratado da propriedade intelectual*, p. 103.

<sup>85</sup> Barbosa, p. 102.

<sup>86</sup> Barbosa, p. 104.



### 1.2.3 Direito Autoral como um Direito de Personalidade

Leonardo Estevam de Assis Zanini critica a visão de José de Oliveira Ascensão ao classificar o direito autoral como monopólio. Fundamenta sua crítica no fato de que a aludida teoria deixaria os direitos da personalidade de fora do âmbito do direito autoral, além de não explicar como se daria a relação entre os âmbitos patrimonial e extrapatrimonial do direito autoral.<sup>87</sup>

Zanini prefere se valer da tese de que o direito autoral é um direito da personalidade. Traça, assim, um paralelo entre a imagem corporificada na fotografia, sobre a qual inexistente dúvida quanto à natureza de direito da personalidade, e a obra intelectual, que seria a “imagem” dos pensamentos e ideias do autor. Em sua concepção, a obra é uma emanção da personalidade do autor.<sup>88</sup>

Esse direito da personalidade seria passível de utilização econômica, como ocorre com o direito à imagem, à voz, à intimidade e ao nome. Assim, os efeitos patrimoniais seriam mera decorrência, aspectos secundários e acessórios, do direito da personalidade do autor.<sup>89</sup>

Sérgio Branco, de outro lado, defende que os direitos extrapatrimoniais não podem ser classificados como direitos da personalidade. Para Branco, a maioria dos direitos da personalidade são inatos e, mesmo aqueles que não o são, como o nome, não dependem de um fato externo, alheio ao titular, para existir. Existem por causa da existência de seu titular.<sup>90</sup>

Já o direito autoral dependeria de um fato externo para se configurar como direito da personalidade: a exteriorização da obra intelectual. Tal fato pode nunca se configurar, de forma que se estaria tratando de um direito da personalidade em potencial, que talvez sequer venham a existir.<sup>91</sup>

---

<sup>87</sup> Zanini, *Direitos de autor*, p. 105–107.

<sup>88</sup> Zanini, p. 154–158.

<sup>89</sup> Zanini, p. 158–161.

<sup>90</sup> Branco, *O domínio público no direito autoral brasileiro: uma obra em domínio público*, p. 41–43.

<sup>91</sup> Branco, p. 41–43.

Branco lembra também os casos – mais e mais comuns com o uso das novas tecnologias – de autores que publicam suas obras sob pseudônimos ou de maneira anônima, o que revela indiferença com relação ao suposto vínculo entre a obra e a personalidade do autor. Conclui que, também por esse prisma, a defesa do direito autoral como um direito de personalidade resta prejudicada.<sup>92</sup>

José de Oliveira Ascensão diferencia o direito pessoal<sup>93</sup> inerente ao direito autoral do direito de personalidade que cabe ao criador intelectual e nada tem a ver com a disciplina do direito autoral. Tais direitos não se confundem. O direito autoral no âmbito extrapatrimonial atribui um novo bem ao criador intelectual, para além do direito de personalidade.<sup>94</sup>

O direito autoral visa garantir uma posição especial e funcional do autor em relação à obra, mas não a tutela de um bem de personalidade.<sup>95</sup> Assim é que nem todos os direitos extrapatrimoniais tratados no art. 24 da LDA se relacionam a direitos de personalidade, do que é exemplo o inciso III, que trata sobre o direito de conservar a obra inédita.

Denis Borges Barbosa, citando a diferenciação feita por José de Oliveira Ascensão quanto aos direitos de personalidade e o direito pessoal do autor, arremata: “*não se pode deixar de notar a importantíssima noção de que direitos da personalidade previstos na Constituição e os direitos morais previstos pela legislação autoral não são a mesma coisa.*”<sup>96</sup>

---

<sup>92</sup> Branco, p. 52.

<sup>93</sup> O autor prefere o termo “direito pessoal” ao termo “direito moral”, por entender que o uso deste último “é impróprio e incorreto. É impróprio, pois há setores não-éticos no chamado direito moral e é incorreto, pois foi importado sem tradução da língua francesa. Aí se fala em pessoas morais, danos morais, direitos morais e assim por diante. Mas no significado que se pretende o qualitativo é estranho à língua portuguesa e deve, pois, ser substituído. Dizendo-se ‘direito moral’ quer-se significar simplesmente o direito pessoal por oposição ao direito patrimonial.” (Ascensão, *Direito autoral*, p. 129–130).

<sup>94</sup> Ascensão, p. 594. E o autor conclui: “Por isso, um autor de obra não tutelada – por exemplo, o escritor de país onde o direito de autor não é reconhecido – não deixa de beneficiar desta tutela geral da personalidade.” (Ascensão, p. 594).

<sup>95</sup> Ascensão, *Direito autoral*, p. 603.

<sup>96</sup> Barbosa, *Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor*, p. 68.

### 1.2.4 Conclusões sobre a Natureza Jurídica do Direito Autoral

Do exposto acima, pode-se chegar a algumas conclusões. Inicia-se, então, pelo que o direito autoral não é. O direito autoral não pode ser classificado como um direito de propriedade ou um direito real, ao menos no que se refere à sua concepção clássica, idealizada com base em premissas que o direito autoral não preenche. São elas: (i) a obra intelectual é inapropriável; (ii) a obra intelectual é não-rival; (iii) a obra intelectual é incorpórea; e (iv) a proteção conferida à obra intelectual é temporária. A aplicação da propriedade clássica ao direito autoral requer uma elasticidade que o instituto não possui.

Descartar a classificação do direito autoral como propriedade ou direito real afasta, ao menos em princípio, a tese de que o direito autoral seria um direito *sui generis*, composto de um direito patrimonial real e um direito pessoal.

De outro lado, a noção de propriedade oferecida pelos constitucionalistas é interessante, ao passo que se distancia da concepção clássica civilista. Sintetizando o pensamento dos autores citados na seção 1.2.1, “*a propriedade pode ser definida como monopólio de utilização econômica*”.<sup>97</sup> Essa definição se aproxima muito da tese de José de Oliveira Ascensão sobre a natureza jurídica do direito autoral como monopólio, do que se cuidará abaixo.

O direito autoral também não pode ser classificado como um direito de personalidade, pois os direitos da personalidade são, em regra, inatos, coisa que o direito autoral não é. Admitir-se que o direito autoral é um direito de personalidade significaria inaugurar uma nova categoria de direitos de personalidade: aqueles cuja existência não está vinculada ao seu titular, mas sim a um fato externo, que pode nunca se configurar. Seriam direitos de personalidade potenciais e casuísticos.

Além disso, como acomodar a tese de que o direito autoral é um direito de personalidade com as limitações e exceções intrínsecas e extrínsecas ao direito autoral, exploradas na seção 2.3.3 abaixo? Carlos Alberto Bittar afirma que “*esses direitos são dotados de caracteres especiais, para uma proteção eficaz à pessoa humana, em função de possuir, como objeto, os*

---

<sup>97</sup> Bastos, *Curso de direito constitucional*, p. 217.

*bens mais elevados do homem*”. Assim, são qualificados como absolutos, indispensáveis, vitalícios e necessários, dentre outras características.<sup>98</sup>

Bittar admite que os direitos de personalidade, em algumas situações, podem ser dispostos por seus titulares, de forma a ingressar a circulação econômica, “*exatamente para permitir a melhor fruição por parte de seu titular, sem, no entanto, afetar-se os seus caracteres intrínsecos*”.<sup>99</sup>

Porém, na hipótese sob análise, seria certamente estranho haver limitações e exceções ao direito de personalidade que, potencialmente, conflitem com os interesses do autor, detentor desse direito – o que pode ocorrer no caso das exceções e limitações ao direito autoral. Como se demonstrará nos capítulos 2.2 e 2.3 abaixo, estar-se-ia falando, então, de um direito de personalidade que encerra uma série de limitações legais e é funcionalmente condicionado, características que não se amoldam à natureza do direito de personalidade.

Não se nega que existam direitos de personalidade atrelados à obra intelectual, mas tais direitos não são os direitos extrapatrimoniais (ou pessoais, como prefere José de Oliveira Ascensão) garantidos pela LDA, ainda que, em alguns casos, ambas as figuras possam coexistir. Por exemplo, no direito à integridade da obra (art. 24, inciso IV, da LDA), há de fato um elemento da personalidade, a honra, de forma que haveria sua garantia independentemente de qualquer direito extrapatrimonial atribuído pela LDA.<sup>100</sup> Caso diferente é o do direito de modificação da obra (art. 24, inciso V, da LDA), que se configura como um novo bem atribuído ao autor, sem relação com o direito de personalidade.<sup>101</sup>

A tese defendida por Leonardo Estevam de Assis Zanini, exposta na seção 1.2.3, parece se aproximar da ideia de que o direito autoral é um direito natural, com o que não se concorda. Pedro Nicoletti Mizumaki afirma que a teoria jusnaturalista da propriedade-personalidade considera a obra intelectual como uma derivação da personalidade do autor.<sup>102</sup>

---

<sup>98</sup> Carlos Alberto Bittar, *Os direitos da personalidade* (Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989), p. 11.

<sup>99</sup> Bittar, p. 12.

<sup>100</sup> Ascensão, *Direito autoral*, p. 614.

<sup>101</sup> Ascensão, p. 594.

<sup>102</sup> Mizumaki, “Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88”, p. 318–319.

A obra pertenceria ao autor por ser uma emanção do seu espírito, tanto é que, originalmente, a teoria jusnaturalista da propriedade-personalidade enxergava, como o próprio nome adianta, o direito autoral como propriedade em sua concepção clássica – discurso esse que é até hoje reproduzido pela indústria cultural.<sup>103</sup>

Essa justificativa natural do direito autoral, segundo Karin Grau-Kuntz, enseja uma noção de um direito absoluto, não sujeito a uma compatibilização com outros direitos, ou mesmo um direito “supralegal”.<sup>104</sup> Nessa esteira, Denis Borges Barbosa observa que “*ao abrigo retórico da irradiação da personalidade, inúmeras disfunções da economia e do direito fundamental de acesso à produção intelectual da humanidade são cometidas.*”<sup>105</sup>

Siva Vaidhyathan identifica que o direito autoral não é um direito natural, mas sim uma barganha utilitária empregada pelo Estado para encorajar o investimento de tempo e dinheiro em trabalhos que, de outro modo, não seriam produzidos.<sup>106</sup> Assim, pode-se concluir que o direito autoral, longe de ser um direito natural, é uma política estatal, resultante da Lei, que possui fins específicos e determinados. Não resulta de qualquer direito inerente à autoria ou ao ato de produção intelectual.

Afastadas as classificações do direito autoral como um direito de personalidade e/ou como um direito natural do autor, resta a sua classificação como um monopólio (direito de exclusiva). Aqui, há que se concordar parcialmente com Leonardo Estevam de Assis Zanini quanto ao fato de que José de Oliveira Ascensão não explica a relação entre os âmbitos patrimonial e extrapatrimonial do direito autoral dentro da tese que o classifica como monopólio.

Sérgio Branco, em que pese concordar com a tese do monopólio, ressalva que ela “*só se presta a justificar os direitos morais do autor enquanto a obra se encontra protegida*”.

---

<sup>103</sup> Mizumaki, p. 319–325. Mizumaki afirma que “*A indústria, tendo como base a fundamentação jusnaturalista clássica, aproveita respostas emocionais e raciocínios vinculados à propriedade sobre bens materiais, e os estendem a bens imateriais. Mesmo que a transposição, na maior parte das vezes, não resista aos esforços de análise mais débeis, acaba exercendo considerável influência sobre o senso comum. Tamanha é a força da property talk*” (Mizumaki, p. 323).

<sup>104</sup> Karin Grau-Kuntz, “Jusnaturalismo e propriedade intelectual”, *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, junho de 2009, p. 12.

<sup>105</sup> Barbosa, *Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor*, p. 65.

<sup>106</sup> Vaidhyathan, *Copyrights and copywrongs: the rise of intellectual property and how it threatens creativity*, p. 8.

Considerando que os efeitos do decurso do prazo de proteção atingem de maneiras distintas os âmbitos patrimonial e extrapatrimonial do direito autoral, pois os direitos extrapatrimoniais não se extinguem, afirma ser “*inevitável atribuir aos direitos morais do autor a natureza de direitos pessoais, ou extrapatrimoniais, em contraposição aos direitos autorais patrimoniais [...], de modo que devem pertencer a categorias de fato distintas.*”<sup>107</sup> Denis Borges Barbosa segue caminho parecido:<sup>108</sup>

*“Queremos crer que os direitos morais constituem-se em relação aos bens incorpóreos, e não em face à exclusiva [monopólio]. [...] A exclusiva se constrói regulando a interação entre o bem incorpóreo e a sociedade em geral, em sua função econômica-concorrencial. O feixe de direitos extrapatrimoniais incide na interação entre originador e sua criação [...].”*

Ambos os autores se aproximam – talvez inconscientemente – da tese de que o direito autoral seria um direito *sui generis*. Apenas substituem a classificação do âmbito patrimonial como direito real pela classificação como monopólio. Quanto ao âmbito extrapatrimonial, destacam-no do monopólio, quebrando a unidade proposta por José Oliveira de Ascensão e o mantendo como um direito pessoal independente.

Valendo-se do pensamento de José de Oliveira Ascensão no sentido de que a classificação como direito *sui generis* somente poderia ocorrer se impossível qualificar o direito autoral em uma categoria preexistente<sup>109</sup>, tentar-se-á sustentar a unidade da classificação do direito autoral como monopólio.

Em primeiro lugar, não é certo afirmar que a tutela extrapatrimonial do direito autoral se dá de maneira diversa da tutela patrimonial. Vale-se novamente de Ascensão para esclarecer que, em ambos os casos, o direito autoral consiste em uma reserva ao autor. No caso do direito extrapatrimonial, Ascensão afirma:

---

<sup>107</sup> Branco, *O domínio público no direito autoral brasileiro: uma obra em domínio público*, p. 52–53.

<sup>108</sup> Barbosa, *Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor*, p. 71.

<sup>109</sup> Ascensão, *Direito autoral*, p. 613.

*“não há nenhum poder específico do autor sobre a obra, nestas faculdades pessoais. Também aqui a obra é um a propósito de certas atividades, que tanto podem ser exercidas pelo autor como por qualquer outra pessoa. E o que verdadeiramente se reserva ao autor não são as modificações da obra, mas certas formas de divulgação da obra modificada. O direito pessoal não recai, pois, sobre a obra”*.<sup>110</sup>

Estabelecido que, tanto no âmbito patrimonial quanto no extrapatrimonial, o direito autoral não recai sobre a obra, mas, ao contrário, volta-se para a sociedade, fixando os usos e faculdades que são reservadas ao autor, passa-se a abordar a sobrevivência do âmbito extrapatrimonial do direito autoral mesmo após o término do período de proteção conferido ao âmbito patrimonial.

O direito autoral é constituído por dois âmbitos distintos: o patrimonial e o extrapatrimonial. O que se sugere então é que o monopólio atribuído pelo direito autoral seja dividido em dois monopólios, ou um monopólio com dois objetos distintos.<sup>111</sup> No que se refere ao âmbito patrimonial, o monopólio reserva ao autor a exploração econômica da obra por um tempo determinado e sob certas regras que o compatibilizam com os interesses públicos.<sup>112</sup>

No que se refere ao âmbito extrapatrimonial, o monopólio reserva ao autor direitos extrapatrimoniais relativos à obra, tais como o de reivindicar sua autoria, assegurar sua integridade, modificá-la e assim por diante. O monopólio que recai sobre os direitos

---

<sup>110</sup> Ascensão, p. 600.

<sup>111</sup> Manoel Joaquim Pereira dos Santos parece introduzir ideia similar, porém, baseada, quanto ao âmbito extrapatrimonial, na defesa da personalidade do autor: *“Esse direito de exclusividade não se exaure no conteúdo patrimonial, ou seja, no que respeita a sua exploração econômica. Embora a obra intelectual não seja suscetível de apropriação exclusiva como ocorre com um bem corpóreo, reserva-se ao autor a exclusividade na realização de certas atividades relacionadas com a obra, a saber: a sua divulgação inicial, a sua modificação e a sua identificação. Essas faculdades são de ordem extrapatrimonial porque visam defender a personalidade do autor e, em última análise, a própria obra.”* (Manoel Joaquim Pereira dos Santos, “Princípios constitucionais e propriedade intelectual - o regime constitucional do direito autoral”, in *Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*, org. Luiz Gonzaga Silva Adolfo e Marcos Wachowicz, 3ª reimpressão [Curitiba: Juruá, 2011], p. 20).

<sup>112</sup> Eliane Y. Abrão nota que o direito exclusivo tratado pela Convenção de Berna *“esbarra em duas esferas de limitações”*: (i) a *“necessidade de disseminação da cultura e do conhecimento, permitindo que a obra seja utilizada em alguns casos, independentemente de autorização do autor ou do titular e de qualquer pagamento; e (ii) as licenças obrigatórias.* (Abrão, *Direitos de autor e direitos conexos*, p. 80–81).

extrapatrimoniais é perpétuo<sup>113</sup> e pode ser transmissível aos herdeiros e/ou defendido pelo Estado<sup>114</sup>, no que couber e conforme a opção legislativa de cada país.

Assim, propõe-se adaptar a definição sobre a natureza jurídica do direito autoral formulada por José de Oliveira Ascensão e transcrita na seção 1.2.2 da seguinte maneira: *o direito de autor pode ser caracterizado como um exclusivo [monopólio] temporário de exploração econômica da obra e um exclusivo [monopólio] perpétuo, em regra transmissível aos herdeiros do autor, de direitos extrapatrimoniais relativos à obra.*<sup>115</sup> É com essa noção que se seguirá adiante.

---

<sup>113</sup> Ascensão repudia a sobrevivência do direito pessoal após a extinção do direito patrimonial, porém nota que poderia se falar, quando muito, que sobrevivem o direito à integridade, ao nome e à paternidade da obra. Para o autor, contudo, essa sobrevivência “*não parece poder ter consequências práticas, pois os modos de atuação estabelecidos por lei não se adaptam às obras caídas em domínio público*”. (Ascensão, *Direito autoral*, p. 336–337).

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Silmara Juny de Abreu Chinellato, por outro lado, entendem que o direito extrapatrimonial do autor ultrapassa sua vida e são reconhecidos mesmo ao autor morto, para sempre e ainda que a obra esteja em domínio público (Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Silmara Juny de Abreu Chinellato, “Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos. Reflexos no direito autoral”, *Revista de direito autoral*, Agosto de 2004, p. 64).

Entende-se aqui que a perpetuidade do direito extrapatrimonial tem lugar somente no que não conflitar com as regras de domínio público, como é o caso dos direitos previstos nos incisos I, II e IV do art. 24 da LDA. É possível, ainda, conjecturar alguns efeitos práticos para essa perpetuidade, como o caso dos herdeiros do autor que notam a veiculação de determinada obra sem a devida referência de autoria. A reivindicação de autoria, nesse caso, talvez não se traduza em ganhos patrimoniais, mas pode produzir efeitos junto à imagem familiar, por exemplo.

<sup>114</sup> “Art. 24. São direitos morais do autor: [...] § 1º Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV. § 2º Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público.”

<sup>115</sup> Acresceu-se o trecho em negrito à definição formulada por José de Oliveira Ascensão.



### 1.3 Desafios do Direito Autoral na Sociedade da Informação

A primeira seção trará um breve resumo do que se convencionou denominar sociedade da informação, focando, especialmente, na *internet* como nova forma de comunicação, produção e distribuição de cultura, conhecimento e informação (e, por consequência, de obras intelectuais). A segunda seção abordará os desafios que a sociedade da informação impôs ao direito autoral e encerrará a primeira parte do presente trabalho, abrindo o caminho para tratar dos desafios endógenos do direito autoral no plano jurídico.

#### 1.3.1 A Sociedade da Informação

No final do segundo milênio, uma revolução tecnológica, centrada nas tecnologias da informação, redefiniu muito rapidamente as bases da sociedade. O resultado da revolução foi uma crescente interdependência das economias globais e a introdução de uma nova forma de relacionamento entre economia, Estado e sociedade.<sup>116</sup>

Manuel Castells batiza essa estrutura social como o “*informacionalismo*”.<sup>117</sup> Ao contrário do industrialismo, que é voltado para a maximização da produção e o consequente crescimento econômico, o informacionalismo é voltado para o acúmulo de conhecimento e para a obtenção de níveis cada vez mais altos de processamento de informação.<sup>118</sup>

Paralelamente ao surgimento e consolidação das tecnologias da informação, houve um processo de reestruturação da sociedade capitalista após o esgotamento do modelo keynesiano de capitalismo no final da década de 70. As novas tecnologias permitiram a condução de um

---

<sup>116</sup> Manuel Castells, *The information age: economy, society and culture*, 2ª ed., vol. I (Oxford: Blackwell Publishing, 2010), p. 1.

<sup>117</sup> Castells, p. 14.

<sup>118</sup> Castells, p. 17.

amplo processo de desregulamentação, privatização e ruptura do modelo de contrato social entre capital e trabalho que caracterizava o capitalismo industrial.<sup>119</sup>

Ambos os fenômenos – o informacionalismo e a reestruturação do capitalismo – não se confundem, mas estão intimamente relacionados e deram origem ao capitalismo informacional e a um novo paradigma, calcado na informação como matéria prima, bem como na penetrabilidade, flexibilidade e convergência das tecnologias. O aludido paradigma sintetiza a forma como a transformação tecnológica interage com a economia e a sociedade, permitindo-se falar em sociedade da informação, ou, como prefere Castells, sociedade informacional.<sup>120</sup>

Para José de Oliveira Ascensão, as formas de comunicação globais que caracterizam a sociedade da informação possuem uma base em comum: a digitalização.<sup>121</sup> Alessandra Tridente explica que “*as tecnologias digitais consistem na utilização de códigos binários – sequências variadas dos números zero e um – para o processamento de informações [...]*”.<sup>122</sup> As informações processadas dessa maneira são transmitidas com muito mais rapidez e permitem a interação em tempo real entre pessoas localizadas em diferentes pontos do globo.<sup>123</sup>

A informação digital é organizada em redes, nas quais tudo está ao alcance do usuário “*em regime de interatividade*”.<sup>124</sup> Essas redes se formam a partir de diversos computadores interligados entre si e que trocam informações.<sup>125</sup> A mais famosa das redes de informação é a *internet*, sobre a qual se falará adiante.

---

<sup>119</sup> Castells, p. 18–19. “*The Keynesian model of capitalist growth, which brought unprecedented economic prosperity and social stability to most market economies for almost three decades after the Second World War, hit the wall of its built-in limitations in the early 1970s, and its crisis was manifested in the form of rampant inflation. When the oil price increases of 1974 and 1979 threatened to spiral inflation out of control, governments and firms engaged in a process of restructuring in a pragmatic process of trial and error that continued into the 1990s with a more decisive effort at deregulation, privatization, and the dismantling of the social contract between capital and labor that underlay the stability of the previous growth model.*” (Castells, p. 18–19).

<sup>120</sup> Castells, *The information age: economy, society and culture*, p. 18, 20 e 70-72.

<sup>121</sup> Ascensão, *Direito autoral*, p. 681.

<sup>122</sup> Tridente, *Direito autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI*, p. 53.

<sup>123</sup> “*Ao contrário da radiodifusão, em que havia comunicação de um ponto para muitos pontos, mas não vice-versa; e do telefone, em que havia comunicação ponto a ponto; pretende-se agora a comunicabilidade de todos os pontos para todos os pontos*” (Ascensão, *Direito autoral*, p. 682).

<sup>124</sup> Ascensão, p. 684.

<sup>125</sup> Guilherme Carboni, *Direito de autor na multimídia* (São Paulo: Quartier Latin, 2003), p. 145.

O digital é, portanto, como denomina Pierre Lévy, “*a infraestrutura do ciberespaço*”. O ciberespaço consiste nesse ambiente de comunicação, sociabilidade, organização e serve também como mercado da informação e do conhecimento. O digital passou a se fundir com as telecomunicações, com a editoração, com o cinema e a televisão.<sup>126</sup>

A sociedade da informação desafiou as estruturas sobre as quais se assentavam determinados institutos jurídicos. A obra intelectual tutelada pelo direito autoral, por exemplo, antes materializada em um bem físico, passou a ser intangível.<sup>127</sup> Não é mais necessário possuir um livro ou um disco para ler um romance ou ouvir uma música. Basta o *download* de um arquivo digital.

Liliana Minardi Paesani nota que a desmaterialização da obra intelectual dificulta que sejam traçadas fronteiras entre reprodução, difusão e a sua circulação. O suporte físico determinava o direito de usufruto e comercialização da obra, mas não conferia qualquer direito de transmissão, retransmissão e comunicação ao público. Hoje, com os arquivos digitais, reprodução, circulação e difusão se confundem.<sup>128</sup>

---

<sup>126</sup> Pierre Lévy, *Cibercultura* (São Paulo: Editora 34, 1999), p. 30.

A emergência do ciberespaço deu origem ao que se denomina cibercultura, entendida como o conjunto de técnicas, práticas, atitudes, pensamentos e valores que se desenvolvem juntamente com o avanço do próprio ciberespaço. (Lévy, p. 15–16).

<sup>127</sup> “*O princípio do suporte físico é o divisor entre o corpus mysticum e o corpus mechanicum. O suporte físico é a materialização física da criação intelectual. O suporte físico é o objeto material que juridicamente se enquadra na natureza de coisa, que pode compor o universo de riqueza do homem. Com a venda da obra intelectual o autor transmite a propriedade sobre o suporte material da sua criação. O adquirente fica investido de todas as prerrogativas inerentes ao direito de propriedade (uso, gozo e fruição) sobre o suporte material que incorpora a criação intelectual, respeitados os direitos autorais de autor dentre estes os direitos morais (direito de paternidade, a modificação, destruição, transformação, direito de sequência (ver 6.3.II,b, etc.)). Tendo em vista que estes direitos morais são irrenunciáveis e inalienáveis o adquirente do suporte material terá sempre uma relação com o autor, de guardião da criação intelectual – a obra*” (Eduardo Salles Pimenta, *Princípios de direitos autorais*, livro I [Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004], p. 360). No mesmo sentido: Henrique Gandelman, *De Gutenberg à internet: direitos autorais na era digital*, 4ª ed. rev., atual. e ampl. (Rio de Janeiro: Record, 2001), p. 36.

Ainda que na sociedade da informação a obra intelectual não seja necessariamente materializada em um bem físico, não há dúvidas de que há sua fixação em determinado suporte: “*muito embora não haja a possibilidade de manusear fisicamente o suporte da obra [...], seus bits encontram um meio de fixação, que seria a memória do computador, a qual fisicamente existe, de modo que pode ter havido um aprofundamento da intangibilidade, mas não a ausência de fixação*” (Fabio Malina Losso, “Os direitos autorais no mercado da música” [Universidade de São Paulo, 2008], p. 95, <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-28092009-082901/pt-br.php>).

<sup>128</sup> Liliana Minardi Paesani, *Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*, 4ª edição (São Paulo: Atlas, 2008), p. 49.

A *internet* surgiu como protagonista dessa nova sociedade e, por meio da possibilidade de compartilhamento de arquivos digitais, alterou radicalmente o modo como vivemos e nos relacionamos. A produção e difusão de cultura, conhecimento e informação atingiu um nível impensável há algumas décadas.

Diferentemente de outras invenções consideradas igualmente revolucionárias no passado, tais como o telefone, o rádio e a televisão, a *internet*<sup>129</sup> gerou questionamentos quanto à capacidade dos Estados de exercer seu controle. Até meados da década de 90, a ideia de que a *internet* consistia em um espaço que “os governos não possuíam soberania”<sup>130</sup> era bastante difundida.<sup>131</sup>

Nem mesmo os idealizadores originais da *internet* previram o impacto que ela causaria no modo como as pessoas interagem entre si, compartilham informações e desenvolvem suas atividades.<sup>132</sup> Muito por isso, a *internet* foi concebida sem um meio confiável de identificar os usuários a ela conectados. Esse fato possui vantagens inequívocas, como propiciar sua utilização irrestrita e independente de qualquer tipo de cadastro, tornando-a um espaço altamente democrático. Porém, sua possibilidade de regulamentação e fiscalização foi dificultada na mesma medida.

Isso não impediu que as legislações e tratados internacionais sobre direito autoral pretendessem tutelar a utilização de obras intelectuais protegidas na *internet* (e em outros meios digitais). Tampouco impediu que a indústria cultural tentasse identificar e responsabilizar

---

<sup>129</sup> O estudo a ser desenvolvido não tomará por base apenas a *internet*, mas sim todo o universo de novas tecnologias que, de alguma forma, impactam o direito autoral. No entanto, a *internet* hoje se apresenta como a fonte de maior controvérsia dentro desse universo.

<sup>130</sup> “*Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather [...]*” (John Perry Barlow, “A Declaration of the Independence of Cyberspace”, Electronic Frontier Foundation, 8 de fevereiro de 1996, <https://www.eff.org/cyberspace-independence>).

<sup>131</sup> Losso, “Os direitos autorais no mercado da música”, p. 83.

<sup>132</sup> “*My original vision for a universal Web was an armchair aid to help people do things in the web of real life. It would be a mirror, reflecting reports or conversations of art and mapping social interactions. But more and more, the mirror model is wrong, because interaction is taking place primarily on the Web. People are using the Web to build things they have not built or written or drawn or communicated anywhere else. As the Web becomes a primary space for much activity, we have to be careful that it allow for a just and fair society [...]*” (Tim Berners-Lee, *Weaving the web: the original design and ultimate destiny of the world wide web by its inventor* [New York: HarperCollins Publishers, 2000], p. 165).

pessoas que violassem direitos autorais na *internet*.<sup>133</sup> No entanto, como se verá adiante, os desafios impostos pela sociedade da informação ao direito autoral estão longe de serem resolvidos.

### 1.3.2 Os Desafios Impostos pela Sociedade da Informação: o Direito Autoral na Berlinda?

O surgimento de poderosas ferramentas típicas da sociedade da informação, tais como os computadores pessoais, equipamentos de reprografia e escaneamento, *smartphones* e impressoras 3D, que utilizam a *internet* e outras novas tecnologias como alicerce para a consecução de seus fins, exigiu (e ainda exige) do ordenamento jurídico respostas para dilemas jamais enfrentados.

Inúmeros são os exemplos: a identificação e posterior responsabilização da pessoa responsável por um conteúdo ilícito publicado em rede social; a reprodução e distribuição indiscriminada de obras intelectuais protegidas; a ampla oferta de serviços por meio de *websites* e aplicativos que, muitas vezes, passam ao largo da legislação e regulamentação locais; a impressão caseira de armamentos funcionais por meio de impressoras 3D etc.

Especificamente no que se refere ao direito autoral, há uma íntima relação entre a disciplina legal e o desenvolvimento tecnológico. Desde a invenção da prensa, o direito autoral acompanha as novas tecnologias, que, cada qual ao seu modo, inauguram novas possibilidades de fixação das obras intelectuais em suportes antes inexistentes – nesse sentido, o art. 7º da LDA estende a proteção legal às obras intelectuais fixadas em qualquer suporte “*conhecido ou que se invente no futuro*”.<sup>134</sup>

---

<sup>133</sup> Pierre Lévy nota que “*O movimento da cibercultura é um dos motores da sociedade contemporânea. Os Estados e os industriais da multimídia o acompanham como podem, ao mesmo tempo em que resistem com todas as forças frente ao que percebem como sendo a ‘anarquia’ da Net*”. (Lévy, *Cibercultura*, p. 231–232).

<sup>134</sup> Tridente, *Direito autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI*, p. 45–46; Hector MacQueen, “Copyright and the internet”, in *Law and the internet: regulating cyberspace*, org. Lilian Edwards e Charlotte Waelde (Oxford: Hart Publishing, 1997), p. 68.

Já se viu que o *Statute of Anne* surgiu na Inglaterra com o objetivo de proteger inicialmente apenas o suporte papel. Posteriormente, com o passar dos anos e a evolução tecnológica, passou-se a proteger também outros suportes: a música ou interpretação dramática gravada em um fonógrafo, as obras fotográficas e cinematográficas e assim por diante.<sup>135</sup>

O direito autoral, portanto, historicamente se expande à medida em que surgem novos suportes tecnológicos para a fixação e consequente exploração comercial de obras intelectuais. Contudo, com a emergente facilidade de fixação de tais obras em meios novos e mais acessíveis, cresceram também as dificuldades no controle das respectivas utilizações não autorizadas.<sup>136</sup>

José de Oliveira Ascensão expõe que a ideia artesanal do autor que sozinho cria e autoriza a utilização de suas obras intelectuais deu lugar a uma cultura de massas, na qual essas obras são distribuídas e utilizadas por anônimos sem qualquer possibilidade de obter a autorização prévia do autor ou titular dos direitos autorais. Ascensão conclui: “*toda a estrutura do Direito de Autor está hoje obsoleta*”.<sup>137</sup>

Como será detalhadamente demonstrado na parte II deste estudo, a indústria cultural adota uma postura combativa em relação ao surgimento de novas tecnologias que permitem a reprodução de obras intelectuais protegidas. O caso mais emblemático ocorreu nas décadas de 70 e 80, quando a Sony passou a comercializar videocassetes que permitiam a gravação de obras audiovisuais, como filmes, séries e desenhos animados.<sup>138</sup>

A indústria cultural não mediu esforços em juízo para tentar impedir que a Sony e outros fabricantes de videocassetes os comercializassem no mercado norte-americano. O principal argumento adotado era de que a tecla “gravar” dos videocassetes possuía como única finalidade a facilitação da violação de obras intelectuais protegidas. A indústria comparava a aludida tecla

---

<sup>135</sup> Tridente, *Direito autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI*, p. 46–47; MacQueen, “Copyright and the internet”, p. 68.

<sup>136</sup> Tridente, *Direito autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI*, p. 48.

No mesmo sentido, Guilherme Carboni afirma que “*É do desenvolvimento tecnológico que surge o direito de autor*”. (Carboni, *Direito de autor na multimídia*, p. 25).

<sup>137</sup> Ascensão, *Direito autoral*, p. 7.

<sup>138</sup> Tridente, *Direito autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI*, p. 49.

com armas brancas e ferramentas para arrombamento de residências, cujas únicas funções seriam viabilizar a prática de ilícitos.<sup>139</sup>

Os fabricantes de videocassetes, por sua vez, defendiam-se afirmando a impossibilidade de sua responsabilização em razão de eventual uso ilegal dos equipamentos feito por alguns consumidores. Finalmente, em 1984, a Suprema Corte norte-americana decidiu que, embora os videocassetes permitissem a gravação ilícita de obras intelectuais protegidas, havia uma série de outras utilizações lícitas que tornavam a tecnologia legítima<sup>140</sup> – o caso ficou conhecido como “Sony Betamax”.<sup>141</sup>

Mais recentemente, as tecnologias digitais se tornaram a nova ameaça combatida pela indústria cultural. As aludidas tecnologias impactaram o sistema de direitos autorais de três principais formas: (i) permitiram a reprodução de cópias perfeitas de obras intelectuais protegidas; (ii) reduziram substancialmente o seu custo de produção; e (iii) possibilitaram a sua distribuição a um grande universo de pessoas, sem quaisquer custos.<sup>142</sup>

Denis Borges Barbosa destaca que as tecnologias digitais resultaram em uma mudança qualitativa na economia das obras intelectuais. Os agentes intermediários – editores, gravadoras etc. – encarregados de distribuir a obra intelectual aos usuários cada vez mais são substituídos pelos próprios usuários:

*“Agora, todo mundo é Gutemberg, quando à copiadora (inclusive a da marca Xerox) se sucede o vídeo, o cassete, o diskette, et coetera [...]. Assim, é razoável entender que se tenha uma nova mudança qualitativa na economia da produção expressiva – pelo menos no tocante ao modelo mediado e reprodutivo, voltado para o mercado”.*<sup>143</sup>

---

<sup>139</sup> Tridente, p. 50.

<sup>140</sup> Tridente, p. 50–51.

<sup>141</sup> Sony Corp. of America vs Universal City Studios, Inc. 464 U.S. 417 (1984)

<sup>142</sup> Tridente, *Direito autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI*, p. 53–54.

<sup>143</sup> Barbosa, *Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor*, p. 509.

Bill Gates, presidente da Microsoft, citado por Guilherme Carboni, denomina como “força de atrito” a participação de intermediários na distribuição de obras intelectuais. Bill Gates afirma que, na sociedade da informação, “*a força de atrito será muito baixa*”, o que “*dará oportunidade a um maior número de autores*”.<sup>144</sup>

Como reação ao surgimento das tecnologias digitais, os textos legais e tratados internacionais sobre direito autoral se tornaram muito mais restritivos.<sup>145</sup> Em 1992, os EUA – onde se concentram a grande maioria das empresas que compõem a indústria cultural – aprovaram o *Audio Home Recording Act*, que criou uma taxa para a venda de mídias graváveis como forma de compensar um possível prejuízo causado à indústria cultural por perdas oriundas de cópias privadas de obras intelectuais protegidas.<sup>146</sup>

Em 1996, após esforços liderados pelos EUA, foi aprovado o Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (“OMPI”) sobre Direito de Autor.<sup>147</sup> O preâmbulo do aludido Tratado é ilustrativo quanto à preocupação com as tecnologias digitais:

*“Reconhecendo a necessidade de introduzir novas regras internacionais e esclarecer a interpretação de certas regras existentes com o objetivo de prover soluções adequadas para questões levantadas [...] pelos novos desenvolvimentos tecnológicos [...]”*<sup>148</sup>

---

<sup>144</sup> Carboni, *Direito de autor na multimídia*, p. 149.

<sup>145</sup> Comentando o contexto norte-americano, mas que reflete a posição da indústria cultural e da evolução legislativa em todo o mundo, Rob Merges, Peter Menell e Mark A. Lemley afirmam: “*By the early 1990s, advances in digital technology were beginning to be felt in the major content marketplaces. The traditional content industries feared that widespread availability of technology [...] could undermine their ability to enforce their rights. In response, Congress has passed several detailed amendments to the Copyright Act during the 1990s aimed at reforming copyright law for the digital age*” (Rob Merges, Peter Menell, e Mark A. Lemley, *Intellectual property in the new technological age*, 6ª ed. [Wolters Kluwer, 2009], p. 433).

<sup>146</sup> Merges, Menell, e Lemley, p. 433.

<sup>147</sup> Tridente, *Direito autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI*, 56; Mizumaki, “Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88”, p. 113–114.

<sup>148</sup> No original: “*Recognizing the need to introduce new international rules and clarify the interpretation of certain existing rules in order to provide adequate solutions to the questions raised by new [...] technological developments*”



*“Reconhecendo o profundo impacto do desenvolvimento e convergência de tecnologias de informação e comunicação na criação e utilização de trabalhos literários e artísticos”*<sup>149</sup>

Hector MacQueen aponta que o Tratado da OMPI sobre Direito de Autor pretendeu restringir as limitações e exceções ao direito autoral previstas no art. 9/2 da Convenção de Berna, ao substituir a expressão *“permitir a reprodução de trabalhos em certos casos especiais [...]”* pela expressão *“confinar quaisquer limitações e exceções a certos casos especiais [...]”* (art. 10 do Tratado da OMPI): *“O cenário é, portanto, definido para a eliminação ou redução de direitos dos usuários e a afirmação do controle do produtor sobre o uso da Internet”*.<sup>150</sup>

Segundo MacQueen, esse cenário também é ilustrado pela obrigação assumida pelos países aderentes no sentido de aprovar, em âmbito nacional, legislação adequada à proteção de tecnologias que permitem o controle sobre o uso da obra intelectual protegida em formato digital – tais como os mecanismos de *digital rights management* objeto da subseção 2.3.3.2 –, bem como pelo artigo que proíbe a adesão com reservas ao aludido Tratado.<sup>151</sup>

Em 1997, os EUA aprovaram o *No Electronic Theft Act*, que tornou crime a reprodução de obras intelectuais protegidas, ainda que ausente a intenção de lucro e/ou qualquer benefício econômico decorrente dessa reprodução. Na sequência, em 1998, os EUA aprovaram o *Digital Millenium Copyright Act* (“DMCA”), que majorou as sanções impostas em desfavor de quem utiliza a *internet* para a prática de violações de direito autoral e criminalizou o desenvolvimento de tecnologias capazes de evadir ou modificar medidas tecnológicas utilizadas por titulares de direitos autorais para obstar o uso não autorizado de obras intelectuais protegidas em formato digital.<sup>152</sup>

---

<sup>149</sup> No original: *“Recognizing the profound impact of the development and convergence of information and communication technologies on the creation and use of literary and artistic works”*

<sup>150</sup> MacQueen, “Copyright and the internet”, p. 92. No original: *“The scene is thereby set for the elimination or whittling down of user rights and the assertion of producer control over the use of the Internet”*.

<sup>151</sup> MacQueen, p. 92.

<sup>152</sup> Tridante, *Direito autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI*, p. 56; Merges, Menell, e Lemley, *Intellectual property in the new technological age*, p. 433–434.

Ainda em 1998, no bojo da aprovação do DMCA, os EUA aprovaram também uma reforma do prazo de proteção às obras intelectuais, estendendo-os consideravelmente. Essa reforma ficou conhecida como “*The Mickey Mouse Protection Act*” (em tradução livre, “Lei de Proteção ao Mickey Mouse”) e será abordada na seção 3.2.1.

No Brasil, também em 1998, houve a aprovação da atual LDA em substituição à antiga Lei 5.988/73. A LDA, sob o pretexto de conferir maior proteção aos autores e à indústria criativa em geral, inseriu o Brasil no ranking dos países mais restritivos quando o assunto é o direito autoral.<sup>153</sup>

Por exemplo, a LDA restringiu as já escassas exceções e limitações ao direito autoral, aumentou o prazo de proteção legal de 60 para 70 anos contados do ano subsequente à morte do autor e tornou mais severas as penalidades para quaisquer tipos de violações a direitos autorais. Fabio Malina Losso pondera que a LDA passou a “*indiscutivelmente abranger as novas tecnologias*”, bem como “*endureceu – e muito – na proteção aos direitos autorais e nas respectivas sanções ao seu descumprimento [...]*”.<sup>154</sup>

A indústria cultural, apoiando-se no cenário legislativo cada vez mais favorável, novamente adotou medidas judiciais contra tecnologias que permitiam a utilização não autorizada de obras intelectuais protegidas. O alvo da vez foram as tecnologias P2P (peer to peer), que permitem o compartilhamento de arquivos pela *internet* entre usuários que utilizam determinados *softwares* de forma bastante simples e rápida.<sup>155</sup>

Segundo a retórica da indústria cultural, os programas P2P seriam responsáveis pela queda nos números das vendas de obras intelectuais protegidas, notadamente músicas. Contudo, como

---

<sup>153</sup> Consumers International, “Consumers International IP Watchlist 2012”, Abril de 2012.

<sup>154</sup> Losso, “Os direitos autorais no mercado da música”, p. 100.

<sup>155</sup> Tridente, *Direito autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI*, p. 59; Losso, “Os direitos autorais no mercado da música”, p. 135–136.

“*O roteiro a ser cumprido pelo usuário que pretende se utilizar da tecnologia P2P para obter músicas pela internet se resume: i) na definição, download e instalação do aplicativo que será utilizado, dentre os vários disponíveis (eMule, Kazaa, LimeWire, Shareaza, Imesh, Morpheus, Ares, SoulSeek etc.); iii) uma vez instalado o software, sua execução pode ser feita quando o usuário desejar, ocasião em que se tem acesso à listagem do conteúdo de arquivos disponíveis em pastas de compartilhamento de outros computadores pessoais simultaneamente conectados à internet, do mesmo modo que disponibiliza os arquivos armazenados na pasta de compartilhamento de seu computador pessoal, oferecendo-os aos demais usuários no ato que se denomina upload; iii) o usuário escolhe a(s) música(s) que pretende baixar, por meio de mecanismo de pesquisa e clica no correspondente botão para dar início ao download do(s) arquivo(s) e recebe-lo(s) em seu computador pessoal*” (Losso, p. 136).

aponta Pedro Nicoletti Mizumaki, diversos estudos falharam ao tentar estabelecer uma correlação direta entre o *download* de arquivos digitais e a intenção de dispêndio pecuniário na aquisição da obra intelectual.<sup>156</sup>

O primeiro programa P2P foi o “Napster”, que contava com por milhões de usuários e deveu seu sucesso, além do fato de permitir o compartilhamento de músicas gratuitamente, à disponibilização de um enorme acervo musical que não era comercialmente explorado.<sup>157</sup> No ano de 2001, após uma intensa batalha judicial, que contou com a participação de associações de usuários e acadêmicos na qualidade de *amici curiae*, a indústria cultural reverteu o entendimento da Suprema Corte norte-americana fixado no caso Sony Betamax e obteve uma ordem judicial para que o Napster fosse definitivamente descontinuado.<sup>158</sup>

A reação da comunidade de usuários de *internet* foi imediata e diversos outros programas P2P similares surgiram logo após o fim do Napster.<sup>159</sup> Dentre esses programas, o de maior alcance e que atraiu a atenção da indústria cultural foi o Kazaa – que, em 2002, já era maior do que o próprio Napster – e permitia não apenas o *download* de músicas, mas também de vídeos, fotos e arquivos de texto.<sup>160</sup>

---

<sup>156</sup> Mizumaki, “Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88”, p. 104. Mizumaki prossegue: “*Pode-se dizer que há alguma medida de interesse no bem, que poderia ou não ter resultado na aquisição de uma cópia mediante contraprestação pecuniária, caso não houvesse a possibilidade de download. Em algumas ocasiões, ademais, é mais fácil acreditar que a reprodução digital proporcionaria vendas a mais, e não a menos, em razão da divulgação da obra a pessoas que não teriam a oportunidade de conhecê-la de outras maneiras [...]*”(Mizumaki, p. 104).

No mesmo sentido, confira-se: “Estudo feito na Europa não conseguiu provar que pirataria prejudica vendas”, Olhar Digital, 21 de setembro de 2017, <https://olhardigital.com.br/noticia/estudo-feito-na-europa-nao-conseguiu-provar-que-pirataria-prejudica-vendas/71207>.

<sup>157</sup> Tridente, *Direito autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI*, p. 59.

<sup>158</sup> A&M Records, Inc. vs Napster, Inc. 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

<sup>159</sup> Pedro Nicoletti Mizumaki, citando Siva Vaidhyanatan, explica que cada reação da indústria cultural contra os programas P2P gera uma contrarreação por parte das comunidades de usuários desses programas, resultando e programas P2P cada vez mais sofisticados e descentralizados, o que dificulta a adoção de quaisquer medidas judiciais para torna-los indisponíveis e identificar os aludidos usuários (Mizumaki, “Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88”, p. 99–100).

<sup>160</sup> Tridente, *Direito autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI*, p. 60–61.

A *Recording Industry Association of America* (RIAA), entidade que representa mais de 90% da indústria cultural atuante no mercado fonográfico<sup>161</sup>, ajuizou ações contra o Kazaa e programas a ele relacionados, como o Grokster. O caso foi julgado em 2003 e, surpreendentemente, o Tribunal da Califórnia reestabeleceu o entendimento do caso Sony Betamax e decidiu que “a inovação tecnológica não pode ser obstada por colocar em perigo uma forma particular de fazer negócios”.<sup>162</sup>

A RIAA então passou a ajuizar ações contra os próprios usuários que utilizavam os programas P2P para fazer o *download* de músicas. A estratégia contava também com grande apelo midiático em tom moralizante e veiculando dados duvidosos sobre o impacto do compartilhamento de arquivos digitais nas atividades da indústria cultural.<sup>163</sup>

Até 2005, a RIAA havia ajuizado ações contra mais de doze mil norte-americanos, dentre eles crianças e idosos – Lawrence Lessig define essas pessoas como verdadeiros “bodes expiatórios” para o massivo problema da violação ao direito autoral.<sup>164</sup> A RIAA requeria indenizações milionárias e que sabidamente não podiam ser pagas. Posteriormente, celebrava acordos com os réus, exigindo o pagamento de indenização no valor de todas as suas economias.<sup>165</sup>

A iniciativa de processar usuários de programas P2P foi internacionalizada pela *British Phonographic Industry*, pela *International Federation of the Phonographic Industry* (“IPFI”) e

---

<sup>161</sup> Losso, “Os direitos autorais no mercado da música”, p. 149.

<sup>162</sup> Tridente, *Direito autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI*, p. 61.

Posteriormente, a Suprema Corte dos EUA reverteu o entendimento do Tribunal da Califórnia e decidiu que o Grokster podia sim ser responsabilizado pela atividade ilegal de seus usuários (MGM Studios, Inc. vs Grokster Ltd., 545 U.S. 913 (2005)).

Essa decisão não teve grande impacto para os usuários de programas P2P, tendo somente barrado iniciativas empresariais de utilização de tais programas com o intuito de obter retorno financeiro por meio de publicidade (Mizumaki, “Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88”, p. 123–124).

<sup>163</sup> Mizumaki, “Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88”, p. 127.

<sup>164</sup> Lessig, *Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, p. 200.

<sup>165</sup> Tridente, *Direito autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI*, p. 62.

pela *Motion Picture Association of America* (“MPAA”).<sup>166</sup> Além disso, a indústria também direcionou suas ações judiciais contra pessoas físicas responsáveis pela administração de *websites* que facilitavam o compartilhamento de obras intelectuais protegidas.<sup>167</sup>

O caso mais famoso ocorreu na Suécia, contra os administradores do *website* Pirate Bay. Em 2006, em resposta ao braço internacional da MPAA, a polícia sueca realizou uma busca e apreensão nos servidores que hospedavam o Pirate Bay, bem como prendeu dois dos seus administradores. A indústria cultural divulgou um comunicado à imprensa para festejar que “*as autoridades suecas afundaram o Pirate Bay*”.<sup>168</sup>

O resultado, contudo, revelou-se desastroso: apenas 3 dias depois, o Pirate Bay já havia sido reestabelecido em servidores localizados em outros países; a opinião pública sueca reagiu negativamente ao pronto atendimento do pedido feito pela MPAA; a polícia apreendeu servidores que não tinham qualquer relação com o Pirate Bay, derrubando cerca de outros 200 a 300 *websites*; e a publicidade da ação policial apenas fez crescer o volume de usuários do Pirate Bay.<sup>169</sup>

Apesar do enrijecimento legislativo e das medidas judiciais adotadas pela indústria cultural, o uso não autorizado de obras intelectuais protegidas cresceu em ritmo galopante. O *download* de arquivos protegidos é prática tão corriqueira e disseminada que se transformou em parte da própria cultura da *internet*. Esse fenômeno, popularmente conhecido como “pirataria”<sup>170</sup>, originou até mesmo partidos políticos de alguma representatividade.<sup>171</sup>

Fabio Malina Losso nota que o compartilhamento de obras intelectuais protegidas no âmbito da *internet* é prática incorporada pelas gerações que cresceram nas últimas duas décadas

---

<sup>166</sup> Mizumaki, “Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88”, p. 126.

<sup>167</sup> Mizumaki, p. 129.

<sup>168</sup> Mizumaki, p. 132.

<sup>169</sup> Mizumaki, p. 132.

<sup>170</sup> “*Chama-se vulgarmente de pirataria a atividade de copiar ou reproduzir, bem como utilizar indevidamente – isto é, sem a expressa autorização dos respectivos titulares – livros ou outros impressos em geral, gravações de sons e/ou imagens, software de computadores, ou ainda, qualquer outro suporte físico que contenha obras intelectuais legalmente protegidas*” (Gandelman, *De Gutenberg à internet: direitos autorais na era digital*, p. 86).

<sup>171</sup> O pioneiro “*Piratpartiet*” sueco elegeu dois representantes ao parlamento comum europeu no ano de 2009 e incentivou a criação de diversos outros partidos piratas ao redor do mundo.

e sequer é percebido como uma prática ilegal, o que não pode ser desconsiderado pelo ordenamento jurídico:<sup>172</sup>

*“toda uma nova geração já foi acostumada com a troca gratuita de arquivos e considera que deveria ser legal o compartilhamento de músicas com outros usuários, sem o pagamento de direitos autorais, e isso é algo que não pode ser desconsiderado. É o que Françoise Benhamou e Joëlle Farchy denominam ‘cultura da gratuidade’, forma de acesso à cultura tornada possível graças à internet”*

Segundo pesquisas conduzidas pela Aliança Internacional da Propriedade Intelectual (*International Intellectual Property Alliance – IIPA*) junto do Escritório do Representante de Comércio dos EUA (*Office of the United States Trade Representative*), agência governamental responsável pelo desenvolvimento comercial norte-americano, 40% dos brasileiros que possuem acesso à *internet* usufruem de conteúdo digital “pirata” com regularidade mensal. Esse

---

<sup>172</sup> Losso, “Os direitos autorais no mercado da música”, p. 141.

número significa que aproximadamente 45 milhões de brasileiros infringem a LDA e o art. 184 do Código Penal<sup>173</sup> de maneira recorrente.<sup>174</sup>

O problema atinge países com realidades distintas: na Espanha, 88% de todo o conteúdo digital usufruído por usuários de *internet* possui origem “pirata”<sup>175</sup>; no Chile, a “pirataria” corresponde a 33% do mercado de conteúdo digital<sup>176</sup>; na Colômbia, a “pirataria” representa a “*vasta maioria*” do consumo de música em formato digital<sup>177</sup>; na Índia, cerca de 78% dos usuários de *internet* realizam costumeiramente o *download* de músicas “piratas”<sup>178</sup>.

As pesquisas não são claras quanto ao que se considerou “usufruir de conteúdo digital pirata”. Porém, é razoável supor que foram considerados usos corriqueiros e sem qualquer impacto econômico aos titulares de direitos autorais. Destaque-se que as novas tecnologias

---

<sup>173</sup> “Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

§ 3º Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 4º O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.”

<sup>174</sup> International Intellectual Property Alliance, “2017 Special 301 Report on Copyright Protection and Enforcement: Brazil”, Fevereiro de 2017, <http://www.iipaweb.com/rbc/2017/2017SPEC301BRAZIL.PDF>.

<sup>175</sup> International Intellectual Property Alliance, “2016 Special 301 Report on Copyright Protection and Enforcement: Spain”, Fevereiro de 2016, <http://www.iipaweb.com/rbc/2016/2016SPEC301SPAIN.PDF>.

<sup>176</sup> International Intellectual Property Alliance, “2017 Special 301 Report on Copyright Protection and Enforcement: Chile”, Fevereiro de 2017, <http://www.iipaweb.com/rbc/2017/2017SPEC301CHILE.PDF>.

<sup>177</sup> International Intellectual Property Alliance, “2017 Special 301 Report on Copyright Protection and Enforcement: Colombia”, Fevereiro de 2017, <http://www.iipaweb.com/rbc/2017/2017SPEC301COLOMBIA.PDF>.

<sup>178</sup> International Intellectual Property Alliance, “2017 Special 301 Report on Copyright Protection and Enforcement: India”, Fevereiro de 2017, <http://www.iipaweb.com/rbc/2017/2017SPEC301INDIA.PDF>.

permitiram a interação com e a recombinação de obras intelectuais protegidas, transformando os usuários em verdadeiros autores.

Tornou-se fácil, por exemplo, criar um vídeo com fotos pessoais de determinada viagem e colocar ao fundo uma música protegida por direitos autorais, ou, ainda, remixar algumas músicas para execução em uma festa de aniversário. Ambos os casos são considerados pela industrial cultural como uma utilização indevida de obras intelectuais.

Como indica Lawrence Lessig, em um cenário de violações massivas ao direito autoral, existem duas possibilidades: aplicar a lei de maneira mais severa ou, então, alterá-la. A escolha entre cada uma dessas possibilidades deve considerar os custos desejados e os custos colaterais da lei. Se os custos de aplicar a lei superarem os seus benefícios, a lei deve ser alterada. De outro modo, se os custos do atual sistema forem muito maiores do que o custo de uma possível alternativa, há bons argumentos para se considerar a alternativa.<sup>179</sup>

Não se trata de modificar a lei simplesmente porque as pessoas não a respeitam. Trata-se, sim, de reconhecer que há um problema na lei, e não no comportamento público em relação à lei.<sup>180</sup> No contexto brasileiro, o extremo rigor e anacronismo legal empurram uma grande quantidade de pessoas para a ilicitude.

Valendo-se do raciocínio de Lawrence Lessig, quando aproximadamente 45 milhões de brasileiros utilizam obras intelectuais protegidas na *internet* sem a autorização dos respectivos titulares de direitos autorais, surge um questionamento inevitável: as proibições legais são realmente necessárias para se alcançar o fim almejado pelo direito autoral?<sup>181</sup>

---

<sup>179</sup> Lessig, *Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, p. 201.

<sup>180</sup> Lessig, p. 202.

<sup>181</sup> Lessig, p. 202. Lessig prossegue: “*If a different system achieved the same legitimate objectives that the existing copyright system achieved, but left consumers and creators much more free, then we’d have a very good reason to pursue this alternative—namely, freedom. The choice, in other words, would not be between property and piracy; the choice would be between different property systems and the freedoms each allowed.*” (Lessig, p. 204).

Em raciocínio semelhante, Denis Borges Barbosa afirma que “*Os direitos exclusivos são apenas um meio para reduzir o custo público em propiciar a produção de novas obras expressivas. Se custar mais para o contribuinte policiar e prender violadores de direitos autorais do que pagar aos criadores diretamente dos cofres públicos e lançar suas criações ao consumo de todos, não há justificativa racional para a preservação do sistema*” (Barbosa, *Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor*, p. 508).



O atual sistema de direitos autorais é desafiado por sua incapacidade de (i) disseminar e popularizar obras intelectuais protegidas, ao mesmo tempo em que provém proteção legal adequada aos titulares de direitos autorais<sup>182</sup>; e (ii) abarcar novas formas de criação e exploração de obras intelectuais.

O atual sistema também privilegia exageradamente os interesses da indústria cultural sobre os interesses da sociedade, conferindo margem à abusos constantes e tornando ilegais condutas rotineiramente adotadas por milhões de brasileiros. Todos esses desafios foram acentuados pela sociedade da informação, mas suas causas estão na própria estrutura do sistema de direitos autorais. É o que será demonstrado na parte II deste trabalho.

---

<sup>182</sup> Tratando sobre a liberdade de utilização de obras intelectuais no ambiente digital, José de Oliveira Ascensão afirma que “*as necessidades da sociedade de informação exigem em todos os casos o manejo sem peias – o que não quer dizer gratuito – dos dados. [...] Há que se reconhecer que a novidade técnica exige a renovação da estrutura jurídica. A única solução está numa dispensa generalizada de autorização prévia para a introdução em rede de obras*” (Ascensão, *Direito autoral*, p. 694–695).

## **PARTE 2 – COMPREENDENDO OS DESAFIOS DO DIREITO AUTORAL NO PLANO JURÍDICO**

Após a conceituação do direito autoral e exposição dos seus desafios exógenos – impostos pela sociedade da informação –, a segunda parte do trabalho se desenvolverá como uma tentativa de compreender os principais desafios endógenos – no plano jurídico – do direito autoral e como eles se relacionam com os mencionados desafios exógenos.

Os desafios endógenos do direito autoral podem ser resumidos nos três itens a seguir: (i) o excessivo foco conferido pela legislação, doutrina e jurisprudência à figura do autor como o criador de uma obra única, resultante de sua personalidade ímpar, e a falta de maleabilidade do sistema para lidar com novas formas de criação intelectual; (ii) a equivocada percepção de que o direito autoral está imune à funcionalização dos institutos jurídicos consagrada pela Constituição da República; e (iii) o conseqüente exercício abusivo do direito autoral por parte da indústria cultural.

### **2.1 Modelo Romântico de Autor**

A primeira seção será dedicada às origens do chamado “modelo romântico de autor” e da ideia – ou, até mesmo, do mito – de que a obra intelectual é produto direto da genialidade do autor. Também serão expostas as críticas ao aludido “modelo romântico” em introdução à proposta para uma mudança de perspectiva do direito autoral, que deve se voltar para a obra intelectual e sua interação com a sociedade – objeto da segunda seção.

#### **2.1.1 Construção e Desconstrução do Modelo Romântico de Autor**

Demonstrou-se no capítulo 1.2 a existência de correntes doutrinária que consideram o direito autoral como um desdobramento do direito de personalidade do autor. Esse entendimento é muitas vezes refletido na jurisprudência brasileira, que, por exemplo, recentemente decidiu

que a utilização de obra sem prévia autorização “*representa, por si, violação de um direito de personalidade do autor*”.<sup>183</sup>

A grande parte das legislações sobre direitos autorais também deposita substancial importância na pessoa do autor. Não faltam exemplos para essa afirmação: as leis norte-americana e brasileira, os tratados internacionais sobre o tema etc. Todos esses diplomas legais, em maior ou menor grau, adotam um sistema baseado no autor e sua característica mais marcante: a originalidade (por vezes, esse conceito é referido como “criatividade” ou, ainda, “contributo mínimo”, pela doutrina).

Especificamente no que se refere à legislação brasileira, a característica da originalidade não está prevista de maneira expressa no texto legal. O art. 7º da LDA<sup>184</sup> trata das “*criações do espírito*”<sup>185</sup>, que devem conter alguma carga de originalidade para que sejam passíveis de proteção sem questionamentos por parte de terceiros.<sup>186</sup>

Sobre a originalidade como requisito para proteção das obras intelectuais, José de Oliveira Ascensão afirma que o direito autoral não tutela a obra que representa a aplicação de ideias comuns ou quando a expressão representa a única maneira de manifestar determinada ideia. Para Ascensão, há que ter um mínimo de criatividade ou originalidade, até para que a obra nova se contraponha a obras anteriores.<sup>187</sup>

Denis Borges Barbosa assinala que a originalidade representa uma margem mínima de contribuição do autor, além do simples investimento, dificuldade ou esforço. Assim, “*Só se pode*

---

<sup>183</sup> Superior Tribunal de Justiça, REsp 1562617, Marco Aurélio Bellize (2016).

<sup>184</sup> “Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: [...]”

<sup>185</sup> Denis Borges Barbosa critica a expressão “criações de espírito”. Para Barbosa, pode-se compreender nessa expressão também as marcas, patentes e tudo aquilo que resulta da operação intelectual criativa. (Barbosa, *Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor*, p. 274.

<sup>186</sup> Suponha-se, por hipótese, que uma “criação do espírito” seja totalmente não original. Qualquer tentativa de fazer valer a proteção para essa criação provavelmente esbarrará no interesse de outros titulares de direitos autorais cujas obras são muito parecidas ou virtualmente idênticas. Nesse sentido, vide TJSP, AC 0168568-24.2010.8.26.0100, 1ª Câmara de Direito Privado, Des. Claudio Godoy, 7 de agosto de 2012; TJSP, AC 0002761-55.2010.8.26.0001, 5ª Câmara de Direito Privado, Des. Moreira Viegas, 17 de outubro de 2012; TJSP, AC 97.2004.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Privado Des. Teixeira Leite, 24 de novembro de 2011; TJSP, AC 994.03.051853-7, 4a. Câmara de Direito Privado, Des. Fábio Quadro, 13 de maio de 2010; TRF5, AC 410209 CE (2000.81.00.000828-6), Primeira Turma, JFC Francisco Cavalcanti, 08 de novembro de 2007.

<sup>187</sup> Ascensão, *Direito autoral*, p. 39, 50–53 e 62.

*conceder uma exclusiva, em tensão com a liberdade de concorrência (e à liberdade de acesso à informação) se não se subtrai, por pilhagem, ao domínio comum”*.<sup>188</sup>

Para Jessica D. Litman, um trabalho é inelegível para a tutela do direito autoral exceto no que refletir uma originalidade do autor. A autoria seria um termo utilizado para descrever o emprego de uma quantidade não trivial de expressão criativa, de forma que a originalidade é o que determina as fronteiras da tutela autoral.<sup>189</sup>

Os critérios para que autor e a obra original façam jus à proteção legal são imprecisos e o significado por trás de ambos os conceitos – autor e originalidade – é objeto de pouca discussão. Em geral, mesmo a mais frívola criação é considerada como uma impressão da personalidade do autor.<sup>190</sup>

Jessica D. Litman aponta que distinguir a carga de originalidade de uma obra é tarefa impossível. Dessa forma, o direito autoral é construído com base na presunção de que o trabalho dos autores é original. Essa presunção, por sua vez, deriva da ideia predominante de que o processo criativo é algo quase-mágico. As expressões utilizadas pelos autores seriam um retrato de sua própria personalidade, do que resultaria a inquestionável originalidade da obra.<sup>191</sup>

Essa visão que trata o autor como protagonista<sup>192</sup> e, conseqüentemente, pouco perquire as reais características da obra, bem como seu impacto social, é conhecido na doutrina norte-americana como “*modelo romântico de autor*”. Em suma, sua origem reside na ideia do criador

---

<sup>188</sup> Barbosa, *Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor*, p. 293–303.

<sup>189</sup> Jessica D. Litman, “The public domain”, *Emory law journal*, nº 39 (1990), p. 974–975, <http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1221&context=articles>.

<sup>190</sup> Alan L. Durham, “Copyright and information theory: toward an alternative model of authorship”, *BYU law review*, 2004, p. 102, <https://ssrn.com/abstract=487562>.

<sup>191</sup> Litman, “The public domain”, p. 1008–1009. Nas palavras de Litman: “*According to the romantic model, creative processes are magical and are, therefore, likely to produce unique expression. The expression is unique because the real author is using words, musical notes, shapes, or colors to clothe impulses that come from within her singular inner being.*” (Litman, p. 1008).

<sup>192</sup> A esse respeito, Sérgio Staut Jr. nota que “*O sujeito e seus direitos sobre aspectos aparentemente indissociáveis do homem orientam o discurso doutrinário de valorização da personalidade do autor.*” (Staut Jr., *Direitos autorais: entre as relações sociais e as relações jurídicas*, p. 63).

solitário que coloca o intelecto à disposição da sociedade, criando obras únicas e singulares para entreter, educar etc.<sup>193</sup>

Guilherme Carboni destaca que até a idade média pré-imprensa, o texto manuscrito, então a forma corrente de disseminação da obra intelectual, permitia comentários e alterações de uma versão para outra. Esse texto manuscrito não era entendido como uma obra acabada, mas sim como uma obra passível de constante desenvolvimento.<sup>194</sup>

Após a célebre invenção de Johannes Gutenberg, o texto impresso passa ser visto como uma obra encerrada em um mundo próprio, separada de outras obras e de influências externas. Há um distanciamento entre o autor e o leitor e surge a ideia de que a obra não tem origem na experiência vivida. A imprensa foi, portanto, o pontapé inicial das noções românticas de autor e de originalidade como uma consideração de que a obra é independente de influência exterior.<sup>195</sup>

Segundo Eduardo Tibau de Vasconcellos Dias, o poeta Edward Young, em seu ensaio *Conjecturas sobre a Composição Original*, datado de 1759, foi quem primeiro introduziu a originalidade resultante da genialidade do poeta como qualidade essencial da obra intelectual. Essa visão foi fermentada pelos próprios autores do século XVIII, que, diante do surgimento de

---

<sup>193</sup> Peter Jaszi, “Toward a theory of copyright”, *Duke law journal*, nº 2 (1991), p. 456; Litman, “The public domain”, p. 1008; Durham, “Copyright and information theory: toward an alternative model of authorship”, p. 102.

Peter Jaszi faz uma crítica ácida à doutrina autoralista tradicional e sua visão do conceito de autor: “*Legal scholars’ failure to theorize copyright to their tendency to mythologize ‘authorship’, leading them to fail (or refuse) to recognize the foundational concept for what it is – a culturally, politically, economically, and socially constructed category rather than a real or natural one. [...] lawyers and scholars recur to the ‘authorship’ concept, seemingly embracing the whole complex set of values and associations that attached to the notion of ‘authorship’ during its emergence in the Romantic period – and in particular the Wordsworthian vision of the ‘author-genius’ with privileged access to the numinous.*” (Jaszi, “Toward a theory of copyright”, p. 459).

Alan L. Durham, comentando especificamente o sistema de *copyright* norte-americano, enxerga no recente reconhecimento do direito moral uma continuidade do modelo romântico do autor: “*The romantic author employs his or her gifts in the service of mankind, creating works to entertain and enlighten – works that are unmistakably and uniquely the product of the author’s singular vision. This conception of authorship has by no means disappeared; many authors and artists are still revered for their genius, and new provisions of the Copyright Act protecting artists’ ‘moral rights’ particularly in certain works of ‘recognized stature’, suggest the continuing vitality of the romantic model*” (Durham, “Copyright and information theory: toward an alternative model of authorship”, p. 102).

<sup>194</sup> Guilherme Carboni, *Direito autoral e autoria colaborativa: na economia da informação em rede* (São Paulo: Quartier Latin, 2010), p. 46.

<sup>195</sup> Carboni, p. 46–47.

um mercado consumidor de livros, precisavam garantir uma proteção até então inexistente para os seus trabalhos.<sup>196</sup>

Na idade média pós-imprensa, o conceito jurídico de autoria foi introduzido pelo *Statute of Anne*. Contudo, como já se viu, a intenção do *Statute of Anne* era proteger os editores de livros e não propriamente os autores. Protegeu-se os autores em razão da dificuldade de garantir os direitos sobre a obra diretamente aos editores, porém com a certeza de que os editores eventualmente adquiririam dos autores tais direitos.<sup>197</sup>

O conceito de autoria garantia aos editores uma retórica suficiente e conveniente para lidar com o problema da realização de cópias não autorizadas de obras intelectuais, justificando um discurso de “propriedade” sobre a obra. A utilização do conceito de autoria pelos editores servia como um argumento de “autor-idade (autoridade)” e a palavra “autor” significava poder.<sup>198</sup>

Peter Jaszi assinala que a autoria se transformou em uma ideologia, utilizada para opor os interesses dos “autores” (ou quem os representa) aos interesses dos usuários de obras intelectuais<sup>199</sup>, e conclui com a constatação de que a autoria comumente serve aos interesses da indústria que distribui obras intelectuais como *commodities*.<sup>200</sup>

Guilherme Carboni cita o esforço do escritor britânico William Wordsworth no século XIX para que a legislação acolhesse o modelo romântico de autor. No entender de Wordsworth, o verdadeiro autor produz uma obra que transcende o gosto de uma época – o que justificaria, inclusive, uma proteção autoral perpétua –, expressando a criatividade de um gênio. Carboni conclui que “*Essa clara valorização romântica da originalidade, em oposição à ideia medieval do artesão ou do homem de ofício, permite a Wordsworth defender a ideia do ‘texto como capital’ e do ‘autor como proprietário’*”.<sup>201</sup>

---

<sup>196</sup> Eduardo Tibau de Vasconcellos Dias, “O direito autoral e a noção de autoria”, *Revista eletrônica do Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual*, nº 4 (2011): p. 121–122, <http://ibpieuropa.org/book/revista-eletronica-do-ibpi-nr-4>.

<sup>197</sup> Jaszi, “Toward a theory of copyright”, p. 468.

<sup>198</sup> Jaszi, p. 470.

<sup>199</sup> Jaszi, p. 471.

<sup>200</sup> Jaszi, p. 501.

<sup>201</sup> Carboni, *Direito autoral e autoria colaborativa: na economia da informação em rede*, p. 50–52.

James Boyle explica que, como o direito autoral não é dotado de características materiais e do caráter absoluto que em regra cerca a propriedade física, buscou-se revestir o autor de proteção jurídica por meio da concepção de que a obra é produto de sua inspiração e do seu gênio original. É a originalidade do autor, realizada na novidade que esse autor agrega ao material disponível no domínio público, que justificaria um direito de propriedade sobre a obra.<sup>202</sup>

O modelo romântico de autor fornece uma justificativa filosófica para a apropriação de uma expressão, pois parte da concepção que autores criam obras inteiramente novas. Assim, separa-se convenientemente o que pertence ao domínio público – as ideias em geral – da expressão única do autor – essa sim tutelada pelo direito autoral.<sup>203</sup>

A divisão do que o direito autoral tutela, se a ideia ou a expressão, realiza uma aparente mediação entre interesses públicos e privados, pois estar-se-ia reservando a ideia e os fatos em que a obra se baseia para a sociedade, ao mesmo tempo em que se garantiria ao autor a propriedade sobre a expressão original. Segundo James Boyle, a combinação do modelo romântico de autor com a distinção entre ideia e expressão criou uma base conceitual e moral para a propriedade intelectual.<sup>204</sup>

Pedro Nicoletti Mizumaki nota que, ainda hoje, “*argumentar com base nas habilidades quase sobrenaturais de criação do autor, e de seu justo merecimento a uma propriedade (transacionável) sobre suas obras é um excelente instrumento para a ocultação de discursos pró-indústria, como se pró-autor fossem*”.<sup>205</sup>

---

<sup>202</sup> James Boyle, *Shamans, software, and spleens: law and the construction of the information society* (Cambridge: Harvard University Press, 1996), p. 49–54.

<sup>203</sup> “*After all, if a work of authorship is original – by definition – we believe that it only adds to our cultural supply. With originality first defended and then routinely assumed, intellectual property no longer looks like a zero sum game. There is always ‘enough and as good’ left over – by definition.*” (Boyle, p. 56–57).

<sup>204</sup> Boyle, p. 57–58.

<sup>205</sup> Mizumaki, “Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88”, p. 320.

No mesmo sentido, Eduardo Tibau de Vasconcellos Dias: “*a ideologia contida no conceito de autoria romântica foi sendo manipulada ao longo do tempo para servir aos interesses dos editores e distribuidores. A evolução deste conceito baseado no individualismo do autor, na singularidade do bem intelectual, na originalidade da criação e nos interesses empresariais levou o direito autoral a se tornar um direito exageradamente restritivo, proprietário, focado nos direitos patrimoniais da obra e na noção de individualidade autoral.*” (Vasconcellos Dias, “O direito autoral e a noção de autoria”, p. 128–129).

Denis Borges Barbosa assinala a existência de uma grande mitologia em torno da noção de autor do século XIX, da qual é difícil escapar.<sup>206</sup> A própria doutrina autoralista no Brasil permanece se fundando em elementos da personalidade para definir e justificar o direito autoral, o que sem dúvida guarda relação direta com o modelo romântico de autor. Essa posição se reflete na jurisprudência e nos textos legais, sem que uma detida análise sobre seus efeitos e consequências seja realizada.

Ainda que o modelo romântico de autor possa ter algo de verdadeiro em certos casos, especialmente em relação a músicos, escritores e artistas notórios por uma determinada característica ou forma de expressão, a regra geral não é essa, mormente se considerado o advento e consolidação da indústria cultural – sociedades empresariais cuja forma de lucro é justamente a produção em massa, gerenciamento e comercialização dos direitos de reprodução de obras intelectuais protegidas.<sup>207</sup>

Nas últimas décadas, a doutrina norte-americana passou a questionar o modelo romântico de autor, focando-se sobretudo no resultado da autoria: a obra produzida. A obra seria um produto das influências culturais do autor, e não de um lampejo de genialidade ou de um intelecto especialmente privilegiado.<sup>208</sup>

Segundo Jessica D. Litman, compositores recombina sons que já ouviram antes em suas novas melodias; dramaturgos criam suas personagens inspirados em peças de outros dramaturgos e em pessoais reais; romancistas escrevem seus textos com base em suas próprias experiências de vida; advogados adaptam velhos argumentos para fatos novos; todos, enfim, se

---

<sup>206</sup> Barbosa, *Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor*, p. 183.

<sup>207</sup> Sérgio Staut Jr. questiona a sobrevivência do conceito de originalidade, que permeia o modelo romântico de autor, em um universo no qual a criatividade é limitada e dirigida pela indústria cultural para gerar obras intelectuais economicamente viáveis: “*Em um ‘ambiente’ de repetição, de padronização, de pseudoindividualização falar em criatividade e em originalidade soa como algo, no mínimo, puramente retórico. [...] Até porque a subjetividade do autor já vem marcada pela homogeneidade, pelo comprometimento da autonomia, pelo controle técnico e condicionada aos padrões impostos pelo mercado, que revelaria um autor sem ideias ou com as ideias ‘adequadas’.*”. Mais adiante, Staut Jr. conclui que o discurso tradicional do direito autoral, que toma como pressuposto a subjetividade do autor, perde o sentido por conta da dependência que a obra intelectual apresenta em relação ao capital da indústria cultural. (Staut Jr., *Direitos autorais: entre as relações sociais e as relações jurídicas*, p. 168–174).

<sup>208</sup> Durham, “Copyright and information theory: toward an alternative model of authorship”, p. 103.



engajam no processo de adaptação, transformação e recombinação do acervo disponível no domínio público. A autora arremata: “*isso não é parasitismo, é a essência da autoria*”.<sup>209</sup>

Zohar Efroni afirma que “*A autoria é nada mais, nada menos, do que o resultado de compilações e rearranjos de expressões preexistentes e blocos de construção básicos de comunicação e linguagem*”.<sup>210</sup> A originalidade reside, portanto, na forma como essas expressões preexistentes foram reinterpretadas e transformadas pelo autor em uma obra nova. Não se relaciona com uma suposta impressão da personalidade do autor em sua obra.

Compreender a obra como o resultado de um processo transformativo é o primeiro passo para alterar o foco do atual sistema de direitos autorais, essencialmente dirigido à figura do autor, para um que privilegie as obras produzidas e a interação dessas obras com a sociedade. Segundo Alan L. Durham, “*a aceitação ingênua de autoria como um ato predominantemente individual e criativo pode gerar direitos autorais que são muito amplos ou muito poderosos para o bem da sociedade*”.<sup>211</sup>

### **2.1.2 Uma Mudança de Perspectiva: o Direito Autoral Focado na Obra Intelectual**

Em consonância com o exposto no capítulo 1.2, a obra é o ponto de referência do direito autoral. Seu objeto, no entanto, são as atividades reservadas ao titular dos direitos autorais, tanto no âmbito patrimonial quanto no âmbito extrapatrimonial. Essa perspectiva, que prescinde do conceito de autor e do mito sobre a autoria, é muito mais adequada à noção de que o direito autoral existe para o benefício da sociedade como um todo – o que será detalhado no capítulo

---

<sup>209</sup> Litman, “The public domain”, p. 966–967. No original: “*This is not parasitism: it is the essence of authorship.*”

<sup>210</sup> Zohar Efroni, *Access-right: the future of digital copyright law* (New York: Oxford University Press, 2011), p. 39. No original: “[...] *authorship is nothing more or less than the outcome of compilations and rearrangement of pre-existing expressions and basic building blocks of communication and languages*”.

<sup>211</sup> Durham, “Copyright and information theory: toward an alternative model of authorship”, p. 103. No original: “*naive acceptance of authorship as a predominantly individual and creative act may foster authorial rights that are too broad or too powerful for the good of society*”.

2.2 –, e não como um meio de proteção a um direito natural do autor. Nesse sentido, é pertinente a lição de Denis Borges Barbosa:<sup>212</sup>

“[...] *do ponto de vista social, a ênfase nos interesses do titular [dos direitos autorais] é sempre subsidiária ao interesse na obra. Não se tem – nos direitos de propriedade intelectual – o interesse de dar ao criador a sua dignidade como elemento principal; o que se pretende é que a sociedade lhes tenha os frutos, num contexto de mercado.*”

Ao afastar a personalidade do autor como única ou principal responsável pela criação da obra intelectual, essa perspectiva reconhece que os elementos combinados dos quais a obra resulta são retirados do domínio público.<sup>213</sup> O domínio público é, nesse sentido, o mecanismo que permite o funcionamento de todo o sistema de direitos autorais e não deve ser negligenciado.<sup>214</sup>

Sérgio Branco define o domínio público como “*o término da proteção autoral patrimonial*”.<sup>215</sup> Para Branco, um domínio público amplo garante à sociedade o acesso às obras intelectuais e possibilita a criação de obras novas a partir de obras alheias, sem a necessidade de autorização prévia.<sup>216</sup>

João Henrique da Rocha Fragoso afirma que o domínio público é uma regra objetiva de limitação temporal do direito autoral em seu âmbito patrimonial. Essa regra estaria vinculada

---

<sup>212</sup> Barbosa, *Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor*, p. 203. É pelo interesse social na criação intelectual, “*e não pelo embevecimento na genialidade dos criadores, que o direito provê um tipo específico de incentivo às criações, que seja pertinente, e espera-se, eficiente numa economia de mercado.*” (Barbosa, p. 203).

<sup>213</sup> Karin Grau-Kuntz destaca que a expressão “domínio público” é normalmente aplicada em antagonismo à expressão “direito autoral” – uma vez esgotado o prazo de proteção legal, a obra entra em “domínio público”. Esse raciocínio perde todo o sentido quando se considera que a obra não é uma criação *ex nihilo*, mas sim um produto cultural. Sob esse prisma, a obra não se contrapõe ao domínio público. A obra, em verdade, interage constantemente com o domínio público. (Karin Grau-Kuntz, “Domínio público e direito de autor: do requisito da originalidade como contribuição reflexivo-transformadora”, *Revista eletrônica do Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual*, nº 6 [2012]: p. 8, <http://ibpieuropa.org/book/revista-eletronica-do-ibpi-nr-6>).

<sup>214</sup> Litman, “The public domain”, p. 968.

<sup>215</sup> Branco, *O domínio público no direito autoral brasileiro: uma obra em domínio público*, p. 120.

<sup>216</sup> Branco, p. 252.

ao princípio de que as obras intelectuais, após determinado tempo de exploração econômica conferido exclusivamente ao autor, são de livre utilização.<sup>217</sup>

Karin Grau-Kuntz reflete que o direito autoral é uma “*prerrogativa negativa de controle de acesso à criação protegida*”. Os usuários que satisfazem os requisitos para acesso à obra a incorporam ao seu intelecto e, a partir desse momento, a aludida obra “*é introduzida no fluxo incontrolável da dinâmica cultural*”. Portanto, a introdução da obra no domínio público não ocorre somente após o término da proteção legal. Ocorre desde o momento em que a obra é exteriorizada.<sup>218</sup>

Isto é, o domínio público compreende não apenas as obras cujo prazo de proteção já expirou ou obras que não são objeto do direito autoral de acordo com a legislação em vigor. O domínio público compreende também aspectos de obras protegidas que não são abrigados pelo direito autoral.<sup>219</sup>

Como exemplo, Jessica D. Litman menciona a jurisprudência norte-americana do início do século XX envolvendo ações ajuizadas por autores de obras literárias contra estúdios de cinema. Os autores pretendiam o recebimento de indenização em razão da produção de filmes que continham enredo muito similar, ou mesmo virtualmente idêntico, aos livros por eles escritos anteriormente. Os tribunais, no entanto, julgavam as ações improcedentes sob o fundamento de que os livros, apesar de protegidos pelo direito autoral, continham temas, ideias e enredos comuns, que pertenciam ao domínio público.<sup>220</sup>

Antonio Carlos Morato, citando a lição de Eduardo Vieira Manso, explica que a obra intelectual resulta da capacidade do seu criador em organizar as expressões que estão disponíveis em um fundo comum – o domínio público. Justamente por beberem desse fundo

---

<sup>217</sup> Fragozo, *Direito autoral: da antiguidade à internet*, p. 331.

<sup>218</sup> Grau-Kuntz, “Domínio público e direito de autor: do requisito da originalidade como contribuição reflexivo-transformadora”, p. 12–15.

<sup>219</sup> Litman, “The public domain”, p. 976–977.

<sup>220</sup> Litman, p. 984–988. Mais adiante, Litman conclui que a impossibilidade de atribuir a autoria ou estabelecer precisamente a origem de uma ideia é o que determina que as ideias devem pertencer ao domínio público: “*It is our inability to trace or verify the lineage of ideas that makes it essential that they be preserved in the public domain*” (Litman, p. 1015).

comum é que as obras intelectuais, passado determinado prazo, voltam a integrá-lo<sup>221</sup>, a ele se acrescendo de maneira benéfica à sociedade.

Dessa forma, o que merece proteção legal é apenas a forma de expressão da obra que não integra o domínio público – o que Karin Grau-Kuntz convencionou chamar de “contribuição reflexivo-transformadora” do acervo disponível a todos. Seria essa característica, e não a individualidade do autor, que justificaria a proteção legal.<sup>222</sup>

Para evitar que a avaliação da “contribuição reflexivo-transformadora” de uma obra esteja sujeita à mesma vagueza que acompanha o conceito de originalidade<sup>223</sup>, Grau-Kuntz propõe critérios objetivos para determinar se uma obra merece ou não proteção legal. O preenchimento de qualquer um dos critérios evidenciaria que a obra conta com uma “contribuição reflexivo-transformadora” e, assim, faria jus à tutela autoral.<sup>224</sup>

Dentre tais critérios, destacam-se a (i) consideração dos elementos da criação intelectual, que compreende a “*análise fragmentada, mas sem o distanciamento total da unidade da criação intelectual*”, conduzida por pessoa capaz de compreender as convenções do processo de criação e interpretação da obra sob análise;<sup>225</sup> e a (ii) consideração da interação da obra intelectual com seu meio ambiente, baliza sociológica que se relaciona à “*possibilidade de uma experiência estética entre a criação intelectual e o receptor (público)*”.<sup>226</sup>

---

<sup>221</sup> Antonio Carlos Morato, *Direito de autor em obra coletiva* (São Paulo: Saraiva, 2007), p. 143–144.

<sup>222</sup> Grau-Kuntz, “Domínio público e direito de autor: do requisito da originalidade como contribuição reflexivo-transformadora”, p. 23 e 46.

<sup>223</sup> Em seu texto, Karin Grau-Kuntz trata da “contribuição reflexivo-transformadora” como uma baliza para verificação do elemento originalidade. Separa-se aqui ambos os conceitos com o intuito de distanciar a ideia clássica de originalidade, vinculada ao modelo romântico de autor, da proposta baseada na “contribuição reflexivo-transformadora” e que dispensa o recurso à personalidade/individualidade do criador intelectual.

<sup>224</sup> Grau-Kuntz, “Domínio público e direito de autor: do requisito da originalidade como contribuição reflexivo-transformadora”, p. 46–64.

<sup>225</sup> Esse critério responde às seguintes perguntas: há composição refletida quanto aos elementos que integram a obra? Ou se trata de um rearranjo banal, desacompanhado de linguagem técnico-artística?

<sup>226</sup> Esse critério responde às seguintes perguntas: a obra intelectual move o receptor a adotar uma postura estética, i.e., a tentar interpretá-la? Ou ela não encerra nenhuma mensagem reflexivo-transformadora?

No mesmo caminho, Carlos Alberto Bittar relaciona o papel social da obra estética como uma das justificativas do direito autoral: “*Se a obra estética desperta a sensibilidade, é porque esta conclama a outras coisas, pelas ciências, pelas artes e pela literatura, apelando a dimensões psiquicamente mais profundas do que a banalidade mecânica do cotidiano exige do senso humano*” (Bittar, *Direito de autor*, 2015, p. 11).

Karin Grau-Kuntz relaciona ainda um terceiro critério: o da primeira impressão, segundo o qual a reação causada pela primeira impressão do receptor em relação à obra revelaria a existência de uma criação original ou a mera

Karin Grau-Kuntz conclui afirmando que o domínio público é a situação normal da obra. O direito autoral só faz sentido em uma situação de comutatividade na qual a garantia de prerrogativas exclusivas em relação à obra apenas se justifica em contraposição ao oferecimento de uma contribuição reflexivo-transformadora à sociedade.<sup>227</sup>

Nesse sentido, a perspectiva de um direito autoral que prescindir do conceito de autor e do mito sobre a autoria reforça a ideia de que a proteção sobre determinada forma é a exceção de um sistema cuja regra geral é a liberdade de expressão e de acesso à cultura, informação e conhecimento, o que será abordado em maior detalhe na seção 2.3.3 abaixo.

Os excessos do modelo romântico de autor podem restringir o benefício social advindo da fruição de expressões do domínio público, bem como da criação de novas obras intelectuais baseadas no domínio público (ou, como afirma Alan L. Durham, obras geradas do “choque e mistura” de obras anteriores<sup>228</sup>). Isso porque o modelo romântico tende à superproteção de qualquer “expressão da personalidade” do autor. Se se amplia a proteção, resta menos “domínio público” para fruição da sociedade e para futuros autores tomarem inspiração.<sup>229</sup>

O domínio público serve como uma balança que contrapõe a vagueza do conceito de originalidade para fins de determinar se uma obra intelectual merece ou não proteção legal e o interesse público em manter certas expressões livres de apropriação justamente com o objetivo de permitir a fruição social e a criação de futuras obras intelectuais.<sup>230</sup>

---

repetição de um modelo. Contudo, esse critério parece depositar confiança excessiva na subjetividade e encerra poucos elementos de ordem técnica para, por si só, justificar a proteção autoral.

<sup>227</sup> Grau-Kuntz, “Domínio público e direito de autor: do requisito da originalidade como contribuição reflexivo-transformadora”, p. 67.

<sup>228</sup> Durham, “Copyright and information theory: toward an alternative model of authorship”, p. 143.

<sup>229</sup> Denis Borges Barbosa aponta que “*Por mais que a cultura ocidental se esmere em enaltecer as características da individualidade e da personalidade, e consagrar sua dignidade, não menos importantes são as demandas da sociedade daqueles que não são criadores, e dos criadores que precisam revisitar a cultura e o conhecimento para reconstruir incessantemente o mundo.*” (Barbosa, *Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor*, p. 206).

<sup>230</sup> Litman, “The public domain”, p. 1023. A autora resume seu raciocínio da seguinte forma: “*The public domain rescues us from this dilemma. It permits us to continue to exalt originality without acknowledging that our claims to take originality seriously are mostly pretense. It furnishes a crucial device to an otherwise unworkable system by reserving the raw material of authorship to the commons, thus leaving that raw material available for other authors to use. The public domain thus permits the law of copyright to avoid a confrontation with the poverty of some of the assumptions on which it is based.*” (Litman, p. 1023).

“*Os direitos à educação, à liberdade de expressão, ao acesso ao conhecimento, à cultura, que conduzem todos à dignidade da pessoa humana, são mais facilmente realizados na medida em que a sociedade se alimenta de um*

Essa perspectiva, por fim, é mais apta para lidar com os desafios de autoria trazidos pela sociedade da informação. Antes centrado majoritariamente na individualidade, o direito autoral experimentou uma revolução nas últimas décadas. Passou-se a falar em obras de autoria coletiva, sem um autor determinado ou mesmo obras criadas em processos computadorizados que requerem pouca ou nenhuma participação humana.<sup>231</sup>

A respeito de obras criadas por *softwares*, Guilherme Carboni narra que o abstracionista britânico Harold Cohen desenvolveu um programa denominado AARON. Esse programa é capaz de produzir pinturas com total autonomia em relação ao usuário, que deve apenas configurar o tempo que ele permanecerá “pintando”. Em que pese seu criador o tenha alimentado com algumas características essenciais às imagens, e até mesmo determinado as regras e estilos por ele adotados, o programa é capaz de produzir pinturas originais e que não se repetem.<sup>232</sup>

Harold Cohen é indiscutivelmente o autor do programa, mas, de acordo com os tratados internacionais e a legislação autoral predominante, não é o autor da obra resultante da execução do programa. Isso porque apenas a expressão das ideias e estilos pode ser objeto de proteção, e não a simples programação para que o programa adote esse ou aquele estilo.<sup>233</sup> José de Oliveira Ascensão expõe o dilema da proteção de obras criadas por processo computadorizado sem intervenção humana:<sup>234</sup>

---

*domínio público robusto e facilmente acessível. A importância do domínio público cresce, inclusive, na medida em que a LDA é bastante restritiva em seu capítulo de limitações e exceções. Uma vez que a própria lei é tão econômica nas hipóteses de uso de obras alheias sem autorização do autor, o domínio público se torna ainda mais uma pedra fundamental para a construção das bases da cultura.”* (Branco, *O domínio público no direito autoral brasileiro: uma obra em domínio público*, p. 278).

<sup>231</sup> Durham, “Copyright and information theory: toward an alternative model of authorship”, p. 102.

<sup>232</sup> Carboni, *Direito autoral e autoria colaborativa: na economia da informação em rede*, p. 87–90.

<sup>233</sup> Carboni, p. 91.

<sup>234</sup> Ascensão, *Direito autoral*, p. 664.

Ainda a respeito de programas de computador capazes de criar obras originais, confira-se: “O maior autor de livros da história é um robô”, Superinteressante, 17 de junho de 2015, <http://super.abril.com.br/cultura/o-maior-autor-de-livros-da-historia-e-um-robô/>; “Ouça as duas primeiras músicas criadas por inteligência artificial”, Superinteressante, 27 de setembro de 2016, <http://super.abril.com.br/tecnologia/ouca-as-duas-primeiras-musicas-criadas-por-inteligencia-artificial/>; e “Inteligência artificial cria trilha sonora livre de direitos autorais”, Olhar Digital - O futuro passa primeiro aqui, 3 de março de 2017, <https://olhardigital.uol.com.br/noticia/inteligencia-artificial-cria-trilha-sonora-livre-de-direitos-autorais/66567>.

*“Neste caso, é de sustentar que sobre as obras assim produzidas não recai direito de autor. Este pressupõe necessariamente a criação humana, e por isso se prolonga através de um direito moral ou pessoal do autor. Assim como não há direito de autor sobre obra da natureza, também não há direito de autor sobre obra de máquina”.*

Outro exemplo desafiador são as obras criadas segundo a estrutura “*many-to-many*”, isto é, desenvolvidas de maneira descentralizada. Ao contrário da hierarquia tradicional de difusão de informação, conhecida como “*one-to-many*”, na qual a produção intelectual possui uma origem determinada, a estrutura “*many-to-many*” possibilita que diversas pessoas contribuam para a criação da obra intelectual.<sup>235</sup>

É o caso da Wikipedia, enciclopédia virtual criada e organizada de forma colaborativa, e dos *softwares* livres, programas de computador de código aberto e que são constantemente reescritos por programadores do mundo todo. Essas obras não se sustentam em qualquer característica intrínseca aos seus autores. Ao contrário, o grande atrativo das obras colaborativas é justamente a possibilidade de milhares de pessoas as atualizarem, complementarem e, assim, contribuírem para a construção de uma obra universal.<sup>236</sup>

A LDA trata das obras criadas em coautoria (art. 5º, inciso VIII, alínea “a”) e as obras criadas coletivamente (art. 5º, inciso VIII, alínea “h”).<sup>237</sup> Enquanto a primeira pressupõe a identificação dos autores envolvidos no processo criativo, a segunda pressupõe a existência de uma empresa ou pessoa física responsável por sua organização, que a veicula em nome próprio.

---

<sup>235</sup> Carboni, *Direito autoral e autoria colaborativa: na economia da informação em rede*, p. 97.

<sup>236</sup> Carlos Affonso Pereira de Souza observa que “*É justamente a colaboração entre pessoas do mundo inteiro que forma o acervo impressionante da Wikipedia. A participação de um universo tão extenso de pessoas, dotadas de conhecimentos tão abrangentes, permite que a compilação de dados seja realmente efetiva e alcance o resultado aqui mencionado. Esse resultado, por sua vez, dificilmente seria alcançado caso a Wikipedia fosse uma ‘obra fechada’, cujo conteúdo pudesse ser apenas visualizado pelo usuário da rede mundial de computadores, sem permitir qualquer forma de interatividade.*” (Carlos Affonso Pereira de Souza, “Direitos autorais, tecnologia e transformações na criação e no licenciamento de obras intelectuais”, in *Direito privado e internet*, org. Guilherme Magalhães Martins [São Paulo: Atlas, 2014], p. 470).

<sup>237</sup> “Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se: [...] VIII - obra: a) em co-autoria - quando é criada em comum, por dois ou mais autores; [...] h) coletiva - a criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma.”

As definições legais são de pouca utilidade para as obras colaborativas citadas como exemplo e apenas refletem concepções de autoria alinhadas com o modelo romântico de autor, que se volta à subjetividade do autor e ao monopólio temporário que o sistema de direitos autorais lhe outorga.<sup>238</sup>

No exemplo da Wikipédia, em que pese existir um autor por trás de cada edição de cada verbete, o verbete não se apresenta ao mundo exterior como a obra de uma pessoa determinada. O valor jurídico da criação intelectual não está na relação criador-criação. O valor jurídico está, precisamente, na estrutura coletiva em que essa relação está inserida.<sup>239</sup>

Nesse sentido, Guilherme Carboni observa que:<sup>240</sup>

*“[...] no âmbito da econômica da informação em redes, a necessidade de identificação dos diversos colaboradores pode deixar de ser uma questão fundamental, uma vez que o valor se dá nas relações intersubjetivas, nos fluxos de informação entre os indivíduos, e não em um indivíduo, grupo ou entidade estável”.*

As obras colaborativas impõem ainda o desafio de determinar o prazo de proteção legal a elas aplicável. O art. 41 da LDA estabelece que *“os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento”*. Mas, não havendo autor determinado ou determinável, como se daria a contagem desse prazo?

Analisando questão análoga, envolvendo o prazo de proteção de obras coletivas, Antonio Carlos Morato conclui que o melhor seria haver previsão expressa para o prazo de proteção legal

---

<sup>238</sup> Vasconcellos Dias, “O direito autoral e a noção de autoria”, p. 128.

<sup>239</sup> Grau-Kuntz, “Domínio público e direito de autor: do requisito da originalidade como contribuição reflexivo-transformadora”, p. 38.

Em decorrência desse raciocínio, reitera-se o exposto no capítulo 1.2 no sentido de que o direito moral de autor não guarda relação com um direito de personalidade. Para Karin Grau-Kuntz, o direito moral não é um direito “de autor” e sim direito originado muito antes do surgimento do sistema de direitos autorais e calcado no valor jurídico e social do trabalho individual (Grau-Kuntz, p. 39–40). A autora vai além e, partindo da ideia aqui introduzida de que a obra é uma recombinação de elementos anteriores, questiona: *“Como ver, então, na obra recriada (interpretada) e na forma de expressão em parte incorporada pelo receptor o prolongamento da personalidade, pessoa ou individualidade do autor?”* (Grau-Kuntz, p. 41).

<sup>240</sup> Carboni, *Direito autoral e autoria colaborativa: na economia da informação em rede*, p. 174.



nessa hipótese. No entanto, como a lei brasileira é silente, poder-se-ia falar em um relativo anonimato, atraindo a incidência do art. 43 da LDA, que estabelece o prazo de proteção de setenta anos “*contado de 1º de janeiro do ano imediatamente posterior ao da primeira publicação*”.<sup>241</sup>

A aplicação dessa solução para as obras colaborativas traz novo problema, pois nem sempre é possível determinar quando houve sua “primeira publicação”. Abstraindo-se do modelo de licenciamento adotado pela Wikipedia e explorado no capítulo 3.1 abaixo, o problema pode ser ilustrado por seus verbetes constantemente atualizados. Cada nova atualização seria considerada a primeira publicação? Ou a primeira edição do verbete seria o termo inicial para a contagem do prazo de proteção legal, não obstante as posteriores edições, que, muitas vezes, modificam o verbete por inteiro?

O que se vê é a preponderância da figura do autor até mesmo no que diz respeito aos critérios para contagem do prazo de proteção das obras intelectuais e a dificuldade que o sistema de direitos autorais apresenta em fornecer soluções para casos de criações intelectuais que escapam do modelo romântico de autor.

Além de dificultar a solução de problemas concretos referentes às obras colaborativas, o modelo romântico de autor limita as possibilidades de criação intelectual e, em última análise, a liberdade de expressão. É o caso, por exemplo, das obras derivadas, regidas pelo art. 33 da LDA, que estabelece: “*Ninguém pode reproduzir obra que não pertença ao domínio público, a pretexto de anotá-la, comentá-la ou melhorá-la, sem permissão do autor*”.

Como se viu na seção 2.1.1, o processo criativo, antes de sofrer os efeitos do modelo romântico de autor, baseava-se na adaptação e melhoria de obras preexistentes. Atualmente, essa possibilidade foi limitada pelo direito autoral, preocupado apenas com possíveis direitos reservados ao autor original.

Patrick McKay aborda a forma como as novas tecnologias, em particular o computador pessoal e a *internet*, possibilitaram a criação de obras derivadas por uma grande comunidade de fãs de séries televisivas, filmes, cantores, escritores, videogames etc.<sup>242</sup> Não é incomum que os

---

<sup>241</sup> Morato, *Direito de autor em obra coletiva*, p. 147–148.

<sup>242</sup> Patrick McKay, “Culture of the future: adapting copyright law to accommodate fan-made derivative works in the twenty-first century”, *Regent University Law Review* 24 (2011): p. 121, <https://ssrn.com/abstract=1728150>.

mencionados fã se organizem para, por exemplo, escrever continuações ou histórias paralelas à série de livros “Harry Potter”<sup>243</sup> ou desenvolverem jogos da série “Pokémon” incorporando as personagens originais.

Pedro Nicoletti Mizumaki, Ronaldo Lemos, Bruno Magrani e Carlos Affonso Pereira de Souza fazem menção às comunidades que se dedicam a criar lendas em português para seus filmes e séries favoritos, alguns dos quais sequer são oficialmente transmitidos no Brasil. Essas comunidades, em regra, entendem estar homenageando o autor, e não violando os seus direitos.<sup>244</sup>

As obras derivadas raramente causam danos ao autor ou impactam a comercialização da obra original. No entanto, os titulares de direitos autorais muitas vezes se valem da legislação para impedir a veiculação de tais obras derivadas, naquilo que McKay classifica como um abuso do direito autoral. Para McKay, esse abuso desvia o direito autoral de seu propósito e gera um excessivo controle dos titulares de direitos autorais sobre suas obras, sufocando uma legítima manifestação cultural.<sup>245</sup>

Ainda que a doutrina autoral de vanguarda reconheça o processo criativo como uma recombinação das influências do autor e de elementos disponíveis no domínio público, a LDA toma por base o conceito romântico de autor e impede o trabalho de artistas que criam obra nova, derivada expressa e diretamente de obra intelectual anterior. Eduardo Tibau de Vasconcellos Dias sintetiza essa contradição: “*a doutrina autoral [...] torna ilícito os trabalhos de artistas, cujos métodos impliquem no retrabalho de materiais existentes, ao mesmo tempo em que recompensa aqueles cuja originalidade qualifica-os como verdadeiros autores no sentido da autoria romântica.*”<sup>246</sup>

---

<sup>243</sup> Patrick McKay observa as diferentes posturas adotadas por escritores com relação às obras derivadas de seus livros. Note-se que a postura dos autores que se contrapõe às obras derivadas toma em grande parte ideias derivadas do modelo romântico de autor: “*The reactions of authors to fan fiction vary greatly. Some, like J.K. Rowling and Stephanie Meyer, welcome fan fiction; while others, like Ursula Le Guin and George R.R. Martin, see it as a violation, an unholy hijacking of their work, and a kidnapping of their literary “children.”*” (McKay, p. 129).

<sup>244</sup> Pedro Nicoletti Mizumaki *et al.*, “Exceptions and limitations to copyright in Brazil: a call for reform”, in *Access to knowledge in Brazil: new research on intellectual property, innovation and development*, Access to knowledge (New Haven: Yale law school, 2008), p. 101–103, [http://isp.yale.edu/sites/default/files/publications/A2KBrazil\\_bkmk.pdf](http://isp.yale.edu/sites/default/files/publications/A2KBrazil_bkmk.pdf).

<sup>245</sup> McKay, “Culture of the future: adapting copyright law to accommodate fan-made derivative works in the twenty-first century”, p. 122-128 e 143-146.

<sup>246</sup> Vasconcellos Dias, “O direito autoral e a noção de autoria”, p. 135. Vasconcellos Dias prossegue: “*A visão restritiva da lei de direitos autorais, voltada à proteção dos direitos patrimoniais e à noção de individualidade*

Os casos expostos acima – das obras criadas por computador, das obras criadas colaborativamente e das obras derivadas – expõem a inadequação do modelo romântico de autor às possibilidades de criação intelectual resultantes da sociedade da informação. Não se pretende aqui solucionar a questão da autoria, do prazo de proteção das obras intelectuais ou da necessidade de autorização prévia do autor original para a criação de obra derivada, mas tão somente dar início à discussão de uma legislação autoral capaz de lidar com uma realidade que cada vez mais dispensará a figura autoritária e estanque do autor.<sup>247</sup>

Mas não só a sociedade da informação desafia o modelo romântico do autor.<sup>248</sup> Juliana Krueger Pela o questiona a partir de um estudo conduzido pela historiadora da arte Svetlana

---

*autoral, como fruto da concepção romântica de autoria, torna-se insuficiente para atender as novas realidades de produção criativa. Isso faz com que seja prejudicado o desenvolvimento social e cultural, já que o repositório natural de obras a servirem como matéria-prima se torna mais escasso, na medida em que a lei exige a prévia autorização do titular para reutilização do material protegido por direitos autorais na criação de uma nova obra”* (Vasconcellos Dias, p. 139).

Nesse mesmo sentido: “*It is extremely hard to argue for creative derivation—even when the “standing on the shoulders of giants” effect of cumulative cultural creation is brought to attention—because strong natural rights-based rationales for copyright insist on the figure of an original author whose work is tantamount to—or at least a poor but worthy imitation of—divine creation. Therefore, many forms of content production which build upon previous works are viewed with distrust, as potential attacks on the author’s integrity or reputation*” (Mizumaki et al., “Exceptions and limitations to copyright in Brazil: a call for reform”, p. 85).

Ainda a respeito de obras derivadas, Karin Grau-Kutz faz uma análise comparativa entre os quadros “Retrato do Papa Inocêncio X”, elaborado por Diego Velázquez em torno do ano 1650, e “Estudo do retrato do Papa Inocêncio X de Diego Velázquez”, elaborado por Francis Bacon em 1953. O quadro de Bacon é uma releitura moderna da obra de Velázquez, utilizando-se de técnicas e perspectivas distintas da original, além de acrescentar novos elementos à obra. No entanto, segundo Karin Grau-Kutz, “*tendo em mente a tendência privatista extremada e equivocada que vem dominando o direito autoral hodiernamente, creio que, se Bacon tivesse pintado o quadro em questão no nosso século, e supondo que a pintura de Velázquez ainda fosse protegida pelo direito de autor, ele não seria poupado de ter que se defender de acusações de violação de direito de autor [...]. É que hoje, em pura contradição com a essência da proteção autoral, quer-se ver na proteção patrimonial (garantia de prerrogativas exclusivas de acesso à obra intelectual) um ‘direito’ de controle do processo criativo intelectual. Esse desejo de controle do processo criativo intelectual emprestou à expressão ‘imitação’ uma carga valorativa altamente negativa. O ato de imitar não é, contudo, negativo. Ao contrário, como elemento essencial do processo criativo, consubstancia, junto ao elemento ‘reconhecimento’, a ‘alegria de criar’*” (Grau-Kutz, “Domínio público e direito de autor: do requisito da originalidade como contribuição reflexivo-transformadora”, p. 30). Trata-se de mais um exemplo, agora independente das criações viabilizadas pela tecnologia, de que o direito autoral baseado no conceito romântico de autor tem enorme poder de restringir a criação intelectual legítima.

<sup>247</sup> Pierre Lévy afirma que a figura do autor emergiu de um contexto econômico, jurídico e social particular. Com a superação desse contexto, Lévy previa, já em 1999, que a autoria passaria para um segundo plano – o que de fato ocorreu nos anos subsequentes (Lévy, *Cibercultura*, p. 154).

<sup>248</sup> Guilherme Carboni nota que as criações colaborativas não surgiram com a tecnologia digital, mas sim remontam à cultural oral, na qual as criações possuem características majoritariamente comunitárias, não individuais (Carboni, *Direito autoral e autoria colaborativa: na economia da informação em rede*, p. 93).

Alpers sobre o renomado artista plástico Rembrandt, ativo no século XVII, que se utilizava de uma lógica empresarial e de uma série de assistentes e aprendizes para produzir suas obras.<sup>249</sup>

Em síntese, Rembrandt ensinava os aludidos assistentes e aprendizes a sua técnica e traços característicos. O objetivo de Rembrandt não era que essas pessoas finalizassem as obras por ele iniciadas, como acontecia em ateliers de outros artistas, mas sim que conseguissem fazer pinturas iguais às dele.<sup>250</sup>

O estudo da historiadora Svetlana Alpers avança para concluir que, possivelmente, muitas das obras assinadas por Rembrandt não foram efetivamente pintadas por ele. Juliana Krueger Pela, de sua vez, desafia o conceito de autoria comumente adotado pela doutrina com base na conclusão de Svetlana Alpers:<sup>251</sup>

*“[...] após a leitura da obra de Alpers, fiquei com a impressão de que o sistema de direito de autor, tal como atualmente estruturado, pode não estar apto a recepcionar a complexidade do caso Rembrandt e de outros artistas em situações semelhantes.”*

Outros exemplos históricos sobre a inadequação do modelo romântico de autor são fornecidos por Eduardo Tibau de Vasconcellos Dias: os compiladores renascentistas, que transcreviam, comentavam e retrabalhavam os escritos alheios sem qualquer preocupação com sua autoria original; e a obra do escritor britânico Samuel Johnson, ativo no século XVIII e autor de trabalhos como o *“Dictionary of the English Language”* – um dos dicionários mais influentes de seu tempo – e *“Lives of the Most Eminent English Poets”* – contendo a biografia e críticas de

---

No mesmo sentido, Pierre Lévy elucida que nas sociedades de tradição oral, a noção de autor é secundária ou mesmo inexistente. Os mitos, ritos, músicas e outras expressões remetem a tempos imemoriáveis e não são associados a uma pessoa específica. (Lévy, *Cibercultura*, p. 152).

<sup>249</sup> Juliana Krueger Pela, “Rembrandt e o direito privado”, *Revista da faculdade de direito da Universidade de São Paulo*, v. 110, 2015, p. 319 *et seq.*, <http://revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115495/113077>.

<sup>250</sup> Pela, p. 321.

<sup>251</sup> Pela, p. 323–324.

52 poetas da época. Vasconcello Dias, citando Martha Woodmansee, explica que ambas as obras foram escritas de maneira colaborativa por Samuel Johnson.<sup>252</sup>

A própria Martha Woodmansee destaca que a obra “*Lives of the Most Eminent English Poets*” só foi possível porque os próprios poetas biografados forneceram suas contribuições, assim como diversos livreiros londrinos e outros escritores. Além disso, a ideia de compilar informações sobre poetas da época não foi originalmente concebida por Johnson, mas sim por uma editora de Edimburgo. A obra de Johnson foi apenas uma resposta a essa obra anterior.<sup>253</sup>

Conclui-se que o modelo romântico de autor nunca foi verdadeiramente adequado à realidade do processo de criação intelectual. Essa constatação não é feita apenas com base nas possibilidades de criação colaborativa decorrentes do surgimento das novas tecnologias, mas também com base em diversos exemplos que remontam há séculos e demonstram que a autoria é um ato ligado à extração de ideias, conceitos, inspirações e influências de um fundo comum, disponível a todos indistintamente.

A presunção de que uma obra deve conter traços de originalidade para ser tutelada pelo direito autoral fornece um conforto ao sistema, porém, diante do exposto acima, dificilmente sobreviveria a um escrutínio criterioso de quais elementos da obra são originais em relação aos elementos do domínio público. Esse escrutínio tampouco é necessário, desde que se reconheça que a obra não resulta da genialidade do autor e, portanto, não merece irrestrita proteção legal.

A mudança que se propõe para o sistema de direitos autorais, saindo do modelo romântico do autor para um modelo que se volte para a obra, considerando-a como um resultado de influências socioculturais, é consistente com a ideia de que o direito autoral não serve simplesmente para recompensar o trabalho dos autores ou defender seus interesses pessoais, mas sim para promover o interesse público por meio do balanceamento dos direitos que recaem sobre a expressão do autor contra os recursos finitos do domínio público<sup>254</sup> – o que será exposto no capítulo 2.2 abaixo.

---

<sup>252</sup> Vasconcellos Dias, “O direito autoral e a noção de autoria”, p. 122–123.

<sup>253</sup> Martha Woodmansee e Peter Jaszi, orgs., *The construction of authorship: textual appropriation in law and literature* (Durham: Duke University Press, 1999), p. 17–18.

<sup>254</sup> Carlos Alberto Bittar reconhece que grande parte do trabalho do autor resulta de suas influências sociais e culturais, mas não abre mão da ideia de que o autor imprime sua personalidade quando trabalha com tais influências para gerar uma obra intelectual original. Feita essa ressalva, concorda-se com sua afirmação de que a tutela autoral deverá “*encontrar como ponto de equilíbrio o devido balanceamento entre o coletivo – representado pelo interesse*

Esse balanceamento não é tarefa simples, até porque as fronteiras existentes entre direito autoral e domínio público raramente são precisas. Por outro lado, a partir das considerações sobre o processo de criação intelectual que se traçou acima, é possível criar critérios mais ou menos objetivos que permitam ao juiz delimitar quando uma obra intelectual se destaca do domínio público e quais elementos dessa obra merecem proteção legal.<sup>255</sup>

---

*público no fruto da criação humana – e o individual – representado pelo titular espiritual da criação. Relevante, portanto, o binômio interesse público e interesse privado na obra estética, de um lado, a mitigar o excesso de limitações decorrentes do direito sobre a propriedade intelectual, que decorreria da leitura liberal do gênio como criador singular, e a mitigar, por outro lado, o excesso de coletivismo amorfo, que decorreria da leitura socializante, que impediria a formação da autonomia necessária à expressão do espírito humano [...]. O direito de autor se caracteriza, pois, pela fusão de ambas as faces: a face social e a face liberal da obra estética.” (Bittar, *Direito de autor*, 2015, p. 19–21).*

<sup>255</sup> Quanto à possibilidade de apreciação judicial acerca dos elementos que compõem a obra e sua qualificação ou não como obra merecedora de proteção legal, José de Oliveira Ascensão é enfático: “*Há que rejeitar cuidadosamente tudo o que represente apropriação disfarçada de obra alheia. Não se pode fugir a esta consequência com o argumento que ao juiz não compete apreciar o nível cultural ou o mérito da obra. [...] Limitamo-nos a observar que se cabe ao juiz resolver litígios sobre os temas mais complexos, como por exemplo o grau de inventividade num pedido de patente biotecnológica, também tem de decidir se há ou não criação cultural. Não se trata de definir estilos ou manifestar preferências artísticas, mas de identificar o que é qualificável como inspiração em obra alheia feita para prosseguir um fim criativo próprio.*” (José de Oliveira Ascensão, “Sociedade da informação e liberdade de expressão”, in *Direito da sociedade da informação*, org. Associação Portuguesa de Direito Intelectual, vol. VII [Coimbra Editora, 2008], p. 51–73).

## 2.2 Função Social do Direito Autoral

O presente capítulo buscará demonstrar a conexão do direito autoral com uma função social específica, conferindo-lhe vetores axiológicos e justificação que devem nortear a sua interpretação e aplicação. Na primeira seção, diante da ausência de uma função expressa conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro ao direito autoral, tratar-se-á da possibilidade de se lhe aplicar o instituto da função social da propriedade e do contrato – tal qual insculpidos na Constituição da República e no Código Civil.

A segunda seção será dedicada à identificação das principais funções exercidas pelo direito autoral no ordenamento jurídico brasileiro e que, conjugadas, possibilitam conceituar a função social do direito autoral. Finalmente, na terceira seção, demonstrar-se-á como e de que forma os tratados internacionais sobre direito autoral o funcionalizam.

### 2.2.1 A Função Social da Propriedade e do Contrato Aplicadas ao Direito Autoral

O direito autoral é um conjunto de direitos subjetivos que, como todos os direitos subjetivos, integra em sua acepção moderna um complexo de posições jurídicas positivas e negativas (isto é, poderes e deveres). Destaca-se o fato de o direito autoral ser um direito funcionalizado desde o século XVIII. Exemplo disso é a Constituição norte-americana de 1787, que condiciona, em seu artigo 1º, seção VIII, cláusula 8, o monopólio temporário concedido aos autores à finalidade de “*promover o progresso da ciência e das artes úteis*”.<sup>256</sup>

---

<sup>256</sup> José de Oliveira Ascensão, “A função social do direito autoral e as limitações legais”, in *Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*, org. Luiz Gonzaga Silva Adolfo e Marcos Wachowicz, 3ª reimpressão (Curitiba: Juruá, 2011), p. 85–86.

Como visto no capítulo 1.1, o *Statute of Anne* igualmente vinculava o privilégio concedido aos autores à função de “*encorajamento do aprendizado*”. Pedro Nicoletti Mizumaki indica que o *Statute of Anne* “*também procurava, implicitamente, dissolver o monopólio da Stationer’ Company sobre o comércio do livro*”, revelando outra função além da expressamente positivada: “*a preservação de um campo de atuação concorrencial adequado para o mercado cultural*” (Mizumaki, “Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88”, p. 314).

A consciência sobre a vinculação do direito autoral a uma função social é historicamente muito mais forte nos sistemas de *common law* do que nos sistemas de direito romanístico. Para José de Oliveira Ascensão, trata-se de um reflexo da conceituação do direito autoral como propriedade nos países de direito romanístico. Ascensão entende que o conceito de propriedade traduz um direito exclusivo e absoluto, o que leva à conclusão de que todas ou quase todas as restrições ao direito autoral devem ser afastadas.<sup>257</sup>

Como visto nos capítulos 1.1 e 1.2, o direito autoral não surgiu como um direito de propriedade, e sim como uma política de concessão de um monopólio temporário sobre determinada obra intelectual, objetivando possibilitar sua mercantilização. Com o passar do tempo, tratados internacionais, legislações e a jurisprudência de diversos países passaram a tratar o direito autoral como algo próximo de um direito de propriedade, ou ainda como um direito natural atribuído ao criador da obra intelectual.<sup>258</sup>

Assim, o direito autoral não acompanhou o influxo que atingiu outros direitos após o final da primeira guerra mundial, no sentido de reforçar a atenção ao interesse social. Ao contrário, José de Oliveira Ascensão afirma ter ocorrido uma involução com relação ao direito autoral, o que em grande parte se deu por pressão de *lobbies*.<sup>259</sup> Especificamente no EUA, foi decisiva a contribuição das sociedades empresárias que se beneficiavam, e ainda se beneficiam, do fortalecimento do direito autoral e do prolongamento do prazo de proteção das obras intelectuais.<sup>260</sup>

Allan Rocha de Souza acentua que o direito autoral repete agora, com o neoliberalismo, o apogeu da doutrina liberal, sacrificando os interesses coletivos que o compõem. Souza propõe

---

<sup>257</sup> Ascensão, “A função social do direito autoral e as limitações legais”, p. 86–87.

<sup>258</sup> Guilherme Carboni, *Função social do direito de autor* (Curitiba: Juruá, 2008), p. 32.

<sup>259</sup> Ascensão, “A função social do direito autoral e as limitações legais”, p. 87.

Essa involução gerou o entendimento dominante de que quaisquer restrições aos direitos autorais devem ser expressas na lei e interpretadas de maneira restritiva. Porém, José de Oliveira Ascensão pontua que “isto significa apenas que o direito de autor é limitado pela Lei em geral, portanto pelo Direito, com os seus princípios, e não apenas por preceitos específicos de lei” (Ascensão, p. 87).

<sup>260</sup> Carboni, *Função social do direito de autor*, p. 32.



que o fato de o direito autoral não ter acompanhado a socialização pela qual passaram outros institutos jurídicos se deve ao seu reconhecimento tardio como um dos ramos do direito civil.<sup>261</sup>

Essa visão absoluta e feroz do direito autoral cria na sociedade uma animosidade em relação aos autores e uma descrença para com o direito autoral – afinal, a quem ele atende?<sup>262</sup> Guilherme Carboni sugere uma resposta a esse questionamento: o direito autoral deixou de ser um mecanismo de estímulo à produção intelectual, transformando-se em “*uma poderosa ferramenta da indústria dos bens intelectuais, para a apropriação da informação enquanto mercadoria, ocasionando uma redução na esfera da liberdade de expressão*”.<sup>263</sup>

Por outro lado, foi justamente no campo da propriedade que o interesse social, notadamente, a função social, encontrou fértil aplicação. A passagem do Estado “garantista” para o Estado “social” trouxe importante alteração na perspectiva do direito: deixou de ser instrumento de controle social para se tornar instrumento de direcionamento social.<sup>264</sup> De tal modo, a Constituição de Weimar, nas cinzas do pós-guerra, trouxe consigo a ideia – alçada à categoria de princípio – de que a propriedade obriga.<sup>265</sup>

A propriedade foi envolta pela ideia de função social – em consonância com uma mutação geral valorativa do direito – que se tornou necessária à própria compreensão do seu conceito. Essa nova compreensão da propriedade ocorreu em função de uma expansão da ordem jurídica para abrigar segmentos sociais que, no liberalismo, eram membros da sociedade apenas nominalmente, bem como do reconhecimento de outros direitos que gravitam em torno do direito de propriedade.<sup>266</sup>

---

<sup>261</sup> Allan Rocha de Souza, *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*, Coleção José do Patrocínio V. 4 (Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006), p. 275.

<sup>262</sup> Ascensão, “A função social do direito autoral e as limitações legais”, p. 88.

<sup>263</sup> Carboni, *Função social do direito de autor*, p. 33.

<sup>264</sup> Carboni, p. 27.

<sup>265</sup> Ascensão, “A função social do direito autoral e as limitações legais”, p. 89.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Silmara Juny de Abreu Chinellato destacam que a ideia de função social da propriedade não é nova, mas apenas “refloresceu” nesse período. (Hironaka e Chinellato, “Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos. Reflexos no direito autoral”, p. 43).

<sup>266</sup> Arruda Alvim, Thereza Alvim, e Alexandre Laizo Clápis, orgs., *Comentários ao Código Civil brasileiro, volume XI, tomo I: livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil* (Rio de Janeiro: Forense, 2009), p. 268.

A função social enfrentou questionamentos por parte daqueles que ainda seguiam a lógica liberal e individualista, bem como por parte daqueles que lutavam pelo coletivismo e enxergavam nela uma etapa para suprimir a propriedade por completo. Hoje, porém, a função social se consolidou como meio para equilibrar fins individuais e interesses coletivos por meio do estabelecimento de restrições funcionais dos direitos e da provisão de balizas para a interpretação e execução da lei, que devem contemplar sempre o interesse social.<sup>267</sup>

Nesse sentido, a Constituição da República afirma que “*a propriedade atenderá a sua função social*” (artigo 5º, inciso XXIII).<sup>268</sup> Embora não haja no texto brasileiro a noção explícita de que a propriedade obriga, deve-se entender, como parte do conteúdo da função social, que o proprietário é convocado a agir de certa forma, qual seja, de utilizar adequadamente a coisa em relação ao bem comum.<sup>269</sup>

A conclusão que se chega é que o proprietário, no exercício do seu direito, não obstante poder aproveitar a propriedade em seu benefício, tem o dever de fazê-la servir ao bem comum, não podendo, portanto, deixá-la sem produzir ou de qualquer outra forma a tornar inútil.<sup>270</sup>

Não há na Constituição da República relação expressa entre o direito autoral e a função social da propriedade. Porém, na área correlata das criações industriais e dos sinais distintivos, vincula-se o privilégio temporário conferido ao “*interesse social e [a]o desenvolvimento tecnológico e econômico do país*” (artigo 5º, inciso XXIX).<sup>271</sup>

O Código Civil também trata da função social, estendendo o princípio para além das disposições constitucionais. Os artigos de maior relevo a esse respeito são o 421<sup>272</sup>, que consagra

---

<sup>267</sup> Ascensão, “A função social do direito autoral e as limitações legais”, p. 89–90.

<sup>268</sup> O princípio da função social da propriedade volta a ser mencionado na carta magna em seus artigos 170, inciso III; 182 *caput* e parágrafos; 184 e 186.

<sup>269</sup> Alvim, Alvim, e Clápis, *Comentários ao Código Civil brasileiro, volume XI, tomo I: livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil*, p. 263.

<sup>270</sup> Carlos Alberto Dabus Maluf, *Limitações ao direito de propriedade: de acordo com o novo Código Civil e com o Estatuto da Cidade*, 2ª ed. rev., atual. e ampl. (Editora Revista dos Tribunais, 2005), p. 70.

<sup>271</sup> Guilherme Carboni menciona o entendimento de José Afonso da Silva e Manoel Gonçalves Ferreira Filho no sentido de que a inclusão da propriedade industrial no âmbito do artigo 5º da Constituição da República, como direito fundamental do homem, é descabida e seria melhor posta entre as normas da ordem econômica ou englobada no inciso que se refere à propriedade em geral. Carboni sugere que a mesma interpretação é possível para o caráter patrimonial do direito autoral. (Carboni, *Função social do direito de autor*, p. 141).

<sup>272</sup> “Artigo 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

a função social do contrato, e o 1.228, § 1º<sup>273</sup>, que trata novamente, e em maior detalhe, da função social da propriedade. Assim, pode-se dizer que as definições de propriedade e liberdade, bem como de seus limites ético-jurídicos, tem suas bases na Constituição e no Código Civil, ambos em sintonia e integração no ordenamento jurídico brasileiro.<sup>274</sup>

No que se refere ao direito autoral, a Constituição da República traz os incisos XXVII e XVIII do artigo 5º, que disciplinam, respectivamente, (i) o direito temporário de exclusividade sobre a obra intelectual e (ii) a proteção das participações individuais em obras coletivas, bem como o direito de fiscalização do aproveitamento econômico de tais obras.<sup>275</sup>

A Constituição da República falha ao não expor as dimensões social e solidária do direito autoral e tampouco esclarecer qual a função que deve desempenhar na sociedade brasileira. Segundo Guilherme Carboni, o fato de a Constituição da República e a LDA nada disporem a esse respeito pode ser justificado pela natureza jurídica do direito autoral, que envolve direitos patrimoniais e extrapatrimoniais, e em razão da sua própria evolução histórica como direito eminentemente individual e privado.<sup>276</sup>

Isso não significa que o direito autoral está imune ao princípio da função social que permeia o ordenamento constitucional e infraconstitucional brasileiro. Guilherme Carboni,

---

<sup>273</sup> “Art. 1.228. 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.

§ 1º 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.”

A respeito da aplicação deste artigo às coisas incorpóreas, Arruda Alvim nota que “*que determinados bens [...] conquanto não possa a situação de propriedade destes submeter-se à regra do art. 1.228, caput, nem por isso deixam de ser objeto do direito de propriedade. Sublinha-se que esse conceito não é inteiramente aproveitável para ‘os bens e direitos imateriais’ [...]*” (Alvim, Alvim, e Clápis, *Comentários ao Código Civil brasileiro, volume XI, tomo I: livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil*, p. 257).

<sup>274</sup> Arnoldo Wald, “O interesse social no direito privado”, in *Função social do direito*, org. Luciano Benetti Timm e Rafael Bicca Machado (São Paulo: Quartier Latin, 2009), p. 54.

<sup>275</sup> “XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas”.

<sup>276</sup> Carboni, *Função social do direito de autor*, p. 144–145.

valendo-se da lição de Eroulths Cortiano Junior, explica que na sociedade moderna o modelo proprietário deve ser universal e atemporal, permitindo que tudo seja passível de entrar em circulação econômica.<sup>277</sup>

Dentro desse modelo, as características da coisa são indiferentes – bens móveis, imóveis, materiais ou imateriais –, pois todas se submetem aos poderes proprietários e são articuladas sob a perspectiva da alienação e da forma de transmissão. Por essa razão, a função social da propriedade, conforme prevista na Constituição da República e no Código Civil, é aplicável ao direito autoral em seu âmbito patrimonial.<sup>278</sup>

Admitir-se que o princípio da função social da propriedade não atinge o direito autoral importaria em uma verdadeira quebra sistêmica, ao passo que apenas o direito autoral, dentre todos os direitos patrimoniais privados, não estaria sujeito ao cumprimento de uma função social.

José de Oliveira Ascensão afirma que o direito autoral é protegido porque e enquanto contribui para o progresso social, uma vez que nenhum instituto é consagrado se dele não derivar vantagem social alguma. Assim, concretamente, o direito autoral está sujeito a todas as grandes determinações finalísticas coletivas trazidas pela Constituição da República, como, por exemplo, o pleno exercício dos direitos culturais, a promoção da educação e do desenvolvimento científico e o acesso ao conhecimento e à informação.<sup>279</sup>

Denis Borges Barbosa traz uma visão da função social da propriedade intelectual calcada na origem desses direitos como uma elaboração jurídica e na forma como positivados, juntamente de outros direitos e garantias de igual ou maior relevância, na Constituição da República.<sup>280</sup>

---

<sup>277</sup> Carboni, p. 179–180.

<sup>278</sup> Carboni, p. 179–180.

<sup>279</sup> Ascensão, “O direito autoral numa perspectiva de reforma”, p. 18.

Ascensão continua, em importante lição: “*Também o direito autoral tem uma função social: não é, dissemos, uma soberania, não é absoluto. Deve ser exercido de maneira que a vantagem pessoal se combine com a social. É um campo importantíssimo de revisão, afastando o entendimento tacanho de um direito sujeito ao arbítrio do titular como critério único*” (Ascensão, p. 19).

<sup>280</sup> Barbosa, *Tratado da propriedade intelectual*, p. 75 e 227 et seq.

*“A raiz histórica e os fundamentos constitucionais da propriedade intelectual são muito menos naturais e muito mais complexos do que a da propriedade romanística; [...] disto resulta que – em todas suas modalidades – a propriedade intelectual é ainda mais funcional, ainda mais condicionada, ainda mais socialmente responsável, e seguramente muito menos plena do que qualquer outra forma de propriedade.”*

E, tratando especificamente do direito autoral, Barbosa afirma sua vinculação à função social da propriedade da seguinte maneira:<sup>281</sup>

*“Certo é que, no que for objeto de propriedade (ou seja, no alcance dos direitos patrimoniais), o direito autoral também está sujeito às limitações constitucionalmente impostas em favor do bem comum – a função social da propriedade de que fala o art. 5º, XXIII, da Carta de 1988.”*

Pedro Nicoletti Mizumaki adere à tese de José Afonso da Silva, Celso Ribeiro Bastos e Eros Grau exposta no capítulo 1.2, defendendo que a Constituição da República, ao mencionar “propriedade”, refere-se não apenas ao direito real de propriedade, mas a uma série de outras “propriedades”, cada qual com seu conteúdo específico.<sup>282</sup> Dessa forma, ao direito autoral seria

---

<sup>281</sup> Barbosa, p. 110.

<sup>282</sup> Na linha do que já foi abordado no capítulo 1.2, o autor afirma que “[...] não apenas há referência expressa ao direito de marca como um direito de propriedade, como há proximidade muito grande entre os textos referentes a direitos autorais, patentes e marcas, dos textos referentes ao direito de propriedade. A ordem e o local de colocação dos textos não podem ser tomados como únicos argumentos, mas são dados bastante significativos para a interpretação, ainda mais quando há referência expressa às marcas como propriedade. Há uma sequência lógica entre os textos que não é desprezível, sendo razoável, portanto, interpretar os direitos autorais como uma espécie de propriedade, que se distancia, contudo, da propriedade tradicional do direito civil. [...] Com efeito, entende José Afonso da Silva que a cada uma das propriedades abrigadas pela noção constitucional de propriedade, vincula-se uma disciplina diferenciada, justamente em virtude de sua função social” (Mizumaki, “Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88”, p. 423–426).

No mesmo sentido: “cada uma dessas exclusivas, sendo propriedades no âmbito constitucional [...], existe nos limites e para as funções que lhe são constitucionalmente votadas. [...] Mas além ‘da’ função social das propriedades – de todas elas –, cada modalidade de exclusiva tem sua função específica no desenho constitucional das propriedades intelectuais” (Barbosa, *Tratado da propriedade intelectual*, p. 84–85).

aplicável o mencionado artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição da República (“*a propriedade atenderá a sua função social*”).

Seguindo a mesma linha, Allan Rocha de Souza se funda em José Cretella Júnior para afirmar que o artigo 5º, inciso XXIII, alcança o conjunto de toda a patrimonialidade, pois o direito de propriedade é todo e qualquer direito patrimonial, independentemente de se tratar de bem corpóreo, incorpóreo ou direito real. Souza propõe que o conceito de propriedade deve ser entendido e aplicado de acordo com os desafios sociais e econômicos contemporâneos.<sup>283</sup>

O artigo 5º, inciso XXII, da Constituição da República<sup>284</sup>, garante genericamente o direito de propriedade, entendido como toda e qualquer modalidade de direito de propriedade ou de garantia do patrimônio. Pouco depois, o inciso XXVII do mesmo artigo garante aos autores o direito temporário de exclusividade sobre a obra intelectual. Trata-se de uma garantia de um direito de “propriedade”, dotado de perfil próprio, que objetiva, em verdade, garantir um direito de exclusividade de utilização.<sup>285</sup>

Ainda que se tenha classificado a natureza jurídica do direito autoral como monopólio, representando uma exclusividade temporária concedida ao autor para exploração econômica da obra intelectual, não há dúvidas de que ele está inserido em uma dinâmica de mercado baseada em bens proprietários.<sup>286</sup>

Gustavo Tepedino destaca que a cada dia surgem novos bens jurídicos, sejam eles materiais (corpóreos) ou imateriais (incorpóreos), ambos integrando o patrimônio das pessoas. Para Tepedino, no entanto, o que interessa para a análise das situações jurídicas subjetivas é a distinção entre relações patrimoniais e não patrimoniais:<sup>287</sup>

---

<sup>283</sup> Souza, *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*, p. 137–138.

<sup>284</sup> “XXII - é garantido o direito de propriedade”.

<sup>285</sup> Alvim, Alvim, e Clápis, *Comentários ao Código Civil brasileiro, volume XI, tomo I: livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil*, p. 253–254.

<sup>286</sup> Mesmo que a obra intelectual não seja, a rigor, apropriável (vide a seção 1.2.1), remete-se aqui à observação de Sérgio Staut Jr. no sentido de que “*uma das principais características da Indústria Cultural é a transformação da criatividade e da subjetividade do autor em uma mercadoria*” (Staut Jr., *Direitos autorais: entre as relações sociais e as relações jurídicas*, p. 156).

<sup>287</sup> Tepedino, “Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução”, p. 137–138.

*“A classificação central que deve ser estabelecida, para a interpretação e aplicação das normas jurídicas, é a que extrema as relações jurídicas patrimoniais, constituídas por situações jurídicas economicamente mensuráveis, e as relações jurídicas não patrimoniais, formadas por situações jurídicas insuscetíveis de avaliação econômica, caracterizadas por interesses não patrimoniais.”*

Dessa forma e considerando que o conceito de propriedade na Constituição da República se volta para a tutela de tudo aquilo que circula na economia, o direito autoral, assim como os demais direitos patrimoniais privados, está sujeito a intervenções que tenham por objetivo assegurar o cumprimento de sua função social.<sup>288</sup>

De outra parte, as relações contratuais também passaram pelas transformações às quais a propriedade foi submetida ao longo dos últimos séculos. A concepção clássica dos contratos como manifestação legítima da autonomia da vontade e da liberdade individual alcançou seu auge no Estado liberal.<sup>289</sup>

Porém, em consequência da evolução das relações econômicas e da disparidade de forças verificada na sociedade contemporânea, o conceito de contrato como livre acordo perdeu força, *“pois logo se constatou que a liberdade formal de determinar o conteúdo do negócio escondia a imposição substancial da vontade de apenas uma das partes”*<sup>290</sup>, reclamando a intervenção estatal para garantir equilíbrio contratual entre as partes.<sup>291</sup>

---

<sup>288</sup> Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Silmara Juny de Abreu Chinellato afirmam, nesse sentido, que a Constituição da República *“inseriu a função social da propriedade como um dos megaprincípios da ordem econômica”*, além, é claro, de constar dentre os direitos e garantias fundamentais. (Hironaka e Chinellato, *“Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos. Reflexos no direito autoral”*, p. 49).

<sup>289</sup> Paulo Luiz Netto Lôbo, *“Contrato e mudança social”*, in *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, org. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, vol. II (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011), p. 1311 *et seq.*

<sup>290</sup> Cristiano de Sousa Zanetti, *Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação* (São Paulo: Método, 2008), p. 270.

<sup>291</sup> Orlando Gomes, *Contratos*, 26<sup>a</sup> ed. (Rio de Janeiro: Forense, 2009), p. 8–9.

Eros Grau e Paula Forgioni notam que *“Desde a segunda metade do século XIX, o direito dos contratos é afetado por imposições de ordem pública (poder de polícia, a defesa dos bons costumes, imposições ‘protetivas’ do direito do trabalho, a legislação antitruste, v.g.) Essas intervenções prosseguem até a instalação do que se tem referido como a normatividade do Welfare State, com impacto marcado sobre a disciplina dos contratos. Estes passam a ser apresentados menos como uma livre construção da vontade humana do que como contribuição da atividade*

Foi no contexto do Estado social, marcado pela busca da compreensão e da negociação sadia entre os indivíduos e pela proteção à parte mais fraca, que o Código Civil de 2002 consagrou a função social do contrato.<sup>292</sup> A função social do contrato tem origem na função social da propriedade e importa em uma nova compreensão do instituto do contrato, que objetiva, “*mais que garantir, promover mesmo valores constitucionais reputados fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e o solidarismo social*”.<sup>293</sup>

Claudio Luiz Bueno de Godoy, citando Luigi Ferri, destaca que o individualismo não tem sentido do ponto de vista jurídico, pois ao direito interessa o momento social.<sup>294</sup> Assim, a autonomia privada é merecedora de proteção legal apenas quando o ato que a exprime corresponda a uma função considerada socialmente útil pelo ordenamento jurídico.<sup>295</sup>

A função social do contrato atua tanto *inter partes*, promovendo a observância dos ditames constitucionais quando da celebração e execução do contrato, quanto *ultra partes*, estendendo efeitos a terceiros, não integrantes da relação contratual, em razão da eficácia social do contrato, que se insere no tecido social e no mundo das relações.<sup>296</sup>

---

*dos agentes econômicos à arquitetura geral da economia, definida pelo Estado. A doutrina elabora a noção de dirigismo contratual [...]”* (Eros Grau e Paula Forgioni, *O Estado, a empresa e o contrato* [São Paulo: Malheiros, 2005], p. 21).

<sup>292</sup> Álvaro Villaça Azevedo, *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil* (São Paulo: Atlas, 2009), p. 18.

<sup>293</sup> Cláudio Luiz Bueno de Godoy, *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*, Coleção Professor Agostinho Alvim (São Paulo: Saraiva, 2004), p. 122 e 181.

<sup>294</sup> Godoy, p. 120.

<sup>295</sup> Godoy, p. 25.

Nesse sentido, a I Jornada de Direito Civil realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal aprovou enunciado tratando da liberdade contratual e sua vinculação a uma função social: “*A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.*”

<sup>296</sup> Godoy, p. 131–132. Ainda sobre os efeitos *ultra partes* da função social do contrato, Claudio Luiz Bueno de Godoy destaca que “*cláusulas contratuais dotadas de danosidade social que se pode dizer difusa atingem uma universalidade indistinta de pessoas, assim legitimadas a discutir-lhes a higidez*”, o que é particularmente frequente nas relações de massa, no que se incluem grande parte das contratações sobre direitos autorais (Godoy, p. 143).



A função social do contrato tem, por óbvio, reflexos nas contratações envolvendo direitos autorais, sejam elas entre autor e sociedades empresárias ou entre titulares de direitos autorais e usuários de obras intelectuais protegidas.<sup>297</sup>

A regra geral de interpretação dos negócios jurídicos envolvendo direitos autorais está no artigo 4º da LDA, pelo qual tais negócios devem ser interpretados restritivamente.<sup>298</sup> No que diz respeito à contratação entre autor e sociedades empresárias, a LDA regula a transferência (ou cessão) dos direitos de autor em seu capítulo V, artigos 49 a 52, e as formas de utilização das obras intelectuais e dos fonogramas, em seus artigos 53 a 88.

As restrições de ordem pública inerentes ao âmbito extrapatrimonial do direito autoral, bem como a interpretação restritiva dos negócios jurídicos constante do artigo 4º, visam à proteção do autor nas contratações para exploração econômica da obra intelectual com sociedades empresárias, que normalmente detém um maior poder econômico e, conseqüentemente, negocial.<sup>299</sup>

É na hipótese do autor hipossuficiente perante uma sociedade empresária que o mencionado artigo 4º encontra sua razão de ser.<sup>300</sup> Denis Borges Barbosa é preciso a esse respeito:<sup>301</sup>

*“entendemos que a interpretação restritiva não é de aplicação genérica, mas tão somente destinada a corrigir a situação de hipossuficiência do autor, pessoa natural, quando em negócios jurídicos com outra parte, que pela sofisticação e poder econômico se presumem negocialmente privilegiados.”*

---

<sup>297</sup> José de Oliveira Ascensão destaca que “o Direito Autoral é um Direito como qualquer outro, submetido às regras gerais de interpretação e aplicação dos negócios jurídicos em tudo o que não for contrariado pela natureza da relação estabelecida.” (Ascensão, “O direito autoral numa perspectiva de reforma”, p. 33).

<sup>298</sup> “Artigo 4º. Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais.”

<sup>299</sup> Carboni, *Função social do direito de autor*, p. 186.

<sup>300</sup> Mizumaki, “Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88”, p. 470.

<sup>301</sup> Barbosa, *Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor*, p. 946.

Contudo, o direito autoral vem se transformando rapidamente em uma ferramenta que protege não os interesses do autor, mas sim da indústria cultural e do entretenimento, de forma que a interpretação restritiva dos negócios jurídicos nessa matéria muitas vezes não mais atende ao intuito de proteger a parte mais fraca.<sup>302</sup>

É o que ocorre, por exemplo, nos negócios jurídicos envolvendo titulares de direitos autorais e usuários de obras intelectuais protegidas. A interpretação restritiva de tais negócios em prol dos titulares de direitos autorais raramente tem razão de ser, pois são os titulares que detém um direito de exclusão em relação ao público.<sup>303</sup> Isto é, os titulares de direitos autorais se encontram em posição privilegiada e os usuários são a parte que demanda maior proteção legal.

No ambiente digital, é prática corriqueira que os mencionados usuários tenham de aceitar termos de licenciamentos unilateralmente formulados pelos titulares de direitos autorais para que possam fazer uso de obras intelectuais protegidas. Como se demonstrará na subseção 2.3.3.2, esses termos de licenciamento podem conter condições abusivas que, muitas vezes, restringem a finalidade almejada com a utilização da obra intelectual.

O negócio jurídico sobre direito autoral, como todo negócio jurídico, persegue uma finalidade.<sup>304</sup> E a finalidade que não pode mais ser atingida faz com que o contrato perca sua função social, devendo se tornar ineficaz<sup>305</sup> – a aplicação da função social ao contrato tem por objetivo garantir o equilíbrio das prestações, que, nesse caso, não mais existe.<sup>306</sup>

---

<sup>302</sup> A esse respeito, José de Oliveira Ascensão nota que “*estas regras [de interpretação restritiva] vão beneficiar afinal entidades que não participam já da fragilidade em que se presume incorrer o autor – nomeadamente as empresas a quem este transmite o direito!*” (Ascensão, *Direito autoral*, p. 372).

<sup>303</sup> Mizumaki, “Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88”, p. 470.

<sup>304</sup> Ascensão, *Direito autoral*, p. 374.

<sup>305</sup> Gomes, *Contratos*, p. 50–51.

Nesse sentido, a III Jornada de Direito Civil realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal aprovou enunciado tratando da frustração da finalidade do contrato como hipótese para aplicação do princípio da função social: “*A frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no direito brasileiro pela aplicação do artigo 421 do Código Civil.*”

Vide também o art. 51, §1º, inciso II do CDC: “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: [...] II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;”

<sup>306</sup> Wald, “O interesse social no direito privado”, p. 62.

A função social do contrato, portanto, exerce um papel de controle, vedando cláusulas que atentem contra o propósito do negócio jurídico. Segundo Claudio Luiz Bueno de Godoy, a função social do contrato pode até mesmo funcionar como ponte para aplicação das hipóteses de abusividade previstas no Código de Defesa do Consumidor a relações regidas por outros diplomas legais, desde que presentes os mesmos requisitos.<sup>307</sup>

No âmbito de aplicação do direito autoral, é igualmente importante procurar a determinação da finalidade do negócio jurídico. À luz dessa finalidade, e não da sua interpretação restritiva, apurar-se-á quais as faculdades que devem ser atribuídas ao usuário da obra intelectual.<sup>308</sup>

A interpretação restritiva de negócios jurídicos relativos ao direito autoral deve conviver com o princípio da função social do contrato, pois um não exclui o outro. A função social do contrato será acionada para corrigir assimetrias na celebração de contratos, reestabelecendo o equilíbrio entre as partes contratantes inclusive no que se refere aos negócios jurídicos envolvendo direitos autorais.<sup>309</sup>

Conclui-se que a função social não se restringe à propriedade e ao contrato, mas irradia efeitos para todo o ordenamento jurídico, inclusive no campo do direito autoral. José de Oliveira Ascensão sintetiza: “*de facto, o Direito Autoral, como todo o ramo do Direito, não está imune ao espírito da Constituição*”.<sup>310</sup>

Portanto, o direito autoral está subordinado aos princípios informadores do Direito, mais especificamente do direito privado e, assim, sujeita-se às figuras do abuso do direito e da sua

---

<sup>307</sup> Godoy, *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*, p. 167.

<sup>308</sup> Ascensão, “O direito autoral numa perspectiva de reforma”, p. 33.

Ascensão prossegue: “*Curiosamente, já o art. 49 VI dá uma abertura a este entendimento. Manda interpretar restritivamente, mas de seguida acrescenta, entendendo-se como limitada a uma ‘indispensável à finalidade do contrato’.* Há apenas que afastar o acento mesquinhamente sectário (‘apenas a uma’) da previsão e afirmar como critério básico que o contrato abrange tudo o que for necessário à obtenção da sua finalidade e nada do que por aquela não for abrangido.” (Ascensão, p. 33).

<sup>309</sup> Carboni, *Função social do direito de autor*, p. 186.

<sup>310</sup> Ascensão, “A função social do direito autoral e as limitações legais”, p. 90.

Sobre o reflexo das normas constitucionais no ordenamento jurídico, Pietro Perlingeri conclui que “*não são apenas normas de interpretação das normas ordinárias, como também elas próprias são parâmetro de seu entendimento e de sua aplicação [...]*” (Pietro Perlingeri, “Normas constitucionais nas relações privadas”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, n. 6/7, 1998, p. 63 et seq.).

limitação pela função social.<sup>311</sup> Passa-se a explorar abaixo em que consiste essa função social do direito autoral.

### 2.2.2 Principais Funções do Direito Autoral

Norberto Bobbio toma por base a concepção de Hans Kelsen – de que o direito é um meio de controle social que visa o atingimento de determinados comportamentos e, para tanto, pode se valer da força – para afirmar que “*A função do direito na sociedade não é mais servir a um determinado fim [...], mas a de ser um instrumento útil para atingir os mais variados fins*”.<sup>312</sup>

Contudo, ao contrário de Kelsen, Bobbio não enxerga no Direito apenas uma função de proteção-repressão. Para ele, o Direito também possui uma função diretiva, estimulando e provocando o atingimento de certos objetivos previamente estabelecidos.<sup>313</sup> A função diretiva envolve, dentre outros aspectos, a repartição dos recursos disponíveis, sejam eles bens, dinheiro ou serviços.<sup>314</sup>

O direito autoral é fruto dessa função diretiva do ordenamento jurídico e objetiva o atingimento de diversos fins desejados pela sociedade, tanto fins intermediários (estimular a criação intelectual; permitir o amplo acesso às obras intelectuais etc.) quanto fins últimos (o desenvolvimento cultural, econômico e científico da população; a geração de maior bem-estar social decorrente desse desenvolvimento etc.).<sup>315</sup>

Como já visto, o direito autoral oferece à sociedade uma extensa fonte de material criativo de uso livre e irrestrito, o domínio público – uma espécie de repartição dos recursos disponíveis –, bem como um monopólio temporário àqueles que agregam sua contribuição e reflexão aos

---

<sup>311</sup> Ascensão, “A função social do direito autoral e as limitações legais”, p. 110.

<sup>312</sup> Norberto Bobbio, *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito* (Barueri: Manole, 2007), p. 57.

<sup>313</sup> Bobbio, p. 79.

<sup>314</sup> Bobbio, p. 97.

<sup>315</sup> “A lógica da análise funcional é a lógica da relação meio-fim, para a qual um fim, uma vez alcançado, torna-se meio para a realização de um outro fim, e assim por diante, até se fixar em um fim proposto ou aceito como último.” (Bobbio, p. 105–106).

elementos do domínio público, transformando-o em material novo, que futuramente será reintegrado ao mesmo domínio público.

A legislação não fornece um indicador expresso sobre a função social exercida pelo direito autoral no Brasil. Conceituá-la, dessa forma, envolve a identificação de qual o fundamento fático, teleológico e jurídico do direito autoral.<sup>316</sup> Guilherme Carboni distingue a existência de quatro principais funções do direito autoral. São elas: (i) função de identificação do autor (à qual, acrescentar-se-á a função de salvaguarda da obra intelectual); (ii) função promocional, i.e., de estímulo à criação intelectual; (iii) função econômica; e, por fim, (iv) função política.<sup>317</sup>

### 2.2.2.1 Função de Identificação do Autor e de Salvaguarda da Obra Intelectual

A função de identificação do autor<sup>318</sup>, além do tratamento extrapatrimonial privado que comumente se lhe atribui, exerce também e, talvez principalmente, um importante papel de interesse coletivo, consistente na atribuição da autoria de determinada obra de forma a garantir sua procedência e contribuir para um espaço público democrático.

Resguarda-se, dessa forma, a observância aos princípios da transparência e da veracidade das informações, além do acesso às fontes da cultura nacional, consoante dispõe o artigo 215 da Constituição da República (“*o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional*”).<sup>319</sup>

---

<sup>316</sup> Mizumaki, “Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88”, p. 427–428.

Nas palavras do autor: “*A vinculação da propriedade autoral a uma função social [...] autoriza um exercício de interpretação teleológica dos direitos autorais, em vinculação à interpretação gramatical, histórica e sistemática, que autoriza a consideração dos argumentos utilitaristas: os direitos autorais existem por motivos específicos, que podem ser encarados sob o ponto de vista do autor, do editor e do público*” (Mizumaki, p. 427–428).

<sup>317</sup> Carboni, *Função social do direito de autor*, p. 71–90.

<sup>318</sup> Excepciona-se aqui a hipótese de o próprio autor ter optado pelo anonimato, a teor do artigo 5º, inciso VIII, alínea b, da LDA.

<sup>319</sup> Carboni, *Função social do direito de autor*, p. 72.

Guilherme Carboni expõe a lição de Séan Burke, para quem há um “contrato ético” celebrado entre autor e obra intelectual. A função de identificação do autor confere à sociedade a possibilidade de rechamar o autor para a sua obra, conferindo-lhe fidúcia e garantindo um discurso responsável. Assim, a atribuição de autoria, longe de se relacionar a qualquer discurso naturalista, volta-se para a “*necessidade social de identificação do autor de uma obra, como imperativo ético, na linha da argumentação de Burke.*”<sup>320</sup>

Acrescenta-se a função de salvaguarda da obra intelectual<sup>321</sup>, que, em conjunto com a função de identificação do autor, colabora para a formação de um ambiente democrático, livre e favorável ao desenvolvimento do pensamento. Nesse sentido, a preservação do patrimônio cultural brasileiro está prevista no artigo 216, § 1º, da Constituição da República (“*O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro*”).

Carlos Alberto Bittar discorre sobre o processo criativo engendrado pelo autor como um constante intercâmbio entre o patrimônio cultural existente e a formação do autor, para concluir que a complexidade do processo criativo demanda que o direito autoral salvasse as obras intelectuais do descaso, da anarquia, da negligência, do anonimato, do isolamento, da insignificância, da opressão, da censura e da perda de memória.<sup>322</sup>

A sociedade possui o interesse na manutenção e conservação da obra intelectual, em sua divulgação ampla e irrestrita, no acesso à obra intelectual livre de interferências que lhe reduzam a capacidade de fruição, na compreensão dos elementos culturais que confluíram para a produção daquela obra, ou mesmo que seja combatido o seu “não-uso” ou sua subutilização.

Allan Rocha de Souza pontua que é dever do Estado salvaguardar e manter acessível as obras não reeditadas ou relançadas, dentre outras, de forma a garantir o acesso futuro da população, difundir a cultura nacional, preservar a história e memória nacionais e servir como referência obrigatória para o relançamento de tais obras.<sup>323</sup>

---

<sup>320</sup> Carboni, *Direito autoral e autoria colaborativa: na economia da informação em rede*, p. 168–172.

<sup>321</sup> Propõe-se a utilização do termo “salvaguarda” em um sentido mais amplo, compreendendo a preservação não só da obra intelectual em si considerada, como também de sua utilidade para a sociedade.

<sup>322</sup> Bittar, *Direito de autor*, 2015, p. 13–15.

<sup>323</sup> Souza, *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*, p. 285. Souza afirma que: “*nos casos exemplares de obras não reeditadas ou relançadas cujo acesso*

A função de salvaguarda dos bens intelectuais deve ser um dos objetivos últimos do direito autoral e da própria sociedade, servindo como garantia da criação e circulação de cultura e, em última instância, da liberdade de expressão e pensamento:<sup>324</sup>

*“A garantia de autorrealização da sociedade relaciona-se diretamente com a manutenção de um sistema aberto de comunicação entre seus membros. [...] Uma sociedade de cidadãos, por isso, defende e protege, no âmbito de certas restrições e limites, o poder de criação, na forma assumida de direito de autor, como modo de proteção ante os ditames do poder que cerceia as liberdades de pensamento, de ação, de linguagem, de espírito e de crítica.”*

### 2.2.2.2 Função Promocional

Em reflexão sobre a função promocional do direito, Norberto Bobbio aponta que a transição do Estado liberal para o Estado social trouxe o emprego crescente de técnicas de encorajamento de determinadas condutas, em acréscimo, ou mesmo em substituição, às técnicas de desencorajamento que até então eram a característica preponderante dos ordenamentos jurídicos.<sup>325</sup>

A técnica de desencorajamento tem por objetivo proteger os atos conformes ao direito por meio da atribuição de determinadas consequências jurídicas negativas aos atos proibidos pelo

---

*tornar-se-ia extremamente dificultoso ou até impossível, que para a garantia de acesso futuro da população devem ser preservadas e mantidas acessíveis por entidades destinadas para estes fins, inclusive museus, bibliotecas universidades e institutos, gerando obrigações ao poder público, atinentes à constituição e manutenção de um acervo nacional de obras autorais nacionais relevantes, cumprindo com isso o objetivo constitucional de preservação e difusão da cultura e garantindo a todos o acesso às informações.”* (Souza, p. 285).

<sup>324</sup> Bittar, *Direito de autor*, 2015, p. 25.

<sup>325</sup> Bobbio, *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, p. 2–13. Nas palavras de Bobbio: “A importância dada ao vertiginoso aumento das normas de organização, o qual caracteriza o Estado contemporâneo, não coloca em crise, necessariamente, a imagem tradicional do direito como ordenamento protetor-repressivo. Ao contrário, isso se dá pelo que observei inicialmente: no Estado contemporâneo, torna-se cada vez mais frequente o uso das técnicas de encorajamento. Tão logo começemos a nos dar conta do uso dessas técnicas, seremos obrigados a abandonar a imagem tradicional do direito como ordenamento protetor-repressivo. Ao lado desta, uma nova imagem toma forma: a do ordenamento jurídico com função promocional.” (Bobbio, p. 13).

direito. Por outro lado, a técnica do encorajamento não busca a mera proteção de um determinado ato conforme ao direito, mas também a provocação do exercício desse ato, tornando-o de alguma forma vantajoso.<sup>326</sup>

O ordenamento jurídico pode adotar medidas diretas ou indiretas de desencorajamento e encorajamento. As medidas diretas de desencorajamento tornam determinado ato impossível materialmente de ser praticado, enquanto as medidas diretas de encorajamento tornam determinado ato necessário. No entanto, as medidas mais comuns aos ordenamentos jurídicos são as de natureza indireta, as quais influenciam “*por meios psíquicos o agente do qual se deseja ou não um determinado comportamento.*”<sup>327</sup>

Pode-se subdividir as medidas indiretas de desencorajamento e encorajamento entre as de caráter preventivo e as de caráter sucessivo. As primeiras se caracterizam pelo favorecimento de um determinado comportamento (no caso do encorajamento), ou pelo temor da adoção de determinado comportamento (no caso do desencorajamento), quando o ato ainda está por ser realizado. As segundas se caracterizam por uma resposta favorável ao comportamento já realizado (no caso do encorajamento) ou uma resposta desfavorável ao comportamento já realizado (no caso do desencorajamento).<sup>328</sup>

Do ponto de vista funcional, uma medida de desencorajamento é utilizada predominantemente com vistas à conservação social, enquanto uma medida de encorajamento é utilizada com vistas a uma mudança, possuindo uma função transformadora ou inovadora. Por essa razão é que as medidas de encorajamento encontram tão fértil aplicação no Estado social: “*o direito não mais se limita a tutelar atos conformes às próprias normas, mas tende a estimular*

---

<sup>326</sup> Bobbio, *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, p. 14–15.

<sup>327</sup> Bobbio, p. 15–16.

<sup>328</sup> Bobbio, p. 17–26. Bobbio exemplifica, tomando por base uma hipótese de encorajamento: “*é possível discernir os dois expedientes – o da facilitação (por exemplo, no caso de uma subvenção, de uma ajuda ou de uma contribuição financeira, ou mesmo de uma facilitação de crédito) e o da sanção positiva, como no caso da consignação de um prêmio para um comportamento superconforme ou de uma isenção fiscal. Com o primeiro expediente, deseja-se tornar menos oneroso o custo da operação desejada, ora acrescentando os meios necessários à realização da operação, ora diminuindo o seu ônus; com o segundo, tende-se a tornar a operação atraente, ou assegurando a quem a realiza a obtenção de uma vantagem ou, então, o desaparecimento de uma desvantagem, uma vez observado o comportamento.*” (Bobbio, p. 18).



*atos inovadores – e, portanto, a sua função não é mais apenas protetora, mas também promocional*”, estimulando “*atos considerados socialmente úteis*”.<sup>329</sup>

As sanções negativas e positivas que acompanham, respectivamente, as medidas de desencorajamento e encorajamento, podem ser atributivas ou privativas. No caso de um ato proibido, pode-se atribuir uma multa ou privar o agente de sua liberdade. No caso de um ato conforme, pode-se atribuir um prêmio (na forma de privilégio, por exemplo) ou privar o agente de uma restrição imposta aos demais. No caso específico das medidas de encorajamento, há sanções exclusivamente retributivas, como prêmios pecuniários, e sanções compensatórias, pelas quais o agente é, de alguma forma, “indenizado” “*pelos esforços e pelas dificuldades enfrentadas [...] ao proporcionar à sociedade uma vantagem*”.<sup>330</sup>

O direito autoral é, em essência, uma norma de encorajamento, cujo objetivo é promover a criação intelectual e o consequente desenvolvimento social, atribuindo, como sanção positiva aos autores de obras intelectuais, um monopólio temporário. Trata-se, portanto, de uma medida de encorajamento indireta sucessiva atributiva de uma compensação ao agente que realiza um ato socialmente desejável.<sup>331</sup>

Isso não significa dizer que o direito autoral também não traga normas de desencorajamento, tais como as que constam do Título VII, “Das Sanções às Violações dos Direitos Autorais”, da LDA. No entanto, essas normas de desencorajamento possuem caráter secundário em relação à função promocional do direito autoral, a qual visam garantir.

A função promocional do direito autoral se encontra no artigo 216, § 3º, da Constituição da República (“*a lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais*”). Os mencionados incentivos não se restringem aos benefícios fiscais, mas englobam também o monopólio temporário sobre obras intelectuais que é intrínseco ao direito autoral.<sup>332</sup>

---

<sup>329</sup> Bobbio, *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, p. 24.

<sup>330</sup> Bobbio, p. 25–26.

<sup>331</sup> Nesse sentido, Denis Borges Barbosa afirma que “*a instituição dos direitos autorais é apenas um método de induzir a produção expressiva*” (Barbosa, *Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor*, p. 450).

<sup>332</sup> Carboni, *Função social do direito de autor*, p. 73.

Esse monopólio temporário representa um custo social que, como visto, almeja um objetivo maior: o desenvolvimento cultural, econômico e científico da sociedade.<sup>333</sup> Justamente por isso é que o monopólio conferido possui limites no aspecto temporal e em relação ao seu objeto.<sup>334</sup>

A maior contribuição da obra intelectual para o desenvolvimento da sociedade ocorre quando transcorrido o prazo do monopólio temporário – quando a obra intelectual entra integralmente em domínio público.<sup>335</sup> Ainda assim, o objeto do monopólio sobre a obra intelectual deve ser limitado visando o atendimento do interesse público antes mesmo de alcançado o limite temporal. Há que se precisar sobre quais elementos recai a proteção legal e quais as ressalvas feitas a essa proteção – vide as limitações e exceções ao direito autoral, abordadas na seção 2.3.3 abaixo.<sup>336</sup>

Porém, cada vez mais se coloca em xeque a efetividade desse custo social para o desenvolvimento cultural, econômico e científico almejado.<sup>337</sup> A análise da questão passa,

---

<sup>333</sup> Tullio Ascarelli explica que a possibilidade de se partir de uma obra intelectual existente para alcançar resultados ulteriores é o que justifica os direitos de propriedade intelectual: “*la justificación de los derechos absolutos a la utilización de creaciones intelectuales y, más precisamente, de determinados tipos de creaciones intelectuales, se halla [...] en el interés de promover, por este camino, el progreso cultural o técnico [...]; la justificación última de la tutela, como siempre ocurre, reside, substancialmente, en un interés público que es el que justifica la existencia del derecho [...]*”. (Ascarelli, *Teoría de La Concurrencia y de los Bienes Inmateriales*, p. 277–278. Para Ascarelli, o mencionado custo social consiste na rigidez que o monopólio temporário introduz no sistema, custo esse que só se explica em razão do progresso cultural e econômico gerado. (Ascarelli, p. 279).

Denis Borges Barbosa nota que “*só haverá racionalidade em se atribuir um direito exclusivo (que representa custos de competitividade) se houver um aumento de bem estar social resultante daquela ação específica.*” (Barbosa, *Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor*, p. 280).

Voltar-se-á a abordar o custo social do direito autoral na subseção 2.2.2.3.

<sup>334</sup> Carboni, *Função social do direito de autor*, p. 73–74; Ascarelli, *Teoría de La Concurrencia y de los Bienes Inmateriales*, p. 278–279.

<sup>335</sup> Novamente, valer-se-á da lição de Tullio Ascarelli: “*Es, en efecto, evidente que, precisamente con la posibilidad de una general reproducción de una obra cultural y con la general utilización de un descubrimiento técnico, una y otro adquieren la máxima potencialidad de su contribución al progreso cultural y técnico.*” (Ascarelli, *Teoría de La Concurrencia y de los Bienes Inmateriales*, p. 278).

É por esse motivo que a tendência de ampliação do prazo de proteção das obras intelectuais é indesejável, como se verá no capítulo 3.2 abaixo.

<sup>336</sup> Carboni, *Função social do direito de autor*, p. 73–74.

<sup>337</sup> Tratando do cenário brasileiro, um estudo conduzido pelo Ministério da Cultura em 2006 indica que “*o aumento da proteção aos direitos de Propriedade Intelectual em países em desenvolvimento [...], parece ter gerado concentração da atividade inovadora em poucos países desenvolvidos e, por conseguinte, a desnacionalização da produção em países em desenvolvimento*”. Isso significa que, ao menos nos países em desenvolvimento, o custo do monopólio temporário conferida pelas legislações de direito autoral não tem se traduzido em desenvolvimento social. (Ronaldo Lemos, org., *Direitos autorais, acesso à cultura e novas tecnologias: desafios em evolução à*

logicamente, por compreender se o direito autoral cumpre a função de estimular a criação de obras intelectuais.<sup>338</sup> Deve-se considerar, ademais, que inexistente resposta empírica conclusiva para tal questão, que, em regra, é assumida como verdadeira pelas tradições do *copyright* e do *droit d'auteur*.<sup>339</sup>

Existem diversos incentivos para a atividade criativa. Além do óbvio incentivo pecuniário, pode haver a busca por fama e reconhecimento, a criação como forma de valorizar uma atividade profissional a ela relacionada etc.<sup>340</sup> Dan L. Burk e Mark A. Lemley, ao tratar de incentivos alternativos para criação na área da propriedade industrial, apontam exemplos perfeitamente aplicáveis também para o direito autoral: autores podem ser motivados pelo prestígio angariado entre seus pares, por prêmios conferidos em razão de suas obras ou por retornos acadêmicos.<sup>341</sup>

Nas obras colaborativas, como, por exemplo, a Wikipédia, abordada na seção 2.1.1, sequer existe a possibilidade de um incentivo pecuniário. Os diversos autores que contribuem para sua construção são incentivados pelo desejo de participar de um projeto internacional, o desejo de compartilhar conhecimento ou a ideia de pertencer a uma determinada comunidade *online*.<sup>342</sup>

---

*diversidade cultural* [Rio de Janeiro: Ministério da Cultura, 2006], p. 2, <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2671>).

Nesse cenário, poder-se-ia falar em uma disfunção do direito autoral, pois o instituto estaria executando sua função de maneira deficiente, concentrando a produção intelectual nas mãos de poucos agentes, ao invés de estimular a criação intelectual pelo maior número possível de pessoas.

<sup>338</sup> Guilherme Carboni nota que “*muitos criadores são motivados a criar, independentemente de uma motivação financeira, tal como ocorreu em grande parte da história [...]*” (Carboni, *Função social do direito de autor*, p. 75).

No mesmo sentido, Pedro Nicoletti Mizumaki aponta que “*a afirmação de que proteção jurídica é necessária para inovação ou criação de novas obras contraria o impulso criador do ser humano, que existe mesmo onde não há regimes de direitos autorais*” (Mizumaki, “Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88”, p. 458).

<sup>339</sup> Mizumaki, “Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88”, p. 315.

<sup>340</sup> Carboni, *Função social do direito de autor*, p. 75.

<sup>341</sup> “*Inventors may be motivated by the prospect of prestige among peers, by prizes (such as the Nobel) based on the inventive activity, or by the academic rewards of promotion and tenure. They may also be motivated by the desire to do good, particularly in fields such as medicine, or by the love of science. Indeed, there is a significant literature on the economic value of prizes as an alternative to IP rights for prompting innovation*” (Dan L. Burk e Mark A. Lemley, *The patent crisis and how courts can solve it* [Chicago: The University of Chicago Press, 2009], p. 44).

<sup>342</sup> Pereira de Souza, “Direitos autorais, tecnologia e transformações na criação e no licenciamento de obras intelectuais”, p. 471.

O próprio monopólio temporário conferido pelo direito autoral não se traduz em um incentivo pecuniário direto. É preciso que haja a exploração econômica da obra, que, geralmente, ocorre por meio de um intermediário (gravadoras, editoras, ou qualquer sociedade empresária voltada para a exploração de obras intelectuais). Tais intermediários adquirem os direitos sobre a obra intelectual e se ocupam de sua comercialização.<sup>343</sup>

Por esse motivo, Guilherme Carboni aponta que “*na prática, o direito de autor, apesar de ter como uma de suas principais funções a recompensa do criador, hoje acaba por beneficiar a indústria dos bens intelectuais*”.<sup>344</sup> O direito autoral volta à sua gênese como um instituto de proteção não do autor, mas sim do empresário que explora a obra intelectual – se é que algum dia deixou de sê-lo. Nessa linha, José de Oliveira Ascensão assevera:<sup>345</sup>

*“o beneficiário principal da proteção autoral deixa de ser o autor (ou o titular de direitos conexos) para passar a ser o empresário das indústrias de copyright, para quem a protecção directa ou indirectamente reverte, afinal. O Direito de Autor passa a visar primariamente a protecção dos investimentos”.*

A priorização do aspecto empresarial do direito autoral pode ser ilustrada pela transformação tácita da OMPI em órgão de negociação comercial – que conta com a participação de representantes de diversas sociedades empresárias – e a inclusão do direito autoral no âmbito normativo da Organização Mundial do Comércio (“OMC”). O direito autoral passa a ser “*apenas um direito da empresa intermediária, mascarado com o nome mais apelativo ao público e convincente politicamente*”.<sup>346</sup>

---

<sup>343</sup> Carboni, *Função social do direito de autor*, p. 76.

<sup>344</sup> Carboni, p. 76.

<sup>345</sup> Ascensão, “A função social do direito autoral e as limitações legais”, p. 95.

<sup>346</sup> Souza, *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*, p. 282.

Os autores, por sua vez, acabam se valendo da reputação adquirida com a comercialização de suas obras para a prestação de serviços subsidiários<sup>347</sup> – fenômeno que ganhou preponderância com o surgimento e consolidação da *internet* e das novas tecnologias, nas quais a venda (ou mesmo a disponibilização gratuita) da obra intelectual serve como chamariz para o oferecimento de serviços outros.<sup>348</sup>

Assim é que na economia digital, enfatiza-se a prestação de serviços ao invés da venda de produtos. Em mercados caracterizados pela existência de muitos agentes oferecendo essencialmente o mesmo produto (o produtor de música, o vídeo no YouTube, a plataforma de *streaming* etc.), a geração de receita se dá a partir de outros meios (o show, a propaganda, a comercialização de dados sobre hábitos de consumo).<sup>349</sup>

Por outro lado, existem áreas de inventividade e criatividade que contam com pouca ou nenhuma proteção oferecida por normas de propriedade intelectual e, ainda assim, são bem-sucedidas em estimular a criação intelectual. É o que a doutrina norte-americana convencionou chamar de “espaços negativos da propriedade intelectual” (“*IP negative spaces*”). Dentre essas áreas, pode-se destacar as indústrias *fashion* e da culinária.<sup>350</sup>

Em ensaio sobre outra dessas indústrias, a de mágicos e ilusionistas, Jacob Loshin narra que há séculos profissionais e amadores da área compartilham novas ideias e truques em um processo constante de difusão e aprimoramento de tais ideias e truques (“*muito como a inovação na pesquisa científica, a inovação na indústria de mágicos é muitas vezes cumulativa*”)<sup>351</sup>.

Loshin cita a existência de diversas organizações, publicações e feiras especializadas na apresentação de novos truques realizados por um mágico para uma plateia de outros mágicos e

---

<sup>347</sup> Conforme notado por Felipe Lindoso na subseção 2.3.3.1 abaixo.

<sup>348</sup> Carboni, *Função social do direito de autor*, p. 76–77.

<sup>349</sup> Mizumaki, “Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88”, p. 210–211.

<sup>350</sup> Jacob Loshin, “Secrets Revealed: How Magicians Protect Intellectual Property without Law”, SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, julho de 2007), p. 1–3, <http://papers.ssrn.com/abstract=1005564>.

<sup>351</sup> Loshin, p. 8. No original: “*Much like innovation in scientific research, innovation in magic is often cumulative*”.

destaca que a revelação dos truques normalmente ocorre após o mágico que o criou aproveitar sua exclusividade por algum tempo.<sup>352</sup>

Jacob Loshin passa a expor, então, como o direito autoral e outras figuras tradicionais da propriedade intelectual falham na proteção da propriedade intelectual mais valiosa da indústria da mágica e do ilusionismo. A performance ao vivo dos mágicos – essencial para a ambientação e para o sucesso do truque a ser realizado – e o próprio truque não são objeto do direito autoral<sup>353</sup>, tanto na legislação norte-americana quanto na brasileira.

O que ocorre, segundo Loshin, é a existência de propriedade intelectual sem lei. No entanto, esse fato não impediu mágicos e ilusionistas de continuarem inovando e prosperando.

A comunidade de mágicos se vale de uma série de normas sociais que, de forma direta ou indireta, regulam o acesso a vários níveis de truques (a revelação de segredos para não mágicos é, em todos os casos, terminantemente proibida), impõem regras para apresentação de um truque desenvolvido por outro mágico (algo similar a uma citação) e para a publicação do aprimoramento ou nova versão de um truque previamente compartilhado (similar a um trabalho derivado), vedam a apresentação de um truque que ainda não foi amplamente compartilhado ou publicado por seu criador (similar a um direito de inédito) e atribuem a paternidade de um truque para aquele que o redescobriu após longo tempo em desuso.<sup>354</sup>

Essas normas funcionam como um estímulo ao desenvolvimento ou aprimoramento de truques, trazendo considerável prestígio para inventores e professores da comunidade de mágicos. O inventor pode optar por exercer a exclusividade a ele conferida para realização de

---

<sup>352</sup> Loshin, p. 5–8.

<sup>353</sup> “[...] magicians can copyright scripts, written stage directions, or video recordings of their performances, and the copyrights could be used to block all substantially similar public performances of their copyrighted work. Importantly, however, magicians cannot copyright their most frequent creative act—the live performance. Yet, the more significant difficulty with copyright involves the fact that magic tricks themselves cannot be copyrighted. A magician could conceivably copyright the dramatic aspects of his show, and he could copyright a written description of the method behind an illusion, so that his written description of the method could not be precisely reproduced. But the magician could not copyright the method itself.” (Loshin, p. 18–20).

A dificuldade com as patentes, por sua vez, consiste na necessidade de revelar o truque para obtenção da proteção; já com os segredos de negócio, a dificuldade é que grande parte das imitações de performance e truques são produzidas independentemente, por meio da observação da performance e/ou do truque original, e não por meio da obtenção do segredo de forma ilícita. Além disso, a publicação do truque em uma revista especializada, ou sua demonstração em uma feira para outros mágicos, o que é bastante comum, pode ser o suficiente para desqualificar o truque como um segredo de negócio. (Loshin, p. 20–25).

<sup>354</sup> Loshin, “Secrets Revealed”, p. 25–31.

suas próprias apresentações, ou se valer do prestígio adquirido para oferecer aulas, cursos e aparatos para realização do truque.<sup>355</sup>

Presumivelmente, a comunidade de mágicos leva muito a sério o cumprimento das aludidas normas. A falha em observá-las leva à perda de prestígio, expulsão de organizações de mágicos, ao não recebimento de convites para palestras, competições de mágicas e para publicar em revistas especializadas – o que, em muitos casos, pode representar o fim da carreira como mágico.<sup>356</sup>

A dinâmica da inovação na indústria de mágicos e ilusionistas demonstra de maneira prática (i) que há inovação, e mais, há mercado para essa inovação, na ausência de um regime positivado de propriedade intelectual, dando espaço para um regime baseado em usos e costumes de uma determinada indústria; e (ii) que é possível conciliar proteção intelectual e retorno financeiro com o compartilhamento de informação.<sup>357</sup>

Essas conclusões reforçam o exposto anteriormente no sentido de que nem sempre o direito autoral é o único ou mais importante meio para incentivo à inovação – o que em si representa uma quebra no discurso tradicional da indústria cultural – e que a mera aquisição do bem intelectual como forma de incentivo pecuniário para a criação pode dar lugar, com sucesso, à ampla difusão de bens intelectuais, havendo outras formas de incentivo pecuniário aos autores.

Por derradeiro, o direito autoral pode também servir como incentivo negativo para a produção de obras intelectuais. É o caso, por exemplo, da criação de obras que fogem do perfil padronizado de consumo do mercado (“o denominador comum cultural”). Tais obras não são

---

<sup>355</sup> Loshin, p. 25–31.

<sup>356</sup> Loshin, p. 31–34.

<sup>357</sup> Loshin, p. 34–37.

Em estudo sobre outro espaço negativo da propriedade intelectual, desta feita, sobre um fenômeno ocorrido dentro de uma indústria que tradicionalmente faz aplicar o direito autoral, Ronaldo Lemos e Oona Castro identificaram que a cena musical do tecnobrega, no estado do Pará adota uma dinâmica de produção de conteúdo baseada no não exercício de direitos patrimoniais sobre as obras intelectuais e na ampla divulgação dessas obras possibilitada justamente por esse não exercício. Os músicos do tecnobrega lançam seus CDs e DVDs e se valem de uma estrutura de reprodução pirata irrestrita de tais obras para alcançar um maior público e auferir prestígio, que, posteriormente, traduz-se em ganhos financeiros em shows e na aquisição de produtos oficiais comercializados nesses shows. Os autores concluem que essa dinâmica do tecnobrega possibilitou a “*formação de mercados tão ou mais eficientes e viáveis do que os modelos usuais de negócios de bens culturais, além de embutir um potencial inclusivo e democratizante francamente positivo*”. (Ronaldo Lemos e Oona Castro, *Tecnobrega: o Pará reiventando o negócio da música* [Rio de Janeiro: Aeroplano, 2008], p. 174 *et seq.*).

interessantes para as sociedades empresárias que controlam o acesso à produção e distribuição de conteúdo, de forma que autores – e obras – de perfil diferenciado são sistematicamente excluídos e, conseqüentemente, deixam de criar.<sup>358</sup>

### 2.2.2.3 Função Econômica

A função econômica não tem relação meramente com a remuneração que pode ser auferida pelo autor em decorrência do monopólio que lhe é conferido. Para além disso, há na sociedade capitalista o interesse na apropriação da informação<sup>359</sup> como mercadoria, o que é possibilitado pelo monopólio temporário explicado anteriormente.

A informação contida em uma obra intelectual não possui, de maneira intrínseca, a escassez necessária à sua transformação em um bem econômico. O monopólio atribui economicidade à informação, por meio de uma escassez artificial que restringe a possibilidade de sua reprodução e exploração sem que haja a autorização do seu titular.<sup>360</sup>

Hector MacQueen identifica que o direito autoral é uma resposta a uma falha de mercado. Trata-se de um meio pelo qual uma atividade socialmente desejável – a produção intelectual –

---

<sup>358</sup> Mizumaki, “Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88”, p. 457.

Sérgio Staut Jr. observa que a transformação da obra intelectual em bem de consumo leva à sua uniformização, “mediante um aparato técnico de repetição e padronização”, com o objetivo de reproduzir as fórmulas economicamente mais interessantes (Staut Jr., *Direitos autorais: entre as relações sociais e as relações jurídicas*, p. 156–157).

O desincentivo representado pelo direito autoral nessa ótica de mercado foi, de certa maneira, atenuado pelo surgimento da *internet*, que democratizou a produção e distribuição de obras intelectuais. De qualquer maneira, poder-se-ia falar que, em certos casos, o direito autoral apresenta uma função negativa, pois o resultado obtido é contrário ao resultado que ele, institucionalmente, propõe-se a atingir.

<sup>359</sup> “It is common to say that intellectual property law protects ‘information’. Put slightly differently, intellectual property protects certain persons by supporting their private claims asserted against other persons in disputes concerning information subject matter. [...] there are two kind(s) of information, which is a dead information contained in an object or book; and (2) the actual information, which is alive in the person who receives the object or who reads the book’. Intellectual property is about information that is ‘alive’ in this sense of the term, and the human subject is indispensable to it. The information-as-a-process approach assumes a human as a necessary (but insufficient) condition to information. [...] The information-as-process approach teaches that copyright law does not protect information; rather, it protects individual interest that relate to the creation, communication and reception of Medial Messages” (Efroni, *Access-right: the future of digital copyright law*, p. 3 et seq).

<sup>360</sup> Carboni, *Função social do direito de autor*, p. 83; Barbosa, *Tratado da propriedade intelectual*, p. 113.



é transformada em algo financeiramente rentável.<sup>361</sup> Sem a intervenção estatal no mercado de obras intelectuais, não há como “*assegurar a alocação de recursos para o investimento criativo, nem lhe assegurar o retorno*”.<sup>362</sup>

Assim, a função econômica do direito autoral é precisamente permitir a apropriação da informação como mercadoria, outorgando aos seus titulares um poder de barganha na oferta e comercialização da informação perante o mercado de consumo.<sup>363</sup> É o poder econômico empregado como função promocional, gratificando aquele que produz informação.<sup>364</sup>

Nesse sentido, José de Oliveira Ascensão afirma que o monopólio temporário conferido ao autor gera um gravame ao interesse público, que vê dificultada ou mesmo excluída a suscetibilidade natural de utilização da obra. Esse gravame – ou custo social, como se tratou acima – é aceito pela sociedade para premiar o autor e incentivar a dedicação a atividades criativas.<sup>365</sup>

Segundo Pedro Nicoletti Mizumaki, o direito autoral rege o comércio da informação mercantilizada por editores de conteúdo competindo de maneira direta no mercado, assegurando, ao mesmo tempo, uma compensação aos autores na medida em que a obra intelectual criada for comercializada.<sup>366</sup>

Joseph E. Stiglitz indica que a forma como se regula e administra a produção de informação<sup>367</sup> e o acesso a essa informação está no centro do quão bem a nova economia informacional funciona e a quem ela beneficia. Os direitos de propriedade intelectual, ao

---

<sup>361</sup> MacQueen, “Copyright and the internet”, p. 68. No original: “*Copyright is thus essentially a response to market failure, a means by which socially beneficial activities can be made financially worthwhile.*”

Mais adiante, MacQueen arriscou uma profecia que parece estar se tornando verdadeira no contexto da sociedade da informação: “[...] *one possibility is clearly that the old problem with which copyright is designed to deal – Market failure to make the production of ideas and information worthwhile – could begin to disappear*”. (MacQueen, p. 93).

<sup>362</sup> Barbosa, *Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor*, p. 483.

<sup>363</sup> Carboni, *Função social do direito de autor*, p. 84.

<sup>364</sup> Bobbio, *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, p. 76.

<sup>365</sup> Ascensão, *Direito autoral*, p. 331.

<sup>366</sup> Mizumaki, “Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88”, p. 444–445.

<sup>367</sup> Stiglitz usa o termo “conhecimento” no texto original.

restringirem o uso da informação, impõem um elevado custo à economia, pois não implicam eficiência econômica.<sup>368</sup>

Partindo-se do conceito de que a informação é um bem público em sentido econômico, isto é, um bem cujo consumo é não-rival, conforme explicado no capítulo 1.2, é mais eficiente distribuir a informação livremente do que a restringir. A distribuição livre da informação, no entanto, esbarra em um possível desincentivo à criação intelectual (o que, como visto acima, não é necessariamente verdadeiro).<sup>369</sup>

Assim sendo, para que a informação seja utilizada da maneira mais eficiente possível, é preciso um sistema de inovação que consiga disseminar e se valer ao máximo da informação produzida.<sup>370</sup> Para Denis Borges Barbosa, o custo trazido pelo direito autoral ao restringir a livre circulação da informação não pode perder de vista o equilíbrio entre os interesses sociais e daqueles que são favorecidos pela intervenção estatal.<sup>371</sup>

Além da ineficiência econômica inerente aos direitos de propriedade intelectual, essa categoria de direitos gera um monopólio (no sentido econômico) da informação que, no longo prazo, perpetua-se facilmente e pode desincentivar a criação intelectual.<sup>372</sup> Como ilustração da afirmação, nota-se que algumas indústrias, como, por exemplo, a indústria musical, são dominadas pelas mesmas sociedades empresárias há décadas e apresentam pouca inovação se comparados com pequenos agentes independentes.

Neste ponto, cumpre fazer uma rápida digressão. Siva Vaidhyathan narra um interessante capítulo da história norte-americana: Thomas Jefferson foi hesitante ao apoiar o

---

<sup>368</sup> Joseph E. Stiglitz, “Economic foundations of intellectual property rights”, *Duke law journal*, nº 57 (2008): p. 1695–1701, <http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol57/iss6/3>.

<sup>369</sup> Stiglitz, “Economic foundations of intellectual property rights”, p. 1699–1701.

<sup>370</sup> Stiglitz, p. 1712.

<sup>371</sup> Barbosa, *Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor*, p. 485. Barbosa prossegue, afirmando que “*pelo menos uma parcela considerável desses custos (de polícia e execução penal, o suo em expansão do Judiciário, a atuação internacional, etc.) é pago pelos contribuintes, diminuindo a justificação social para a criação de direitos de exclusiva em favor de particulares*” (Barbosa, p. 508).

<sup>372</sup> Stiglitz, “Economic foundations of intellectual property rights”, p. 1705 e 1710.

“[...] incentives for innovation are less with monopoly than in a more competitive marketplace. There are several reasons for this. First, monopolists produce less—because they charge higher prices. Because they produce less, the benefit from reducing the cost of production by a given amount is less. Moreover, monopolists do not have the spur of competition. They may realize, in addition, that an innovation may lead to a decrease in the value of their existing capital” (Stiglitz, p. 1711).

*copyright* conforme previsto na Constituição norte-americana. Isso porque ele temia a formação de monopólios que poderiam se valer do monopólio outorgado pela Constituição para controlar o fluxo de ideias e o uso das expressões culturais.<sup>373</sup>

Considerando que os bens intangíveis tutelados pelo direito autoral, diferentemente dos bens tangíveis, não são suscetíveis a uma escassez natural, Thomas Jefferson previa a criação de uma excessiva escassez artificial por meio da imposição, por parte das empresas controladoras de *copyrights*, de limitações do acesso, fixação de preços, restrição de licenciamento, litigiosidade e intimidação da concorrência.

As preocupações de Thomas Jefferson não poderiam ser mais atuais. Como visto, o direito autoral, por meio da apropriação da informação, vem sofrendo pesadas críticas sobre sua incapacidade de promover o acesso à cultura, ao conhecimento e à informação, excluindo grande parte da população da vida cultural.<sup>374</sup> Guilherme Carboni nota a esse respeito que:<sup>375</sup>

*“A exacerbação da apropriação privada da informação pelo direito de autor, sem uma ampliação de seus limites e sem o direcionamento desse direito ao atendimento da sua função social, pode levar a uma redução das experiências culturais, tornando os recursos culturais artificialmente escassos, tal qual ocorre com os recursos naturais.”*

---

<sup>373</sup> Vaidhyathan, *Copyrights and copywrongs: the rise of intellectual property and how it threatens creativity*, p. 22–24.

<sup>374</sup> “Na concepção da sociedade informacional, apesar do direito de acesso – à cultura, à informação e ao conhecimento – apresentar-se como um direito fundamental, pois relacionado com o desenvolvimento social, econômico e humano, os movimentos das indústrias de conteúdo têm reafirmado cada vez mais a restrição ao acesso, ao insistir na defesa de padrões pensados para o modelo industrial das indústrias tradicionais, para a realidade do analógico, de uma economia de restrição de bens materiais não renováveis” (Marcos Wachowicz e Rodrigo Otávio Cruz e Silva, “A efetivação do acesso à cultura e as limitações do direito do autor: o caso da restrição à reprodução de conteúdo digitais imposta pela tecnologia de veículos de comunicação”, in *Diálogos em direito: uma abordagem sobre a transdisciplinaridade entre o direito constitucional e o direito civil*, org. Jorge Miranda e Thereza Alvim [Lisboa: AAFDL, 2015], p. 236–237, [http://gedai.com.br/sites/default/files/arquivos/artigo\\_efetivacao\\_do\\_acesso\\_a\\_cultura\\_e\\_as\\_limitacoes\\_do\\_direito\\_de\\_autor\\_lisboa\\_aafdl\\_2015.pdf](http://gedai.com.br/sites/default/files/arquivos/artigo_efetivacao_do_acesso_a_cultura_e_as_limitacoes_do_direito_de_autor_lisboa_aafdl_2015.pdf)).

<sup>375</sup> Carboni, *Função social do direito de autor*, p. 85.

Voltando à lição de Joseph E. Stiglitz, o custo da ineficiência econômica e dos monopólios criados pelos direitos de propriedade intelectual só pode ser justificado em razão e à medida do incentivo para a criação intelectual por eles gerados.<sup>376</sup> O fortalecimento de tais direitos caminha no sentido de impor à sociedade o seu custo sem o oferecimento do benefício correspondente. Por isso, Stiglitz afirma que é necessário reavaliar o regime dos direitos de propriedade intelectual, procurando-se elevar sua eficiência econômica, o que levará, por consequência, a um maior incentivo para a produção intelectual.<sup>377</sup>

Conclui-se que a apropriação da informação típica da função econômica do direito autoral deve guardar relação com as razões pelas quais essa apropriação é permitida, conforme a função promocional do direito de autor. Inexistindo estímulo à criação e o desenvolvimento social a ele atrelado, tampouco há razões para se permitir a apropriação da informação.

#### 2.2.2.4 Função Política

Finalmente, a função política se manifesta por meio dos programas organizados pelo Estado e também por entidades privadas que visam a promoção do acesso à cultura, ao conhecimento e à informação, bem como a preservação e divulgação do patrimônio histórico e artístico nacional. Esses programas podem ser implementados por meio de normas jurídicas e/ou intervenções diretas (como a construção de centros culturais, apoio a manifestações populares etc.). Nesse caso, o direito autoral funciona como verdadeiro instrumento de política cultural.<sup>378</sup>

Marcos Wachowicz e Rodrigo Otávio Cruz e Silva se alicerçam na lição de Ingo Wolfgang Sarlet para afirmar que o acesso à cultura é um direito fundamental que integra a formação da

---

<sup>376</sup> “*Ordinarily, property rights are argued for as a means of achieving economic efficiency; intellectual property rights, by contrast, result in a static inefficiency which can only be justified by the dynamic incentives.*” (Stiglitz, “Economic foundations of intellectual property rights”, p. 1704).

<sup>377</sup> Stiglitz, p. 1724.

<sup>378</sup> Carboni, *Função social do direito de autor*, p. 87–88.

personalidade do indivíduo, contribuindo para o desenvolvimento humano digno e para um ambiente social aberto, todos esses fatores compoem um mínimo existencial sociocultural.<sup>379</sup>

Pedro Nicoletti Mizumaki aponta uma série de objetivos atribuídos ao Estado brasileiro pelos artigos 1º, incisos I a V, 3º, incisos I a IV e 170, incisos VII e VIII, da Constituição da República<sup>380</sup>, que possuem íntima ligação com a promoção de acesso à cultura, entendida em sentido amplo. A concreção de tais objetivos depende da efetivação do direito autoral como ferramenta de fomento à produção, acesso e difusão de bens culturais, seja por meio de políticas públicas, seja por meio de uma revisão legislativa do regime de restrições ao direito autoral.<sup>381</sup>

Em vários outros pontos da Constituição se denota uma preocupação com políticas culturais – tratam-se de dispositivos que regulamentam o direito autoral “*a partir da análise das circunstâncias sociais do uso das obras, no âmbito do interesse da coletividade*”.<sup>382</sup>

Assim é que o artigo 23, incisos III a IV, estabelece a competência comum dos entes federativos na proteção de bens culturais e na proporção de meios de acesso à cultura<sup>383</sup>; o artigo 215, § 3º, incisos II e IV, estabelece a edição periódica de um Plano Nacional de Cultura que

---

<sup>379</sup> Wachowicz e Cruz e Silva, “A efetivação do acesso à cultura e as limitações do direito do autor: o caso da restrição à reprodução de conteúdo digitais imposta pela tecnologia de veículos de comunicação”, p. 241.

<sup>380</sup> “Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.”

“Artigo 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

“Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego.”

<sup>381</sup> Mizumaki, “Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88”, p. 439–440.

<sup>382</sup> Souza, *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*, p. 135.

<sup>383</sup> “Artigo 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; V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação.”

conduza à produção e a democratização de bens culturais<sup>384</sup>; o artigo 218, §§ 1º e 3º<sup>385</sup>, estabelece a promoção e o incentivo ao desenvolvimento e à pesquisa científica e tecnológica; e o artigo 220, § 5º, reprime a formação de monopólio ou oligopólio nos meios de comunicação social.<sup>386</sup>

A educação, por sua vez, tratada nos artigos 6º<sup>387</sup>, 205<sup>388</sup> e 214, inciso V<sup>389</sup>, da Constituição Federal, abrange muito mais do que a disponibilização de espaços públicos para instrução. Deve-se também garantir a preparação intelectual do instrutor e prover material para o uso dos aprendizes. Em ambos os casos, a garantia passa pelo acesso a bens culturais, sem os quais a atividade de educar resta prejudicada, senão inviabilizada.<sup>390</sup>

---

<sup>384</sup> “Artigo 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. [...] § 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: [...] II produção, promoção e difusão de bens culturais; [...] IV democratização do acesso aos bens de cultura.”

<sup>385</sup> “Artigo 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. [...] § 1º A pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação. [...] § 3º O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa, tecnologia e inovação, inclusive por meio do apoio às atividades de extensão tecnológica, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.”

<sup>386</sup> “Artigo 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. [...] § 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio”. A teor do mencionado § 5º, Pedro Nicoletti Mizumaki nota a formação de verdadeiros cartéis que adquirem e concentram acervos inteiros de bens culturais, servindo com barreira para a produção e o acesso a tais bens culturais. Mizumaki entende que esses cartéis são fruto direto de um regime maximalista de direito autoral (Mizumaki, “Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88”, p. 443–444).

<sup>387</sup> “Artigo 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

<sup>388</sup> “Artigo 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

<sup>389</sup> “Artigo 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: [...] V - promoção humanística, científica e tecnológica do País.”

<sup>390</sup> Souza, *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*, p. 144–145.

No que se refere à ciência e tecnologia, Denis Borges Barbosa discerne que a Constituição da República visa atender as necessidades e propósitos nacionais, em um campo crucial para a sobrevivência da população. Para Barbosa, os artigos 218 e 219 da Constituição refletem uma escolha política voltada para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.<sup>391</sup> A concreção dessa escolha depende em grande parcela da adoção de ações que viabilizem o acesso a bens culturais por parte do pesquisador e do empreendedor brasileiro.

A função política do direito autoral é ainda mais relevante em um país como o Brasil, no qual há uma grande parcela da sociedade excluída da participação no ambiente cultural, educacional e científico. Especialmente com o advento do ambiente digital, e a migração massiva das formas de expressão para esse ambiente, a exclusão digital contribuiu para aumentar ainda mais a exclusão no campo cultural.<sup>392</sup> Por isso, há que se discutir o direito autoral também sob a ótica da democratização do acesso aos bens culturais, isto é, discutir a função política do direito de autor.

#### **2.2.2.5 Conceito de Função Social do Direito Autoral**

Em maior ou menor grau, todas as funções do direito autoral expostas acima possuem um viés social, que ultrapassa a simples relação autor-obra. Além disso, o direito autoral se insere dentro do contexto da promoção de diversos direitos sociais – verdadeiros deveres do Estado brasileiro. Por essa razão, é possível considerar que o campo normativo do direito autoral (no seu âmbito patrimonial) é restrito e funcionalmente delimitado.<sup>393</sup>

A influência das imposições constitucionais, que fornecem balizas para a interpretação e efetivação do direito autoral e irradiam efeitos para a legislação infraconstitucional, somadas ao

---

<sup>391</sup> Barbosa, *Tratado da propriedade intelectual*, p. 254.

<sup>392</sup> Carboni, *Função social do direito de autor*, p. 90–91.

<sup>393</sup> Mizumaki, “Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88”, p. 444.

caráter inerente dos direitos da coletividade como um dos pilares que compõe o direito autoral, levam à conclusão que o direito autoral obrigatoriamente deve atender a uma função social.<sup>394</sup>

Da conjugação de tudo o que se demonstrou, pode-se afirmar que a função social do direito autoral é a promoção do desenvolvimento econômico, cultural e científico por meio do fomento à produção e difusão de obras intelectuais na sociedade. Esse desenvolvimento passa pelo incentivo que o direito autoral representa para que autores continuem produzindo obras intelectuais, que devem ser tanto o quanto possível acessíveis pela sociedade.

No contexto da propriedade intelectual, em geral, e do direito autoral, em específico, valer-se-á da perspectiva fornecida por Pedro Nicoletti Mizumaki para complementar a conceituação:<sup>395</sup>

*“[...] a função social da propriedade intelectual é uma disposição constitucional que vincula o exercício dos direitos de propriedade intelectual a um regime **amplo** de limitações, derivadas de um número de direitos individuais e sociais previstos na CF/88, como educação, cultura e liberdade de expressão, e de uma série de objetivos estatais, como livre concorrência, difusão de bens culturais e defesa do consumidor [...]”*

A função social do direito autoral opera mediante a concessão de um monopólio por um certo período de tempo, para a utilização e exploração da obra intelectual que cumpra determinados requisitos. Ao término do período de monopólio, a obra cai em domínio público e pode ser utilizada livremente pela sociedade.<sup>396</sup>

---

<sup>394</sup> Souza, *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*, p. 283.

<sup>395</sup> Mizumaki, “Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88”, p. 484. Destaque no original.

<sup>396</sup> Carboni, *Função social do direito de autor*, p. 97.



No ensinamento de Arnaldo Wald, a Constituição da República determina que o Estado tem o dever de ser eficiente (artigo 37, *caput*<sup>397</sup>), garantindo a justiça das relações individuais e, ao mesmo tempo, o funcionamento adequado das instituições para promoção do desenvolvimento presente e futuro do país. De certa forma, trata-se da aplicação do direito ao mercado, de forma que a sociedade não seja regida exclusivamente pelas normas econômicas, devendo fazer preservar o interesse social e a ética.<sup>398</sup>

É nesse sentido que a função social deve ser empregada para que a apropriação da informação como um bem econômico, possibilitada pelo direito autoral, não esteja sujeita somente às regras do mercado, mas também observe o interesse social, provendo necessário equilíbrio, sem, é claro, desincentivar a atividade da indústria cultural.

A função social do direito autoral não se confunde com suas limitações e exceções, que serão tratadas na seção 2.3.3 abaixo. Tais limitações e exceções representam uma manifestação da função social do direito autoral insculpida na LDA, pois estabelecem o que não é objeto de proteção autoral por prejudicar o interesse público.<sup>399</sup>

Contudo, a função social do direito autoral é muito mais abrangente e tem o potencial de lidar com danos colaterais que são inerentes ao próprio direito autoral – prejuízos à vida pública e privada de quem se vê atingido pela legislação autoral<sup>400</sup> –, bem como fornecer solução equitativa para conflitos que, pela letra fria da LDA, seriam resolvidos de forma contrária ao interesse público.

Sérgio Branco e Pedro Paranaguá citam o exemplo da realização de cópias de um livro que ainda é objeto de proteção legal, mas se encontra esgotado. Segundo a LDA, essas cópias são proibidas. Porém, pelos princípios constitucionais do direito à educação, do direito de acesso

---

<sup>397</sup> “Artigo 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

<sup>398</sup> Wald, “O interesse social no direito privado”, p. 53–54.

Wald prossegue, dizendo que “*Quer se trate de previdência social, quer de conflitos entre o desenvolvimento e a ecologia, é preciso fazer prevalecer os valores que o Professor Miguel Reale chama de antropológicos ou humanísticos, ou seja, aqueles que estão mais diretamente vinculados à dignidade humana, e que se impõem tanto no direito público como no direito privado [...]*” (Wald, p. 53–54).

<sup>399</sup> Carboni, *Função social do direito de autor*, p. 97–98.

<sup>400</sup> Mizumaki, “Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88”, p. 484.

à cultura, à educação e à ciência, bem como pela função social atribuída ao direito autoral, as cópias do livro devem ser admitidas. Os autores concluem que “*O contrário seria um contrassenso, uma inversão da lógica jurídica, já que princípios constitucionais teriam que se curvar ao disposto em uma lei ordinária (a LDA), quando na verdade o oposto é que deve ocorrer*”.<sup>401</sup>

A função social do direito autoral se aplica, portanto, como um meio para corrigir distorções, excessos e abusos praticados por titulares de direitos autorais, de forma a reconduzir o direito autoral para a sua função de promoção do desenvolvimento econômico, cultural e científico.<sup>402</sup>

A função social não se presta apenas para a resolução de conflitos existentes entre titulares de direitos autorais e o público usuário de obras intelectuais. Talvez sua contribuição mais relevante no cenário brasileiro atual seja a de orientar a discussão da sociedade e do legislativo para uma reforma no atual sistema de direitos autorais que melhor equilibre os interesses privados de autores, titulares de direitos autorais e da indústria cultural com o interesse público na manutenção da liberdade de expressão e informação e no acesso à educação, cultura e ciência<sup>403</sup>, permitindo ao Estado brasileiro a consecução dos fins colimados na Constituição da República.

---

<sup>401</sup> Pedro Paranaguá e Sérgio Branco, *Direitos autorais* (Rio de Janeiro: FGV, 2009), p. 71, <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2756/Direitos%20Autorais.pdf>.

<sup>402</sup> Carboni, *Função social do direito de autor*, p. 98.

<sup>403</sup> Allan Rocha de Souza enumera alguns dos interesses que devem ser coordenados pelo sistema de direito autoral: “*o interesse geral, pelo qual o direito de autor destina-se a servir para o desenvolvimento cultural, que também é educacional; o interesse dos consumidores, a quem afinal não cabe apenas o papel de absorver passivamente os postulados dos titulares; o interesse empresarial, que consubstancia na equação entre investimento, risco, tempo e lucro, devendo ser diretamente admitido, e não travestido como interesse do criador; os interesses das entidades de gestão coletiva, que são diversos de seus representados, ainda mais quando sua adesão é forçosa; o interesse de prestadores de atividades culturais, que são os titulares dos direitos conexos, e inclui todos os casos de prestações relevantes na coordenação, utilização e exploração dos bens intelectuais; e os interesses do criador intelectual, que será valorizado quando estiverem claramente todos os interesses expostos, lucrando o autor com o afastamento de interesses alheios fazendo passar por de autores, permitindo o ultrapassar da situação de minoridade onde encontra-se como pessoa de quem se fala e por quem se fala, e raramente sendo a pessoa que fala*” (Souza, *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*, p. 269–270).

### 2.2.3 A Função Social do Direito Autoral nos Tratados Internacionais

O direito autoral possui um destacado caráter internacional. Nessa matéria, o Brasil é signatário da Convenção Interamericana sobre os Direitos de Autor, da Convenção Universal sobre Direito de Autor, da Convenção de Berna e do *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (“TRIPS”). Abordar-se-á, também aqui, o Tratado da OMPI sobre Direito de Autor, ainda que o Brasil não o tenha assinado.

No que se refere à função social do direito autoral, o TRIPS é o único tratado que a prevê expressamente, fazendo-o em seu artigo 7º, que estabelece os objetivos da proteção conferida às obras intelectuais, dentre eles o de contribuição para o desenvolvimento social, em benefício mútuo de produtores e usuários de obras intelectuais:

*“A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.”*

Na sequência, em seu artigo 8º, o TRIPS permite aos países aderentes adotar políticas de propriedade intelectual que promovam o interesse público em setores de importância vital para o desenvolvimento socioeconômico e tecnológico, bem como implementar medidas para coibir o abuso dos direitos de propriedade intelectual.<sup>404</sup>

---

<sup>404</sup> “1. Os Membros, ao formular ou emendar suas leis e regulamentos, podem adotar medidas necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas e para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento sócio-econômico e tecnológico, desde que estas medidas sejam compatíveis com o disposto neste Acordo.

2. Desde que compatíveis com o disposto neste Acordo, poderão ser necessárias medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares ou para evitar o recurso a práticas que limitem de maneira injustificável o comércio ou que afetem adversamente a transferência internacional de tecnologia.”

Ainda no âmbito da OMC, sua Comissão sobre Direitos da Propriedade Intelectual produziu, no ano de 2002, um relatório sobre o papel dos direitos de propriedade intelectual nas políticas globais de desenvolvimento. O relatório concluiu que os direitos de propriedade intelectual e, especialmente o direito autoral, devem atender a uma função social e não representam um fim em si mesmo:<sup>405</sup>

*“[...] a melhor perspectiva é considerar o direito à PI como um dos meios pelos quais as nações e a sociedade podem ajudar a promover a concretização de direitos humanos econômicos e sociais. Em particular, não há circunstâncias em que os direitos humanos mais básicos devam estar subordinados às exigências de proteção da PI.”*

Na linha do TRIPS, mas de maneira menos incisiva, a Convenção Universal sobre Direito de Autor, em seu preâmbulo, apresenta como motivação para o estabelecimento de um regime de direito autoral adequado a contribuição para o desenvolvimento das letras, ciências e artes e para a difusão de obras intelectuais.<sup>406</sup>

---

<sup>405</sup> Comissão sobre Direitos de Propriedade Intelectual da Organização Mundial do Comércio, “Integrando direitos de propriedade intelectual e política de desenvolvimento” (Londres, 2002), p. 6, [http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/Multi\\_Lingual\\_Documents/Multi\\_Lingual\\_Main\\_Report/DFID\\_Main\\_Report\\_Portuguese\\_RR.pdf](http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/Multi_Lingual_Documents/Multi_Lingual_Main_Report/DFID_Main_Report_Portuguese_RR.pdf).

O relatório prossegue, afirmando que “os direitos de PI são concedidos pelos estados por períodos limitados (pelo menos no caso de patentes e direitos autorais), enquanto os direitos humanos são inalienáveis e universais. Em sua maioria, os direitos de PI hoje são tratados como direitos econômicos e comerciais, como no caso do Trips, e detidos predominantemente por empresas e não por inventores. Mas o fato de descrevê-los como ‘direitos’ não deve ocultar os dilemas reais decorrentes de sua aplicação em países em desenvolvimento, onde os possíveis custos adicionais que acarretem possam agir em detrimento das necessidades vitais dos pobres. Seja qual for o termo utilizado para eles, preferimos considerar os DPIs como instrumentos de política pública que conferem privilégios a indivíduos ou instituições com o propósito de tão-somente contribuir para o bem público maior. Portanto, o privilégio é um meio para atingir um fim, não um fim em si” (Comissão sobre Direitos de Propriedade Intelectual da Organização Mundial do Comércio, p. 6).

<sup>406</sup> “Convencidos de que um regime de proteção dos direitos dos autores apropriado a todas as nações e expresso numa convenção universal, juntando-se aos sistemas internacionais já em vigor, sem os afetar, é de natureza a assegurar o respeito dos direitos da pessoa humana e a favorecer o desenvolvimento das letras, ciências e das artes, Persuadidos de que tal regime universal de proteção dos direitos de autor tornará mais fácil a difusão das obras do espírito e contribuirá para uma melhor compreensão internacional”.

A Convenção de Berna e o Tratado da OMPI sobre Direito de Autor de 1996, por sua vez, trazem consigo importantes permissões para o estabelecimento de limitações e exceções ao direito autoral pelas legislações nacionais – desde que tais limitações e exceções respeitem a “regra dos três passos”, que será abordada adiante.

Na Convenção de Berna, destacam-se os artigos 10 e 10 bis, que permitem a circulação de informação e conhecimento por meio da permissão para (i) realização de citações; (ii) utilização de obras literárias ou artísticas para fins de ensino; e reprodução de artigos de atualidades publicados pela imprensa, na medida justificada pela finalidade a atingir.<sup>407</sup>

No Tratado da OMPI sobre Direito de Autor, que, como visto, objetiva o estabelecimento e a uniformização da proteção de obras intelectuais no ambiente digital, seu preâmbulo deixa clara a preocupação com o necessário equilíbrio entre o direito autoral e o interesse público, especialmente no que se refere à educação, pesquisa e acesso à informação.<sup>408</sup>

Finalmente, a Convenção Interamericana sobre os Direitos de Autor também conta com mecanismo para o uso de obras intelectuais protegidas, autorizando, em seu artigo XII, a

---

<sup>407</sup> “1) São lícitas as citações tiradas de uma obra já licitamente tornada acessível ao público, com a condição de que sejam conformes aos bons usos e na medida justificada pela finalidade a ser atingida, inclusive as citações de artigos de jornais e coleções periódicas sob forma de resumos de imprensa.

2) Os países da União reservam-se a faculdade de regular, nas suas leis nacionais e nos acordos particulares já celebrados ou a celebrar entre si as condições em que podem ser utilizadas licitamente, na medida justificada pelo fim a atingir, obras literárias ou artísticas a título de ilustração do ensino em publicações, emissões radiofônicas ou gravações sonoras ou visuais, sob a condição de que tal utilização seja conforme aos bons usos.

3) A citações e utilizações mencionadas nos parágrafos antecedentes serão acompanhadas pela menção da fonte do nome do autor, se esse nome figurar na fonte.” e “1) Os países da União reservam-se a faculdade de regular nas suas leis internas as condições em que se pode proceder à reprodução na imprensa, ou a radiodifusão ou a transmissão por fio ao público, dos artigos de atualidade de discussão econômica, política, religiosa, publicados em jornais ou revistas periódicas, ou das obras radiofônicas do mesmo caráter, nos casos em que a reprodução, a radiodifusão ou a referida transmissão não sejam expressamente reservadas. Entretanto, a fonte deve sempre ser claramente indicada; a sanção desta obrigação é determinada pela legislação do país em que a proteção é reclamada.

2) Os países da União reservam-se igualmente a faculdade regular nas suas legislações as condições nas quais, por ocasião de relatos de acontecimentos da atualidade por meio de fotografia, cinematografia ou transmissão por fio ao público, as obras literárias ou artísticas vistas ou ouvidas no decurso do acontecimento podem, na medida justificada pela finalidade de informação a atingir, ser reproduzidas e tornadas acessíveis ao público.”

<sup>408</sup> “*Recognizing the need to maintain a balance between the rights of authors and the larger public interest, particularly education, research and access to information, as reflected in the Berne Convention*”.

reprodução de fragmentos de tais obras para fins didáticos, de crítica literária ou investigação científica.<sup>409</sup>

Conclui-se que, no plano internacional, os motivos que fundamentam os chamados usos livres de obras intelectuais protegidas relacionam-se, principalmente, a interesses educacionais, culturais e informacionais ou ainda à satisfação do interesse público na promoção das respectivas culturas nacionais<sup>410</sup>, revelando, assim, uma preocupação com o aspecto funcional do direito autoral no âmbito social.

---

<sup>409</sup> “1. Será lícita a reprodução de breves fragmentos de obras literárias, científicas e artísticas, em publicações com fins didáticos ou científicos, em crestomatias, ou para fins de crítica literária ou de investigações científicas, sempre que se indique de maneira inconfundível a fonte de onde se tenham tirado e que os tantos reproduzidos não sejam alterados.

2. Para os mesmos efeitos e com idênticas restrições poderão publicar-se breves fragmentos em tradução.”

<sup>410</sup> Souza, *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*, p. 276.

## 2.3 Exercício Abusivo do Direito Autoral

Na primeira e na segunda seção, pretende-se fazer uma introdução não exaustiva à teoria do abuso do direito e sua recepção no Brasil pelo Código Civil de 2002. Após essa digressão, serão analisados na terceira seção dois exemplos de exercício abusivo do direito autoral e que ilustram a postura absolutista e privatista comumente adotada pela indústria cultural. A quarta seção será dedicada às possíveis consequências do exercício abusivo do direito autoral.

### 2.3.1 Introdução à Teoria do Abuso do Direito

A teoria do abuso do direito encontra suas raízes no direito continental europeu recente. Antes do seu surgimento como doutrina autônoma, prevalecia, em regra, o conceito liberal do direito subjetivo absoluto.<sup>411</sup>

Até meados do século XIX, o panorama social e jurídico existente era marcado pela preponderância dos direitos individuais, cujo exercício dependia apenas da vontade do seu titular. É o que se denomina de voluntarismo, sintetizado no brocardo *qui jure suo utitur neminem laedit*.<sup>412</sup>

As limitações ao exercício dos direitos surgiram a partir da segunda metade do século XIX e início do século XX, ganhando força com a consolidação do Estado de bem-estar social (*welfare state*). Iniciou-se uma crescente intervenção pública nas relações privadas, com o objetivo de equilibrar interesses particulares e coletivos. Essas intervenções ocorriam, principalmente, por meio da edição de normas limitadoras da liberdade contratual, do uso da

---

<sup>411</sup> Giovanni Ettore Nanni, “Abuso do direito”, in *Teoria geral do direito civil*, org. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni (São Paulo: Atlas, 2008), p. 739.

Antônio Menezes Cordeiro rebate com veemência a parte da doutrina que vê no direito romano as raízes do abuso do direito: “*Confirma-se a natureza recente do abuso do direito. Não tem antecedentes históricos directos nem concita, para se fundamentar, o recurso a quadros tradicionais romanísticos*” (Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Da boa-fé no direito civil*, 3ª reimpressão [Coimbra: Almedina, 2007], p. 683).

<sup>412</sup> Francisco Amaral, *Direito Civil: Introdução* (Rio de Janeiro: Renovar, 2003), p. 209.

propriedade<sup>413</sup> e de outros direitos com caráter eminentemente individualista, dentre os quais pode-se inserir o direito autoral.<sup>414</sup>

O novo século trouxe e consolidou o princípio da solidariedade – hoje positivado no artigo 3º, I, da Constituição da República –, protegendo os interesses da sociedade contra os desígnios puramente pessoais.<sup>415</sup> A teoria do abuso do direito é, portanto, fruto dessa mudança na compreensão dos direitos individuais – não mais absolutos, mas relativizados.

Já no começo do século XIX, a jurisprudência francesa coibia os atos abusivos que interferiam nos direitos alheios e também os atos emulativos, isto é, aqueles que têm por objetivo exclusivo prejudicar a outrem.<sup>416</sup>

Segundo Teresa Ancona Lopez, o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), ou Código Civil alemão, foi o primeiro a positivar, ainda que de maneira incipiente, o abuso do direito, estabelecendo em seu § 226 que “*o exercício de um direito é inadmissível se tiver por fim exclusivo causar dano a outrem*”.<sup>417</sup>

O aludido dispositivo teve utilização restrita, pois era insuficiente para albergar todas as situações de exercício abusivo do direito. Houve então a necessidade de recorrer aos §§ 242 e 826 do BGB, que traziam, respectivamente, uma cláusula geral de boa-fé – o que possibilitou a ampliação da teoria do abuso do direito para além dos atos emulativos – e a vedação ao comportamento contrário aos bons costumes.<sup>418</sup>

---

<sup>413</sup> Lopez, “Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito”, p. 541.

<sup>414</sup> Guilherme Carboni, *Função social do direito de autor* (Curitiba: Juruá, 2008), p. 172–173.

<sup>415</sup> Nanni, “Abuso do direito”, p. 742-744.

<sup>416</sup> Lopez, “Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito”, p. 545.

<sup>417</sup> Lopez, p. 545.

Bruno Miragem destaca que o *Landrecht* Prussiano já havia regulado, em 1794, o abuso do direito especificamente com relação ao uso propriedade. Contudo, considera-se o BGB o primeiro código a estabelecer a ideia de que “*o direito subjetivo, qualquer que seja, não pode ser exercido [...] de modo a violar os bons costumes e, nomeadamente, quando se tenha por fim exclusivo causar dano a outrem*” (Bruno Miragem, *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado*, 2ª ed. rev., atual. e ampl. [São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013], p. 35-36).

<sup>418</sup> Lopez, “Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito”, p. 545-546; Miragem, *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado*, p. 36; Menezes Cordeiro, *Da boa-fé no direito civil*, p. 694-695.



No início do século XX, surgiram na França as primeiras obras a tratar especificamente sobre o tema, destacando-se as de Raymond Saleilles (1901) e Louis Josserand (1905).<sup>419</sup> Diferentemente da Alemanha, não houve necessidade de amparo da teoria do abuso do direito em uma cláusula geral de boa-fé. A construção francesa o relaciona ao ato ilícito e à culpa. Saleilles trata do exercício anormal do direito, enquanto Josserand aborda o exercício do direito em desrespeito à sua função econômica e social.<sup>420</sup>

Ambas as visões, e, em especial a de Josserand<sup>421</sup>, permanecem dentre as bases da teoria do abuso no direito moderno e serão aprofundadas, de acordo com a visão de outros autores, no que couber para a análise aqui pretendida.

### 2.3.1.1 Abuso do Direito: Conceito e Autonomia Dogmática

O abuso do direito surgiu como resultado de diversas perspectivas teóricas sobre a limitação das liberdades individuais. Assim, conferir-lhe uma definição única é um exercício de escolha dentre tantas visões distintas.<sup>422</sup> Teresa Ancona Lopez entende que o abuso é o ato cometido pelo titular de um direito que excede os limites valorativos do ordenamento jurídico, consubstanciados, principalmente, na boa-fé e na finalidade social e econômica do direito.<sup>423</sup>

Nas palavras de António Menezes Cordeiro, trata-se do “*exercício inadmissível de posições jurídicas*”.<sup>424</sup> Após trilhar análise por figuras mais tradicionais do abuso do direito, tais como *supressio, tu quoque* etc., o mestre português aborda o exercício desequilibrado do direito, consistente no “*despropósito entre o exercício do direito e os efeitos dele derivados*”. Aponta

---

<sup>419</sup> Miragem, *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado*, p. 91.

<sup>420</sup> Lopez, “Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito”, p. 544.

<sup>421</sup> Lopez, p. 544.

<sup>422</sup> Lopez, p. 547; Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, 20ª ed., atual. e aument. de acordo com o Código Civil de 2002 por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito (Rio de Janeiro: Forense, 2010), p. 101.

<sup>423</sup> Lopez, “Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito”, p. 547.

<sup>424</sup> Conceituação que denota, de pronto, a posição de Menezes Cordeiro no sentido de que o abuso do direito não se restringe ao campo dos direitos subjetivos.

como fértil campo para constatação desse desequilíbrio os casos em que há desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto a outrem.<sup>425</sup>

Orlando Gomes enxerga no abuso do direito uma construção doutrinária tendente a flexibilizar a aplicação das normas jurídicas inspiradas numa filosofia que deixou de corresponder às aspirações atuais da sociedade. Assim, conceitua o abuso do direito como uma figura amortecedora, cuja função é aliviar os choques entre norma e realidade.<sup>426</sup>

Pietro Perlingeri define o abuso do direito como o comportamento, ainda que coincidente com o conteúdo formal do direito, desviado substancialmente da função normativa. Relaciona, assim, o abuso à ausência de correlação entre um determinado agir e a função da relação jurídica da qual faz parte aquela situação.<sup>427</sup>

Bruno Miragem afirma que o abuso do direito revela “*a existência de uma constante direção axiológica*” do ordenamento jurídico.<sup>428</sup>

Sob o enfoque conferido acima, propõe-se afirmar que o exercício do direito deve ser pautado pela ética, boa-fé e os bons costumes, além de observar sua finalidade, função social e econômica. O abuso consiste, portanto, no exercício do direito próprio sem atenção aos aludidos valores do sistema jurídico<sup>429</sup>, aos princípios informadores desse direito e aos direitos alheios.

Com relação à sua autonomia dogmática, tem-se que, apesar da inicial dissonância doutrinária, hoje parece haver consenso sobre a independência existente entre o abuso do direito, direitos subjetivos e responsabilidade civil.<sup>430</sup>

O abuso do direito pode ocorrer, como vimos, no exercício de posições jurídicas que demandam limitação em vistas dos valores do sistema, sejam elas vinculadas ou não a direitos

---

<sup>425</sup> Menezes Cordeiro, *Da boa-fé no direito civil*, p. 853 *et seq.*

<sup>426</sup> Continua Gomes, afirmando que “*no fundo, [é] técnica de reanimação de uma ordem jurídica agonizante, fórmula elástica para reprimir toda ação discrepante de novo sentido que se empresta ao comportamento social*” (Gomes, *Introdução ao direito civil*, p. 101-102).

<sup>427</sup> Pietro Perlingeri, *O direito civil na legalidade constitucional*, trad. Maria Cristina De Cicco (Rio de Janeiro: Renovar, 2008), p. 683-684.

<sup>428</sup> Miragem, *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado*, p. 40.

<sup>429</sup> Não se refere aqui ao sistema de direitos autorais mencionado ao longo deste estudo, mas sim ao sistema jurídico brasileiro pós 1988, conforme será explicado adiante.

<sup>430</sup> Lopez, “Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito”, p. 548-549.

subjetivos.<sup>431</sup> A conduta abusiva é possível no exercício de direitos-deveres, direitos potestativos, em relações contratuais, pré ou pós-contratuais, ou em quaisquer outras situações em que há uma conduta jurídica ativa ou permissão geral para agir, pois em nenhuma dessas situações está ausente o substrato axiológico que permeia o sistema jurídico.<sup>432</sup>

Antônio Menezes Cordeiro entende que o parâmetro a ser observado em todos os casos é um só: a boa-fé. Ao contrário dos bons costumes e da função social e econômica que, em seu entender, não são figuras essenciais ao abuso do direito, a boa-fé está na base de todos os cenários de exercício inadmissível de posições jurídicas e representa uma locução ideal da capacidade expansiva do sistema jurídico.<sup>433</sup>

O abuso do direito não está essencialmente relacionado à culpa e ao ato ilícito e não figura como um dos pressupostos da responsabilidade civil.<sup>434</sup> A configuração do abuso do direito independe da intenção do agente e da existência de relação jurídica entre as partes. É, destarte, objetiva, sendo desnecessário o elemento anímico. Basta que o exercício do direito viole os limites estabelecidos pela boa-fé, bons costumes e pela função social e econômica do direito.<sup>435</sup>

O ato abusivo não ensejará, necessariamente, uma obrigação de indenizar. Poderá haver outros tipos de sanção, como, por exemplo, a nulidade de cláusulas abusivas no Código de

---

<sup>431</sup> Teresa Ancona Lopez questiona a esse respeito: “*como interpretar e aplicar as regras do venire contra factum proprium, do tu quoque, da supressio, da surrectio ou do inadimplemento substancial se ficarmos presos ao direito subjetivo?*” (Lopez., p. 549).

<sup>432</sup> Nanni, “Abuso do direito”, p 749; Menezes Cordeiro, *Da boa-fé no direito civil*, p. 898-899.

<sup>433</sup> Menezes Cordeiro, *Da boa-fé no direito civil*, p. 901.

No mesmo sentido, Judith-Martins Costa afirma que a baliza mais promissora para possibilitar um efetivo controle das condutas abusivas é a boa-fé objetiva. (Judith Martins-Costa, “Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé”, in *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*, org. Gustavo Tepedino [São Paulo: Atlas, 2008], p. 85 *et seq.*).

<sup>434</sup> Defendendo a independência entre abuso do direito e responsabilidade civil, Luís O. Andorno é categórico: “*el instituto del abuso del derecho desborda los estrechos márgenes de la responsabilidad aquiliana y de la contractual. Tiene vida propia. Tiene independencia. [...] se trata de un verdadero principio general del derecho que impregna de su contenido finalista y ético a todo el amplio espectro de los derechos subjetivos, sustancialmente relativos.*” (Luís O. Andorno, “Abuso del derecho”, in *Doutrinas essenciais de Direito Civil*, org. Gilmar Ferreira Mendes e Rui Stoco, vol. IV [São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010], p. 747 *et seq.*).

<sup>435</sup> Miragem, *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado*, p. 115 *et seq.*; Maria Cláudia Cachapuz, “A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do art. 187 do novo Código Civil brasileiro”, in *Doutrinas essenciais obrigações e contratos*, org. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, vol. I (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011), p. 1273 *et seq.*

Defesa do Consumidor, a desconsideração da personalidade jurídica prevista no artigo 50 do Código Civil e a possibilidade de tutelas inibitórias da conduta abusiva.<sup>436</sup>

Judith Martins-Costa evoca a jurisprudência portuguesa para afirmar que não há sanção específica para as situações abuso do direito, dependendo a tutela da forma como o abuso se expressa.<sup>437</sup> Certo é que o ato abusivo deve ser reprimido pelo direito, dependendo a sanção da situação concreta sob análise.<sup>438</sup>

Em que pese o abuso do direito tenha sido erigido à categoria de ato ilícito pelo artigo 187 do Código Civil de 2002, ele prescinde de correlação com os atos ilícitos. O ato abusivo é antijurídico não pela ótica lógica, da violação a um determinado direito, mas sim pela ótica axiológica, ou seja, violação aos valores que regem esse direito.<sup>439</sup>

Nessa linha de raciocínio, Giovanni Ettore Nanni, referenciando o ensinamento de João de Matos Antunes Varela, afirma que:<sup>440</sup>

*“O abuso do direito não cuida especificamente da violação de um direito de outrem ou da ofensa a uma norma tuteladora de um interesse alheio, mas do exercício anormal do direito próprio. O exercício do direito em termos reprovados pela lei, ou seja, respeitando a estrutura formal do direito, mas violando a sua afetação substancial, funcional ou teleológica, é considerado como ilegítimo [...].”*

---

<sup>436</sup> Teresa Ancona Lopez, “Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo”, in *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas - Homenagem a Tullio Ascarelli*, org. Antonio Junqueira de Azevedo, Heleno Taveira Tôres, e Paolo Carbone (São Paulo: Quartier Latin, 2010), p. 672; Miragem, *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado*, p. 112.

<sup>437</sup> Martins-Costa, “Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé”, p. 75.

<sup>438</sup> Nanni, “Abuso do direito”, p. 758-759.

<sup>439</sup> Lopez, “Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito”, p. 549-550; Pedro Baptista Martins, *O abuso do direito e o ato ilícito* (Rio de Janeiro: Forense, 2002), p. 168; Gomes, *Introdução ao direito civil*, p. 104.

Bruno Miragem, por outro lado, defende que o Código Civil de 2002 não consagrou o abuso do direito, no ordenamento brasileiro, como categoria autônoma, mas sim como ilicitude objetiva. (Miragem, *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado*, p. 111-112).

<sup>440</sup> Nanni, “Abuso do direito”, p. 747.

Por isso o abuso do direito é tido como um ilícito atípico. A contrário do ilícito típico, que ocorre por ação ou omissão violadora de direitos alheios, gerando o dever de indenizar, o ilícito atípico ocorre no exercício de um direito próprio sem atenção aos valores do sistema jurídico, especialmente a lealdade e a boa-fé, em prejuízo de outrem.<sup>441</sup> Há, portanto, autonomia do ilícito proveniente do abuso em relação ao ato ilícito.<sup>442</sup>

Em resumo, o abuso do direito é cláusula geral<sup>443</sup> que se presta para a tutela de situações em que o exercício do direito por seu titular viola os valores do sistema jurídico<sup>444</sup> em detrimento de terceiros. Encontra-se em posição jurídica autônoma, desvinculada do direito subjetivo, da culpa e do ato ilícito e tem origem em uma conduta que tem aparência de licitude, porém decorre de um direito utilizado de maneira irregular.<sup>445</sup>

### 2.3.2 Abuso do Direito no Ordenamento Jurídico Brasileiro

O abuso do direito começou a ser tratado no Brasil como resultado da interpretação doutrinária e jurisprudencial conferida ao artigo 160, inciso I, do Código Civil de 1916. Sua

---

<sup>441</sup> Lopez, “Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito”, p. 550-552.

No mesmo sentido, Carlos Fernández Sessarego afirma que o abuso do direito “*origina un específico sui generis, acto ilícito que no es materia de la responsabilidad civil. Lo antisocial es lo ‘irregular’, lo ‘anormal’, es decir, contrario a la solidaridad y, por ende, a la moral social*” (Carlos Fernández Sessarego, *Abuso del derecho*, 2ª ed [Lima: Grijley, 1999], p. 163).

<sup>442</sup> Lopez, “Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo”, p. 672.

<sup>443</sup> Karl Engisch afirma que “*o verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa. Graças a sua generalidade, elas tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar, e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica*”. (Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. Baptista Machado, 8ª ed. [Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001], p. 233).

É nesse sentido que Judith Martins-Costa interpreta o artigo 187 como “*cláusula geral da ilicitude no modo de exercício jurídico*” (Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação* [São Paulo: Marcial Pons, 2015], p. 127).

<sup>444</sup> António Menezes Cordeiro afirma que “*o abuso do direito reside na disfuncionalidade de comportamentos jussubjectivos por, embora, consentâneos com normas jurídicas, não confluírem no sistema em que estas se integrem*” (Menezes Cordeiro, *Da boa-fé no direito civil*, p. 882).

<sup>445</sup> Miragem, *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado*, p. 82.

redação asseverava que os atos praticados no exercício regular de um direito reconhecido não constituíam ilícito.<sup>446</sup>

Lendo-se de outro modo, os atos praticados no exercício irregular ou anormal de um direito eram considerados abusivos e levavam à responsabilização civil.<sup>447</sup> Essa redação foi mantida no artigo 188, inciso I, do Código Civil de 2002, cuja interpretação continua sendo feita *a contrario sensu*: nele estão elencados os atos causadores de dano que não são considerados ilícitos.

A novidade do Código Civil de 2002, contudo, não foi a manutenção do artigo que primeiro introduziu as discussões sobre o abuso do direito no Brasil. Foi, sim, a positivação do abuso do direito como cláusula geral, consequência direta dos valores que fundam o novo sistema jurídico, tais como a proteção da confiança e a funcionalização da propriedade e dos contratos.<sup>448</sup>

O mencionado “novo sistema” teve início formal em 1988 e foi consagrado pelo Código Civil de 2002 e legislações esparsas, como o Código de Defesa do Consumidor e também a LDA. Traz no seu bojo princípios que permeiam a ordem civil como um todo, destacando-se o da solidariedade, o da eticidade (boa-fé e bons costumes) e o da socialidade (função social da propriedade, do contrato e do exercício do direito).<sup>449</sup>

---

<sup>446</sup> Miragem, p. 97 *et seq.*

A respeito do artigo 160, I, do Código Civil de 1916, Clóvis Beviláqua já afirmava que “*a evolução do direito se tem operado no sentido do maior desenvolvimento e acentuação de seus institutos éticos, e correspondente redução dos seus elementos egoísticos. A Sociologia, compreendendo-o como força moral destinada a manter o equilíbrio das energias sociais em ação, contribuiu fortemente para a solução do problema do abuso do direito. Se a função do direito é manter em equilíbrio os elementos sociais colidentes, desvirtuar-se-á, mentirá ao seu destino, quando se exagerar, no seu exercício, a ponto de se tornar um princípio de desarmonia*” (Clóvis Beviláqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (comentado por Clóvis Beviláqua). Edição histórica*, vol. I [Rio de Janeiro: Rio, 1977], p. 432).

<sup>447</sup> Não obstante a visão defendida por Clóvis Beviláqua e Pedro Baptista Martins acerca da regra do abuso do direito contida no artigo 160, inciso I, do Código Civil de 1916, destaca Judith Martins-Costa que foram raros os acórdãos que tratavam do tema, em sua maioria para negar vigência ao instituto (Martins-Costa, “Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé”, p. 60).

<sup>448</sup> Lopez, “Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito”, p. 551; Pietro Perlingeri entende, analisando o ordenamento italiano, que houve a funcionalização dos próprios direitos subjetivos (Perlingeri, *O direito civil na legalidade constitucional*), p. 677.

<sup>449</sup> Lopez, “Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo”, p. 670.

Teresa Ancona Lopez, tratando da correlação entre o abuso do direito e os novos valores trazidos pela Constituição da República e pelo Código Civil de 2002, sintetiza:<sup>450</sup>

*“nada mais coerente, dentro de um sistema que tem como pilares a ética e a socialidade, taxar de antijurídico o exercício do direito que excede os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé e pelos bons costumes.”*

O abuso do direito consta, ainda que não de maneira expressa, dos artigos 113, 187, 421 e 422 do Código Civil de 2002. Focar-se-á exclusivamente no artigo 187, que exprime a cláusula geral do abuso do direito no ordenamento jurídico brasileiro.<sup>451</sup> O artigo 187 estabelece como ato ilícito o exercício do direito sem atenção aos limites impostos pela boa-fé, pelo seu fim social ou econômico ou pelos bons costumes.<sup>452</sup>

Ao conjugar o papel da boa-fé na teoria do abuso do direito, reflexo da influência alemã, que historicamente relacionou ambas as figuras, com a visão finalística de Louis Jossierand<sup>453</sup>, o artigo 187 tutela a confiança esperada nas relações jurídicas, servindo como verdadeiro norte para o comportamento do titular do direito.<sup>454</sup>

---

<sup>450</sup> Lopez, “Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito”, p. 551.

<sup>451</sup> Judith Martins-Costa entende que o ordenamento jurídico brasileiro consagrou uma ilicitude no modo de exercício de posições jurídico-subjetivas, criticando aqueles que enxergam no artigo 187 uma referência à fórmula do abuso do direito: “[O artigo 187] não se limita à figura do abuso, não requer intenção emulativa e abarca (i) o exercício contraditório, quando desleal; (ii) o exercício disfuncional (pois divorciado da função atribuída ao direito subjetivo, potestativo ou faculdade); e (iii) o exercício desmesurado ou desmedido de direito subjetivo, potestativo ou faculdade. É apenas nesse último sentido que a fórmula ‘abuso de direito’ deve ser tecnicamente empregada [...]” (Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*, p. 612).

Adotar-se-á neste trabalho, como já visto anteriormente, a definição de que todas as três hipóteses listadas por Judith Martins-Costa são hipóteses de conduta abusiva.

<sup>452</sup> “Artigo 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

<sup>453</sup> Rosalice Fidalgo Pinheiro nota o encontro de duas tradições jurídicas – a francesa e a alemã – na redação do artigo 187 do Código Civil de 2002 (Rosalice Fidalgo Pinheiro, *O abuso do direito e as relações contratuais* [Rio de Janeiro: Renovar, 2002], p. 248).

<sup>454</sup> Judith Martins-Costa postula que o artigo 187 pode ser tido como o “eixo de um sistema de ordenação do exercício jurídico lícito (ou, inversamente, de um sistema de coibição do exercício jurídico ilícito” (Martins-Costa, “Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé”, p. 88).

O artigo 187 também traz a possibilidade da ocorrência do abuso no exercício de qualquer direito por seu titular. Há uma imposição de limites valorativos, independentemente de se tratar de direitos subjetivos ou outras prerrogativas jurídicas.<sup>455</sup>

Assim, haverá abuso sempre que quebrada a boa-fé e a confiança que deve reger as relações interpessoais. O abuso também estará presente quando desviada a finalidade intrínseca de cada direito.<sup>456</sup> Constatado o abuso, tais parâmetros – a boa fé, a função econômica e social e os bons costumes – servirão para impor limites e corrigir a conduta do titular do direito.

São verdadeiras orientações genéricas que, dada a inconveniência de listar os atos permitidos no exercício do direito, objetivam instruir, prover diretrizes, acerca da conduta esperada do respectivo titular. Nesse sentido, confira-se a lição de Giovanni Ettore Nanni ao discorrer sobre os parâmetros estabelecidos pela lei:<sup>457</sup>

*“O seu papel é duplo: por um lado orientar os respectivos titulares na determinação hic et nunc dos atos que lhes é lícito praticar; por outro, constituir válvulas de segurança contra a aplicação rígida e cega dos esquemas abstratos da lei, fundamentando a defesa contra os tais exercícios ilegítimos dos direitos [...]”*

Cumpra então passar pelos parâmetros, ou orientações, limitadores do exercício do direito dispostos pelo artigo 187.<sup>458</sup> A função econômica e social do direito se relaciona à finalidade

---

<sup>455</sup> Lopez, “Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito”, p. 552-553.

<sup>456</sup> Carlos Affonso Pereira de Souza dá espaço para a ideia de Vittorio Giorgianni no sentido de que o interprete deve privilegiar conceitos ligados ao valor que inspira o direito e não à sua finalidade. Segundo Giorgianni, a finalidade do direito envolve considerações extrajurídicas com as quais o pesquisador com formação jurídica não está necessariamente habituado. Carlos Affonso conclui, ao final, que após a identificação e distinção entre função e valor, o que a jurisprudência e a doutrina comumente aplicam é a chamada análise funcional, que se vale tanto de elementos finalísticos como axiológicos. (Carlos Affonso Pereira de Souza, *Abuso do direito nas relações privadas*, 1ª edição [Rio de Janeiro: Elsevier, 2013], p. 71–72).

<sup>457</sup> Nanni, “Abuso do direito”, p. 745.

<sup>458</sup> Judith Martins-Costa critica a utilização do termo “limite” para as balizas de licitude no exercício jurídico estabelecidas pelo artigo 187. Segundo a autora, tratam-se de critérios que conformam o exercício dos direitos situacionalmente, segundo medidas de intensidade somente averiguáveis no caso concreto. (Martins-Costa, “Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé”, p. 76).



intrínseca daquele direito dentro do ordenamento jurídico. Cada instituto, a propriedade, o contrato, o direito autoral etc., possui um objetivo próprio.<sup>459</sup>

Todo direito é instrumento de um determinado fim, que embasa seu exercício pelo respectivo titular.<sup>460</sup> Há abuso na medida em que o titular do direito o exerce de maneira contrária à sua função concebida pelo ordenamento jurídico. A constatação do abuso dependerá, conseqüentemente, da natureza do direito discutido.<sup>461</sup>

Bruno Miragem afirma que a vinculação do exercício de direitos subjetivos a uma finalidade socialmente útil reforça a sua legitimidade. Os direitos são estabelecidos em virtude do interesse da comunidade em proteger ou tutelar determinada situação. O exercício do direito de forma socialmente inútil, sem atenção à sua finalidade econômica e social, que podem ser medidas pelo próprio conteúdo desse direito, é abusivo.<sup>462</sup>

A esse respeito, Pietro Perlingeri é preciso: “*o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade*”. Os limites para o exercício do direito nascem junto com ele e constituem seu aspecto qualitativo, identificando sua essência, sua função.<sup>463</sup>

Para António Menezes Cordeiro, a função econômica e social do direito se relaciona com a sua configuração real, apurável por meio da interpretação. Se um direito é atribuído com certo perfil, já não haverá direito quando seu titular desrespeitar tal norma constitutiva.<sup>464</sup> Isto é, cada

---

<sup>459</sup> Nanni, “Abuso do direito”, p. 745.

<sup>460</sup> Confirma-se o ensinamento de Carlos Maximiliano a respeito do fim de um direito: “*Bem antiga é a obra de Thibaut, de 1799, e já prescrevia ao hermeneuta considerar o fim colimado pelas expressões de Direito, como elemento fundamental para descobrir o sentido e o alcance das mesmas. Não se compreenderia conceito algum sem ascender à respectiva série causal; mas não haveria necessidade de compreendê-lo, se o seu destino não fora atuar sobre a vida e correr uma linha fecunda de efeitos*” (Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 19ª edição [Rio de Janeiro: Forense, 2005], p. 124).

<sup>461</sup> Nanni, “Abuso do direito”, p. 753.

<sup>462</sup> Miragem, *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado*, p. 36 e 147 *et seq.*

<sup>463</sup> Perlingeri, *O direito civil na legalidade constitucional*, p. 677-681.

<sup>464</sup> António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português*, parte geral, tomo I (Coimbra: Almedina, 2005), p. 194.

direito possui uma função que lhe é própria, que justifica sua atribuição e define seu exercício. Ultrapassadas essas fronteiras, seu exercício será abusivo.<sup>465</sup>

A boa-fé é um dos princípios fundamentais do direito. Integra de maneira indissociável a ordem jurídica e todas as relações interpessoais, servindo como baliza para o comportamento das partes. Nela se encerra um componente axiológico, de respeito à dignidade da pessoa humana e aos valores e princípios que regem o sistema jurídico.<sup>466</sup>

O artigo 187 se refere à boa-fé objetiva, apesar de não a qualificar dessa forma. Ele não trata da boa-fé subjetiva, que perquire o *animus* do agente. Impõe uma norma de conduta que deve ser objetivamente observada pelo titular do direito: não violar a confiança sustentada pela outra parte, não a onerar excessivamente, causando um desequilíbrio manifesto na relação, não agir de maneira contraditória ou desleal etc.<sup>467</sup>

É um modelo ideal de atuação social, uma conduta paradigmática, que possui uma eficácia relacional negativa, isto é, de rejeição ao exercício do direito que a viole, e também uma eficácia relacional positiva, provendo balizas para o exercício dos direitos.<sup>468</sup>

Judith Martins-Costa afirma que a boa-fé é “*um bem jurídico-cultural operativo, isto é, um valor dotado de realizabilidade*”. Prossegue, acrescentando que a boa-fé historicamente exprime os valores fundamentais do sistema jurídico, para concluir, com esteio em António Menezes Cordeiro, que, no exercício dos direitos em respeito à boa-fé, há a ideia de observância aos vetores do próprio sistema que atribui os direitos em causa.<sup>469</sup>

A boa-fé, além disso, possui uma vagueza semântica que possibilita identificar novas hipóteses de abuso do direito, revelando-se um instrumento de grande utilidade para

---

<sup>465</sup> João de Matos Antunes Varela e António Pires de Lima, *Código Civil anotado*, Reimpressão da 4ª edição (Coimbra: Coimbra Editora, 2010), p. 299.

<sup>466</sup> Nanni, “Abuso do direito”, p. 754-755.

<sup>467</sup> Nanni.; Martins-Costa, “Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé”, p. 81.

<sup>468</sup> Miragem, *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado*, p. 151 *et seq.*

<sup>469</sup> Martins-Costa, “Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé”, p. 85.

demarcação, no caso concreto, da extensão dos direitos e faculdades que não foram objeto de maior precisão legislativa.<sup>470</sup>

Os bons costumes não possuem determinação precisa e seu teor será determinado pelo juiz na análise do caso concreto. Trata-se de um conjunto de práticas e regras sociais, éticas e morais predominantes em um determinado momento, em uma determinada sociedade, que passam a ser tuteladas pelo direito.<sup>471</sup> São construídos por uma herança histórica, atingindo autoridade em razão da perpetuação de uma dada experiência.<sup>472</sup>

Nesse sentido, o exercício do direito é contrário aos bons costumes quando for considerado imoral ou violador de normas comumente aceitas e observadas pela sociedade. Exige-se um senso comum que enxergue na ação do agente uma conduta condenável, configurando o abuso do direito.<sup>473</sup>

Para que os bons costumes mereçam proteção legal, no entanto, devem se referir a costumes jurídicos adotados de maneira regular e considerados obrigatórios – ainda que, a rigor, não o sejam – pela sociedade. Não se referem aos costumes meramente sociais, religiosos ou filosóficos, mas sim a uma ética objetiva integrada à sociedade.<sup>474</sup>

Os bons costumes atuam como limitador do exercício do direito não apenas em relação aos interesses de cada parte no negócio jurídico, mas tendo em vista também os interesses de toda a sociedade. Possuem, dessa forma, eficácia geral, não restrita aos interesses dos sujeitos da relação jurídica. Podem, inclusive, limitar o exercício do direito desejado pelos próprios sujeitos do negócio, que, contudo, seja considerado abusivo em relação à comunidade.<sup>475</sup>

---

<sup>470</sup> Martins-Costa, p. 90.

<sup>471</sup> Nanni, “Abuso do direito”, p. 756–757.

<sup>472</sup> Cachapuz, “A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do art. 187 do novo Código Civil brasileiro”, p. 1273 *et seq.*

<sup>473</sup> Nanni, “Abuso do direito”, p. 756–757.

<sup>474</sup> Nanni, p. 756–757.

<sup>475</sup> Miragem, *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado*, p. 161.

António Menezes Cordeiro, citando análise de Karl Larenz e Manfred Wolf sobre a jurisprudência alemã, lista, dentre os casos típicos de atuação contrária aos bons costumes, a “*utilização excessiva dum posição de supremacia e exploração do devedor*”.<sup>476</sup>

A configuração do abuso do direito passa, assim, pela violação à função social e econômica do direito, da boa-fé ou dos bons costumes. Porém, não basta a mera ultrapassagem de tais limites. A violação deve ser suficientemente grave ao ponto de justificar a limitação do direito que possuía seu titular, medida essa que é excepcional.<sup>477</sup>

O advérbio “manifestamente”, constante do artigo 187, serve, nesse contexto, como mecanismo de ponderação para determinar a necessidade e a extensão da interferência na liberdade do titular do direito exercido com abuso. Somente por meio da aferição casuística de uma situação, poder-se-á determinar se e em que medida a teoria do abuso do direito terá aplicação.<sup>478</sup>

Portanto, o artigo 187 traz consigo o aparato necessário para implementar e fazer valer os valores do sistema jurídico preconizados pela Constituição da República e pelo Código Civil de 2002, notadamente a boa-fé e a atenção à função econômica e social dos direitos. Explorar-se-á abaixo como a teoria do abuso do direito e, mais especificamente, o artigo 187, podem ser instrumentos para coibir práticas abusivas adotadas pela indústria cultural e contribuir para um sistema de direitos autorais que melhor equilibre interesses privados e sociais.

### **2.3.3 Práticas Abusivas Adotadas pela Indústria Cultural**

Como visto, uma das funções do direito autoral é a promoção da cultura por meio da difusão de conhecimento, que transcende o monopólio temporário conferido aos titulares de direitos autorais.<sup>479</sup> Para que o direito autoral possa atingir tais finalidades, é imprescindível que

---

<sup>476</sup> Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português*, p. 706.

<sup>477</sup> Lopez, “Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito”, p. 553; Andorno, “Abuso del derecho”, p. 747 *et seq.*

<sup>478</sup> Lopez, “Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito”, p. 553.

<sup>479</sup> Abrão, *Direitos de autor e direitos conexos*, p. 512.

os titulares de direitos autorais respeitem os direitos de outros titulares e também do público usuário de obras intelectuais.

A garantia constitucional do artigo 5º, inciso XXVII, que concede aos autores o direito exclusivo de utilizar, publicar e reproduzir a obra, não é, por óbvio, irrestrita, encontrando limites em outros direitos e garantias também estabelecidos na Constituição da República.<sup>480</sup>

Da mesma forma que é impossível compreender a propriedade como um direito absoluto, também é “*deslocado partir do pressuposto de um direito de autor ilimitado*”. Como pontua José de Oliveira Ascensão, o direito autoral é constituído tanto de normas positivas, como de normas negativas, ambas integrando a atribuição na qual esse direito se cifra.<sup>481</sup>

Em outras palavras, não se pode tratar do direito autoral apenas enxergando as normas positivas – as normas que conferem proteção legal às obras intelectuais. Deve-se, conjuntamente, tratar das normas negativas – as normas que de alguma forma limitam ou excepcionam a proteção conferida. São duas faces da mesma moeda.

Além das restrições intrínsecas ao direito autoral<sup>482</sup>, existem também restrições extrínsecas, fundadas em noções de ordem pública<sup>483</sup> e resultantes da coexistência entre direitos.<sup>484</sup> Acrescenta-se que tais restrições extrínsecas tomam a forma, no direito brasileiro,

---

<sup>480</sup> Abrão, p. 512.

No mesmo sentido: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Tecnologia e Sociedade, *Direitos autorais em reforma* (Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2011), p. 43, <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8789/CTS%20-%20Direitos%20Autorais%20em%20Reforma.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

<sup>481</sup> Ascensão, *Direito autoral*, p. 256.

<sup>482</sup> Guilherme Carboni aponta como restrições intrínsecas o objeto e duração da proteção autoral, bem como as limitações e exceções previstas na LDA que visam atender ao interesse público. (Carboni, *Função social do direito de autor*, p. 155 *et seq.*).

<sup>483</sup> Ascensão, *Direito autoral*, p. 269.

Antônio Menezes Cordeiro assim define a ordem pública: “A autonomia privada é limitada por normas jurídicas imperativas. Todavia, o sistema não inclui apenas normas, a retirar das fontes, pela interpretação: ele abrange, antes, também princípios, a construir pela Ciência jurídica. Tais princípios correspondem a vectores não expressamente legislados, mas de funcionamento importante.” (Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português*, p. 710, Parte geral, tomo I).

<sup>484</sup> “São por isso limites extrínsecos: não é necessário a lei autoral prevê-los, porque em qualquer caso surgiriam a exigir a necessária conciliação” (Ascensão, “O direito autoral numa perspectiva de reforma”, p. 42).

dos valores trazidos pelo sistema jurídico, como a eticidade e a socialidade, e das garantias constitucionais de acesso à educação, cultura e ciência.

Guilherme Carboni assinala que o conflito entre o interesse individual do titular de direitos autorais e o interesse coletivo pode ser resolvido não apenas pelas limitações intrínsecas, mas também pela regulamentação do exercício do direito autoral, compreendendo o cumprimento de sua função social e também a aplicação da teoria do abuso do direito.<sup>485</sup>

Porém, não raro o direito autoral é analisado, debatido e aplicado sob um único prisma: o das normas positivas. Trata-se de reflexo da perspectiva predominantemente privada existente sobre o regime orientador da produção e de acesso às obras intelectuais<sup>486</sup>, que ignora a existência de verdadeiros deveres do direito autoral.

Allan Rocha de Souza aponta que a Constituição da República traz, como direito fundamental, a ampla liberdade de acesso à cultura. Assim, os direitos patrimoniais conferidos aos titulares de direitos autorais consistem em uma exceção na perspectiva libertária do direito à cultura, do qual é espécie. A inversão dessa lógica retira ou esvazia a funcionalidade da proteção e do exercício dos direitos autorais.<sup>487</sup> Essa prática comum conduz aos abusos.

Dentre as possibilidades de exercício abusivo do direito autoral, destacam-se as restrições impostas pelos titulares de direitos autorais ao uso livre da obra intelectual, isto é, às limitações e exceções previstas na LDA, de forma a impedir que os usuários façam uso lícito da obra intelectual independente de prévia permissão; o abuso da posição jurídica detida pelos titulares de direitos autorais enquanto detentores dos direitos sobre obras necessárias ao exercício de atividades profissionais, científicas ou acadêmicas, impondo ônus excessivo, e muitas vezes,

---

<sup>485</sup> Guilherme Carboni, “Conflitos entre direito de autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico”, in *Propriedade intelectual: estudos em homenagem à Professora Maristela Basso*, org. Patrícia Luciane de Carvalho (Curitiba: Juruá, 2005), p. 421.

<sup>486</sup> Pereira de Souza, *Abuso do direito nas relações privadas*, p. 109.

<sup>487</sup> Allan Rocha de Souza, *Direitos culturais no Brasil* (Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2012), p. 133–134.

No mesmo sentido: “*Não se esqueça que a própria regra do Direito Autoral é (formalmente) exceção em relação a outras regras mais altas, nomeadamente a da liberdade de expressão*” (Ascensão, “A função social do direito autoral e as limitações legais”, p. 91).

além dos limites legais, em detrimento dos usuários; a restrição ou embaraço à livre circulação de obras intelectuais por decisão dos titulares de direitos autorais etc.<sup>488</sup>

A verificação da abusividade é estritamente funcional, observando o desempenho do direito autoral fora das suas funções e desatendendo os valores que inspiram a sua proteção pelo ordenamento jurídico. A teoria do abuso do direito instrumentaliza, assim, a análise funcional do direito autoral, abrindo o caminho para a tutela de suas finalidades sociais e econômicas, além de contar com a boa-fé como parâmetro de correção de condutas.<sup>489</sup>

As hipóteses de abuso são vastas e devem ser reprimidas pela doutrina e jurisprudência, sob pena de negativa aos valores do sistema jurídico brasileiro e às finalidades pretendidas pelo direito autoral. Abordar-se-á dois exemplos práticos de abuso nas subseções abaixo, com uma ressalva metodológica: embora haja o entendimento de que o abuso do direito se relaciona ao abuso de poder econômico<sup>490</sup>, o foco desta seção se dará exclusivamente no âmbito civilista da aplicação do artigo 187 do Código Civil de 2002.

### 2.3.3.1 Restrições Abusivas à Cópia de Livros (ou o “caso ABDR”)

O caso da Associação Brasileira de Direitos Reprográficos (“ABDR”)<sup>491</sup> é emblemático. A partir do ano de 2004, ao adotar uma propaganda agressiva contra a reprodução de obras intelectuais protegidas, especialmente em ambiente universitário, a ABDR conseguiu intimidar alunos, professores, e donos de estabelecimentos que se propõem a extrair cópias reprográficas. Copiar um livro dentro dos limites legais, em domínio público ou licenciado por meio de sistemas alternativos de direitos autorais, tornou-se tarefa muito mais difícil.<sup>492</sup>

---

<sup>488</sup> Abrão, *Direitos de autor e direitos conexos*, p. 512–513.

<sup>489</sup> Pereira de Souza, *Abuso do direito nas relações privadas*, p. 108–114.

<sup>490</sup> Miragem, *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado*, p. 105 *et seq.*

<sup>491</sup> Associação sem fins lucrativos composta por “algumas das mais importantes editoras de livros didáticos e técnicos do país” e tem por objetivo, segundo seu *website*, “esclarecer e orientar quanto ao direito autoral e a fiscalização, o combate e a punição à pirataria editorial” (“ABDR - Associação Brasileira de Direitos Reprográficos”, [s.d.], [http://www.abdr.org.br/site/sobre\\_abdr.asp](http://www.abdr.org.br/site/sobre_abdr.asp)).

<sup>492</sup> Mizumaki *et al.*, “Exceptions and limitations to copyright in Brazil: a call for reform”, p. 88 *et seq.*

Trata-se de postura contrária ao paradigma de acesso à cultura, conhecimento e informação e bem reflete os interesses cada vez mais divergentes dos titulares de direitos autorais e do público usuário de obras intelectuais. A colisão entre ABDR e as comunidades universitárias possuía como pano de fundo a possibilidade de realização de cópias reprográficas, envolvendo obras protegidas ou não, versus a dificuldade de acesso às extensas bibliografias exigidas por cursos de ensino superior.

Até o ano de 2004 e, em muitos casos, ainda hoje, instituições universitárias brasileiras não possuíam qualquer política ou orientação formal sobre a realização de cópias reprográficas dentro de seus *campi*. Não é exagero afirmar que a realização de cópias reprográficas resiste como uma ferramenta essencial para professores e alunos desenvolverem suas atividades acadêmicas.<sup>493</sup>

Os estabelecimentos de cópias comumente espalhados pelos *campi* universitários possuem capítulos e livros inteiros à disposição dos alunos, previamente copiados e prontos para se transformar em inúmeras novas vias idênticas daquela obra intelectual. Professores também mantinham junto desses estabelecimentos pastas contendo as cópias da bibliografia de seus cursos;<sup>494</sup> hoje, com a digitalização das obras, o fenômeno apenas mudou de plataforma, mas permanece vivo. Tudo isso era e é feito sem a autorização dos titulares de direitos sobre as obras intelectuais.

A prática de realização de cópias reprográficas em ambientes universitários é, para além de uma conveniência, uma necessidade. O mercado brasileiro de livros apresenta preços elevados para uma grande parcela da população e obras estrangeiras ou esgotadas permeiam as bibliografias requeridas pelas instituições de ensino superior.<sup>495</sup>

Antonio Carlos Morato reconhece que “*abordar o custo dos livros para os estudantes de ensino superior é vital*”, apontando que o fenômeno da cópia massiva de livros universitários

---

<sup>493</sup> Mizumaki *et al.*, p. 88.

<sup>494</sup> Mizumaki *et al.*, p. 88.

<sup>495</sup> Mizumaki *et al.*, p. 88.



não atinge outras obras literárias, como os romances, jornais ou revistas, que apresentam custo inferior.<sup>496</sup>

Uma pesquisa conduzida em 2008 pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (“IDEC”) identificou o valor para aquisição dos livros que compunham a bibliografia básica do primeiro ano de cursos superiores de Direito, Administração e Economia, ministrados por instituições públicas e privadas nos estados de São Paulo e Rio de Janeiro.<sup>497</sup>

Os números apurados pelo IDEC impressionam: o custo médio do material de leitura recomendado para o primeiro ano de curso totalizou R\$ 2.578,46 em instituições públicas e R\$ 3.907,89 em instituições particulares. Esses valores consideravam apenas os livros que puderam ser encontrados à venda. Mais de 40% dos livros requisitados por instituições privadas estavam esgotados, número que subiu para 54% dos livros em se tratando de instituições públicas.<sup>498</sup>

Na comparação com o salário mínimo vigente à época da pesquisa, que era de R\$ 415,00 por mês, logo se conclui que os valores para aquisição da bibliográfica básica de cursos superiores é impraticável para grande parte dos estudantes.<sup>499</sup>

Em estudo elaborado pelos economistas Fabio Sá Earp e George Kornis no ano de 2005, verificou-se que o preço relativo dos livros brasileiros é 270% maior do que no Japão e 150% maior do que nos EUA.<sup>500</sup> A escassez nacional de lojas de livros e bibliotecas ilustra essa realidade.

---

<sup>496</sup> Antonio Carlos Morato, “Aspectos convergentes e divergentes entre a proteção ao consumidor e aos autores e titulares de direitos conexos”, in *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas*, org. Renan Lotufo e Fernando Rodrigues Martins (São Paulo: Saraiva, 2011), p. 432.

<sup>497</sup> Mizumaki *et al.*, “Exceptions and limitations to copyright in Brazil: a call for reform”, p. 88; IDEC, “Copiar é preciso”, *Revista do IDEC*, abril de 2008.

<sup>498</sup> Mizumaki *et al.*, “Exceptions and limitations to copyright in Brazil: a call for reform”, p. 88–89; IDEC, “Copiar é preciso”.

<sup>499</sup> Mizumaki *et al.*, “Exceptions and limitations to copyright in Brazil: a call for reform”, p. 89.

<sup>500</sup> Os autores prosseguem, para concluir que “o livro relativamente mais caro fica fora do alcance de populações cuja renda é baixa, visto que o produto tem uma elasticidade-preço da demanda tão mais elevada quanto maior for o seu peso na despesa total do consumidor. Assim se entende que as populações de países com alta renda per capita possam comprar maior número de livros, enquanto as dos países mais pobres só podem acessá-los através de transferências, isto é, se pagos pelo governo ou por bibliotecas privadas”. (Fabio Sá Earp e George Kornis, *A economia da cadeia produtiva do livro* [Rio de Janeiro: BNDES, 2005], p. 62 *et. seq.*, [http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/ebook/ebook.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/ebook/ebook.pdf)).

Ronaldo Lemos destaca que em 2007 o Brasil possuía aproximadamente 2.000 livrarias. Em média, havia no país uma livraria para cada 85.000 habitantes. A maioria das cidades brasileiras não possuía sequer uma livraria. A situação era ainda pior na região norte: a média era de uma livraria para cada 215.000 habitantes e estados inteiros como Roraima, Tocantins e Amapá possuíam apenas duas livrarias cada.<sup>501</sup>

As bibliotecas brasileiras, por sua vez, são pobres, isoladas, mal administradas e, na grande maioria das vezes, incapazes de atender à demanda do público. Seus acervos são vítimas de pilhagem constante e a manutenção é insuficiente.<sup>502</sup>

Especificamente com relação às bibliotecas universitárias, o IDEC também avaliou o acervo disponibilizado pelas instituições que foram objeto da sua pesquisa. Dos títulos que compunham a bibliografia básica recomendada por instituições privadas, 32% eram indisponíveis nas bibliotecas. Nas instituições públicas, 38% dos títulos eram indisponíveis.<sup>503</sup>

Dentre os títulos disponíveis nas bibliotecas universitárias, o IDEC apurou que o número de exemplares era muito abaixo do número de estudantes. Em média, nas instituições públicas havia menos de 6 exemplares para cada 100 estudantes. Nas instituições particulares, a média de livros por estudantes era inferior a 10 exemplares para cada 100 estudantes. Especificamente para os cursos de Direito, a média era de 3 exemplares para cada 100 estudantes.<sup>504</sup>

---

<sup>501</sup> Ronaldo Lemos, “From legal commons to social commons: Brazil and the cultural industry in the 21st century” (Centre for Brazilian Studies, University of Oxford, 2007), p. 15, <http://www.area-studies.ox.ac.uk/sites/sias/files/documents/R.%2520Lemos80.pdf>.

Os economistas Fabio Sá Earp e George Kornis, em outro estudo sobre a cadeia produtiva do livro, desta vez baseado nos resultados da pesquisa “Retratos da Leitura no Brasil 3”, destacam que 65% das pessoas que compram livros o fazem em livrarias. As livrarias também são o maior canal de venda das editoras, recebendo 40,51% do total de exemplares. (Fabio Sá Earp e George Kornis, “A cadeia produtiva do livro e a leitura”, in *Retratos da leitura no Brasil 3*, org. Zoara Failla [Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2012], p. 147–149, <http://www.imprensaoficial.com.br/retratosdaleitura/RetratosDaLeituraNoBrasil3-2012.pdf>.)

Assim, é razoável considerar a existência de livrarias como uma porta de acesso aos livros, como sugere Ronaldo Lemos (Lemos, “From legal commons to social commons: Brazil and the cultural industry in the 21st century”, p. 13).

<sup>502</sup> Earp e Kornis, *A economia da cadeia produtiva do livro*, p. 53.

<sup>503</sup> IDEC, “Copiar é preciso”.

<sup>504</sup> IDEC.

Segundo Fabio Sá Earp e George Kornis, o padrão bibliotecário internacional é de possuir 1 livro para cada 5 usuários. (Earp e Kornis, *A economia da cadeia produtiva do livro*, p. 55).

O pagamento de uma taxa menor para a reprodução autorizada de partes de obras protegidas para fins acadêmicos não era, à época, uma alternativa para baratear o acesso de professores e estudantes, muitas vezes interessados em certos capítulos de um livro, e não na obra integral.<sup>505</sup>

A estratégia adotada pela ABDR foi a de realizar uma enorme campanha jurídica e midiática para estigmatizar a realização de cópias, tornando-se uma Associação cujo objetivo era impor sua visão do direito autoral. A crítica feita por Pedro Nicoletti Mizumaki, Ronaldo Lemos, Bruno Magrani e Carlos Affonso Pereira de Souza é contundente: a ABDR tentou reescrever a LDA por meio da “*desinformação e intimidação*”.<sup>506</sup>

Assim, a ABDR passou a levar instituições de ensino superior e donos de estabelecimentos de cópias a juízo.<sup>507</sup> Em que pese a intenção fosse legalmente legítima – tentar obstar cópias de livros protegidos que, em outro cenário, poderiam ser comprados pelos estudantes –, os meios adotados e os efeitos práticos conquistados foram questionáveis.

Dentre os alvos da ABDR, estavam a Universidade de São Paulo, a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e a Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Professores e Centros Acadêmicos também foram ameaçados.<sup>508</sup>

O resultado foi o constrangimento dos estabelecimentos de cópias, de forma que, como dito acima, qualquer realização de cópias, seja ilegal ou dentro do previsto pela LDA, seja de

---

<sup>505</sup> Lemos, “From legal commons to social commons: Brazil and the cultural industry in the 21st century”, p. 17; Morato, “Aspectos convergentes e divergentes entre a proteção ao consumidor e aos autores e titulares de direitos conexos”, p. 432.

Em julho de 2007, a ABDR finalmente se rendeu à modalidade de licenciamento que permite o uso de partes de obras para fins acadêmicos, com o lançamento do projeto “Pasta do Professor”. Não se pretende aqui tecer maiores comentários à iniciativa da ABDR, mormente pela falta de estudos empíricos sobre sua efetividade no mercado editorial. Contudo, cumpre ressaltar que o modelo se baseia na seleção de um texto *online* para posterior impressão física em uma livraria cadastrada, revelando, de pronto, seu anacronismo e potencial funcionamento apenas em grandes centros urbanos que contam com as aludidas livrarias cadastradas.

<sup>506</sup> No original: “*rewriting copyright law through misinformation and intimidation*”. Mizumaki, Lemos, Magrani e Pereira de Souza prosseguem, tecendo severas críticas à incapacidade de a ABDR adaptar seu modelo de negócio a uma nova realidade: “[ABDR] *restricted itself to sales of hard-copy books backed by threats of criminal litigation*” (Mizumaki *et al.*, “Exceptions and limitations to copyright in Brazil: a call for reform”, p. 89–90).

<sup>507</sup> Mizumaki *et al.*, p. 90.

<sup>508</sup> Lemos, “From legal commons to social commons: Brazil and the cultural industry in the 21st century”, p. 16.

obras protegidas ou em domínio público, ou ainda licenciadas por sistemas alternativos de direitos autorais, passou a ser taxada, genericamente, como “pirataria”.<sup>509</sup>

Segundo pesquisa encomendada pelas Associação Brasileira de Difusão do Livro; Associação Nacional de Livrarias; Câmara Brasileira do Livro; Associação Estadual de Livrarias do Rio de Janeiro; e Câmara do Livro, as despesas com cópias são consistentemente maiores em domicílios com estudantes – isso indicaria que pelo menos parte dessas cópias substituem livros que seriam comprados.<sup>510</sup>

Ainda segundo a aludida pesquisa, houve uma queda substancial das cópias realizadas em instituições de ensino na comparação entre os anos 2002-2003 e 2008-2009<sup>511</sup>, sugerindo que essa queda foi fruto de ações antipirataria levadas a cabo por várias entidades no período, principalmente em instituições de ensino.<sup>512</sup>

Contudo, a pesquisa concluiu que houve um aumento de participação das cópias nas despesas com itens de leitura no período considerado.<sup>513</sup> Destaca-se que a realização de cópias simplesmente migrou para papelarias e copiadoras localizadas fora das instituições de ensino, as quais registraram significativo aumento.<sup>514</sup>

A conclusão inevitável é de que a ação conduzida pela ABDR, longe de ter o efeito desejado, qual seja, promover a aquisição de livros, apenas redirecionou estudantes para outros estabelecimentos de realização de cópias. O problema do preço e indisponibilidade dos livros não foi em momento algum abordado.

---

<sup>509</sup> Mizumaki *et al.*, “Exceptions and limitations to copyright in Brazil: a call for reform”, p. 90.

<sup>510</sup> Kaizô Iwakami Beltrão, org., “O livro e a leitura nas famílias brasileiras: o que mudou em seis anos? - Um estudo com base nas pesquisas de orçamento familiar do IBGE de 2002-2003 e 2008-2009”, julho de 2012, p. 153, [http://anl.org.br/web/pdf/o\\_livro\\_no\\_orcamento\\_familiar.pdf](http://anl.org.br/web/pdf/o_livro_no_orcamento_familiar.pdf).

Cabe o questionamento se tais livros seriam efetivamente comprados. Acima, demonstrou-se que o preço dos livros é inacessível para a maior parte da população, o que leva à conclusão de que, não fossem as cópias, possivelmente grande parte dos estudantes ficaria sem qualquer acesso à bibliografia de seus cursos.

<sup>511</sup> Beltrão, p. 137.

<sup>512</sup> Beltrão, p. 153.

<sup>513</sup> Beltrão, p. 46.

<sup>514</sup> Beltrão, p. 137.

A campanha lançada pela ABDR anunciava que até mesmo a reprodução de pequenos excertos de obras protegidas é proibida, tornando a autorização prevista no artigo 46, inciso II, da LDA<sup>515</sup>, virtualmente inútil.<sup>516</sup>

A visão conferida à aludida disposição por parte da ABDR vai de encontro à interpretação consolidada em estabelecimentos de cópias e na cabeça de grande parte dos estudantes: o “pequeno trecho” é entendido como uma autorização para a cópia de uma certa porcentagem da obra protegida, ao redor de 10 a 20%.<sup>517</sup> A ABDR entende que a cópia deve se restringir a uma porção não substantiva, isto é, que não compreenda o cerne do trabalho copiado.<sup>518</sup> Segundo o IDEC, em alguns casos a ABDR entende que a permissão do artigo 46, inciso II, compreende a cópia de uma única página.<sup>519</sup>

---

<sup>515</sup> “Artigo 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: [...] II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro”.

<sup>516</sup> Mizumaki *et al.*, “Exceptions and limitations to copyright in Brazil: a call for reform”, p. 90–91; Edson Beas Rodrigues Jr., *The general exception clauses of the TRIPS agreement*, 1ª edição, Cambridge intellectual property and information law (William Morrow, 2012), p. 302–303.

<sup>517</sup> Lemos, “From legal commons to social commons: Brazil and the cultural industry in the 21st century”, p. 16.

Eliane Y. Abrão menciona a Resolução USP-5.213 de 2.6.2005, que disciplinou, no âmbito da Universidade de São Paulo, a extração de cópias reprográficas, autorizando a “*cópias de pequenos trechos, como capítulos de livros e artigos de periódicos ou revistas científicas*”. A aludida Resolução garante também a extração de cópias integrais de obras esgotadas sem republicação há mais de 10 anos, obras em domínio público e as autorizadas expressamente para reprodução, tais como as licenciadas por sistemas alternativos de direitos autorais. (Abrão, *Direitos de autor e direitos conexos*, p. 348).

Guilherme Carboni critica o fato de que os estabelecimentos de cópias não efetuem, na prática, cópias em quantidade superior a dez por cento do número de páginas de um livro com base na interpretação de que a expressão “pequenos trechos” deveria corresponder a esse percentual: “*O resultado é a perversão da lei para favorecer interesses meramente corporativistas, pois a lei não estabelece limitações quantitativas. [...] Quem perde com isso não é somente o estudante, o pesquisador ou o cientista, mas, em última instância, o próprio país*”. (Carboni, *Função social do direito de autor*, p. 169).

<sup>518</sup> Edson Beas Rodrigues Jr. observa: “*If the ABDR’s understanding were correct, the manager of a copyshop could only reproduce a certain chapter of a copyrighted work, at the request of a college student, after examining the whole contents of the work and confirming that the chapter does not encompass the core thereof. [...] Even if the realization of the prior assessment were viable, what would be the relevance to a student, researcher or teacher to reproduce unimportant extracts of a work, in terms of substance? In other words, the ABDR seems to argue that the Brazilian private copying exception only allows the reproduction of qualitatively and quantitatively insignificant extracts of a work [...]. This interpretive alternative is impossible to implement and, therefore, has the effect of making the private copying exception devoid of any practical applicability*”. (Rodrigues Jr., *The general exception clauses of the TRIPS agreement*, p. 302–303).

Felipe Barreto Frias conclui com uma provocação: “*para concretização do conceito de pequena parte afigura-se nos indiferente a importância da parte reproduzida; tal critério seria por demais incerto (Qual a parte principal de uma música? E de um livro?)*”. (Felipe Barreto Frias, “O instituto da cópia privada no direito autoral brasileiro - análise dogmática e crítica”, *Revista dos tribunais*, abril de 2006, p. 79).

<sup>519</sup> IDEC, “Copiar é preciso”.

O copista autorizado, na interpretação da ABDR, deve ser o próprio estudante, isto é, o estudante que deve operar a máquina reprográfica, ao contrário da rotineira prática consistente em um terceiro, funcionário do estabelecimento de cópias, operar a máquina por solicitação do estudante.<sup>520</sup>

Por fim, de acordo com a ABDR, a interdição do lucro se direciona não apenas ao estudante, usuário final da obra intelectual, mas também ao estabelecimento de cópias, uma vez que tais estabelecimentos estariam auferindo um lucro ilícito ao auxiliar estudantes nas cópias de obras dentro dos limites do artigo 46, inciso II, da LDA.<sup>521</sup>

Mais uma vez, Pedro Nicoletti Mizumaki, Ronaldo Lemos, Bruno Magrani e Carlos Affonso Pereira de Souza são precisos: “*nos estabelecimentos de cópias localizados em*

---

Antonio Carlos Morato afirma que a dificuldade para estabelecer os parâmetros da cópia autorizada pelo artigo 46, inciso II, da LDA, “*não deve obstar o diálogo e nem fortalecer o discurso de que existem ‘verdadeiras gráficas funcionando em muitas fotocopiadoras (ainda que em parte delas isso seja verdadeiro), já que a cópia parcial não deve ser visualizada como ilícita (já que poderia estimular a aquisição de toda a obra), ao passo que a cópia integral de livros – quando ocorrer nas fotocopiadoras – deverá sim, nos termos da redação atual do art. 46, II, da Lei 9.610/96, ser coibida*”. Morato conclui, tratando das investidas da ABDR contra os estabelecimentos de cópias: “*Isso não justifica a reação desproporcional que ocorreu em relação às fotocopiadoras instaladas em Centros e Diretórios Acadêmicos em diversas instituições de ensino superior e que geraram uma compreensível revolta entre alunos e professores, inclusive entre muitos que lecionam Direito Autoral*”. (Morato, “Aspectos convergentes e divergentes entre a proteção ao consumidor e aos autores e titulares de direitos conexos”, p. 423).

<sup>520</sup> IDEC, “Copiar é preciso”; Rodrigues Jr., *The general exception clauses of the TRIPS agreement*, p. 303–304.

Neste ponto, Felipe Barreto Frias concorda com a interpretação da ABDR: “*faz violência aos termos unívocos da lei o entendimento de que está aberta a possibilidade de o copista – intelectual – não realizar, ele mesmo, o ato de reprodução. Por severa que seja a solução legal, ela não abre espaço a dúvidas: àquele que pretenda o uso privado do exemplar a ser produzido não é lícito transferir a outrem o ato de reprodução*”. (Frias, “O instituto da cópia privada no direito autoral brasileiro - análise dogmática e crítica”, p. 79).

Discorda-se do posicionamento de Frias, pois o intuito do artigo 46, inciso II, é precisamente garantir o acesso à produção intelectual, por meio da reprodução de pequenos trechos, independentemente de consulta prévia aos titulares de direitos autorais. Nesse sentido, perfeitamente cabível interpretar que a expressão “*desde que feita por este*” encerre também o ato do copista que, interessado no acesso à obra, requisita o auxílio de terceiro para realização da cópia. Interpretação contrária seria dissonante do próprio intuito do mencionado artigo, uma vez que restringiria sem justificação o acesso à obra. É indiferente ao titular de direitos autorais o meio pelo qual sua obra foi copiada, desde que dentro dos limites legais. A vedação se aplicaria, no entanto, à prática adotada por certos estabelecimentos de cópias de manter pastas com cópias pré-prontas dos livros mais requisitados pela comunidade acadêmica para entrega imediata. Tais cópias, realizadas sem o pedido específico de um interessado, violam o disposto no artigo 46, inciso II.

<sup>521</sup> IDEC, “Copiar é preciso”.

Pedro Nicoletti Mizumaki observa que “*a ausência de intuito de lucro exigida pelo art. 46, II é nitidamente atribuível ao destinatário da cópia e não se refere àquele que efetivamente faz o serviço de reprografia*” (Mizumaki, “Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88”, p. 468, nota de rodapé nº 1348).

*universidades pelo Brasil, as estreitas exceções e limitações existentes estão sendo ainda mais estreitadas na prática*".<sup>522</sup>

Para compreensão dessa afirmação e suas implicações, é preciso, antes, situar as funções exercidas pelas limitações e exceções<sup>523</sup> dentro do sistema de direitos autorais. Previstas nos artigos 46, 47 e 48 da LDA, 6º da Lei 9.609/98 (Lei de Software) e 184, § 4º, do Código Penal<sup>524</sup>, as limitações e exceções permitem a utilização, em certa medida, de obras intelectuais protegidas, sem que uma autorização prévia seja obtida de seus titulares.

Enquanto as limitações excluem determinadas obras da tutela da legislação autoral (a reprodução na imprensa diária ou periódica de notícia ou artigo informativo, nos termos do artigo 46, inciso I, alínea "a", da LDA, é um exemplo), as exceções tratam do uso permitido de obras protegidas (a citação de passagens de obra protegida para fins de estudo, nos termos do artigo 46, inciso III, da LDA, é um exemplo).<sup>525</sup>

As limitações e exceções exercem a função de equilibrar os interesses dos titulares de direitos sobre obras intelectuais protegidas e os interesses da coletividade no aproveitamento social das mencionadas obras<sup>526</sup>, provendo meios para o exercício da liberdade de expressão e informação e do acesso à educação, cultura e ciência – direitos constitucionalmente garantidos. O direito autoral fomenta a criação de obras intelectuais por meio da concessão de um monopólio temporário sobre a obra protegida, e também por meio de suas limitações e exceções, permitindo que novos autores deem continuidade ao processo criativo.<sup>527</sup>

---

<sup>522</sup> No original: "*in university copy shops around Brazil, the existing narrow exceptions and limitations are being further narrowed in practice*" (Mizumaki *et al.*, "Exceptions and limitations to copyright in Brazil: a call for reform", p. 90).

<sup>523</sup> Fala-se em "limitações e exceções" por ser a expressão consagrada internacionalmente. Contudo, não se adota a visão de que as restrições ao direito autoral sejam hipóteses excepcionais, mas sim de que se tratam de limitações ou exceções em razão da natureza intrínseca de cada regra. Nesse sentido: Ascensão, "O direito autoral numa perspectiva de reforma", p. 39.

<sup>524</sup> A maior parte da doutrina brasileira ignora o disposto no Código Penal ao tratar das limitações e exceções ao direito autoral (Mizumaki *et al.*, "Exceptions and limitations to copyright in Brazil: a call for reform", p. 83).

<sup>525</sup> Sam Ricketson, "WIPO study on limitations and exceptions of copyright and related rights in the digital environment" (World Intellectual Property Organization, 2003), p. 3, [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr\\_9/sccr\\_9\\_7.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_9/sccr_9_7.pdf).

<sup>526</sup> Ascensão, "O direito autoral numa perspectiva de reforma", p. 40.

<sup>527</sup> Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Tecnologia e Sociedade, *Direitos autorais em reforma*, p. 43-44.

Embora as limitações e exceções sejam consideradas de suma importância para que o direito autoral alcance sua função social, parte da doutrina brasileira entende que o rol constante dos artigos 46 a 48 da LDA é taxativo e não permitiria qualquer interpretação extensiva das regras neles dispostas.<sup>528</sup> Veja-se, nesse sentido, o entendimento de Carlos Alberto Bittar, Eliane Y. Abrão e José Carlos Costa Netto:

*“Verifica-se que, em todos os casos, existem situações, bem delimitadas pela lei, quem que prosperam interesses gerais, e os fins não são econômicos [...]. Em todos os casos, prevalece a interpretação estrita, de sorte que sempre devem ser respeitados todos os requisitos expostos, a fim de que tranquila possa ser a utilização.”*<sup>529</sup>

*“O rol das obras que independem de prévia autorização do autor para seu uso público é taxativo, porque a limitação é uma exceção à regra geral, e no dia que o legislador deixar de considera-la como tal, passará automaticamente a demandar a autorização prévia para seu uso.”*<sup>530</sup>

*“a primeira lei autoral brasileira, de 1898, já se utilizava do recurso de elencar, a título exaustivo (não utilizando, portanto, a expressão ‘tais como’*

---

José de Oliveira Ascensão assevera que *“Os limites não são os inimigos dos autores, são pelo contrário os seus aliados. São eles que permitem que o Direito de Autor seja bem acolhido pela sociedade, como um instrumento de colaboração e não de imposição; e permitem assim que a mensagem dos autores se expanda e alcance plenamente as suas finalidades culturais e sociais. E escreve lapidarmente Schack, após observar que as liberdades como a de expressão, de imprensa e de criação artística beneficiam antes de mais aos autores: ‘Eles não devem por isso privar os outros por intermédio do direito de autor, do ar de que eles próprios precisam para respirar’”* (Ascensão, “A função social do direito autoral e as limitações legais”, p. 88–89).

<sup>528</sup> Pedro Nicoletti Mizumaki, Ronaldo Lemos, Bruno Magrani e Carlos Affonso Pereira de Souza afirmam que essa visão é uma consequência do modelo romântico do autor e representa quase um dogma na doutrina brasileira. Por consequência, muitas vezes é adotada pelos tribunais. (Mizumaki, “Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88”, p. 78 e 109).

<sup>529</sup> Bittar, *Direito de autor*, 2015, p. 93–94.

<sup>530</sup> Abrão, *Direitos de autor e direitos conexos*, p. 342.



*ou similar), as modalidades de utilização de obra intelectual que não seriam consideradas como ofensa ao direito de autor”.*<sup>531</sup>

Para Guilherme Carboni, referenciando artigo publicado por José de Oliveira Ascensão, as limitações e exceções ao direito autoral trazidas pela LDA são insuficientes para resolver os conflitos entre o direito individual do autor e o interesse público, de forma que interpretá-las exaustivamente contraria a função social do direito autoral.<sup>532</sup>

Nesse sentido, o próprio José de Oliveira Ascensão afirma que a LDA não estabelece que a enumeração dos artigos 46 a 48 é taxativa, tampouco impõe que quaisquer limitações ou exceções ao direito autoral deverão resultar expressamente do texto legal.<sup>533</sup>

Carlos Affonso Pereira de Souza destaca que a simples existência do abuso do direito no ordenamento jurídico brasileiro já deveria ser argumento suficiente para romper com a tese de que as limitações e exceções ao direito autoral estão taxativamente listadas nos artigos 46 a 48 da LDA:<sup>534</sup>

*“Ou bem a Constituição Federal cria as condições de se desenvolver uma análise funcional que se aplica a todos os direitos [...], ou então se compreende que a legislação autoral é um microsistema que não sofre os efeitos do texto constitucional, permitindo que situações que claramente*

---

<sup>531</sup> Costa Netto, *Direito autoral no Brasil*, p. 177.

<sup>532</sup> Guilherme Carboni, “Aspectos gerais da teoria da função social do direito de autor”, in *Propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Min. Carlos Fernando Mathias de Souza*, org. Eduardo Salles Pimenta, 1ª edição (São Paulo: Letras Jurídicas, 2009), p. 200 *et seq.*

Em outra obra, Guilherme Carboni oferece o exemplo de uma discoteca municipal que pretende a digitalização do seu acervo musical, passando-o do vinil para o CD com o intuito de preservá-lo no longo prazo. Conquanto essa digitalização, sem consentimento dos titulares dos direitos autorais, seja considerada proibida pela LDA, o interesse público de acesso à cultura deve prevalecer. Assim, autorizar-se-ia a preservação do material por parte da discoteca municipal, não obstante a inexistência de qualquer limitação ou exceção nesse sentido nos artigos 46 a 48 da LDA. (Carboni, “Conflitos entre direito de autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico”, p. 435–436).

<sup>533</sup> Ascensão, “A função social do direito autoral e as limitações legais”, p. 91.

<sup>534</sup> Pereira de Souza, *Abuso do direito nas relações privadas*, p. 112–113.

*violam princípios constitucionais prosperem, em nome dos interesses na exploração privada da obra [...]*”

Denis Borges Barbosa repudia a afirmação de que as limitações e exceções devem ser restritivamente interpretadas, afirmando que se tratam de instrumentos para a busca do equilíbrio, balanceamento e racionalidade necessários para a conciliação entre interesses constitucionais fundamentais.<sup>535</sup>

Allan Rocha de Souza entende que a interpretação das limitações e exceções ao direito autoral deve permitir a incorporação de outras isenções, além das especificadas nos artigos 46 a 48 da LDA, em razão da crescente demanda por suprimento de necessidades educacionais e culturais, constitucionalmente garantidas e não comportadas pela norma atual.<sup>536</sup>

Em importante acórdão do Superior Tribunal Justiça, restou decidido que o rol de limitações e exceções trazido na LDA é exemplificativo, não taxativo. Na oportunidade, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino afirmou que:<sup>537</sup>

*“[...] o âmbito de proteção efetiva do direito à propriedade autoral ressurte após a consideração das limitações contidas nos arts. 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98, interpretadas e aplicadas de acordo com os direitos e garantias fundamentais, e da consideração dos próprios direitos e garantias fundamentais.”*

Nessa linha, Pedro Nicoletti Mizumaki traça uma análise constitucional do direito autoral e conclui que, dependendo da interpretação (restritiva) conferida às limitações e exceções previstas na LDA, tais limitações e exceções seriam inconstitucionais, vez que incompatíveis

---

<sup>535</sup> Barbosa, *Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor*, p. 29–30.

<sup>536</sup> Souza, *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*, p. 273.

<sup>537</sup> Superior Tribunal de Justiça, REsp 964404, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (2011).

com os princípios, garantias e deveres do Estado brasileiro previstos na Constituição da República.<sup>538</sup>

Considerando que a atual LDA já é extremamente restritiva no que diz respeito às limitações e exceções, especialmente para o contexto de um país no qual o nível de renda da população e o preço dos livros científicos são inconciliáveis<sup>539</sup>, a tentativa da ABDR em restringir ainda mais a interpretação das aludidas limitações e exceções é abusiva e socialmente danosa.

Verifica-se no caso sob análise, em primeiro lugar, o exercício do direito autoral contrariamente à sua função social e econômica. A propriedade intelectual possui uma finalidade específica, que transcende o interesse individual do titular. O monopólio temporário conferido aos titulares de direitos autorais se sujeita a parâmetros de uso que não excedam o estritamente necessário para sua finalidade imediata, qual seja, o estímulo eficaz e razoável ao autor.<sup>540</sup>

Todo ato que, de alguma forma, pretenda ampliar esse monopólio para além dos limites legais e do necessário para estimular a criação, excede o fim do direito autoral e é abusivo.<sup>541</sup> A ABDR, ao partir da premissa “*que os autores detêm o direito de controle total sobre seus trabalhos*”<sup>542</sup>, nega, nas palavras de José de Oliveira Ascensão, as normas negativas que compõem a atribuição do direito autoral. Nega, também, as restrições extrínsecas impostas pelo sistema jurídico.

Considerando que uma das finalidades do direito autoral é justamente o desenvolvimento cultural e a difusão de conhecimento, o que, em parte, materializa-se por meio das necessárias

---

<sup>538</sup> Mizumaki, “Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88”, p. 453, 469 e 476-477.

<sup>539</sup> Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Tecnologia e Sociedade, *Direitos autorais em reforma*, p. 45-47.

<sup>540</sup> Nesse ponto, Denis Borges Barbosa estabelece um paralelo entre o exercício abusivo do direito patentário, mais desenvolvido na doutrina e jurisprudência nacional e internacional, e o exercício abusivo do direito autoral. (Barbosa, *Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor*, p. 976-977).

<sup>541</sup> Barbosa, p. 976-977.

<sup>542</sup> No original: “*ABDR argues that in Brazil copyright holders enjoy the right to full control of their works*” (Rodrigues Jr., *The general exception clauses of the TRIPS agreement*, p. 302).

limitações e exceções, restringi-las ao ponto de sua utilidade restar prejudicada avilta a face social do direito autoral.

É de pouca ou nenhuma serventia, como destacado por Edson Beas Rodrigues Jr.<sup>543</sup>, uma autorização legal para reprodução “de pequenos trechos” de uma obra protegida (artigo 46, inciso II, da LDA), se esses trechos forem destituídos de conteúdo relevante para o usuário. Pleitear que instituições de ensino superior e estabelecimentos de cópias subitamente adotem essa interpretação, além de ser inexecúvel na prática, configura restrição indevida e abusiva ao uso livre da obra intelectual protegida.<sup>544</sup>

Eliane Y. Abrão afirma que o uso livre de pequenos trechos previsto no artigo 46, inciso II, da LDA, é uma garantia a que todos os cidadãos do mundo possuem, com base nas Convenções Internacionais e na cartilha de direitos fundamentais da ONU, e que todos os brasileiros possuem, com base na Constituição da República. Esse uso livre permite a busca das mais diversas fontes de conhecimento “*para a formação do cidadão e para o aguçamento do espírito crítico*”.<sup>545</sup>

A conduta da ABDR inutiliza uma das mais relevantes exceções estabelecidas na LDA. Manifesta-se um desequilíbrio entre o exercício do direito e seus efeitos, como previsto por António Menezes Cordeiro. Há, nesse sentido, uma falta de proporção entre a pretensão da ABDR, consistente no combate à denominada “pirataria”, e o ônus imposto à comunidade acadêmica e à sociedade, que se vê obstada de realizar cópias lícitas, dentro das limitações e exceções legais.

O exercício do direito autoral, assim como o de outros direitos, deve atender a uma finalidade útil à sociedade, conforme notado por Bruno Miragem. A atuação da ABDR pode ser considerada antissocial, pois alija a sociedade do direito à cópia privada, garantido pela LDA.

No escólio de Pietro Perlingeri, o interesse da ABDR somente seria merecedor de tutela se e enquanto compartilhado pelo interesse coletivo, o que, como visto, não ocorre no caso.

---

<sup>543</sup> Vide nota de rodapé nº 518.

<sup>544</sup> Abrão, *Direitos de autor e direitos conexos*, p. 512.

<sup>545</sup> Abrão, p. 347. Abrão prossegue, criticando as tentativas de quantificar percentualmente os “pequenos trechos”: *essas tentativas [...] não levam em conta a finalidade da exceção: proporcionar o acesso a alguma forma de conteúdo que possa transmitir conhecimento*”. (Abrão, p. 348). Vide no mesmo sentido a opinião de Guilherme Carboni na nota de rodapé nº 517.

Portanto, na hipótese sob exame, em que há conflito entre o interesse particular dos titulares de direitos autorais (representados pela ABDR) e o interesse público, deverá prevalecer o aludido interesse público, com base no princípio da função social da propriedade, irradiado para o campo do direito autoral.<sup>546</sup>

O peso dos direitos que colidem com o direito autoral nesse caso – nomeadamente o direito à cultura, conhecimento e informação – é muito maior, especialmente se considerando que o direito autoral existe para cumprir uma função social direcionada para o desenvolvimento cultural. Concluir que o direito autoral é mais importante seria uma subversão do próprio fundamento do direito autoral e representaria a defesa de um direito proprietário praticamente ilimitado.<sup>547</sup>

O abuso do direito autoral também é refletido na forma como editoras anunciam a proibição de cópia na contracapa de seus livros: em geral, há a afirmação de que nenhuma cópia integral ou parcial do trabalho é permitida, fazendo-se referência numérica, e não textual, à LDA.<sup>548</sup>

Pedro Nicoletti Mizumaki é categórico ao afirmar que as editoras mentem, adotando uma ação coordenada e eticamente discutível que, cumulativamente, pode ter efeitos nefastos para a compreensão das limitações e exceções ao direito autoral, especialmente em relação ao usuário da obra intelectual que é desprovido de formação jurídica ou que desconhece a LDA – mais uma vez se verifica a política de “*desinformação*” já mencionada anteriormente.<sup>549</sup>

---

<sup>546</sup> Carboni, *Função social do direito de autor*, p. 180.

Nesse sentido, o Ministro aposentado Eros Grau já reconheceu que a Constituição Federal “*determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto*” e, na colisão destes com direitos de natureza patrimonial, “*há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário*”. (Supremo Tribunal Federal, ADI 1950, Ministro Eros Grau [2006]).

<sup>547</sup> Mizumaki, “Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88”, p. 461–462.

<sup>548</sup> Esse fenômeno já havia sido notado pela doutrina norte-americana em 1991: “*Most copyright notices in Brazilian books state that no full or partial copies of the work are permitted. Rather than quoting directly from the law, these notices make reference to Lei 9.610/98 by number only; few readers actually verify if the law backs the notices’ claims.*” (Ray L. Patterson e Stanley W. Lindberg, *The nature of copyright: a law of users’ rights* [Athens/London: The University of Georgia Press, 1991] apud Mizumaki *et al.*, “Exceptions and limitations to copyright in Brazil: a call for reform”, p. 91).

<sup>549</sup> Mizumaki, “Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88”, p. 332–336.

Sob a ótica econômica do direito autoral, o combate às cópias por parte da ABDR também é questionável. O artigo 46, inciso II, da LDA, trata do uso privado das obras intelectuais protegidas, uso esse que não colide com o monopólio temporário conferido aos titulares de direitos autorais. O uso privado está aquém da esfera protetiva garantida aos titulares de direitos autorais.<sup>550</sup>

Reserva-se ao autor, por meio do monopólio temporário, a utilização ou exploração econômica da obra intelectual. Tudo o que não guardar relação com esta função econômica foge ao direito autoral. Propondo uma reconstrução da compreensão do direito exclusivo de exploração econômica, José de Oliveira Ascensão formula o seguinte princípio interpretativo:<sup>551</sup>

*“Se a finalidade da lei não é atribuir o exclusivo, mas o exclusivo como via de atribuição de vantagens patrimoniais, devem ser consideradas livres aquelas atividades que não tiverem nenhuma incidência negativa na exploração econômica da obra. Um ato que não possa prejudicar em nada a exploração econômica da obra é, por força da teleologia legal, um ato livre.”*

Uma vez que o direito autoral, no âmbito patrimonial, objetiva a exploração econômica das obras intelectuais protegidas, não há sentido em impor restrições ao uso das aludidas obras quando ausente a finalidade econômica.<sup>552</sup> É em grande parte o que acontece no caso da ABDR,

---

<sup>550</sup> José de Oliveira Ascensão assevera que o uso privado “deveria ser formulados secamente: o uso privado é livre. Assim o fez o § 53/1 da lei alemã. Também a lei francesa (art. 41/2) admite sem nenhuma reserva geral o uso privado não coletivo”. (Ascensão, *Direito autoral*, p. 161).

<sup>551</sup> Ascensão, p. 161.

<sup>552</sup> Marcus Pinto Aguiar e Daniela Lima de Almeida, “Limitações ao direito de autor em face do direito de acesso à cultura”, in *Anais do VII congresso de direito de autor e interesse público*, org. Marcos Wachowicz et al. (Curitiba: GEDAI, 2014), p. 142.

Pedro Nicoletti Mizumaki alcança a mesma conclusão: “[...] os direitos patrimoniais do autor são direitos que procuram reger o comércio de bens culturais entre competidores diretos. Não se trata, em outras palavras, de direitos exercitáveis contra particulares que operam inteiramente fora do mercado, que não empreendem edição, e atuam sem intuito de lucro. São direitos que procuram regular uma atividade empresarial, e extrapolam o âmbito do que é privado, e do que é não-empresarial. O que se procura evitar com os direitos de utilização, publicação e reprodução é o problema do free rider (carona) empreendedor, que se insere no mercado aproveitando-se de investimentos iniciais alheios [...]” (Mizumaki, “Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88”, p. 444–445).

que atingiu majoritariamente o uso privado, além de hipóteses de acesso e difusão de trechos de obras por professores universitários.

Poder-se-ia argumentar que, em certos casos de cópias em ambiente universitário, haveria um uso privado coletivo ou puramente um uso não privado. Em que pese essa assertiva seja verdadeira, a imposição de restrição geral e irrestrita às cópias por meio de uma interpretação enviesada da LDA, sob o pretexto de combater possíveis prejuízos, é, como já destacado, desproporcional e excessivamente onerosa à sociedade.

Em lúcida constatação, José de Oliveira Ascensão afirma que o prejuízo trazido aos titulares de direitos autorais pela prática de cópias é com frequência muito mais aparente do que real. Mesmo quando tais cópias são extraídas de obras intelectuais protegidas, esse fato não significa que as vendas em benefício dos titulares diminuam em comparação com o que aconteceria se a possibilidade de copiar as obras não existisse.<sup>553</sup>

As bibliotecas acadêmicas que compravam exemplares de obras intelectuais protegidas continuarão o fazendo. Os estudantes que antes precisavam dividir seu tempo com outros estudantes interessados na mesma obra agora podem simplesmente copiar a parte que lhes interessa – e nem por isso comprarão menos livros do que compravam anteriormente.<sup>554</sup>

---

<sup>553</sup> Ascensão, *Direito autoral*, p. 247.

Ascensão afirma que mesmo havendo diminuição dos proveitos que poderiam ser retirados das obras, não é função do direito autoral garantir o lucro dos intervenientes – editoras, gravadoras etc. – nas atividades econômicas que se tornaram menos lucrativas em consequência da variação e evolução de meios técnicos (Ascensão, p. 249).

Felipe Barreto Frias refuta a afirmação de José de Oliveira Ascensão: “*mesmo que a reprodução não se destine ao repasse ou difusão comercial do(s) exemplar(es) produzido(s), ela ainda assim pode – mas não necessariamente deve – significar a diminuição do lucro [...]: esse será o caso precisamente quando ela, reprodução para uso privado, servir à substituição à compra de exemplar posto no mercado pelo titular do direito. Se bem que essas substituições se dêem pulverizadas na sociedade, com o incremento do tripé facilidade/baixo custo/alta qualidade - propiciado pela penetração da internet e da tecnologia digital no cotidiano do cidadão comum –, a somatória delas pode ter um impacto econômico relevante* (Frias, “O instituto da cópia privada no direito autoral brasileiro - análise dogmática e crítica”, p. 66).

Em que pese a argumentação de Felipe Barreto Frias seja relevante, não é possível considerar que toda a reprodução que servir à substituição da compra causa necessariamente prejuízo ao titular de direitos autorais. A reprodução de parte da obra, ainda que cause prejuízo ao titular de direitos autorais, é, como visto, autorizada pela LDA, pois esse prejuízo é justificado pela necessidade de acesso à educação, cultura e ciência. Sob o raciocínio de Frias, dever-se-ia considerar que aquele que toma emprestado o livro de uma biblioteca, optando por não o comprar, igualmente causa um prejuízo aos titulares de direitos autorais.

<sup>554</sup> Ascensão, *Direito autoral*, p. 247.

Além disso, a alegação de prejuízo por conta do uso privado, sem intuito de lucro, realizado por professores e estudantes, deve ser avaliada com cuidado, pois inexistente qualquer comprovação empírica sobre o impacto negativo desse uso privado na comercialização de livros acadêmicos.

A assertiva é ainda mais verdadeira no cenário universitário brasileiro, no qual a inexistência da possibilidade de copiar obras intelectuais protegidas provavelmente não levará à sua aquisição, dado o elevado preço de publicações científicas ou técnicas especializadas.

Felipe Lindoso identifica que o aumento da circulação de uma obra intelectual protegida por meio das cópias pode, em certas áreas, traduzir-se em verdadeiro benefício econômico, como é o caso de advogados, médicos e professores universitários. Lindoso afirma que para esses profissionais, a remuneração aumenta paralelamente ao prestígio em sua área de atuação, de forma que a livre circulação de suas obras seria um “custo de oportunidade” que pode lhes proporcionar rendimentos maiores.<sup>555</sup>

Em ação civil pública ajuizada pelo Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento (“IDCID”) contra a ABDR no ano de 2006, buscou-se o reconhecimento judicial de sua conduta abusiva e contrária às finalidades do direito autoral, com fundamento em dois principais argumentos: (i) o prejuízo ao direito legalmente garantido de reproduzir pequenos de obras protegidas para uso privado; e (ii) o fato de que uma parcela da população brasileira não tem condições econômicas de adquirir livros e produtos culturais, de modo que a reprodução, até mesmo de obras integrais, por essas pessoas, não interfere nos meios normais que os titulares de direitos autorais têm para extrair recursos financeiros de suas obras, já que essa parcela da população está fora do mercado.<sup>556</sup>

Quando de palestra proferida no Fórum Nacional de Direito Autoral organizado pelo Ministério da Cultura no ano de 2008, Guilherme Carboni, então pesquisador do grupo de

---

<sup>555</sup> Felipe Lindoso, “‘Não existe almoço grátis’ ou como Carlos Slim ganha dinheiro”, in *Retratos da leitura no Brasil 3*, org. Zoara Failla (Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2012), p. 137, <http://www.imprensaoficial.com.br/retratosdaleitura/RetratosDaLeituraNoBrasil3-2012.pdf>.

<sup>556</sup> Rodrigues Jr., *The general exception clauses of the TRIPS agreement*, p. 306.

A aludida ação civil pública, processada perante a 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo sob o nº 9224764-35.2008.8.26.0000, foi julgada extinta, sem resolução do mérito, por faltar ao IDCID previsão estatutária para defesa dos interesses do consumidor. O resultado, contudo, não encobre o acerto da tese defendida na petição inicial assinada por Guilherme Carboni e Edson Beas Rodrigues Jr.



propriedade intelectual do IDCID, falou no “*abuso na interpretação*” que conduziu à “*proibição total da cópia*”. Na oportunidade, Guilherme Carboni reiterou que a reprodução integral de obras intelectuais protegidas por parte da parcela mais carente da população brasileira “*não representa um impacto econômico para os titulares de direitos autorais*”.<sup>557</sup>

Finalmente, pode-se afirmar que a conduta da ABDR também viola a boa-fé objetiva e os bons costumes. Já se demonstrou que a cultura e a educação são alguns dos vetores do direito autoral. O acesso a ambos é garantido constitucionalmente e se materializa em parte por meio das limitações e exceções ao direito autoral.

O desrespeito a tais garantias constitucionais por parte da ABDR contradiz a atribuição do direito autoral e afronta valores fundamentais do sistema jurídico. Nota-se, em ambos os casos e com base no ensinamento de Judith Martins-Costa, violação à boa-fé esperada no exercício do direito autoral.

No que se refere aos bons costumes, a limitação da realização de cópias a uma determinada porcentagem, embora criticável, refere-se a uma interpretação consolidada do artigo 46, inciso II, da LDA, por parte dos estabelecimentos de cópias e estudantes. Os aludidos estabelecimentos, e também a comunidade acadêmica, enxergavam a cópia sob essas condições como uma conduta lícita e a praticavam reiteradamente.

Portanto, como ensina Giovanni Ettore Nanni, trata-se de costume com carga jurídica, não meramente social, considerado ainda hoje obrigatório em muitos estabelecimentos. Há uma ética integrada nessa leitura da LDA: não obstante haja a possibilidade material de copiar uma obra protegida em sua íntegra, os estabelecimentos de cópias e estudantes a descartam. Nesse sentido, há violação aos bons costumes consolidados pela sociedade na interpretação das limitações e exceções previstas na LDA.

Valendo-se da conclusão de Ronaldo Lemos, a resistência da ABDR em adotar modelos alternativos de negócio empobrece o debate sobre a cópia de obras intelectuais protegidas e a possibilidade de alcançar soluções que atenderiam as necessidades de editoras e estudantes.<sup>558</sup>

---

<sup>557</sup> Coordenação-geral de direito autoral, *Anais do seminário direitos autorais e acesso à cultura* (Brasília: Ministério da Cultura, 2008), p. 25.

<sup>558</sup> Lemos, “From legal commons to social commons: Brazil and the cultural industry in the 21st century”, p. 17.

José de Oliveira Ascensão nota que a realidade da cópia representa um progresso que exige seja repensado o direito de reprodução.<sup>559</sup>

Assim, iniciativas de *open publishing*, como o site Domínio Público ([dominiopublico.gov.br](http://dominiopublico.gov.br)), do Ministério da Educação do Brasil, que disponibiliza gratuitamente livros cujo termo final de proteção autoral já se esgotou; a Biblioteca Digital de Teses e Dissertações da Universidade de São Paulo ([teses.usp.br](http://teses.usp.br)), que permite a publicação *online* de teses de doutorado e mestrado defendidas na Universidade de São Paulo; e a *Scientific Electronic Library* ([scielo.br](http://scielo.br)), projeto da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo em parceria com o Centro Latino-Americano e do Caribe de Informação em Ciências da Saúde, que objetiva a disseminação de literatura científica em formato eletrônico; são importantes para ampliação do acesso à cultura, educação e ciência por parte de estudantes brasileiros.<sup>560</sup>

De outro lado, plataformas como as norte-americanas Scribd ([scribd.com](http://scribd.com)) e Kindle Unlimited ([amazon.com/kindleunlimited](http://amazon.com/kindleunlimited)) e as brasileiras Nuvem de Livros ([nuvemdelivros.com.br](http://nuvemdelivros.com.br)) e Biblioteca Digital ([bibliotecadigital.com.br](http://bibliotecadigital.com.br)) oferecem serviços de acesso à obras intelectuais protegidas por meio de uma assinatura periódica.<sup>561</sup> Ainda que os acervos oferecidos não sejam tão atuais quanto os de livrarias, tratam-se de iniciativas que alteram a lógica da disseminação de obras comumente adotada pela indústria literária e podem representar um meio mais eficaz de equilibrar interesses e aproximar autores e leitores.

Há também o polêmico projeto Google Books ([books.google.com](http://books.google.com)), por meio do qual a empresa norte-americana Google passou a digitalizar obras, protegidas ou não, e a disponibilizá-las ao público sob certas regras. Não se pretende aqui analisar profundamente o Google Books, porém há que se reconhecer sua capacidade de democratizar o conhecimento.

---

<sup>559</sup> Ascensão, *Direito autoral*, p. 244.

Ascensão arremata: “*Seríamos loucos e retrógrados se a nossa preocupação fosse levantar barreiras a este fenômeno. Esta cultura à disposição de todos vale, é claro, o que valerem os elementos que forem difundidos; mas a difusão é um valor por si. E mesmo no que respeita ao conteúdo, um dos setores onde a reprografia mais se faz sentir é no domínio das publicações científicas de alto nível*” (Ascensão, p. 246).

<sup>560</sup> Lemos, “From legal commons to social commons: Brazil and the cultural industry in the 21st century”, p. 26.

<sup>561</sup> Renata Honorato, “Scribd, o ‘Netflix dos livros’, e a segunda onda dos e-books”, VEJA.com, [s.d.], <http://veja.abril.com.br/noticia/vida-digital/scribd-o-netflix-dos-livros-e-a-segunda-onda-do-e-book>.

Todas essas plataformas *online* não representam solução definitiva para o paradigma do acesso ao conhecimento e também não se demonstram capazes de frear integralmente a prática comum de copiar obras intelectuais protegidas, especialmente em ambiente universitário. No entanto, revelam a existência de possibilidades inexploradas de se valer da tecnologia para desenvolver modelos de negócio capazes de atender aos anseios de uma população carente de acesso à cultura, conhecimento e informação.<sup>562</sup>

### 2.3.3.2 Restrições Abusivas à Utilização e Reprodução de Obras em Formato Digital

A indústria fonográfica adotou postura semelhante à descrita no “caso ABDR”. Joaquim Falcão narra que ao final do ano de 2006, a IFPI, em conjunto com a Associação Brasileira dos Produtores de Disco (“ABPD”)<sup>563</sup>, realizou um evento de grandes proporções na cidade do Rio de Janeiro com o intuito de anunciar que investiria judicialmente contra brasileiros que compartilhavam músicas *online*.<sup>564</sup>

O momento do mercado fonográfico brasileiro à época era desanimador: entre os anos de 2000 e 2005, houve uma queda de 50% na venda de CDs e grandes gravadoras foram forçadas a reduzir drasticamente o número de artistas com os quais mantinham contrato, o que certamente atraiu a preocupação da IFPI/ABPD.<sup>565</sup>

Falcão classificou a iniciativa da IFPI/ABPD como “*marketing do medo*”, criticando a incapacidade de a indústria fonográfica se atualizar diante das inovações tecnológicas e questionando a eficácia de processar pessoas que são apenas fãs de música e não possuem qualquer interesse comercial nas obras fonográficas.<sup>566</sup> Até mesmo o presidente do Conselho

---

<sup>562</sup> Lemos, “From legal commons to social commons: Brazil and the cultural industry in the 21st century”, p. 18.

<sup>563</sup> Mizumaki *et al.*, “Exceptions and limitations to copyright in Brazil: a call for reform”, p. 98.

<sup>564</sup> Joaquim Falcão, “A indústria fonográfica e o marketing do medo”, *Revista conjuntura econômica*, vol. 60, nº 11, novembro de 2006, p. 22.

<sup>565</sup> Lemos, “From legal commons to social commons: Brazil and the cultural industry in the 21st century”, p. 9–10.

<sup>566</sup> “O presidente John Kennedy, da IFPI, não hesitou. Em alto e bom som, chamou esses jovens de ladrões. Disse textualmente, segundo a reputada agência Reuters: ‘...eles estão roubando nossas músicas. O que eles fazem não é diferente de entrar em uma loja e roubar um CD’. Está inaugurado o marketing do medo. O Poder Judiciário

Nacional de Combate à Pirataria se manifestou de maneira contrária às intenções da IPFI/ABDP.<sup>567</sup>

Em outra digressão sobre o tema e na linha do exposto na seção 1.3.1, Joaquim Falcão citou o exemplo do combate à reprodução de músicas via *internet* por parte da indústria fonográfica como “*a ilegalização da vida cotidiana*”. Em sua visão, a defesa do (ultrapassado) direito autoral passou a ser instrumento de transformação dos custos privados da modernização tecnológica – não realizada por algumas empresas – em custos públicos de repressão.<sup>568</sup>

Assim, identificou uma patologia genética na lei autoral, que aponta para um déficit de representação democrática no processo legislativo. Essa patologia residiria na tutela de um segmento de negócios que perdeu capacidade de competir devido ao seu próprio atraso tecnológico – “*o descompasso tecnológico da indústria fonográfica tenta sobreviver pela judicialização e repressão do legalismo formalizante*”.<sup>569</sup>

---

*faz parte agora do marketing da repressão privada*” (Falcão, “A indústria fonográfica e o marketing do medo”, p. 22).

Fabio Malina Losso aponta que a explicação para a crise a indústria fonográfica passa pela incompatibilidade entre o seu modelo de negócios e os anseios do mercado consumidor: “*a mudança de hábitos provocada nos consumidores e no mercado musical como um todo, que de verdadeiros reféns, pela atitude passiva que deveriam assumir, obrigados que eram a consumir tão-somente o que era decidido por alguns executivos, passaram a ter o poder de decisão, em vista da interatividade possibilitada pelos avanços tecnológicos*”. (Losso, “Os direitos autorais no mercado da música”, p. 116).

Além disso, no contexto específico do mercado brasileiro, Ronaldo Lemos identifica que os preços cobrados para a aquisição de CDs e DVDs de música eram extremamente elevados: “*this incompatibility is primarily due to the fact that the overall business model is based on the economic reality of a developed country. The price structure for CDs and DVDs are in many cases the same as the one adopted in developed countries, in spite of significant local income differences*” (Lemos, “From legal commons to social commons: Brazil and the cultural industry in the 21st century”, p. 10).

<sup>567</sup> Mizumaki *et al.*, “Exceptions and limitations to copyright in Brazil: a call for reform”, p. 99.

<sup>568</sup> Joaquim Falcão, “O futuro é plural: administração de justiça no Brasil”, *Revista USP. Pensando o futuro: humanidades*, nº 74 (2007): p. 29.

No mesmo sentido: “[...] *deve-se dizer que as ‘indústrias dos direitos autorais’ – os chamados ‘titulares’ – não têm feito muito para adaptar seus métodos tradicionais à Internet. Elas têm antes lutado contra tudo e as indústrias de filmes e de músicas continuam nessa briga*” (Daniel Gervais, “Em busca de uma nova norma internacional para os direitos de autor: o ‘teste dos três passos’ reversos”, in *Propriedade intelectual: novos paradigmas internacionais, conflitos e desafios*, org. Edson Beas Rodrigues Jr. e Fabrício Polido [Rio de Janeiro: Elsevier, 2007], p. 202).

<sup>569</sup> Falcão, “O futuro é plural: administração de justiça no Brasil”, p. 29.

Apesar do anúncio feito pela IFPI, e diferentemente do que ocorre em outros países<sup>570</sup>, a ameaça contra usuários de *internet* nunca se concretizou no Brasil.<sup>571</sup> A indústria fonográfica adotou medida diversa na tentativa de frear a reprodução de obras protegida: os mecanismos de *digital rights management* (“DRM”) ou gestão de direitos digitais.

Entende-se por DRM as tecnologias de controle de acesso, reprodução, execução e distribuição utilizadas por titulares de direitos autorais para limitação do uso de obras intelectuais protegidas em formato digital ou de aparelhos que executem as aludidas obras. A expressão geralmente diz respeito a qualquer tecnologia capaz de inibir o uso de obras intelectuais protegidas em formato digital de acordo com a vontade do respectivo titular de direitos autorais.<sup>572</sup>

Em regra, os mecanismos DRM protegem a obra em formato digital por meio da codificação do seu conteúdo, ou pela inserção de “marcas d’água” em seu conteúdo, de modo que estes só possam ser acessados por determinadas pessoas.<sup>573</sup> Os mecanismos DRM são empregados sob o pretexto de garantir que os termos de licenciamento da obra sejam

---

<sup>570</sup> Sobre a tendência internacional de responsabilização massiva de usuários, vide seção 1.3.2 e as seguintes notícias jornalísticas: O Globo, “Usuários do ‘Popcorn Time’ são processados por assistirem ao longa de suspense ‘Survivor’”, O Globo, 2 de setembro de 2015, <http://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/usuarios-do-popcorn-time-sao-processados-por-assistirem-ao-longa-de-suspense-survivor-17381217>; O Estado de São Paulo, “Mais de 20 mil na mira da Hadopi”, *Link Estadão - Notícias de Tecnologia* (blog), 11 de julho de 2011, <http://blogs.estadao.com.br/link/mais-de-20-mil-na-mira-da-hadopi/>; Leigh Philips, “UK to copy French ‘Hadopi’ internet piracy bill”, 3 de novembro de 2009, <https://euobserver.com/economic/28931>.

<sup>571</sup> Pedro Nicoletti Mizumaki, Ronaldo Lemos, Bruno Magrani e Carlos Affonso Pereira de Souza já identificavam, no ano de 2008, que havia fortes razões para acreditar que o ajuizamento de ações contra pessoas que compartilham arquivos no Brasil não teria muito impacto: além da inexistência de pressão para um acordo antes do julgamento da ação, estratégia majoritariamente adotada em outros países, a produção de provas capazes de demonstrar a violação de direitos autorais na *internet* e a vinculação dessa violação a uma determinada pessoa física era bastante difícil. (Mizumaki *et al.*, “Exceptions and limitations to copyright in Brazil: a call for reform”, p. 99–100).

<sup>572</sup> Aristides Tranquillini Neto, “Digital rights management e fair use”, *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, nº 116, Janeiro/Fevereiro de 2012, p. 37.

Carlos Affonso Pereira de Souza distingue os mecanismos DRM de outra classe de mecanismos denominada *technological protection measures* (“TPM”). Segundo Pereira de Souza, a diferença entre os dois residiria no fato de que o TPM é geralmente elaborado para impedir o acesso ou a cópia, enquanto o DRM cria um ambiente no qual vários tipos de utilização da obra são apenas possíveis de acordo com os termos de licenciamento. (Pereira de Souza, *Abuso do direito nas relações privadas*, p. 118).

Para os fins deste estudo, referir-se-á a ambos os mecanismos apenas como DRM.

<sup>573</sup> Carboni, “Conflitos entre direito de autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico”, p. 445.

respeitados. Sendo abusivos os termos de licenciamento, abusivos também serão os recursos tecnológicos de aplicação dessas disposições contratuais.<sup>574</sup>

Nas palavras de Fred von Lohmann, ex-advogado de propriedade intelectual da Electronic Frontier Foundation (“EFF”)<sup>575</sup>, o DRM, em essência, permite que os titulares de direitos autorais escrevam seu próprio regime de direito autoral por meio de códigos de computador.<sup>576</sup> No mesmo sentido, Dan L. Burk e Julie E. Cohen notam que os mecanismos tecnológicos de proteção de obras intelectuais conferem um nível de controle sobre o acesso e o uso de obras em formato digital que vai muito além dos direitos concedidos pela legislação autoral.<sup>577</sup>

Os mecanismos DRM surgiram em resposta ao desenvolvimento da tecnologia digital, que permitiu a reprodução ilimitada de cópias exatas de obras intelectuais protegidas, somado à capacidade de rápida disseminação das aludidas obras mundo afora por meio da *internet*.<sup>578</sup>

Reconhecendo a relevância dos mecanismos DRM para proteção do direito autoral em vistas da evolução tecnológica, a OMPI incluiu, no Tratado sobre Direito de Autor de 1996, o artigo 11, por meio do qual os países signatários se comprometem a prover proteção legal adequada e efetiva contra a evasão ou modificação de medidas tecnológicas utilizadas por titulares de direitos autorais para obstar o uso não autorizado de obras intelectuais protegidas em formato digital – as chamadas normas “antielisão”.<sup>579</sup>

---

<sup>574</sup> Pereira de Souza, *Abuso do direito nas relações privadas*, p. 118.

<sup>575</sup> Organização sem fins lucrativos, com sede nos EUA, cujo objetivo é defender as liberdades civis – por exemplo, privacidade, livre discurso e inovação – no ambiente digital (“About EFF”, Electronic Frontier Foundation, [s.d.], <https://www.eff.org/about>).

<sup>576</sup> Fred von Lohmann, “Fair use and digital rights management: preliminary thoughts on the (irreconcilable?) tension between them”, Electronic Frontier Foundation, 2002, [https://w2.eff.org/IP/DRM/fair\\_use\\_and\\_drm.html](https://w2.eff.org/IP/DRM/fair_use_and_drm.html).

Pamela Samuelson nota que os mecanismos DRM são melhor descritos como um sistema privado de controle que regula o que os usuários são autorizados a fazer com a obra do que, propriamente, um mecanismo para impor o cumprimento de direitos autorais (Pamela Samuelson, “Digital Rights Management {and, or, vs.} the Law”, *Magazine Communications of the ACM*, abril de 2003, p. 42, [http://people.ischool.berkeley.edu/~pam/papers/acm\\_v46\\_p41.pdf](http://people.ischool.berkeley.edu/~pam/papers/acm_v46_p41.pdf)).

<sup>577</sup> Dan L. Burk e Julie E. Cohen, “Fair use infrastructure for rights management systems”, *Harvard journal of law & technology* 15, nº 1 [Fall, 2001], p. 48, <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1516&context=facpub>.

<sup>578</sup> Tranquillini Neto, “Digital rights management e fair use”, p. 37.

<sup>579</sup> “Obligations concerning Technological Measures

Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by authors in connection with the exercise of their rights under

O Brasil não é signatário do aludido Tratado, porém, a LDA também conta com disposição no sentido de proteger dispositivos técnicos que objetivam evitar ou restringir cópias não autorizadas de obras intelectuais protegidas em formato digital.<sup>580</sup>

Analisando a crescente internacionalização dos mecanismos antielisão e a mais recente revisão da lei do direito autoral norte-americana – o DMCA –, Andrew Christie, Sophie Waller e Kimberlee Weatherall concluem existir um esforço concentrado dos EUA no sentido de impor as normas antielisão constantes do DMCA para outros países.<sup>581</sup> Isto é, por meio de tratados de livre comércio assinados entre os EUA e outros países, os norte-americanos incluem a necessidade de observância à normas e dispositivos de propriedade intelectual substancialmente similares ao DMCA.

Os autores notam, ainda, que os EUA tendem a exportar as normas gerais proibindo atos de elisão das medidas de caráter tecnológico para controle de acessos às obras em formato digital, mas deixam de incluir no bojo dessa exportação algumas das exceções previstas em sua lei interna.<sup>582</sup> Exporta-se apenas as restrições, mas não as necessárias exceções que permitiram desabilitar os mecanismos DRM para usos legalmente permitidos.<sup>583</sup>

---

this Treaty or the Berne Convention and that restrict acts, in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law.”

<sup>580</sup> “Artigo 107. Independentemente da perda dos equipamentos utilizados, responderá por perdas e danos, nunca inferiores ao valor que resultaria da aplicação do disposto no art. 103 e seu parágrafo único, quem: I - alterar, suprimir, modificar ou inutilizar, de qualquer maneira, dispositivos técnicos introduzidos nos exemplares das obras e produções protegidas para evitar ou restringir sua cópia; II - alterar, suprimir ou inutilizar, de qualquer maneira, os sinais codificados destinados a restringir a comunicação ao público de obras, produções ou emissões protegidas ou a evitar a sua cópia; III - suprimir ou alterar, sem autorização, qualquer informação sobre a gestão de direitos; IV - distribuir, importar para distribuição, emitir, comunicar ou puser à disposição do público, sem autorização, obras, interpretações ou execuções, exemplares de interpretações fixadas em fonogramas e emissões, sabendo que a informação sobre a gestão de direitos, sinais codificados e dispositivos técnicos foram suprimidos ou alterados sem autorização.”

<sup>581</sup> Parte da doutrina norte-americana entende que as normas antielisão previstas no DMCA ultrapassam os limites previstos no Tratado da OMPI sobre Direito de Autor de 1996, o que contribuiu para a controvérsia gerada quando de sua promulgação em 1998. (Andrew Christie, Sophie Waller, e Kimberlee Weatherall, “Exportando os dispositivos da ‘US Digital Millenium Copyright Act’ por meio de acordos de livre-comércio”, in *Propriedade intelectual: novos paradigmas, conflitos e desafios*, org. Edson Beas Rodrigues Jr. e Fabrício Polido [Rio de Janeiro: Elsevier, 2007], p. 186 *et seq.*).

<sup>582</sup> Christie, Waller, e Weatherall, p. 191.

<sup>583</sup> “A linha adotada para implementação do art. 11 do Tratado da OMPI sobre Direitos de Autor de 1996, como re-elaborado na sistemática da DMCA norte-americana, e agora em muitos dos acordos de livre-comércio concluídos ‘altera significativamente o equilíbrio dos direitos de autor em favor dos titulares’” (Christie, Waller, e Weatherall, p. 195).

Desde sua introdução por parte dos titulares de direitos autorais, os mecanismos DRM vêm sofrendo severas críticas em virtude da possibilidade imporem restrições abusivas ao uso de obras intelectuais protegidas em formato digital, violando as limitações e exceções previstas nas legislações autorais.<sup>584</sup> Nos EUA, a *Free Software Foundation* (“FSF”)<sup>585</sup> é uma das mais proeminentes opositoras dos mecanismos DRM.

Por meio da campanha intitulada “*Defective by Design*”, a FSF pretende a conscientização da população contra produtos que insistem na utilização de mecanismos DRM. Segundo a aludida organização, tais mecanismos “*nos roubam do controle sobre a tecnologia que usamos e sobre a cultura na qual vivemos*”.<sup>586</sup> A FSF acredita que o uso da palavra *rights* (“direitos”) é enganoso, sugerindo seja utilizada a expressão *digital restrictions management* (gestão restritiva digital).<sup>587</sup>

Além da FSF, a já citada EFF também se posiciona contra os mecanismos DRM.<sup>588</sup> Em uma de suas atuações mais relevantes, a EFF ajuizou uma ação contra a SonyBMG por conta da inclusão de dois mecanismos DRM em milhões de CDs comercializados nos EUA.<sup>589</sup>

---

<sup>584</sup> Dan L. Burke e Julie E. Cohen apontam os riscos de se permitir que entidades privadas “legislem” por meio de estruturas tecnológicas: “*The development of rights management systems powerfully demonstrates the ability of technology to regulate behavior. [...] Once constraints on behavior are built into the technical standards governing a technology, the technical standards effectively become a new method for governing use of that technology - in essence, the technical standards become a type of law. Such technical rule sets may supplement or even supplant the legal rule sets designed to govern the same behavior. [...] The design of technological rule sets, however, is not the sole provenance of the state; indeed, it is more often left to private parties. In the case of rights management systems, copyright owners determine the rules that are embedded into the technological controls.*” (Burk e Cohen, “Fair use infrastructure for rights management systems”, p. 50).

<sup>585</sup> Organização sem fins lucrativos, com sede nos EUA, cujo objetivo é assegurar a liberdade dos usuários de computadores por meio da promoção do desenvolvimento e uso de *softwares* livres e da realização de campanhas contra ameaças à liberdade digital (“About — Free Software Foundation”, [s.d.], <http://www.fsf.org/about/>).

<sup>586</sup> Nesse sentido: “Current campaigns — Free Software Foundation”, [s.d.], <http://www.fsf.org/campaigns/>; “Defective by Design”, [s.d.], <http://www.defectivebydesign.org/>.

<sup>587</sup> Tranquillini Neto, “Digital rights management e fair use”, p. 43.

No mesmo sentido, Pamela Samuelson afirma que os mecanismos DRM não tratam da gestão de “direitos”, mas sim da gestão de “permissões” para determinados usos da obra intelectual. A autora argumenta que se os mecanismos DRM tratassem realmente de “direitos”, eles deveriam ser elaborados de forma que os usuários da obra também pudessem exercer os direitos que lhes são garantidos pelas legislações autorais (Samuelson, “Digital Rights Management {and, or, vs.} the Law”, p. 42).

<sup>588</sup> “DRM”, Electronic Frontier Foundation, [s.d.], <https://www.eff.org/issues/drm>.

<sup>589</sup> “Sony BMG Litigation Info”, Electronic Frontier Foundation, 1º de julho de 2011, <https://www.eff.org/cases/sony-bmg-litigation-info>.



Os mecanismos DRM denominados “XCP” e “MediaMax”, além de imporem restrições abusivas à utilização das faixas musicais, instalavam programas ocultos nos computadores dos usuários das obras, expondo-os à graves falhas de segurança que permitiam sua invasão por *hackers*.<sup>590</sup> Tais mecanismos também monitoravam quais as faixas musicais mais ouvidas pelos usuários das obras e informavam seus hábitos para uma empresa parceira da SonyBMG.

Nem a instalação compulsória dos mecanismos DRM, muito menos a coleta e transmissão de informações para terceiros, constavam do contrato de licenciamento aceito pelos usuários das obras intelectuais protegidas.

Apesar de inicialmente negar qualquer problema, a SonyBMG acabou celebrando um acordo para o encerramento da ação ajuizada pela EFF, comprometendo-se a providenciar uma série de remédios e compensações àqueles que adquiriram CDs contendo os mecanismos “XCP” e “MediaMax”.

A utilização e os efeitos dos mecanismos DRM causaram enorme impacto negativo na opinião pública e no mercado consumidor, fazendo com que a SonyBMG e outras empresas da indústria fonográfica optassem por não mais incluir quaisquer mecanismos similares nos CDs por si comercializados nos EUA.<sup>591</sup>

Em comum, ambas as organizações – FSF e EFF – são extremamente críticas às disposições do DMCA que amparam a utilização de mecanismos DRM por parte dos titulares de direitos autorais. À parte dos problemas de privacidade e ausência de consentimento que marcaram o caso SonyBMG, há também a violação aos direitos dos usuários de obras intelectuais previstos na legislação autoral.

As restrições tecnológicas podem afetar praticamente qualquer conteúdo digital. Especificamente na indústria fonográfica, por meio do DRM é possível impedir que uma música adquirida legalmente possa ser executada em tocadores de música digital (como MP3 *players*,

---

<sup>590</sup> Os mecanismos XCP e MediaMax continham características elusivas e permitiam falhas de segurança tamanhas que chegaram a ser classificados pela Microsoft como *spyware*, isto é, programas similares a vírus de computador (BBC News, “Microsoft to remove Sony CD code”, 14 de novembro de 2005, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/4434852.stm>).

<sup>591</sup> Matt Buchanan, “DRM Officially Dead: Last Major Label Sony BMG Plans to Finally Drop DRM”, Gizmodo, 4 de janeiro de 2008, <http://gizmodo.com/340598/drm-officially-dead-last-major-label-sony-bmg-plans-to-finally-drop-drm>.

por exemplo) e rádios automotivos, ou fazer com que um CD só possa ser executado em determinado sistema operacional.<sup>592</sup>

Os mecanismos DRM se mantém vivo mesmo nas novas formas de consumo de música: no serviço iTunes, oferecido pela norte-americana Apple, a empresa se reserva o direito de alterar unilateralmente a forma de utilização das músicas adquiridas. No ano de 2004, houve uma modificação no sistema de restrição tecnológica adotado pela Apple para diminuir de 10 (dez) para 7 (sete) o número de vezes que um usuário do iTunes poderia gravar CDs com uma determinada lista de músicas.<sup>593</sup>

A Apple também impede a conversão das músicas por si vendidas para outros formatos de músicas digitais, limita a compatibilidade das músicas apenas a determinados equipamentos e proíbe remixagem ou qualquer outra forma de edição, manipulação ou extração de trechos das músicas. Outras empresas, tais como a Microsoft, adotam mecanismos DRM semelhantes.<sup>594</sup>

O uso de mecanismos DRM extrapola a indústria fonográfica, sendo adotado também em programas de computador, filmes, videogames e livros digitais. Valeu-se aqui do exemplo das obras musicais para ilustrar como os mecanismos DRM podem impedir ações simples, como ouvi-las no seu tocador de música favorito.

Guilherme Carboni aponta que os mecanismos DRM falham na tentativa de proteger os titulares de direitos autorais e, ao mesmo tempo, respeitar os direitos dos usuários de obras intelectuais protegidas em formato digital. Exemplos dessa afirmação são o impedimento para realização de qualquer tipo de cópia, mesmo aquelas permitidas pela legislação, e a inexistência de limite temporal para o mencionado sistema de controle de cópias embutido nas obras que entrarem em domínio público.<sup>595</sup>

---

<sup>592</sup> Pereira de Souza, *Abuso do direito nas relações privadas*, p. 118–120.

<sup>593</sup> Pereira de Souza, p. 124.

<sup>594</sup> Pereira de Souza, p. 124–125.

Pedro Paranaguá e Sérgio Branco apontam que Apple e Microsoft protagonizam uma verdadeira batalha digital ao impedir que seus formatos de música, respectivamente, o AAC e o WMA, sejam executados no tocador de música digital da concorrente. Assim, uma música adquirida legitimamente com o formato WMA não pode ser executada no iTunes, *software* de reprodução musical da Apple, e no iPod, o tocador de música da Apple. O inverso também é verdadeiro. (Paranaguá e Branco, *Direitos autorais*, p. 88).

<sup>595</sup> Carboni, “Conflitos entre direito de autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico”, p. 446.

Daniel Gervais destaca que a aplicação de restrições tecnológicas ao uso de obras protegidas leva “*não apenas à negação de novas categorias de limitações aos direitos de autor, mas também a esforços para radicalmente reduzir qualquer espaço livre de manobra para tais usuários*”.<sup>596</sup>

Mais adiante, Gervais afirma que “*as medidas de proteção de caráter tecnológico são hoje empregadas para limitar aquele tipo de uso privado que uma pessoa poderia fazer com relação a algumas partes do material protegido*”. A justificativa para essas medidas residiria no fato de que “*o uso privado teria deixado de ser privado, porque os usuários finais se tornaram agentes intermediários, por redistribuir o conteúdo, tal como aparece nas situações envolvendo a tecnologia peer-to-peer*”.<sup>597</sup>

Esse entendimento trata todos os usuários de obras intelectuais protegidas como potenciais infratores, além de, na prática, não garantir a proteção em nome da qual se restringem seus direitos.<sup>598</sup> Há que se buscar o equilíbrio entre a proteção buscada pela inserção de medidas tecnológicas e os direitos assegurados aos usuários de obras intelectuais protegidas. A respeito, a lição de Lawrence Lessig é precisa:<sup>599</sup>

*“Ao responder ao choque que a internet representa para o direito autoral, é evidentemente importante considerar a maior exposição ao roubo. Mas a lei*

---

*“Na realidade, os dispositivos tecnológicos protegem a exploração comercial das obras, e para isso é indiferente que essas obras sejam ou não objeto do direito de autor. Sem que seja dito, mesmo o que era domínio público pode na prática tornar-se domínio reservado.”* (Ascensão, “O direito autoral numa perspectiva de reforma”, p. 43).

<sup>596</sup> Ao final, Daniel Gervais nota que “*até a entrada em vigor do DMCA e em toda a história dos direitos de autor [...] as medidas destinadas a controlar os atos praticados por usuários finais eram então exceção e não a regra*” (Gervais, “Em busca de uma nova norma internacional para os direitos de autor: o ‘teste dos três passos’ reversos”, p. 206).

<sup>597</sup> Gervais, p. 217.

<sup>598</sup> Carlos Affonso Pereira de Souza destaca que os mecanismos DRM são facilmente quebrados por toda uma comunidade especializada em suplantá-los, de forma que os verdadeiros prejudicados são os usuários de boa-fé, que não buscam elidir a proteção tecnológica implementada pelos titulares de direitos autorais e acabam por dispor de uma obra com notórias limitações nas suas possibilidades de utilização. (Pereira de Souza, *Abuso do direito nas relações privadas*, p. 121).

<sup>599</sup> Lessig, *The future of ideas: the fate of the commons in a connected world*, p. 195–196. No original: “*In responding to the shock that the Internet presents to copyright law, it is of course important to account for the increased exposure to theft. But the law must also draw a balance to assure that this proper response to an increased risk of theft does not simultaneously erase the important range of access and use rights traditionally protected under copyright law.*”

*também deve estabelecer um equilíbrio para assegurar que a resposta adequada ao maior risco de roubo não apague simultaneamente a importante gama de direitos de acesso e uso tradicionalmente protegidos pelo direito autoral.”*

O relatório produzido pela Comissão sobre Direitos da Propriedade Intelectual da OMC em 2002, mencionado no capítulo 2.2, já alertava para os perigos da implementação sistemática de mecanismos DRM, especialmente em se tratando de países em desenvolvimento:<sup>600</sup>

*“[...] Os críticos argumentam que tais medidas [os mecanismos DRM] restringem efetivamente o ‘uso justificável’ e podem reduzir a capacidade de acesso à informação de professores, estudantes, pesquisadores e consumidores, particularmente em países em desenvolvimento. Segundo tal perspectiva, há necessidade de novas abordagens para garantir a manutenção de isenções para ‘uso justificável’ neste contexto digital.”*

O simples fato de determinada obra contar com mecanismos DRM, no entanto, não configura, por si só, exercício abusivo do direito autoral. Faz-se necessário verificar em que momento o uso dos aludidos mecanismos cruza a fronteira do modelo legítimo de exploração da obra por parte dos titulares de direitos autorais e passa a estar em descompasso com a função social do direito autoral.<sup>601</sup>

Carlos Affonso Pereira de Souza traça um paralelo entre direito do consumidor e o direito autoral para afirmar que medidas tecnológicas de proteção que prejudiquem consumidores

---

<sup>600</sup> Comissão sobre Direitos de Propriedade Intelectual da Organização Mundial do Comércio, “Integrando direitos de propriedade intelectual e política de desenvolvimento”, p. 100.

<sup>601</sup> Pereira de Souza, *Abuso do direito nas relações privadas*, p. 117.

Pedro Paranaguá e Sergio Branco apontam que os mecanismos DRM podem simplesmente servir para “gerenciar informações sobre conteúdos, que incluem desde o ano de gravação da obra, seu autor, intérprete, o nome do álbum, a gravadora [...]”. Assim, “caso não haja violação da privacidade ou de qualquer outro direito, seja civil, seja de consumidor etc., não há nada de errado em usar formas tecnológicas de gerenciamento de informação: os verdadeiros DRMs”. (Paranaguá e Branco, *Direitos autorais*, p. 87).

podem ser enquadradas no artigo 51, incisos I e IV, do Código de Defesa do Consumidor<sup>602</sup>, por impor cláusulas abusivas que implicam na renúncia de direitos e por estabelecer obrigações abusivas e que colocam o consumidor em desvantagem exagerada, sendo incompatíveis com a boa-fé.<sup>603</sup>

Nesse sentido, o instituto do abuso do direito também se adequa para reprimir as limitações impostas por mecanismos DRM que negam os usos permitidos de obras intelectuais protegidas em formato digital. Além de o comportamento adotado pelos titulares de direitos autorais ofender a boa-fé objetiva, segundo Carlos Affonso Pereira de Souza há desvio funcional do exercício do direito autoral.<sup>604</sup>

O uso de mecanismos DRM pode eliminar qualquer margem de manobra que os usuários de obras intelectuais protegidas em formato digital tenham com relação aos seus usos lícitos, constem eles das limitações e exceções previstas na LDA, ou não, fazendo cessar o uso espontâneo de tais obras.<sup>605</sup> Por exemplo, o usuário que pretendia parodiar uma obra musical protegida ou se valer de um trecho da obra para fins de crítica ou ensino tem essa oportunidade cerceada.

Ao impedir qualquer tipo de uso contrário aos interesses dos titulares de direitos autorais, os mecanismos DRM não só negam a função social e econômica do direito autoral, como também impõem barreiras à liberdade de expressão e de informação (artigos 5º, incisos IV e IX, e 220 da Constituição da República) e ao acesso à educação (artigos 6º e 205 da Constituição), cultura (artigo 215 da Constituição) e ciência (artigo 218 da Constituição).

---

<sup>602</sup> “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; [...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

<sup>603</sup> Pereira de Souza, *Abuso do direito nas relações privadas*, p. 121.

<sup>604</sup> Pereira de Souza, p. 121–123.

<sup>605</sup> Dan L. Burk e Julie E. Cohen destacam os efeitos sociais positivos do uso espontâneo e não comercial de obras intelectuais e a nocividade de mecanismos que impeçam esse tipo de uso: “*certain amount of unregulated private noncommercial sharing and copying of works also generates substantial but diffuse value, by fueling serendipitous creation and facilitating the free flow of ideas within society. Where such positive externalities are present, social welfare would be increased by use of the work, but the potential user may be deterred from use because he will not assess it at its full value.*” (Burk e Cohen, “Fair use infrastructure for rights management systems”, p. 45).

José de Oliveira Ascensão esclarece que os mecanismos DRM deverão ser confrontados com as restrições extrínsecas e intrínsecas ao direito autoral, harmonizando a proteção conferida pelos aludidos mecanismos DRM e o direito de acesso às obras. Ascensão alerta, ainda, para o risco de privatização do domínio público por meio dos mecanismos DRM:<sup>606</sup>

*“Na realidade, os dispositivos tecnológicos protegem a exploração comercial das obras, e para isso é indiferente que essas obras sejam ou não objeto do direito de autor. Sem que seja dito, mesmo o que era domínio público pode na prática tornar-se domínio reservado.*

*A questão mais grave está porém na supressão de fato das restrições legais, mesmo daquelas que avaramente se elencam na LDA. A proclamação da liberdade torna-se oca, porque não há maneira de a exercer.”*

Sob esse prisma, deve haver um sopesamento entre os mecanismos DRM e as limitações e exceções previstas na LDA. Mas como exercer algum uso legalmente autorizado quando, na prática, os mecanismos DRM o impedem? Nos EUA, por exemplo, o DMCA permite a elisão dos mecanismos DRM em algumas hipóteses limitadas<sup>607</sup> – hipóteses essas que estão sendo ampliadas pela jurisprudência para abrigar o *fair use*.<sup>608</sup>

O artigo 107 da LDA nada prevê a respeito. No entanto, em razão da propalada função exercida pelos mecanismos DRM como instrumento para combater o uso não autorizado de obras intelectuais protegidas em formato digital e até mesmo pela posição ocupada pelo mencionado artigo 107 no texto legal – dentro do título VII, “Das Sanções às Violações dos Direitos Autorais”<sup>609</sup> –, é lógico crer que a sanção nele prevista somente seria aplicável se os

---

<sup>606</sup> Ascensão, “O direito autoral numa perspectiva de reforma”, p. 42–43.

<sup>607</sup> Samuelson, “Digital Rights Management {and, or, vs.} the Law”, p. 42.

<sup>608</sup> Merges, Menell, e Lemley, *Intellectual property in the new technological age*, 693; Sam Biddle, “Federal Judge: OK to Break DRM for Fair Use”, Gizmodo, 26 de setembro de 2010, <http://gizmodo.com/5596571/federal-judge-ok-to-break-drm-for-fair-use>.

Sobre a doutrina do *fair use*, ver a subseção 3.2.1.2 abaixo.

<sup>609</sup> José de Oliveira Ascensão é extremamente crítico à tendência de submeter a neutralização de mecanismos DRM às mesmas sanções aplicáveis à violação de direitos autorais. Segundo Ascensão, há violação do aspecto complementar do sistema, mas não necessariamente dos direitos autorais. Afirma, portanto, que tratar-se-ia de mera

mecanismos DRM forem elididos para permitir o uso da obra em hipóteses que infrinjam a LDA.

Em hipóteses outras, como a elisão para possibilitar o uso legal de obras intelectuais protegidas previsto no artigo 46, por exemplo, a sanção seria inaplicável. É dizer: o artigo 107 se aplica apenas nas situações, e na medida em que, recai sobre a obra intelectual alguma proteção conferida pelo direito autoral. Esse conceito exclui da tutela do artigo 107 a elisão de mecanismos DRM em relação a obras que não são objeto de proteção legal, tal qual as obras em domínio público, bem como em relação a obras intelectuais protegidas que estão sujeitas a algum tipo de limitação ou exceção previstas na LDA.

A interpretação do artigo 107 proposta acima, além de ser consentânea com as limitações e exceções ao direito autoral, ao passo que deixa de impor as sanções nele previstas aos usuários que pretendem fazer uso legal da obra intelectual protegida em formato digital, também impede que os titulares de direitos autorais se valham dos mecanismos DRM para fazer valer restrições de utilização que são flagrantemente abusivas.

Não se pode concordar com a posição adotada por Felipe Barreto Frias, para quem a reprodução possibilitada por alteração, supressão, modificação ou inutilização de mecanismos DRM teria por origem um ato ilícito, de forma que a cópia resultante seria igualmente ilícita.<sup>610</sup> Como visto, só haverá ato ilícito se houver proteção autoral violada. Tratando-se de casos dentro do escopo das limitações ou exceções ao direito autoral, não há que se falar em violação à proteção autoral, pois não há proteção alguma. Há, ao revés, autorização, de forma que mecanismos DRM que obstem o uso da obra dentro dos permissivos legais são abusivos, tal qual um termo de licenciamento que seja contrário à LDA.

Admitir-se que o usuário da obra intelectual protegida em formato digital tenha que recorrer ao judiciário para fazer valer as limitações e exceções que faz jus é o mesmo que deixá-lo sem nada, *“porque ter de recorrer a um processo [...] para poder desfrutar de um simples limite é não ter nada, tal a desproporção entre o mal e o remédio”*.<sup>611</sup>

---

infração de regras negociais, mas não de violação de direitos autorais. (Ascensão, “A função social do direito autoral e as limitações legais”, p. 109).

<sup>610</sup> Frias, “O instituto da cópia privada no direito autoral brasileiro - análise dogmática e crítica”, p. 77-78.

<sup>611</sup> Ascensão, “A função social do direito autoral e as limitações legais”, p. 104.

É evidente que as mudanças trazidas pela tecnologia digital desafiam o direito autoral. Contudo, coibir ferramentas que visam ampliar e dinamizar as formas de expressão artística e cultural e a distribuição de obras intelectuais não parece ser o caminho adequado. O direito autoral deve ser adaptado, ou adaptável, à nova realidade tecnológica, e não o contrário.<sup>612</sup>

De outro lado, a visão de que as tecnologias digitais e o direito autoral não podem conviver e convergir para novas maneiras de oferta e uso da obra intelectual protegida em formato digital é manifestamente equivocada. Se bem empregada, as mencionadas tecnologias podem contribuir para novas formas de exercício do direito autoral e novos modelos de autorização para uso das mencionadas obras.<sup>613</sup>

Por exemplo, a Associação da Indústria Fonográfica dos EUA apurou que os serviços de *streaming*, tais como o Spotify, Apple Music e Deezer, bateram os modelos tradicionais de consumo de música pela primeira vez no ano de 2015.<sup>614</sup> Em levantamento ainda mais recente, a mesma Associação divulgou que o ano de 2016 foi o melhor para o setor desde 2009, sendo que 51% das receitas se originaram em serviços de *streaming*.<sup>615</sup> Será o retrato de uma indústria que se exauriu de lutar contra a tecnologia e resolveu abraçá-la?

### 2.3.4 Consequências do Exercício Abusivo do Direito Autoral

As hipóteses de exercício abusivo do direito autoral são inúmeras. Renan Lotufo, em reflexão inspirada pela tese de doutoramento de Leonardo Estevam de Assis Zanini, analisa se

---

<sup>612</sup> Carboni, “Conflitos entre direito de autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico”, p. 447–448.

<sup>613</sup> Pereira de Souza, “Direitos autorais, tecnologia e transformações na criação e no licenciamento de obras intelectuais”, p. 466–468.

<sup>614</sup> Folha de São Paulo, “Streaming bate modelos tradicionais e lidera mercado americano pela 1ª vez”, 23 de março de 2016, <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2016/03/1753190-streaming-bate-modelos-tradicionais-e-lidera-mercado-americano-pela-1-vez.shtml>.

<sup>615</sup> “Dados mostram que o streaming não está matando a indústria da música”, Olhar Digital, 31 de março de 2017, <https://olhardigital.uol.com.br/noticia/dados-mostram-que-o-streaming-nao-esta-matando-a-industria-da-musica/67187>.



os sucessores de autor falecido têm a obrigação de permitir a reedição de obras clássicas esgotadas.<sup>616</sup>

Há um evidente interesse social na reedição de tais obras, que “*não devem ficar sem circulação e longe do acesso dos interessados no desenvolvimento dos estudos e da ciência*”. A faculdade que a lei confere ao autor para a retirada de obra sua de circulação (art. 24, inciso VI, da LDA) não é transmissível aos seus herdeiros, por força do art. 24, §1º, da LDA e do entendimento doutrinário de que esse é um direito extrapatrimonial ligado à própria pessoa do autor.<sup>617</sup>

Lotufo pondera que “*a sucessão dos direitos de autor há que ser exercida com a devida função social*”, de modo que é “*obrigação dos sucessores permitir a reedição das obras, sob pena de considerar-se como ato atentatório ao interesse social e cultural*”. Essa obrigação se origina no art. 187 do Código Civil, que exige a adoção de determinado comportamento – neste caso, a reedição de obra esgotada – sob pena de se configurar abuso da posição de sucessor de autor. A conclusão não poderia ser outra:<sup>618</sup>

*“quem tem um direito cujo exercício é do interesse social, ao não usá-lo acaba tendo um comportamento abusivo, frente ao que dispõe o art. 187 do Código Civil: [...]*

*Deste abuso nasce uma obrigação que visa a corrigir o comportamento inerte. Portanto, parece claro que o comportamento omissivo que equivale à retirada de circulação de obra de relevo para a cultura jurídica, enseja a execução forçada de obrigação de fazer, consentimento suprível”.*

No caso da não reedição de obra esgotada por parte dos sucessores de autor falecido, a consequência para o ato abusivo é, segundo Renan Lotufo, a execução forçada de obrigação de

---

<sup>616</sup> Renan Lotufo, “Uma nova fonte de obrigação?”, in *O direito das obrigações na contemporaneidade: estudos em homenagem ao ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior*, org. Plínio Melgaré (Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014), p. 403.

<sup>617</sup> Lotufo, p. 404.

<sup>618</sup> Lotufo, p. 404–405.

fazer para que ocorra a reedição da mencionada obra esgotada, mesmo que sem o consentimento dos sucessores do autor.

As consequências do abuso do direito autoral variam de acordo com o caso sob análise. Já se destacou na subseção 2.3.1.1 que o ato abusivo pode ensejar uma obrigação de indenizar, a nulidade de determinada cláusula contratual, tutelas inibitórias etc. A sanção será sempre a mais adequada para assegurar que o exercício do direito seja redirecionado ao seu curso normal.

Bruno Miragem aponta que o juiz pode determinar quaisquer formas de rejeição do ato abusivo com o objetivo de eliminar os efeitos do abuso ou impedir os danos que por ele podem ser causados – sejam elas sanções civis ou providências práticas de natureza processual.<sup>619</sup> Dentre as possíveis consequências do exercício abusivo de um direito, o autor destaca (i) o dever de indenizar; (ii) a invalidade do ato praticado em abuso; (iii) a ineficácia do ato abusivo e a ineficácia em razão do abuso; e (iv) a tutela inibitória do abuso.<sup>620</sup>

No caso ABDR, a consequência do abuso do direito autoral seria a imposição de uma obrigação de não fazer genérica para que a Associação se abstenha de tomar ações contrárias à LDA, especialmente aos artigos que tratam das exceções e limitações ao direito autoral; para que se abstenha de divulgar sua interpretação da LDA como se fosse o próprio texto legal; e para que se abstenha de interferir no uso privado de obras intelectuais protegidas. Essa obrigação de não fazer poderia se fazer acompanhar da nulidade de quaisquer atos jurídicos praticados pela ABDR com base na conduta considerada abusiva.

Poder-se-ia impor também formas de corrigir a “deseducação” promovida pela ABDR, obrigando-a, por exemplo, a promover campanha para esclarecer aos usuários de obras intelectuais que a realização de cópias de tais obras é sim permitida, ao contrário do aviso constante na contracapa da quase totalidade de livros comercializados no Brasil; pagar indenização em favor de algum fundo voltado à proteção do consumidor em razão dos enormes prejuízos causados à comunidade acadêmica, estudantes etc.

No caso da utilização de mecanismos DRM pela indústria fonográfica, a consequência do abuso do direito autoral seria a imposição de obrigação de fazer para que as empresas que

---

<sup>619</sup> Miragem, *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado*, p. 183–184.

<sup>620</sup> Miragem, p. 185–197.

utilizam mecanismos DRM os adequem às disposições da LDA, especialmente aos artigos que tratam das exceções e limitações ao direito autoral e do prazo máximo de proteção legal, ou, na impossibilidade de o fazer, que deixem de utilizar tais mecanismos DRM.

Outra consequência seria a declaração de nulidade dos termos de licenciamento eventualmente abusivos, que amparam contratualmente a utilização dos mecanismos DRM por parte da indústria fonográfica.

Em ambos os casos, as consequências do exercício abusivo do direito autoral devem ter por objetivo permitir que os usuários de obras intelectuais protegidas tenham seus direitos – fazendo-se referência, em geral, às garantias fundamentais previstas na Constituição da República e, em particular, aos direitos previstos na LDA – resguardados, em vistas dos constantes abusos cometidos pela indústria cultural na interpretação, exercício e divulgação da LDA de acordo com sua própria conveniência e em desatenção, principalmente, às funções econômica e social exercidas pelo direito autoral.

O exercício abusivo do direito autoral, bem como suas consequências, também devem ser objeto de discussão legislativa, acadêmica e jurisprudencial, de forma a orientar as discussões para uma reforma da LDA, bem como para uma interpretação e aplicação mais equilibrada das normas de direito autoral por parte da doutrina e dos tribunais brasileiros.

### PARTE 3 – POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA OS DESAFIOS DO DIREITO AUTORAL

A terceira parte deste trabalho se debruçará sobre possíveis soluções para os desafios endógenos e exógenos do direito autoral – sem pretender, contudo, ser exaustivo. São elas: (i) as modalidades alternativas de licenciamento de obras intelectuais; (ii) a reforma legislativa; e (iii) a conseqüente (e necessária) mudança no estudo e nas considerações acerca do direito autoral por parte da jurisprudência e doutrina brasileiras.

#### 3.1 Licenciamento de Obras Intelectuais: Modalidades Alternativas

O atual sistema de direitos autorais foi idealizado para proteger o autor, garantindo o seu reconhecimento – por meio dos direitos extrapatrimoniais – e retorno financeiro pelo trabalho desenvolvido. O aludido retorno financeiro em regra se dá por meio do licenciamento e/ou cessão dos direitos patrimoniais sobre a obra intelectual protegida.

O presente capítulo tratará especificamente do licenciamento de obras intelectuais protegidas, aqui entendido como a permissão concedida pelo titular de direitos autorais ao usuário da obra para utilizá-la de uma forma determinada e em conformidade com as condições estabelecidas no contrato de licenciamento.<sup>621</sup>

Já se demonstrou que a consolidação das novas tecnologias (principalmente da *internet*) fez com que severas críticas surgissem quanto à adequação do sistema de direitos autorais ao ambiente digital, em especial quanto ao meio adotado para garantir o retorno financeiro pelo trabalho desenvolvido. Difundiu-se a percepção de que a proteção legal não está

---

<sup>621</sup> José Henrique da Rocha Fragoso diferencia o licenciamento de cessão da seguinte maneira: enquanto a cessão consiste na transmissão definitiva e, em regra, exclusiva, dos direitos sobre determinada obra intelectual protegida, o licenciamento consiste na transmissão temporária e não exclusiva dos direitos sobre determinada obra. Em regra, o licenciamento não transfere a titularidade dos direitos autorais, mas concede ao licenciado certos direitos de utilização da obra intelectual (Fragoso, *Direito autoral: da antiguidade à internet*, p. 350 e 361).

verdadeiramente direcionada aos autores, mas sim aos agentes intermediários – a indústria cultural.<sup>622</sup>

Logo a *internet* deu origem a modalidades alternativas de licenciamento, que visam oferecer uma escolha ao autor quanto aos seus direitos sobre determinada obra intelectual. Também conhecidas por “licenças públicas”, elas possuem pouca ou nenhuma previsão legislativa, mas sua utilização é cada vez mais difundida. Abordar-se-á abaixo duas dessas modalidades: o *copyleft* e o *creative commons*.

### 3.1.1 *Copyleft* (e o Movimento *Software Livre*)

O *copyleft* toma por base as tradicionais legislações de *copyright* para permitir, de forma gratuita, a utilização, distribuição e criação de trabalhos derivados de determinada obra intelectual protegida. As duas principais regras são: manter a menção ao autor original da obra e a obrigatoriedade de que qualquer nova utilização também seja licenciada por meio do *copyleft*.<sup>623</sup> Materializa-se em uma licença conhecida por GNU-GPL (GNU *general public license*)<sup>624</sup> e pode ser adotado tanto para *software* como para outros materiais disponíveis *online*.

Essa modalidade de licenciamento foi idealizada por Richard Stallman, então integrante do Massachusetts Institute of Technology (“MIT”) e um dos fundadores da FSF, e tinha por objetivo original impedir que os programas e ferramentas de código-fonte aberto desenvolvidos pelo movimento de *software* livre (também chamado de movimento *open source*) fossem indevidamente apropriados por alguma empresa privada.<sup>625</sup>

---

<sup>622</sup> Ronaldo Lemos e Sérgio Branco, *Copyleft, software livre e creative commons: a nova feição dos direitos autorais e as obras colaborativas* (FGV, 2009), p. 2–3, <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2796>. Essa percepção, como visto no capítulo 2.1, não é nova. Contudo, a *internet* deu voz a um universo de potenciais autores que não estão acostumados com o sistema de direitos autorais e que, muitas vezes, não concordam com suas regras estanques.

<sup>623</sup> Lemos e Branco, 3; Paranaçu e Branco, *Direitos autorais*, p. 110.

<sup>624</sup> “O uso da GNU-GPL enseja a formação de redes de contratos, ou de contratos de licenciamento em rede. Aquele que se vale da licença precisa necessariamente permitir o uso de seus eventuais aperfeiçoamentos e modificações.” (Paranaçu e Branco, *Direitos autorais*, p. 112).

<sup>625</sup> Lemos e Branco, *Copyleft, software livre e creative commons: a nova feição dos direitos autorais e as obras colaborativas*, p. 5–6.

O *copyleft*, portanto, não é fruto de uma criação legislativa ou judiciária. É, ao contrário, o resultado do esforço de programadores de computação que estavam insatisfeitos com o direito autoral e o seu foco quase que exclusivo no valor econômico da obra intelectual. Esses programadores entendiam que o direito autoral limitava a concretização da capacidade integral de um trabalho colaborativo no campo do desenvolvimento de *software*.<sup>626</sup>

Ronaldo Lemos faz uma crítica à aplicação do direito autoral aos *softwares* a partir de exemplos de abuso do poder econômico no mercado de sistemas operacionais por parte da empresa norte-americana Microsoft. O prazo de proteção conferido pela legislação de direito autoral norte-americana – hoje, de 70 anos – é extremamente longo para um mercado tão dinâmico como o de *software*.<sup>627</sup>

Programadores independentes não podem acessar o código-fonte do *software* protegido para desenvolver melhorias, ou mesmo um sistema concorrente. Isso resulta em um mercado com pouca concorrência e, conseqüentemente, pouca inovação. E, quando o *software* cair em domínio público, ele certamente estará ultrapassado. Será um domínio público de nenhuma utilidade.

A conclusão é de que a posição dominante da Microsoft deve mais direito autoral do que propriamente aos trunfos do seu produto.<sup>628</sup> E uma das soluções possíveis para o mercado de *software* em geral reside justamente na proposta do movimento de *software* livre, que, ao contrário do regime tradicional de proteção ao *software*, exige, com base nas prerrogativas legais, que qualquer usuário tenha acesso ao código-fonte e possa utilizar e distribuir o *software* livremente.<sup>629</sup>

Assim é que no *copyleft* o autor não abre mão do direito autoral sobre a obra intelectual. O autor se vale exatamente desse direito para condicionar a fruição da obra por terceiros, desde que respeitados alguns princípios básicos, especialmente voltados para o campo da programação (mas aplicáveis analogamente a outras obras): (i) a liberdade de utilização do *software* para

---

<sup>626</sup> Ronaldo Lemos, “Copyright ou copyleft? Lições do modelo open source e do caso Microsoft”, in *Conflitos sobre nomes de domínio: e outras questões jurídicas da internet*, org. Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais e Fundação Getúlio Vargas, 2003), p. 383.

<sup>627</sup> Lemos, p. 380.

<sup>628</sup> Lemos, p. 378.

<sup>629</sup> Lemos, p. 383–384.

qualquer propósito; (ii) a liberdade de estudar e adaptar o *software*, o que pressupõe acesso ao seu código-fonte; e (iii) a liberdade de redistribuir o *software*, inclusive incorporando eventuais aperfeiçoamentos nele realizados.<sup>630</sup>

Pedro Paranaguá e Pablo Camargo de Cerdeira definem o contrato de *copyleft* como um licenciamento clássico, acrescido do licenciamento de outros direitos de forma não-onerosa, e que deverá ser aceito pelos tribunais da mesma forma que outros contratos atípicos de origem estrangeira, como o *factoring* ou *franchising*.<sup>631</sup> Para os autores, “*não há qualquer impedimento a esse tipo de licenciamento no Brasil, uma vez que as liberdades e restrições se dão apenas no plano dos direitos patrimoniais, e não no dos morais*”.<sup>632</sup>

José de Oliveira Ascensão, por sua vez, analisa a natureza dos termos contratuais de licenciamento característicos do *copyleft*:<sup>633</sup>

*“A posição do licenciado, num esquema colaborativo, é a que resulta dos termos contratuais. Esses termos podem ser negociados individualmente ou serem pré-formulados pelo licenciante. Neste caso temos um contrato de adesão. [...] é o caso das licenças ao público, como a GPL – General Public License.”*

Ronaldo Lemos, ainda tratando do mercado de *software*, menciona que a exploração econômica no regime de *copyleft* não é vedada, mas incentivada. Ela geralmente ocorre segundo quatro modelos distintos: (i) a distribuição do *software* livremente, acompanhada da comercialização de suporte técnico ou de customizações desenhadas especificamente para

---

<sup>630</sup> Lemos e Branco, *Copyleft, software livre e creative commons: a nova feição dos direitos autorais e as obras colaborativas*, p. 7; Paranaguá e Branco, *Direitos autorais*, p. 111.

<sup>631</sup> Pedro Paranaguá e Pablo de Camargo Cerdeira, “Copyleft e software livre: uma opção pela razão: eficiências tecnológica, econômica e social - I”, *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, 2004, p. 68.

<sup>632</sup> Pedro Paranaguá e Pablo de Camargo Cerdeira, “Copyleft e software livre: uma opção pela razão: eficiências tecnológica, econômica e social - II”, *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, 2004, p. 21.

<sup>633</sup> José de Oliveira Ascensão, “Modelos colaborativos em direitos autorais”, in *Ensaio sobre o direito imaterial: estudos dedicados a Newton Silveira*, org. Karin Grau-Kuntz e Denis Borges Barbosa (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009), p. 12.

determinado cliente; (ii) a distribuição do *software* livremente, para conquista de mercado, e a posterior comercialização de produtos a ele relacionados; (iii) a integração do *software* livre em *hardware*, o que permite o barateamento do custo final do equipamento; e (iv) a distribuição do *software* livremente, ao mesmo tempo em que se oferece a aquisição de cursos, livros e treinamentos sobre esse *software*.<sup>634</sup>

A revolução do *copyleft* no mercado de *software* foi tão grande que, no ano de 2001, Thomas Greene, CEO da Microsoft, o definiu como “*um câncer que se junta à propriedade intelectual*”.<sup>635</sup> Guilherme Carboni nota que, inicialmente, o movimento *software* livre foi bastante combatido. Mas, com o passar do tempo, os novos modelos de negócio que ele originou foram abraçados pela indústria tradicional. O desenvolvimento de *software* livre é atualmente recomendado pela OMC para países em desenvolvimento e esse modelo já foi adotado pelos governos do Brasil, China, Japão, Coreia do Sul, Noruega, dentre outros.<sup>636</sup>

Por outro lado, muitas das utilizações do *copyleft* seguem ocorrendo em ambientes nos quais não se pretende qualquer exploração econômica da obra intelectual. É o caso, por exemplo, do sistema operacional Linux.<sup>637</sup> A Wikipédia também adotava essa modalidade de licenciamento<sup>638</sup> antes de sua migração para o *creative commons*.<sup>639</sup>

O fato de que um sem número de pessoas se dedicam à produção de obras colaborativas que não lhes trarão qualquer retorno pecuniário – a exemplo do sistema Linux e da Wikipédia aludidos acima – parece um contrassenso à lógica do direito autoral tradicional. Como já destacado na subseção 2.2.2.2, essas pessoas são movidas por incentivos outros, como a

---

<sup>634</sup> Lemos, “Copyright ou copyleft? Lições do modelo open source e do caso Microsoft”, p. 385–386.

<sup>635</sup> The Register, “Ballmer: ‘Linux is a cancer’”, 2 de junho de 2001, [https://www.theregister.co.uk/2001/06/02/ballmer\\_linux\\_is\\_a\\_cancer/](https://www.theregister.co.uk/2001/06/02/ballmer_linux_is_a_cancer/).

José de Oliveira Ascensão observa que “*Essa hostilidade não assenta em nenhum argumento válido. Os modelos colaborativos respeitam 100% os exclusivos existentes. A razão profunda da hostilidade é apenas o desejo de sacralizar o regime de arame farpado que se estabeleceu.*” (Ascensão, “Modelos colaborativos em direitos autorais”, p. 4–5).

<sup>636</sup> Carboni, *Direito autoral e autoria colaborativa: na economia da informação em rede*, p. 163.

<sup>637</sup> “FAQ - Linux Mint”, [s.d.], <https://www.linuxmint.com/faq.php>.

<sup>638</sup> Ronaldo Lemos, *Direito, tecnologia e cultura* (Rio de Janeiro: FGV, 2005), p. 80.

<sup>639</sup> Não há diferenças entre a licença GNU-GPL do *creative commons* e a licença GNU-GPL tradicional, associada ao *copyleft*. (Paranaguá e Branco, *Direitos autorais*, p. 112).



sensação de retribuição à sociedade e a participação em um empreendimento que pode beneficiar centenas de milhares de pessoas.<sup>640</sup>

O *copyleft* surgiu como uma forma de reconhecer que a produção intelectual muitas vezes dispensa o modelo romântico de autor e os incentivos econômicos que tanto caracterizam o atual sistema de direitos autorais. E tudo isso foi feito dentro desse próprio sistema, sem a necessidade de uma ruptura com a legislação positiva.

O *copyleft* revolucionou não apenas a história do *software*, mas possibilitou, na esfera jurídica, o surgimento de uma nova forma de organização econômica, baseada na descentralização da produção intelectual.<sup>641</sup> O caminho aberto pelo *copyleft* foi desenvolvido e aprimorado por outra modalidade alternativa de licenciamento: o *creative commons*.<sup>642</sup>

### 3.1.2 *Creative Commons*

O *creative commons* foi criado por Lawrence Lessig, uma das maiores autoridades norte-americanas em propriedade intelectual, a partir das ideias do movimento *software* livre e do *copyleft*.<sup>643</sup> Essa modalidade de licenciamento objetiva a expansão do acesso às obras intelectuais e, como consequência, pretende estimular a atividade criativa, por meio da construção de uma “camada de direitos autorais razoáveis em oposição aos extremos que

---

<sup>640</sup> Lemos, *Direito, tecnologia e cultura*, p. 81–82. Ronaldo Lemos nota, por exemplo, que “O ciclo geralmente começa quando alguém que detém um determinado conhecimento específico em alguma área é atraído para a Wikipedia, em princípio para verificar se o verbete relativo a essa área descreve apropriadamente aquele campo do conhecimento. Em muitos casos, daí surge a vontade de acrescentar algo ou mesmo revisar o que está escrito, para aprimorar o texto. Foi a partir desse impulso que os mais de 170 mil verbetes surgiram e se tornaram úteis, ameaçando trabalhos centenários como o da Enciclopédia Britannica, e realizando o ideal iluminista de Enciclopédia de maneira jamais imaginada.” (Lemos, p. 82).

<sup>641</sup> Lemos, *Direito, tecnologia e cultura*, p. 82.

<sup>642</sup> Paranaguá e Branco, *Direitos autorais*, p. 112.

<sup>643</sup> A ideia de Lawrence Lessig contou com o apoio do Center for the Public Domain, do Berkman Center for Internet & Society at Harvard Law School e diversos outros nomes estudiosos da propriedade intelectual e direito digital. Atualmente, o *creative commons* é sediado na Stanford Law School Center for Internet and Society (Souza, *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*, p. 296).

*reinam atualmente*”.<sup>644</sup> Trabalha com o conceito de *commons* – certos bens ou recursos passíveis de utilização por quaisquer pessoas, sem a necessidade de autorização.

Como exemplo, cita as ruas públicas e a teoria da relatividade de Einstein. Apesar de ambas serem consideradas *commons*, há uma diferença fundamental entre elas: enquanto a utilização das ruas públicas por uma pessoa rivaliza com a utilização feita por outras, a teoria da relatividade de Einstein pode ser utilizada por diversas pessoas, simultaneamente, e seu uso permanecerá inesgotável.<sup>645</sup>

Lessig conclui que “*se um recurso é não-rival, então o problema é saber se há incentivo suficiente para produzi-lo e não se há muita demanda para o seu consumo. Um bem não rival não pode ser exaurido*”.<sup>646</sup> Essa ideia se soma com a premissa de que a proteção conferida aos autores é muitas vezes excessiva, especialmente em vistas do atual estágio tecnológico, de modo que os próprios autores podem desejar reduzi-la.<sup>647</sup>

Assim, Lessig propõe um sistema por meio do qual o autor de uma obra intelectual pode licenciá-la para o uso da coletividade, de acordo com os limites de certas licenças pré-determinadas.<sup>648</sup> Pode-se optar, por exemplo, por liberar apenas a distribuição livre da obra ou

---

<sup>644</sup> “*Its aim is to build a layer of reasonable copyright on top of the extremes that now reign.*” (Lessig, *Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, p. 282).

O Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas é responsável pelo *creative commons* no Brasil e resume o seu objetivo: “*expandir a quantidade de obras criativas disponíveis ao público, permitindo criar outras obras sobre elas, compartilhando-as. Isso é feito através do desenvolvimento e disponibilização de licenças jurídicas que permitem o acesso às obras pelo público, sob condições mais flexíveis*”. Disponível em: “Creative Commons - ‘Alguns Direitos Reservados’”, FGV Direito Rio, 15 de julho de 2009, <http://direitorio.fgv.br/cts/creative-commons>.

<sup>645</sup> Relembre-se, nesse sentido, a explicação sobre bens não-rivais fornecida por Lawrence Lessig e transcrita na seção 1.2.1 (Lessig, *The future of ideas: the fate of the commons in a connected world*, p. 21).

<sup>646</sup> Lessig, p. 21.

<sup>647</sup> Tridente, *Direito autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI*, p. 121). Tridente sintetiza: “*O creative commons propõe uma alternativa intermediária entre a opção todos os direitos reservados [...] e a opção nenhum direito reservado, presente na ideia de domínio público, visando oferecer aos autores a escolha do caminho do meio termo ao viabilizar que optem pela alternativa alguns direitos reservados.*” (Tridente, p. 122).

<sup>648</sup> O website [www.creativecommons.org](http://www.creativecommons.org) traz todas as licenças disponibilizadas ao público.

mesmo a sua exploração econômica por terceiros, reservando-se apenas os direitos morais do autor.<sup>649</sup>

Sérgio Branco elabora uma didática explicação dos seis tipos de licenças pré-determinada existentes na modalidade *creative commons*. A partir da resposta a duas perguntas – “permitir usos comerciais do seu trabalho?” e “permitir que adaptações do seu trabalho sejam compartilhadas?” – o *website* sugere ao autor qual a licença mais adequada aos seus interesses.<sup>650</sup>

A primeira pergunta pode ser respondida com “sim” ou “não” e determinará se a obra, por exemplo, uma música, poderá ser incluída em propagandas comerciais, novelas e CDs comercializados no mercado de consumo. Em qualquer caso, a licença importa em uma autorização para a realização de cópias privadas dessa música ou qualquer outra utilização de caráter não econômico.<sup>651</sup>

A segunda pergunta pode ser respondida com “sim”, “não” e “sim, desde que outros compartilhem igual”. Determinar-se-á a possibilidade ou não do compartilhamento de obras derivadas. A terceira opção, inexistente na primeira pergunta, determinará se as obras derivadas compartilhadas dessa maneira deverão adotar a mesma licença da obra original.<sup>652</sup>

Ronaldo Lemos explica que as licenças *creative commons* são escritas em três níveis: um nível para leigos e de fácil entendimento para quem não possui formação jurídica; um nível para advogados, por meio da qual todas as condições legais da licença são explicadas, tornando-a válida perante o ordenamento; e um nível técnico, por meio do qual a licença é transcrita em linguagem computadorizada e pode ser digitalmente incorporada em determinada obra.<sup>653</sup>

---

<sup>649</sup> Guilherme Carboni referencia o trabalho feito pelo Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas para adaptar as licenças *creative commons* à LDA, preservando, por exemplo, a necessidade de atribuição de autoria (Carboni, *Direito autoral e autoria colaborativa: na economia da informação em rede*, p. 164).

<sup>650</sup> Sérgio Branco, “As licenças *creative commons*”, in *Direito privado e internet*, org. Guilherme Magalhães Martins (São Paulo: Atlas, 2014), p. 528.

<sup>651</sup> Branco, p. 528.

<sup>652</sup> Branco, p. 528–529.

<sup>653</sup> Lemos, *Direito, tecnologia e cultura*, p. 84.

O *creative commons* conta, ainda, com instrumentos que permitem aos autores dedicar suas obras ao domínio público, facilitando a identificação e descoberta de trabalhos livres de quaisquer restrições de direito autoral.<sup>654</sup>

A lógica dessa modalidade de licenciamento é funcionar como uma maneira de o autor informar antecipadamente à sociedade os usos que ele deseja permitir com relação à sua obra, seja ela uma música, um filme, um livro, um *software* etc. Portanto, cabe ao autor dar conhecimento ao público sobre a licença que escolheu para reger determinada obra – o *creative commons* não funciona como um repositório de obras que o utilizam.<sup>655</sup>

Todas as seis licenças do *creative commons* estabelecem sua vigência pelo período integral de proteção autoral e são feitas em caráter irrevogável pelo autor.<sup>656</sup> E, da mesma forma que o *copyleft*, o *creative commons* consiste em uma renúncia voluntária do autor em relação a certos direitos que a LDA lhe confere.<sup>657</sup> Isto é: “a LDA permanece aplicável em meio ao *creative commons*. O que se tem, no entanto, é a garantia [do autor] de se poder usar a obra alheia dentro das autorizações concedidas”.<sup>658</sup>

José de Oliveira Ascensão, tratando das diversas modalidades alternativas de licenciamento, afirma que todas tem por princípio comum a voluntariedade do titular de direitos autorais em abrir livremente a sua obra, ou seus modos de utilização a terceiros. E prossegue: “O titular pode fazê-lo sem limite. Ele tem um direito, não uma função. Tal como pode renunciar ao direito [...], pode disponibilizar a obra com as graduações que entender, mais ou menos vastas.”<sup>659</sup>

Nesse sentido, as lições de Sérgio Branco e Ronaldo Lemos, respectivamente:

---

<sup>654</sup> “Creative Commons Public Domain Tools”, [s.d.], <https://creativecommons.org/publicdomain/>.

<sup>655</sup> Branco, “As licenças creative commons”, p. 531.

<sup>656</sup> Tridente, *Direito autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI*, p. 128.

<sup>657</sup> Alessandra Tridente nota que “A renúncia espontânea de direitos por parte dos próprios autores de obras criativas, que resulta no *creative commons*, coopera para o assentamento da convicção de que existe um excesso, e que o direito autoral necessita ser revisto e balanceado. Nesta revisão, tudo indica que a diminuição da dosagem do remédio é imprescindível para que ele não se transforme em veneno, matando o paciente.” (Tridente, p. 129).

<sup>658</sup> Lemos e Branco, *Copyleft, software livre e creative commons: a nova feição dos direitos autorais e as obras colaborativas*, p. 21.

<sup>659</sup> Ascensão, “Modelos colaborativos em direitos autorais”, p. 4.

“[...] a licença *creative commons* é atribuída pelo próprio autor da obra (ou titular dos direitos patrimoniais) de modo a atender sua vontade enquanto autor (ou titular de direitos). Se existe alguma restrição a seus direitos, essa restrição é voluntária – o que é absolutamente corriqueiro quando se trata de direitos patrimoniais, que são, de modo geral, disponíveis [...]”<sup>660</sup>

“Essas licenças criam uma alternativa ao direito da propriedade intelectual tradicional, fundada de baixo para cima, isto é, em vez de criadas por lei, elas se fundamentam no exercício das prerrogativas que cada indivíduo tem, como autor, de permitir o acesso às suas obras e a seus trabalhos, autorizando que outros possam utilizá-los e criar sobre eles.”<sup>661</sup>

Artistas de renome, como Gilberto Gil, David Byrne e Beastie Boys aderiram às licenças *creative commons*, bem como instituições do porte do MIT e da BBC.<sup>662</sup> Também estão licenciados dessa maneira os materiais educacionais da Prefeitura de São Paulo, as palestras do projeto TED<sup>663</sup> e até mesmo o site oficial da Casa Branca.<sup>664</sup> Sérgio Branco menciona a existência de cerca de 500 milhões de obras licenciadas por meio do *creative commons*.<sup>665</sup>

Como destacado na subseção 2.2.2.2, na economia digital os autores não necessariamente auferem vantagem econômica diretamente com o licenciamento da obra. Muitas vezes essa

---

<sup>660</sup> Branco, “As licenças *creative commons*”, p. 532.

<sup>661</sup> Lemos, *Direito, tecnologia e cultura*, p. 83.

Com relação à possibilidade de o autor dispor que a obra derivada deverá necessariamente adotar a mesma licença da obra original, Guilherme Carboni observa que “o direito de autor sobre a obra derivada nasce condicionado à vontade do autor primígeno.” (Carboni, *Direito autoral e autoria colaborativa: na economia da informação em rede*, p. 164).

<sup>662</sup> Silvio Crespo, “Reforma agrária no audiovisual - *creative commons*: difusão de obras, memória e produção colaborativa”, *Revista Sinopse*, nº 10, ano IV (dezembro de 2004): p. 60–62.

<sup>663</sup> Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, Centro de Tecnologia e Sociedade, *Direitos autorais em reforma*, p. 67.

<sup>664</sup> “Case Studies/Whitehouse.gov - *Creative Commons*”, [s.d.], [https://wiki.creativecommons.org/wiki/Case\\_Studies/Whitehouse.gov](https://wiki.creativecommons.org/wiki/Case_Studies/Whitehouse.gov).

<sup>665</sup> Branco, “As licenças *creative commons*”, p. 534.

vantagem econômica consiste na possibilidade de ampla divulgação da obra, a título não oneroso, somada, por exemplo, à prestação de serviços correlatos.<sup>666</sup>

E o *creative commons* não beneficia apenas os autores. Beneficia também os usuários de obras intelectuais protegidas, que, cientes, de antemão, sobre o que podem e o que não podem fazer com a obra, correm menos riscos de incorrer em uma conduta violadora de direitos autorais. Confere-se assim maior segurança jurídica para quaisquer utilizações da obra.<sup>667</sup>

Além disso, trata-se de uma modalidade de licenciamento capaz de contribuir para o atendimento de uma demanda social por maior difusão de materiais educacionais, científicos e culturais<sup>668</sup>, permitindo a expressão das mais diversas formas – inclusive e especialmente as colaborativas<sup>669</sup> – sem agredir direitos autorais de terceiros, ao mesmo tempo em que se promove a descentralização da mídia, o que é especialmente importante em um país como o Brasil, no qual os meios tradicionais para a produção e difusão de obras intelectuais são altamente concentrados.<sup>670</sup>

As modalidades alternativas de licenciamento devem contar com apoio governamental, seja na sua ampla divulgação à sociedade, seja na sua adoção em obras intelectuais protegidas

---

<sup>666</sup> A esse respeito, Ronaldo Lemos e Sérgio Branco notam que “*As obras livres não gerariam lucros diretos a partir de seu licenciamento (uma das formas clássicas de remuneração dos autores), mas nem por isso deve-se acreditar que por isso não seriam bem aceitas [...]. É natural que o direito de autor deva ser preservado. Há autores que dependem da remuneração pelos seus trabalhos para que possam continuar a produzir. O que não se quer, acreditamos, é um sistema impositivo em que os autores estejam obrigados a exercer direitos dos quais poderiam, em maior ou menor extensão, abrir mão.*” (Lemos e Branco, *Copyleft, software livre e creative commons: a nova feição dos direitos autorais e as obras colaborativas*, p. 21–23).

<sup>667</sup> Branco, “As licenças creative commons”, p. 532.

<sup>668</sup> Ronaldo Lemos afirma a existência de “*uma grande movimentação social, silenciosa e descentralizada, mas constante, que clama por modelos alternativos mais adequados à realidade da transformação tecnológica. A pirataria é a forma mais perversa e nefasta de manifestação dessa necessidade de mudança. Entretanto, há outras.*” (Lemos, *Direito, tecnologia e cultura*, p. 90).

<sup>669</sup> “*Pode assim a flexibilização voluntária do direito autoral ser um meio de alcançar a expansão; e com isso também [...] à participação coletiva no desenvolvimento de projetos. Esta é prejudicada pela rigidez do exclusivo; o modelo colaborativo permite uma abertura sem afrontar nenhuma regra legal.*” (Ascensão, “Modelos colaborativos em direitos autorais”, p. 5).

<sup>670</sup> Lemos, “From legal commons to social commons: Brazil and the cultural industry in the 21st century”, p. 49.

Guilherme Carboni soma sua voz à crítica sobre a concentração midiática no Brasil: “*Podemos dizer que, tanto o software livre como as licenças ‘creative commons’, não destroem o sistema de proteção autoral [...] no qual estamos todos ‘condenados a ser autores’, já que não podemos escapar dessa condição. Na verdade, ambos têm como mérito questionar um dos aspectos mais relevantes do direito de autor nos dias de hoje, que é exatamente o poder da indústria do entretenimento e da comunicação na distribuição das obras intelectuais.*” (Carboni, *Direito autoral e autoria colaborativa: na economia da informação em rede*, p. 165).

desenvolvidas no âmbito da Administração Pública. Por esse motivo, é de se lamentar que no ano de 2011, o Ministério da Cultura do Brasil tenha retirado de seu *website* qualquer menção ao *creative commons*, na contramão do que ora se propõe.<sup>671</sup>

---

<sup>671</sup> André Miranda e André Machado, “MinC abre polêmica após retirada da licença Creative Commons do site do ministério”, O Globo, 22 de janeiro de 2011, <https://oglobo.globo.com/cultura/minc-abre-polemica-apos-retirada-da-licenca-creative-commons-do-site-do-ministerio-2834198>.

### 3.2 Solução Legislativa

Tratar-se-á abaixo da mais importante sugestão para lidar com os desafios do direito autoral, expostos e analisados nos capítulos anteriores: pela via legislativa. O objeto da primeira seção será a reforma da LDA, as dificuldades para a sua realização e as propostas para uma maior adequação do sistema de direitos autorais à realidade social. A segunda seção terá como objeto o Marco Civil da Internet (“MCI”) e a perigosa lacuna deixada em seu texto legal no que se refere ao direito autoral.

#### 3.2.1 Contribuições para a Reforma da LDA

Afirma-se que a reforma legislativa é a mais importante solução para os desafios do direito autoral porque ela possivelmente representa o pontapé inicial de uma mudança no tratamento do direito autoral no Brasil. Como se expôs acima, uma parcela significativa da sociedade brasileira se vale de recursos considerados ilegais – sejam eles efetivamente ilegais ou apenas contrários ao entendimento da indústria cultural – para ter acesso a obras intelectuais protegidas. Em geral, essas pessoas o fazem por não disporem dos meios econômicos ou práticos para ter acesso a obras protegidas de maneira legal.

Ao mesmo tempo, uma parcela da doutrina e da jurisprudência abraçam a propaganda da indústria cultural e consideram o direito autoral como verdadeira propriedade, que não encontra limites em direitos de terceiros e se sujeita apenas a hipóteses restritíssimas de utilização sem a autorização prévia do titular de direitos autorais.

Infirmar esse quadro há muito consolidado exige mais do que trabalhos acadêmicos pontuais ou o despertar de algumas organizações, principalmente as voltadas para a defesa do consumidor e dos usuários de *internet*. É por meio de uma reforma legislativa, capaz de equilibrar a divergência de interesses existente entre a sociedade – ansiosa por acesso a obras intelectuais – e autores/indústria cultural<sup>672</sup>, que se terá um sistema de direitos autorais capaz de

---

<sup>672</sup> Siva Vaidhyathan fala em um sistema de direitos autorais que seja “forte o bastante para encorajar e recompensar artistas, escritores, músicos e empreendedores aspirantes; mas ainda assim poroso o suficiente para



dialogar com a realidade social. A falha no atual quadro legislativo é apontada por Miguel Reale:<sup>673</sup>

*“a) Onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente [...]; um valor, que confere determinada significação a esse fato [...]; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor; b) tais elementos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados uns dos outros, mas coexistem numa realidade concreta; c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo [...], de tal modo que a vida do Direito resulta da integração dinâmica e dialética dos três elementos que a integram.”*

Somente por meio de em um amplo debate, no qual sejam considerados os fatores fáticos, axiológicos e normativos, poder-se-á alcançar a eficácia esperada de uma determinada norma.<sup>674</sup> No caso do direito autoral, tem-se como fato a utilização de obras intelectuais protegidas sem a autorização dos respectivos titulares de direitos autorais.<sup>675</sup> O valor, por sua vez, é como a sociedade enxerga esse fato: ela condena ou tolera o uso não autorizado de obras protegidas? É

---

*permitir o debate democrático rico e completo, e o fluxo livre das informações” (Vaidhyathan, *Copyrights and copywrongs: the rise of intellectual property and how it threatens creativity*, p. 5). No original: “just strong enough to encourage and reward aspiring artists, writers, musicians, and entrepreneurs, yet porous enough to allow full and rich democratic speech and the free flow of information.”*

<sup>673</sup> Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, 27<sup>a</sup> ed. (São Paulo: Saraiva, 2006), p. 65.

<sup>674</sup> Antonio Junqueira de Azevedo observa que “a consideração da `realidade como é` parece ao jurista pressuposto básico para a muito procurada segurança jurídica: a simples dúvida sobre a aptidão de o pensamento refletir a realidade incomoda” (Antonio Junqueira de Azevedo, “O direito pós-moderno e a codificação”, *Revista do direito do consumidor*, nº 33 [2000]: p. 123–213).

<sup>675</sup> Poder-se-ia escolher outros “fatos” para compor a equação. Do lado da indústria cultural, um possível “fato” seria a necessidade de proteger o investimento feito para o desenvolvimento da obra intelectual, sob pena de desestimular a criação intelectual. Optou-se, contudo, pelo “fato” do uso de obras intelectuais sem autorização por se tratar de fenômeno não albergado pela lei – ao contrário de outros “fatos” relativos à indústria cultural, em geral endereçados pelo texto legal – e que foi extensamente discutido ao longo deste trabalho.

evidente que, ao contrário do que pretendem fazer crer as campanhas antipirataria, ninguém é tido socialmente como criminoso ao fazer uso não autorizado de obras protegidas.<sup>676</sup>

No entanto, a norma caminha em sentido inverso ao do fato e, principalmente, do valor.<sup>677</sup> A ausência de “*integração dinâmica e dialética*” entre os três fatores apontados por Miguel Reale culmina na ineficácia do atual sistema de direitos autorais, em especial frente às novas tecnologias.<sup>678</sup> Buscar-se-á neste capítulo propor uma reforma da LDA que seja capaz de conciliar a complexa realidade fática, valores dos diversos agentes que compõem o sistema de direitos autorais – usuários, autores e indústria – e a norma.

Considere-se, por outro lado, que a reforma da LDA não se presta para, isoladamente, lidar com os desafios enfrentados pelo direito autoral. É possível identificar ao menos três problemas com a solução legislativa aqui proposta: (i) o *lobby* da indústria cultural sobre os legisladores, que, em muitos casos, tendem a defender disposições legais contrárias aos interesses sociais; (ii) pressões políticas externas, principalmente de países aos quais interessa a imposição de uma proteção autoral restritiva e (iii) o fato de que a reforma legislativa é um processo longo e que pode resultar em um novo texto legal já obsoleto ou que rapidamente se tornará inadequado, especialmente em se tratando de uma matéria que possui íntima ligação com a evolução tecnológica e respectivas consequências sociais. O contrapeso desses problemas é a solução judicial oferecida na seção 3.3.1.

---

<sup>676</sup> Como pondera Marcos Wachowicz, “*O direito do autor não pode ser considerado um estado de exceção para fundamentar posições extremas, como aquelas contidas nas inúmeras campanhas anti-pirataria nas quais se pretende introduzir o medo em pessoas comuns, com a indução do entendimento de que estariam se transformando em falsificadores, piratas e criminosos, pelo simples fato de utilizar recursos tecnológicos disponíveis em seus computadores [...]*” (Marcos Wachowicz, “Por que rotular a revisão da lei de direitos autorais no Brasil?” [GEDAI, 20 de junho de 2010], <http://www.gedai.com.br/?q=pt-br/content/por-que-rotular-revis%C3%A3o-da-lei-de-direitos-autorais-no-brasil-0>).

<sup>677</sup> Gustavo Tepedino faz menção à crítica de Stefano Rodotà “*contra a reforma das bases formais e técnicas da legislação vigente (opera di formica), quando a legislação já não mais responde aos anseios da sociedade, prescindindo-se das discussões de política legislativa (como se isso não fosse da alçada do jurista). Assim procedendo, o legislador corre o risco de produzir um corpo de normas que, a despeito do rigor ou da atualidade técnica, esteja de costas para a sociedade.*” (Gustavo Tepedino, “O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa”, in *Problemas de Direito Civil*, org. Gustavo Tepedino [Rio de Janeiro: Renovar, 2001], p. 12).

<sup>678</sup> “*Uma divergência persistente entre norma e comportamento social leva a consequências negativas, não só porque as normas (e o sistema jurídico reflexamente) caem em descrédito, mas também porque a sociedade vive em um constante estado de insegurança sobre como agir e sobre os usos que pode de fato fazer das obras protegidas por direito autoral.*” (Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Tecnologia e Sociedade, *Direitos autorais em reforma*, p. 74).

No que se refere ao *lobby* sobre legisladores, trata-se de fenômeno que atinge os mais variados países, sempre que uma matéria de relevância política, social e/ou econômica é debatida com vistas à alteração do quadro legal que a regula. Há, nesses casos, a organização de grupos interessados em intervir direta ou indiretamente no debate legislativo e, conseqüentemente, na alteração legal dele resultante. Esse fenômeno é particularmente presente quando se trata de legislações sobre propriedade intelectual.<sup>679</sup>

Dan L. Burk e Mark A. Lemley afirmam que o *lobby* das indústrias culturais na lei de *copyright* norte-americana gerou um texto legal inchado e impenetrável, que mais se assemelha ao código tributário.<sup>680</sup> A experiência norte-americana demonstra que o *lobby* das indústrias culturais pode ser muito forte e distanciar ainda mais a legislação dos interesses sociais.

Por exemplo, a reforma da lei do direito autoral norte-americana realizada em 1998. Em síntese, o prazo de proteção legal das obras intelectuais foi ampliado da seguinte maneira: para obras cujos autores são pessoas físicas, estendeu-se o aludido prazo de 50 para 70 anos contados do ano subsequente à morte do autor; para obras cujos autores são pessoas jurídicas, estendeu-se o aludido prazo de 75 anos para 90 anos contados da publicação da obra ou 120 anos contados de sua criação, o que transcorrer primeiro.

Essa reforma ficou conhecida como “*The Mickey Mouse Protection Act*” (em tradução livre, “Lei de Proteção ao Mickey Mouse”), em razão do intenso *lobby* realizado pela Walt Disney Company junto ao congresso norte-americano. O objetivo da Walt Disney Company era resguardar os seus direitos sobre o personagem Mickey Mouse, que, de acordo com o prazo de proteção anterior à reforma, cairia em domínio público no ano de 2003. Com o novo prazo de

---

<sup>679</sup> A respeito do *lobby* das indústrias em geral sobre as legislações de propriedade intelectual, Ben Depoorter nota que: “*Small, homogenous groups, such as copyright owners, are at a comparative advantage in organizing their interests for the capture of the political and legislative agenda, as opposed to the more heterogeneous, disorganized group of end users of intellectual goods. In this view, factors of political economy are responsible for the strong property rights protection awarded to authors, creators, inventors, and brand owners.*” (Ben Depoorter, “The Several Lives of Mickey Mouse: The Expanding Boundaries of Intellectual Property Law”, *Virginia journal of law and technology* 9, nº 4 [setembro de 2004]: p. 18, <https://papers.ssrn.com/abstract=585829>).

<sup>680</sup> Burk e Lemley, *The patent crisis and how courts can solve it*, p. 100. No original: “[...] led to a bloated, impenetrable statute that reads like the tax code”.

proteção, a Walt Disney Company conseguiu manter seus direitos sobre o personagem Mickey Mouse até, no mínimo, o ano de 2023.<sup>681</sup>

A indústria cultural norte-americana e de outros países é bastante presente no Brasil, possivelmente o maior mercado consumidor de obras intelectuais da América Latina. A produção de obras intelectuais por grandes grupos brasileiros, como o Grupo Globo<sup>682</sup>, é cada vez mais relevante. Assim, é possível crer que uma reforma da LDA estará sujeita ao *lobby* e às influências de grandes grupos econômicos de maneira similar ao que ocorre nos EUA. E, como se viu nos parágrafos acima, essas influências vão de encontro à ideia de um direito autoral menos feroz, capaz de verdadeiramente impulsionar a produção intelectual e, ao mesmo tempo, facilitar o acesso a obras intelectuais protegidas.

No que se refere às pressões políticas externas, já se tratou da importância exercida pelo direito autoral no âmbito das relações comerciais internacionais. Nesse contexto, não é interessante para os países que mais exportam obras intelectuais protegidas e, assim, lucram com o pagamento de direitos autorais, que reformas na legislação de países “pagadores” de direitos autorais – como o Brasil – atenuem o tratamento extremamente protetivo conferido aos autores (leia-se, à indústria cultural).

No ano de 2012, a organização Consumers International produziu um relatório sobre a adequação das legislações de propriedade intelectual de 30 países aos interesses de consumidores. O foco principal desse estudo é o direito autoral, que afeta mais diretamente a sociedade. O Brasil ficou posicionado entre as 5 piores legislações analisadas.<sup>683</sup>

---

<sup>681</sup> Joseph P. Liu, “Copyright and Time: A Proposal”, *Michigan law review* 101, n° 2 (novembro de 2002): p. 415–421, <https://papers.ssrn.com/abstract=305374>; Depoorter, “The Several Lives of Mickey Mouse: The Expanding Boundaries of Intellectual Property Law”, p. 3–4.

Sobre o *lobby* feito pela Walt Disney Company para a extensão do prazo de proteção legal, Lawrence Lessig revela que “*Ten of the thirteen original sponsors of the act in the House received the maximum contribution from Disney’s political action committee; in the Senate, eight of the twelve sponsors received contributions. The RIAA and the MPAA are estimated to have spent over \$1.5 million lobbying in the 1998 election cycle. They paid out more than \$200,000 in campaign contributions. Disney is estimated to have contributed more than \$800,00 to reelection campaigns in the 1998 cycle*” (Lessig, *Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, p. 218).

<sup>682</sup> No ano de 2016, o Grupo Globo foi considerado o 14º maior proprietário de mídia do mundo (“Grupo Globo sobe no ranking de maiores empresas de mídia do mundo”, 31 de maio de 2016, [http://grupoglobo.globo.com/noticias/grupo\\_globo\\_sobe\\_ranking\\_empresas\\_midia\\_mundo.php](http://grupoglobo.globo.com/noticias/grupo_globo_sobe_ranking_empresas_midia_mundo.php)).

<sup>683</sup> Consumers International, “Consumers International IP Watchlist 2012”.

O aludido relatório destaca que a reforma da legislação de direito autoral no Brasil corria sério risco de estagnar – o que de fato ocorreu - em razão da oposição feita pela Ministra da Cultura que havia sido recentemente nomeada: Ana de Hollanda. Essa oposição, segundo matérias jornalísticas veiculadas à época de sua nomeação, em muito se deveu a uma visita que lhe fez o então secretário de comércio dos EUA, Gary Locke.<sup>684</sup>

Ele teria revelado “*preocupação em torno de propostas de flexibilização dos direitos autorais*”. A própria Ministra sintetizou a tônica da visita: “*Estão com medo de que essa produção [da indústria cinematográfica, editorial e fonográfica] seja fragilizada. Isso pode desestimular os artistas. Por que vão editar obras no Brasil se o Brasil não protege?*”.<sup>685</sup>

O episódio descrito acima revela que a reforma da LDA não é dificultada apenas pelo *lobby* das indústrias culturais, mas também por pressões políticas externas. Pretende-se a manutenção do Brasil como um “pagador” de direitos autorais, ao mesmo tempo em que se impede o desenvolvimento de obras nacionais, o que seria impulsionado, em um primeiro momento, pela facilitação de acesso a obras protegidas por parte da sociedade brasileira.

Por fim, no que se refere às dificuldades do processo legislativo, demonstrou-se que as indústrias baseadas no direito autoral – por exemplo, as indústrias literária, fonográfica e cinematográfica – sofreram um grande impacto e somente agora estão se adaptando às novas tecnologias, em especial à *internet*. A crescente e constante evolução tecnológica exigirá um dinamismo cada vez maior de tais indústrias e, conseqüentemente, da própria legislação.

De outro lado, o processo político necessário para que ocorra um debate sério, com a realização de pesquisas, consultas públicas etc., até que se chegue a um consenso legislativo e à promulgação de uma reforma legal, exige um enorme dispêndio de tempo e recursos financeiros. Basta lembrar que, ao menos desde 2010, discute-se no Brasil a modernização da

---

<sup>684</sup> “Ana de Hollanda: O jogo é violento” - Cultura”, Estadão, 27 de março de 2011, <http://cultura.estadao.com.br/noticias/geral,o-jogo-e-violento-imp-,697748>.

<sup>685</sup> “Ana de Hollanda: O jogo é violento” - Cultura”.

LDA, inclusive com a realização de uma consulta pública.<sup>686</sup> No entanto, não houve qualquer avanço significativo desde então.<sup>687</sup>

A reforma da LDA não é uma prioridade legislativa, por se tratar de um assunto obscuro para a maior parte da população e que não se traduzirá em exposição política, capaz de angariar votos para aqueles que dela participarem. Esses motivos permitem afirmar, com razoável segurança, que a LDA, quando for reformada, entrará em vigor com disposições já ultrapassadas e dificilmente se manterá atualizada por um grande período de tempo. Uma constante atualização legislativa tampouco é viável.

Apesar de todas as dificuldades abordadas acima, o que a LDA pode fazer para fornecer um caminho capaz de melhor lidar com os desafios do direito autoral é trazer consigo disposições amplas sobre a função do direito autoral dentro do sistema jurídico brasileiro, o uso privado de obras intelectuais, exceções e limitações, a preservação de obras intelectuais, dentre outros pontos, e que confirmam ao Judiciário um norte interpretativo e certo grau de flexibilidade para atuação no caso concreto.<sup>688</sup>

Feitas essas considerações, passa-se aos princípios básicos e proposições gerais da reforma da LDA, que objetivam, em suma, direcionar o foco do direito autoral para a obra

---

<sup>686</sup> “Revisão da Lei de Direito Autoral pode começar a tramitar neste semestre”, 6 de janeiro de 2011, <http://www2.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/tag/lei-do-direito-autoral/>.

<sup>687</sup> Eduardo C. B. Bittar comenta que o texto legal para alteração da LDA aprovado em 2013 (Lei 12.853/2013), que se restringiu apenas a modificar as regras da gestão coletiva dos direitos autorais, perdeu a oportunidade de operar uma profunda renovação da LDA e de avançar diante dos desafios contemporâneos. (Bittar, *Direito de autor*, 2015, p. 41–42).

<sup>688</sup> Sobre a técnica legislativa ora proposta, Gustavo Tepedino afirma que é “*indiscutível a necessidade de se desenvolver, por parte do legislador e do intérprete, a técnica das cláusulas gerais, cuja adoção evita as profundas lacunas causadas pela evolução da sociedade; sendo impossível ao legislador acompanhar o passo dos acontecimentos, e infrutífera a tentativa de tipificar a totalidade das situações que, assim como os bens jurídicos objeto do direito, multiplicam-se a cada momento.*” Para que proporcione segurança jurídica, essa técnica “*reclama, necessariamente, uma definição normativa (narrativa) de critérios interpretativos coerentes com a ratio do sistema, voltada para valores não patrimoniais, como quer, no caso brasileiro, o texto constitucional.*” (Tepedino, “O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa”, p. 8–9).

Cláudio Luiz Bueno de Godoy assinala a importância das cláusulas gerais para a solução de problemas de direito contratual por parte do Poder Judiciário. A consideração extrapola o direito contratual e é plenamente aplicável também para o direito autoral: “*crece a relevância [...] de se garantirem ao juiz meios e modos de, com mais agilidade e eficácia, realizar a jurisdição atento ao novo suporte axiológico do direito contratual. Dito em termos diversos, ao Judiciário importará [...] a dotação de instrumental que se mantenha atualizado e, assim, a serviço da promoção de valores básicos do sistema e, nessa esteira, sobretudo de reequilíbrio de relações jurídicas por natureza desiguais [...]*” (Godoy, *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*, p. 184).

intelectual propriamente considerada; preservar sua função social e econômica, democratizando o acesso a obras intelectuais por parte da sociedade brasileira, ao mesmo tempo em que se mantém o incentivo à criação intelectual por parte dos autores; bem como dificultar o seu (constante) exercício de maneira abusiva por parte da indústria cultural e outros grandes agentes que concentram a titularidade sobre obras intelectuais protegidas.

### 3.2.1.1 Explicitando a Natureza e a Função do Direito Autoral no Texto Legal

Pedro Nicoletti Mizumaki, Ronaldo Lemos, Bruno Magrani e Carlos Affonso Pereira de Souza identificam ao menos dois problemas históricos relacionados ao sistema de direitos autorais brasileiro e que dificultam uma reforma legislativa e um maior equilíbrio na interpretação legal: em primeiro lugar, a Constituição da República – e, acrescente-se, a própria LDA – nunca atribuíram um objetivo para o direito autoral no Brasil. Por esse motivo é que a doutrina majoritária seria silente para discussões quanto à natureza e à função do direito autoral no Brasil.<sup>689</sup>

Em segundo lugar, as exceções e limitações ao direito autoral tampouco se fazem acompanhar de razões explícitas motivando sua existência. Associá-las a propósitos específicos é um exercício difícil e dá margem a interpretações restritivas, que visam dificultar ainda mais a utilização lícita de obras intelectuais protegidas sem a necessidade de autorização prévia do titular de direitos autorais.<sup>690</sup>

---

<sup>689</sup> Mizumaki, Lemos, Magrani e Pereira de Souza afirmam, *in verbis*, que: “*First, there is the constitutional tradition of never stating a clear goal for copyright protection. This accounts for why Brazilian scholarship has neglected the question of copyright’s purpose. Natural rights discourses dominate discussions concerning the rationales for copyright; other public or private interests are ignored.*” (Mizumaki *et al.*, p. 76).

<sup>690</sup> Mizumaki *et al.*, “Exceptions and limitations to copyright in Brazil: a call for reform”, p. 77.

“*the statutory exceptions and limitations similarly fail to make explicit the reasons motivating their existence. Making sense of these lists as a coherent body of rules that serve specific purposes is not easy, particularly as the lists have been successively altered from 1898 to 1998, resulting in a somewhat jumbled text. The lack of clearly articulated reasons for the existence of exceptions and limitations greatly frustrates attempts to discuss the coherence and purposes of lists of exceptions and limitations, and makes them vulnerable to narrowing interpretations in the name of greater protection for authors’ rights.*” (Mizumaki *et al.*, p. 77).

A proposta de explicitar a natureza e a função do direito autoral é uma forma de trazer segurança jurídica para a interpretação e aplicação de normas que já constam da LDA, a exemplo das limitações e exceções, bem como de outras cláusulas gerais que se propõe inserir no texto legal. Abreviar-se-ia todo um esforço de construção doutrinária desses conceitos, em prol tanto de usuários de obras intelectuais, quanto de autores e da indústria cultural, todos previamente cientes de quais direitos e prerrogativas compõem a atribuição do monopólio sobre a obra intelectual e quais os limites desses direitos e prerrogativas frente ao direito de terceiros.

Gustavo Tepedino é enfático quanto à necessidade de que cláusulas gerais, em sua acepção contemporânea, sejam acompanhadas de um conteúdo axiológico que as direcione para uma interpretação e aplicação objetiva:<sup>691</sup>

*“O legislador contemporâneo, instado a compor, de maneira harmônica, o complexo de fontes normativas [...], deve valer-se de prescrições narrativas e analíticas, em que consagram expressamente critérios interpretativos, valores a serem preservados, princípios fundamentais com enquadramentos axiológicos com teor normativo e eficácia imediata [...]”*

Em primeiro lugar, a LDA deve afastar a categorização do direito autoral como uma propriedade ou outro direito da natureza real, tratando-o, expressamente, como um monopólio temporário (na linha da expressão “direito exclusivo” mencionada no artigo 5º, inciso XXVII, da Constituição da República). Isso implica em revogar o art. 3º da LDA que, de maneira enganosa, reputa os direitos autorais, para efeitos legais, como bens móveis.

Para José de Oliveira Ascensão, o ponto de partida em uma reforma da LDA “*está na qualificação dos direitos autorais, essencialmente, como exclusivos. O exclusivo, no ponto de vista patrimonial, representa um monopólio*”.<sup>692</sup>

---

<sup>691</sup> Tepedino, “O Código Civil, os chamados microsistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa”, p. 9.

<sup>692</sup> Ascensão, “O direito autoral numa perspectiva de reforma”, p. 17.



O direito autoral estaria assim imune ao “*property talk*” e às ideias de um direito natural, absoluto e ilimitado, reconduzindo-o para sua natureza de um direito atribuído pelo Estado, dotado de limites intrínsecos e extrínsecos, que exerce uma função maior dentro da sociedade. O incentivo conferido aos autores, por meio das funções promocional e econômica abordadas na seção 2.2.2 acima, é apenas parte dessa função social maior.

Em segundo lugar, a LDA dever vincular expressamente o monopólio temporário conferido aos autores à aludida função maior, qual seja: a promoção do desenvolvimento econômico, cultural e científico por meio do fomento à produção e difusão de obras intelectuais na sociedade.<sup>693</sup> Essa fórmula é capaz de acomodar o interesse coletivo no acesso a obras intelectuais protegidas e no progresso do conhecimento e o interesse de autores/indústria cultural quanto ao incentivo para a produção de obras intelectuais.

Guilherme Carboni defende que tanto as normas constitucionais quanto a LDA devem consagrar expressamente a função social do direito autoral como “*instrumento para o desenvolvimento cultural e tecnológico*”, permitindo que todo o sistema seja “*repensado a partir de sua função social e não como um direito individual a ser protegido e que se justificaria por si mesmo*”.<sup>694</sup>

Manoel Joaquim Pereira dos Santos ensina que o direito autoral “*contém geralmente regras destinadas a estabelecer limitações ao monopólio conferido ao titular do direito*”. O objetivo dessas regras é justamente o balanceamento de interesses divergentes. O autor identifica ao menos dois princípios constitucionais que devem balizar o exercício do direito autoral: o da liberdade de informação, no que se inclui o acesso às fontes da cultura nacional (artigos 5º, inciso XIV, 215 e 216, incisos I e III, da Constituição da República); e o da liberdade de expressão (artigos 5º, inciso IX, e 220 da Constituição).<sup>695</sup>

João Henrique da Rocha Fragoso afirma que o direito autoral deve seguir a nova orientação filosófica trazida pelo Código Civil, em linha com a Constituição da República, tornando a “*lei*

---

<sup>693</sup> José de Oliveira Ascensão afirma que é importante que a LDA esclareça a função do direito autoral, “*porque se enfrenta uma tendência persistente de reduzir o direito patrimonial a um monopólio que não careceria de qualquer justificação*.” (Ascensão, p. 20).

<sup>694</sup> Carboni, *Direito autoral e autoria colaborativa: na economia da informação em rede*, p. 161.

<sup>695</sup> Pereira dos Santos, “Princípios constitucionais e propriedade intelectual - o regime constitucional do direito autoral”, p. 25–30.

*mais flexível, permitindo ao Judiciário a escolha do melhor caminho, consoante uma consciência ética, sem se afastar do aspecto teleológico da norma, a qual, entretanto, torna-se menos rígida”.*<sup>696</sup>

Propõe-se que os princípios e garantias que permeiam a Constituição da República, a exemplo dos identificados por Manoel Joaquim Pereira dos Santos e outros, como o direito de acesso à educação, cultura e ciência e a proteção da concorrência e do consumidor, também sejam incorporados à LDA em seus artigos introdutórios, servindo como balizas interpretativas para todo o sistema de direitos autorais junto das disposições que tratam de sua natureza e função.

Em suma e a exemplo do MCI, a LDA deve contar com artigos dispendo sobre:

(i) a natureza do direito autoral como um monopólio exclusivo temporário e os fundamentos do sistema de direitos autorais no Brasil. Incluem-se dentre esses fundamentos a importância do domínio público para a educação e a produção científica e cultural; o pleno exercício dos direitos culturais, educacionais e demais direitos constitucionais fundamentais; a garantia concedida ao autor para a exclusiva exploração econômica da obra<sup>697</sup>; a proteção dos direitos extrapatrimoniais do autor; a harmonização dos interesses de titulares de direitos autorais e os da sociedade etc.

(ii) os princípios aplicáveis ao direito autoral no Brasil, ainda que se trate, em alguns casos, de mera repetição de princípios constitucionais.<sup>698</sup> Incluem-se dentre esses princípios a livre

---

<sup>696</sup> Fragoso, *Direito autoral: da antiguidade à internet*, p. 312–313.

<sup>697</sup> Tratando-se da função promocional/econômica do direito autoral, Daniel Gervais faz alusão a um dispositivo da lei de chinesa, que assim estabelece em seu art. 55, (2): “*A garantia dos benefícios pecuniários derivados da exploração econômica da obra constitui o objetivo básico, em termos econômicos, da proteção jurídica.*” (Gervais, “Em busca de uma nova norma internacional para os direitos de autor: o ‘teste dos três passos’ reversos”, p. 220).

A lei portuguesa possui disposição semelhante em seu art. 67/2: “*A garantia das vantagens patrimoniais resultantes dessa exploração constitui, do ponto de vista econômico, o objeto fundamental da proteção legal*” (Ascensão, “O direito autoral numa perspectiva de reforma”, p. 20).

José de Oliveira Ascensão assevera que a lei brasileira deveria acentuar “*a funcionalidade econômica do exclusivo patrimonial do autor. Permitiria o enunciado de um princípio verdadeiramente fundamental, que distinguiria entre subordinação funcional e monopólio arbitrário.*” (Ascensão, p. 20).

<sup>698</sup> Reconhece-se que, a rigor, a repetição de princípios constitucionais seria desnecessária e até inconveniente. Mas, dado o evidente desequilíbrio existente entre os interesses sociais e os interesses da industrial cultural, esses últimos amplamente divulgados e albergados pela doutrina e jurisprudência, ao arripio da própria Constituição da República, sua reiteração no corpo da LDA é necessária.

iniciativa; a liberdade de informação; a liberdade de expressão; a defesa da concorrência; a defesa do consumidor; o princípio do uso razoável da obra intelectual independentemente de autorização do autor<sup>699</sup> etc.

(iii) a função social e econômica, bem como os objetivos do direito autoral no Brasil. Incluem-se dentre esses objetivos a promoção do desenvolvimento nacional; o estímulo à criação intelectual; o fomento e a viabilização de amplo acesso à cultura, à educação, à informação e ao conhecimento etc.

### **3.2.1.2 Ampliação e Flexibilização das Limitações e Exceções ao Direito Autoral**

Demonstrou-se na subseção 2.3.3.1 que as limitações e exceções ao direito autoral são importantes ferramentas para garantir o acesso a obras intelectuais protegidas por parte da sociedade brasileira, especialmente em vistas da crescente demanda por material educacional e cultural que, muitas vezes, é obstada por uma interpretação tacanha dos artigos 46 a 48 da LDA.

Demonstrou-se também que parte da doutrina defende que o rol de limitações e exceções ao direito autoral deve ser interpretado restritivamente. Essa visão vai de encontro ao texto constitucional, que traz consigo uma série de princípios e garantias simplesmente ignorados pela LDA – neste ponto, vale repetir a lição de Carlos Affonso Pereira de Souza, para quem, ou se admite que as limitações e exceções devem ser interpretadas segundo os vetores constitucionais e, portanto, de forma não exaustiva, ou se admite que a LDA “*é um microssistema que não sofre os efeitos do texto constitucional*”.<sup>700</sup>

Para dirimir o problema quanto ao alcance interpretativo das limitações e exceções ao direito autoral, propõe-se um rol não exaustivo de hipóteses específicas em que a utilização e/ou reprodução da obra intelectual é permitida, sem a necessidade de autorização prévia do titular

---

<sup>699</sup> Vide subseção 3.2.1.2.

<sup>700</sup> Pereira de Souza, *Abuso do direito nas relações privadas*, p. 112–113.

dos direitos autorais<sup>701</sup>, acompanhado de uma cláusula geral que permita quaisquer outras limitações e exceções ao direito autoral, desde que observados determinados requisitos.

O rol de limitações e exceções abaixo – que seriam melhor tratadas simplesmente como “utilizações livres” na reforma da LDA – em muito se baseia no trabalho de Allan Rocha de Souza<sup>702</sup> e sua interpretação seguirá a direção axiológica conferida ao sistema de direitos autorais nos termos da subseção 3.2.1.1. A LDA deve:

(i) conter permissão gratuita para o arquivamento digital de obras intelectuais, desde que esse arquivamento não seja destinado à comercialização, por parte de bibliotecas e instituições congêneres, com o objetivo de preservação do estado físico da obra, de exemplar raro de obra esgotada e não reeditada, de obra de difícil acesso ou obtenção etc.<sup>703</sup>

Essa exceção implica na flexibilização do atual artigo 29, inciso IX, da LDA<sup>704</sup> e atende à função de salvaguarda da obra intelectual, ao passo que reconhece a “*importância das obras para as culturas locais, regionais ou nacionais, para a reconstituição histórica da época atual no futuro, para a preservação da memória nacional [...]*”.<sup>705</sup>

(ii) assegurar o direito ao empréstimo temporário gratuito de obras intelectuais adquiridas licitamente por parte de bibliotecas e instituições congêneres, sejam elas públicas ou privadas, inclusive o empréstimo do arquivo digital de obra preservada.<sup>706</sup>

---

<sup>701</sup> Não se olvide que, em qualquer caso de utilizações livres de obras protegidas, o direito extrapatrimonial do autor permanece intocado. Dessa forma, sempre que possível, deve-se indicar o nome do autor, o título da obra e outras circunstâncias que sirvam para sua correta identificação.

<sup>702</sup> Souza, *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*, p. 291–293.

<sup>703</sup> A proposta vai ao encontro da opinião de José de Oliveira Ascensão, para quem a LDA deveria “*autorizar genericamente a reprodução necessária à conservação, preservação e arquivamento de qualquer obra, sem finalidade comercial, realizada por instituições museológicas ou afins, na medida justificada para atender aos seus fins.*” (Ascensão, “O direito autoral numa perspectiva de reforma”, p. 48).

<sup>704</sup> “Artigo 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: (...) IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;”

<sup>705</sup> Souza, *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*, p. 286.

<sup>706</sup> Ascensão aponta que “*se o exemplar foi regularmente adquirido, a biblioteca pode utilizá-lo como entender, nomeadamente alugando-o*”, ou, na experiência brasileira, emprestando-o. (Ascensão, *Direito autoral*, p. 193).

“*A biblioteca pública de São Francisco (SFPL) é uma das que adota esses sistemas de controle. Livros em formato digital são emprestados a pessoas associadas. A biblioteca determina quantas cópias de um determinado título devem ser disponibilizadas e o período de empréstimo. Mediante senha, os associados podem acessar a base de*

Essa exceção implica na flexibilização do artigo 29, inciso VI, da LDA<sup>707</sup>, e complementa a exceção anterior, ao passo que torna acessível as obras, físicas e digitais, pertencentes a instituições que se dedicam à guarda, divulgação e preservação de obras intelectuais.

(iii) autorizar o arquivamento digital de obra intelectual própria, adquirida legalmente, desde que esse arquivamento não seja destinado à comercialização e/ou possua intuito de divulgação, com o objetivo de preservação da obra ou para permitir sua utilização em outra plataforma, distinta da plataforma em que a obra foi originalmente fixada.

Essa exceção também implica na flexibilização do atual artigo 29, inciso IX, da LDA. Ela permite a preservação de obra particular e endereça, em parte, o problema com a adoção de mecanismos DRMs que impedem a utilização de obra adquirida por meio de determinada plataforma em plataforma distinta – caso, por exemplo, do serviço iTunes, abordado na subseção 2.3.3.2, que impede a utilização das músicas adquiridas em alguns equipamentos.

(iv) autorizar qualquer utilização, representação e/ou execução privada de obra intelectual, desde que sem fins lucrativos e/ou intuito de divulgação – o chamado “uso privado”. O âmbito privado pode ser entendido como o “*espaço onde realizam-se atividades gratuitas com pessoas cujos relacionamentos se pautam por afinidade, parentesco, afeto, fechadas ao público*”.<sup>708</sup>

---

*dados da biblioteca e fazer o download de livros para o seu computador. Se a biblioteca havia disponibilizado apenas uma cópia digital, outro usuário da SFPL que tentar pegar emprestado o mesmo livro receberá a mensagem de que o título está em uso. Passado o período de empréstimo, o usuário que pegou o livro não será mais capaz de abrir o arquivo e a obra voltará a estar disponível para empréstimo na base de dados da biblioteca. É preciso lembrar que medidas de proteção tecnológica (TPMs) podem ser usadas, nesse caso, de modo benéfico e impedindo a cópia dos arquivos para o computador do usuário, mitigando as preocupações com eventuais violações ao direito autoral.”* (Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Tecnologia e Sociedade, *Direitos autorais em reforma*, p. 80).

Em 2014, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que bibliotecas podem digitalizar obras de sua propriedade, mesmo contra a vontade do titular dos direitos autorais, bem como podem disponibilizá-las ao público, em prol do interesse público na difusão de conhecimento. (Aline Pinheiro, “Bibliotecas podem digitalizar livro sem autorização, decide corte europeia”, *Consultor Jurídico*, 13 de setembro de 2014, <http://www.conjur.com.br/2014-set-19/bibliotecas-europa-podem-digitalizar-livro-autorizacao>).

<sup>707</sup> “Artigo 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: [...] VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;”

<sup>708</sup> Souza, *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*, p. 292.

Essa exceção importa na flexibilização do atual artigo 29, incisos I e VIII, da LDA.<sup>709</sup> Já se explicou na subseção 2.3.3.1 que o uso privado, nas condições descritas nesta limitação, não interfere na exploração econômica da obra por parte do autor. Dessa forma, e relembrando a lição de José de Oliveira Ascensão, “*devem ser consideradas livres aquelas atividades que não tiverem nenhuma incidência negativa na exploração econômica da obra*”.<sup>710</sup> O uso privado é considerado livre pelas legislações alemã, francesa<sup>711</sup>, italiana, japonesa<sup>712</sup> e portuguesa.<sup>713</sup>

(v) permitir a realização de cópia privada para uso pessoal, desde que essa cópia não seja destinada à comercialização e/ou possua intuito de divulgação;<sup>714</sup> tratando-se de um uso privado coletivo, tais como as cópias realizadas para fins profissionais, científicos e de ensino distribuídas a usuários de certa instituição, acrescentar-se-á uma remuneração proporcional à parcela da obra copiada.<sup>715</sup>

---

<sup>709</sup> Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: I - a reprodução parcial ou integral; [...] VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante: [...]

<sup>710</sup> Ascensão, *Direito autoral*, p. 161.

<sup>711</sup> Ascensão, p. 161.

<sup>712</sup> Gervais, “Em busca de uma nova norma internacional para os direitos de autor: o ‘teste dos três passos’ reversos”, p. 205.

<sup>713</sup> O Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos português assim dispõe em seu artigo 81, alínea “b”: É consentida a reprodução: [...] b) Para uso exclusivamente privado, desde que não atinja a exploração normal da obra e não cause prejuízo injustificado dos interesses legítimos do autor, não podendo ser utilizada para quaisquer fins de comunicação pública ou comercialização.

<sup>714</sup> “*Se há uso privado, parece-nos completamente fora de propósito a pretensão de uma compensação pela reprografia. Por natureza, o uso privado escapa ao direito de autor.*” (Ascensão, *Direito autoral*, p. 249).

Daniel Gervais nota que, antes da consolidação das novas tecnologias, “*os direitos autorais foram sendo desenhados e exercidos contra entidades profissionais [...]. Na maioria das vezes, tais profissionais eram intermediários sem interesse no conteúdo da obra em si (o que significa que eles poderiam vender sapatos em vez de filmes) [...]. O custo comercial e publicitário para a imposição de direitos autorais a usuários finais ilustra um fato bem simples: trata-se de uma tarefa não destinada aos direitos de autor. Tanto a história como os objetivos de proteção da norma associados aos direitos de autor indicam que estes são direitos a serem exercidos contra profissionais.*” E, adiante, Gervais conclui: [...] “*os direitos de autor funcionam como um regime jurídico do trânsito comercial. Exceções existentes à proteção conferida pelos direitos autorais, como observado anteriormente, mostram que elas não são adaptadas para (e não são destinadas) a controlar o uso privado pelos indivíduos.*” (Gervais, “Em busca de uma nova norma internacional para os direitos de autor: o ‘teste dos três passos’ reversos”, p. 203–206).

<sup>715</sup> A proposta acompanha o entendimento de Ascensão, para quem a “*autorização individual e prévia do autor para cada utilização não tem, frequentemente, sentido*”. Assim, deve-se, “*por um lado, ampliar os casos em que a autorização prévia se dispensa [...]; por outro lado, ampliar o princípio da obrigação de remunerar o autor em caso de utilização livre [...]*” (Ascensão, *Direito autoral*, p. 268). Assim, caminha-se no sentido de um direito autoral menos focado no autor e na necessidade de sua autorização para quaisquer utilizações da obra intelectual, e mais focado na própria obra e sua relevância para a sociedade.

Essa exceção implica na flexibilização do atual artigo 29, inciso I, na revogação (ou reformulação total) do atual artigo 46, inciso II, da LDA<sup>716</sup>, e exige o estabelecimento de um sistema capaz de remunerar o autor pela realização das cópias privadas de uso coletivo. José de Oliveira Ascensão cita o exemplo da Alemanha, onde as instituições de ensino acordaram o pagamento de uma quantia global aos representantes dos titulares de direitos autorais pela realização de cópias reprográficas e uma “compensação” incidente sobre os aparelhos de fixação e reprodução de obras intelectuais.<sup>717</sup>

No Brasil, Carlos Alberto Bittar cita proposta feita ao extinto Conselho Nacional do Direito Autoral para a realização de cobrança por cópia extraída, que seria efetivada no momento de sua extração, mediante o preenchimento de um formulário para identificação do titular dos direitos autorais, da obra e do número de páginas copiadas. A aludida proposta excepcional de cobrança as entidades universitárias e de pesquisa.<sup>718</sup>

Segundo Pedro Nicoletti Mizumaki, Ronaldo Lemos, Bruno Magrani e Carlos Affonso Pereira de Souza, a despeito do que estabelece a LDA, o critério leigo comumente utilizado na sociedade brasileira para determinar se há violação a direito autoral em determinada conduta – como gravar um programa de TV para assistir mais tarde ou realizar o *download* de arquivos de música na *internet* – é a existência, ou não, de uso comercial da obra intelectual assim obtida.<sup>719</sup>

Os autores ponderam que a LDA é imaginada como uma lei direcionada apenas àqueles que revendem material protegido por direito autoral, sendo que qualquer uso privado é lícito. E

---

<sup>716</sup> “Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: [...] II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;”

João Henrique da Rocha Fragoso assevera que a redação do atual artigo 46, inciso II, da LDA, “*extirpou a cópia privada restringindo ainda mais as utilizações justas e de boa-fé.*” (Fragoso, *Direito autoral: da antiguidade à internet*, p. 319).

<sup>717</sup> Ascensão, *Direito autoral*, p. 250.

<sup>718</sup> Bittar, *Direito de autor*, 2015, p. 91.

<sup>719</sup> Mizumaki *et al.*, “Exceptions and limitations to copyright in Brazil: a call for reform”, p. 104. No original: “*The Brazilian population in general knows that copyright law exists, but actual copyright rules are not well understood. Since many times not to reproduce content makes absolutely no sense such as taping a TV show for time-shifting— Brazilians keep on breaking the law and shrug it off as being at worst an inconsequential offense and at best not an offense at all. In the end, the criterion popularly used to separate “copyright infringement” from an acceptable use is basically its non-commercial or private nature, despite the formal existence of a strict list of limitations which does not necessarily follow the same logic. This normative instinct underlies file sharing in Brazil. Copyright law is imagined as targeted towards pirates as illegal re-sellers of copyrighted material, and any private use is taken to be a right, even when the law says otherwise.*” (Mizumaki *et al.*, p. 104).

arrematam: *“Uma vez que tantos brasileiros se comportam como se uma exceção existisse para a reprodução não comercial de obras e realização de trabalhos derivados não comerciais, a questão que deve logo surgir é se tal exceção deveria ser escrita na lei”*.<sup>720</sup>

A exceção aqui proposta vem para consolidar uma conduta há muito adotada pela sociedade brasileira e que merece retornar à LDA<sup>721</sup>, em uma versão que atenda também aos interesses dos titulares de direitos autorais, que, se não são economicamente afetados pelas cópias puramente privadas, muitas vezes o são no que diz respeito às cópias de uso privado coletivo.

(vi) excluir a obrigatoriedade de cópias privadas serem feitas pelo próprio indivíduo.

Essa exceção complementa a anterior e elimina qualquer margem de dúvida quanto à possibilidade de o copista autorizado não ser o próprio destinatário da obra copiada, mas sim um terceiro por ele contratado para operar a máquina reprográfica ou qualquer outro equipamento tecnológico que viabilize a cópia.

(vii) autorizar qualquer representação e/ou execução de obra intelectual por instituições de ensino públicas ou privadas regularmente registradas, inclusive de ensino à distância, desde que sem fins lucrativos (o que não inclui o pagamento das mensalidades escolares), apresentadas para a comunidade institucional com o objetivo de efetivar compromissos pedagógicos e culturais dessas instituições.

Essa exceção implica na flexibilização do disposto no atual artigo 29, inciso VIII, e amplia o disposto no artigo 46, inciso VI, da LDA.<sup>722</sup> Não há motivos para crer que a representação teatral e a execução musical são as únicas modalidades de utilização livre de obra intelectual necessárias no âmbito educacional.

---

<sup>720</sup> Mizumaki *et al.*, “Exceptions and limitations to copyright in Brazil: a call for reform”, p. 104–105. No original: *“Since so many Brazilians behave as if an exception existed for non-commercial reproduction and derivative works, the question must soon arise whether such an exception should be written into law.”* (Mizumaki *et al.*, p. 105).

<sup>721</sup> A cópia privada, limitada, contudo, a um único exemplar, constava do texto legal brasileiro de 1973 (Lei 5.988/1973): “Art. 49. Não constitui ofensa aos direitos do autor: [...] II - A reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contando que não se destine à utilização com intuito de lucro;”

<sup>722</sup> “Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: [...] VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;”



Allan Rocha de Souza assinala que “razões educacionais são universalmente aceitas como justificativas para isenções aos direitos autorais”. Para o autor, o texto atual da LDA é extremamente tímido e expõe “professores e alunos à obrigação de prática constante da contrafação para atingir o glorioso objetivo de aprender”.<sup>723</sup>

Especialmente no que se refere às instituições de ensino privadas, o uso da obra intelectual poderia ser objeto de uma remuneração proporcional à parcela da obra utilizada, de maneira similar ao proposto na exceção “(v)” acima.

(viii) permitir a utilização de material gráfico, textual, sonoro ou audiovisual por instituições de ensino públicas ou privadas regularmente registradas, inclusive de ensino à distância, desde que sem fins lucrativos (o que não inclui o pagamento das mensalidades escolares), com o objetivo de efetivar compromissos pedagógicos e culturais dessas instituições.

Essa exceção complementa a anterior e permite a utilização das obras intelectuais no ambiente escolar, por exemplo, pelo professor, em sala de aula, para ilustrar algum ensinamento. Aqui também, no que se refere às instituições privadas, poder-se-ia pensar em uma remuneração ao titular dos direitos autorais proporcional à parcela da obra utilizada.

(ix) autorizar a tradução de obras intelectuais escritas em língua estrangeira, desde que sem fins lucrativos, realizada para fins científicos e/ou educacionais privados; a utilização dessa tradução em obras derivadas deve ser permitida, ainda que a obra derivada seja posteriormente comercializada, mas desde que a tradução não constitua o seu objeto principal.

Essa exceção importa na flexibilização do atual artigo 29, inciso IV, da LDA<sup>724</sup>, e também complementa as anteriores, permitindo a tradução de obra estrangeira por professores e pesquisadores, bem como sua utilização em obras derivadas, observadas determinadas condições. Trata-se de exceção particularmente relevante para a produção acadêmica, que, muitas vezes, vale-se de obras estrangeiras não traduzidas para o português.

(x) permitir a reprodução integral ou parcial, desde que sem fins lucrativos, de obras indisponíveis e/ou de difícil acesso, tais como as obras esgotadas e fora de catálogo, até que

---

<sup>723</sup> Souza, *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*, p. 288.

<sup>724</sup> “Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: [...] IV - a tradução para qualquer idioma;”

sobrevenha a sua disponibilização a preço não abusivo por parte do titular de direitos autorais; tratando-se de obra destinada à divulgação sem fins lucrativos, tais como a reprodução realizada para fins profissionais, científicos e de ensino, acrescentar-se-á uma remuneração proporcional à parcela da obra copiada.

Essa exceção implica na flexibilização do atual artigo 29, inciso I, e na revogação do atual artigo 46, inciso II, da LDA. Ela objetiva permitir o acesso a obras intelectuais esgotadas e consolida um costume brasileiro no sentido de entender que a reprodução de tais obras é permitida. Nesse sentido, relembre-se a Resolução USP-5.213 de 2.6.2005, mencionada por Eliane Y. Abrão, que autoriza a extração de cópias integrais de obras esgotadas sem republicação há mais de 10 anos.<sup>725</sup>

A possibilidade de divulgação da obra sem fins lucrativos, mediante remuneração, vem para estimular que os titulares de direitos autorais não as mantenham propositadamente esgotadas, como ocorre em muitos casos de sucessores que não autorizam a reedição de obras de interesse público.

(xi) permitir a utilização de obras órfãs<sup>726</sup> – entendidas como aquelas cujo autor ou titular seja desconhecido, ou que, embora conhecido, não seja possível com ele estabelecer contato – mediante remuneração proporcional à parcela da obra utilizada, a ser efetivada na forma de uma caução, revertida ao autor quando e se ele retomar contato.<sup>727</sup>

Denis Borges Barbosa propõe um procedimento para requerer a utilização da obra órfã junto a um órgão de registro designado na lei, por exemplo, a Biblioteca Nacional. Esse procedimento pode ser assim sintetizado: o interessado deve demonstrar que tentou de boa-fé localizar o autor ou titular da obra; deve, então, requerer junto ao órgão de registro que consigne

---

<sup>725</sup> Abrão, *Direitos de autor e direitos conexos*, p. 348.

<sup>726</sup> Denis Borges Barbosa nota que “a obra órfã não é só um problema de acesso; é um problema de custo de transação; para viabilizar a economia de obras expressivas você tem que diminuir o custo de transação. [...] Se o custo de descobrir quem é o titular é tão grande que não permita a exploração da obra a ser derivada ou editada, há uma perda objetiva na economia, e uma restrição ao bem-estar social. (Barbosa, *Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor*, p. 624).

<sup>727</sup> Ascensão, “O direito autoral numa perspectiva de reforma”, p. 24.

seu interesse, para efeitos de publicidade; após noventa dias da publicidade, o interessado poderá utilizar a obra órfã.<sup>728</sup>

Propõe-se, ainda, uma regra de que a exploração da obra órfã que deixou de ser inédita há mais de cinquenta anos somente pode ser obstada por decisão transitada em julgado.<sup>729</sup> Acrescenta-se apenas ao procedimento sugerido por Denis Borges Barbosa o depósito de uma caução, a ser razoavelmente determinada pelo órgão de registro, nos termos sugeridos acima.

(xii) permitir a criação de obras derivadas, baseadas em obras preexistentes, desde que sem fins lucrativos;

Essa exceção amplia o disposto no atual artigo 46, inciso VIII, da LDA<sup>730</sup>, e vem ao encontro de fenômenos muito comuns no ambiente digital: a realização de *remixes* e *mashups* de músicas famosas, a produção de legendas para seriados, o desenvolvimento de versões extraoficiais de videogames, a criação de histórias paralelas e continuações baseadas na literatura tradicional – relembre-se o exemplo de Patrick McKay sobre a enorme comunidade de fãs da série Harry Potter que se dedica à escrever novas tramas baseadas no universo criado pela autora J.K. Rowling.<sup>731</sup>

(xiii) permitir citações, para quaisquer fins, eliminando-se do atual artigo 46, inciso III, da LDA<sup>732</sup>, a restrição a “passagens” da obra citada e a sua vinculação apenas para fins de estudo, crítica ou polêmica. É importante garantir a possibilidade de a citação ser realizada na medida necessária para sua adequada compreensão (a citação de “passagens” de um soneto, por exemplo, causa estranheza)<sup>733</sup>, bem como que essa citação seja utilizada para os mais variados

---

<sup>728</sup> Barbosa, *Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor*, p. 629–631.

<sup>729</sup> Barbosa, p. 629–631.

<sup>730</sup> “Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: [...] VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.”

<sup>731</sup> McKay, “Culture of the future: adapting copyright law to accommodate fan-made derivative works in the twenty-first century”, p. 129.

<sup>732</sup> “Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: [...] III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;”

<sup>733</sup> Fragoso, *Direito autoral: da antiguidade à internet*, p. 321–322.

fins, além das hipóteses restritas da LDA, tal como reforço argumentativo (tão comum em petições jurídicas) etc.

(xiv) permitir as paráfrases e paródias que contenham elemento de originalidade, eliminando-se a parte final do atual artigo 47, que as impede quando implicarem descrédito à obra original. Trata-se de elemento subjetivo e que, muitas vezes, pode impedir o direito à crítica assegurado no atual artigo 46, inciso II, da LDA.<sup>734</sup>

(xv) instituir limitação quanto à incidência do direito autoral sobre notícias e relatos de acontecimentos que tenham o caráter de simples informações de imprensa.

Essa limitação implica na revogação do atual art. 46, inciso I, alínea “a”<sup>735</sup>, e a inclusão dessa categoria no rol do atual artigo 8º da LDA.<sup>736</sup> As meras notícias e relatos informativos não apresentam qualquer contribuição em relação às informações disponíveis no domínio público, de forma que não merecem proteção do direito autoral. Para José de Oliveira Ascensão, tais notícias e relatos informativos “*não têm caráter literário*”. Ascensão entende que a lei brasileira deveria ter se valido da permissão constante no artigo 2/8 da Convenção de Berna e “*excluído totalmente a proteção destes escritos*”.<sup>737</sup>

Em complementação às limitações e exceções que devem nomeadamente constar no corpo da LDA – e que são incapazes de exaurir a ampla gama de situações nas quais a utilização livre de obras intelectuais protegidas se justifica –, propõe-se a inclusão de uma cláusula geral que autorize o Judiciário a agir com flexibilidade para, observados determinados requisitos, permitir uma extensão das utilizações livres para além das hipóteses legais.<sup>738</sup>

---

<sup>734</sup> Nesse sentido: “*Parodies are explicitly permitted, but with a key condition: the author of a parody cannot discredit the parodied work. Since the entire point of parody is often to discredit the original work to some extent, this limitation offers protection to very tame parodies. While supposedly granting the right to parody, this limitation leaves open the door to state-enforced private censorship.*” (Mizumaki *et al.*, “Exceptions and limitations to copyright in Brazil: a call for reform”, p. 85).

<sup>735</sup> Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: I - a reprodução: a) na imprensa diária ou b) periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos; [...]

<sup>736</sup> Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: [...]

<sup>737</sup> Ascensão, *Direito autoral*, p. 262.

<sup>738</sup> Poder-se-ia argumentar que a existência da cláusula geral ora proposta torna desnecessária a positivação de um rol de limitações e exceções contendo situações tratadas de maneira específica. No entanto, como adverte Lawrence Lessig ao abordar os problemas do *fair use* norte-americano, a inexistência de fronteiras claras quanto à aplicação do instituto muitas vezes dificulta que terceiros dele se valham, pois, inseguros sobre a legalidade ou não de

Dessa forma, evita-se o anacronismo da lei frente a possíveis evoluções tecnológicas que tornem obsoletas algumas das limitações e exceções propostas acima, fenômeno que em grande medida se abateu sobre o atual texto da LDA, bem como se elimina em definitivo a ideia de que tais limitações e exceções consistem em um rol *numerus clausus* e de interpretação restritiva.

Essa cláusula geral encontra inspiração no *fair use* norte-americano. Segundo João Henrique da Rocha Fragoso, o princípio do *fair use* foi desenvolvido pela jurisprudência dos EUA e posteriormente consolidado na legislação daquele país. O aludido princípio objetiva permitir a livre circulação da obra intelectual, sob certas circunstâncias, em atenção ao interesse público.<sup>739</sup>

As circunstâncias que devem balizar a aplicação do *fair use* estão descritas de maneira ilustrativa no artigo 107 do *Copyright Act* norte-americano. São elas: (i) o propósito e o caráter da utilização, incluindo se essa utilização possui natureza comercial ou é feita sem intuito de lucro, com propósitos educacionais; (ii) a natureza da obra intelectual protegida; (iii) a extensão da utilização em relação à totalidade da obra protegida; e (iv) os efeitos dessa utilização perante o mercado potencial da obra protegida.<sup>740</sup>

É com base no *fair use* que o sistema de direitos autorais norte-americano autoriza a reprodução de obras protegidas por bibliotecas e instituições que se propõem a arquivá-las, utilizações para fins religiosos e de caridade, o armazenamento digital de obras protegidas e um sem número de outras situações levadas à apreciação dos Tribunais daquele país.<sup>741</sup>

É interessante notar que o *fair use*, embora seja tratado como uma limitação ao direito autoral, é considerado uma defesa do usuário em juízo, nas ações que lhe imputam algum tipo de violação aos direitos autorais que recaem sobre a obra utilizada.<sup>742</sup> Trata-se de um reflexo da

---

determinada utilização da obra intelectual, e temerosos acerca da reação da indústria cultural, optam simplesmente por não se valer da obra de maneira alguma. (Lessig, *Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, p. 97–99). A advertência é igualmente válida para a reforma da LDA. A existência de uma cláusula geral para utilizações livres não dispensa que, por segurança e clareza, favorecendo o público leigo, sejam elencadas situações específicas de limitações e exceções ao direito autoral.

<sup>739</sup> Fragoso, *Direito autoral: da antiguidade à internet*, p. 307.

<sup>740</sup> Merges, Menell, e Lemley, *Intellectual property in the new technological age*, p. 610.

<sup>741</sup> Fragoso, *Direito autoral: da antiguidade à internet*, p. 310.

<sup>742</sup> Merges, Menell, e Lemley, *Intellectual property in the new technological age*, p. 609; Craig Joyce *et al.*, *Copyright law* (New York: LexisNexis, 2014), p. 751.

elevada litigiosidade norte-americana. No Brasil, a cláusula geral que se propõe, antes de servir como uma defesa, deve proporcionar à sociedade a segurança necessária para a utilização de boa-fé de obras intelectuais protegidas, sem a perene preocupação de que essa utilização será discutida judicialmente – o que, em alguns casos, inevitavelmente acontecerá.

Daniel Gervais conduz uma análise comparativa entre o *fair use* norte-americano e outras técnicas de disposição das limitações e exceções ao direito autoral, dentre elas a de se positivar um rol enumerativo/taxativo de hipóteses – comumente adotadas pelos países de direito romano-germânico. A conclusão é de que o *fair use* seria mais flexível e adaptável à novas formas de utilização de obras intelectuais protegidas que venham a surgir.<sup>743</sup>

Gervais propõe a internacionalização do *fair use*, combinando-o com o teste dos três passos (*three step test*) da Convenção de Berna/Acordo TRIPS<sup>744</sup>, para direcionar a legislatura dos países membros da OMC no que se refere às normas internas que versam sobre as limitações e exceções ao direito autoral.<sup>745</sup>

O teste dos três passos prescreve que os países membros da OMC, conquanto mantenham a discricionariedade para legislar sobre limitações e exceções ao direito autoral, devem preencher determinadas condições previstas no artigo 9/2 da Convenção de Berna e artigo 13 do Acordo TRIPS.<sup>746</sup> Segundo Maristela Basso, “o fundamento do Teste de Três Passos é o de

---

<sup>743</sup> Gervais, “Em busca de uma nova norma internacional para os direitos de autor: o ‘teste dos três passos’ reversos”, p. 217–218.

<sup>744</sup> O *three step test* não só foi repetido pelo TRIPS, como sua incidência foi ampliada. Em Berna, o teste era aplicável apenas para exceções e limitações que tratassem de reprodução da obra intelectual. O TRIPS expande o teste para quaisquer exceções e limitações. (Maristela Basso, “As exceções e limitações aos direitos do autor e a observância da regra do teste dos três passos”, *Revista da faculdade de direito da Universidade de São Paulo*, 2007, p. 499).

<sup>745</sup> Gervais, “Em busca de uma nova norma internacional para os direitos de autor: o ‘teste dos três passos’ reversos”, p. 218.

<sup>746</sup> “2) Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.”

“Artigo 13. Limitações e Exceções. Os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito.”

*impedir que as obras reproduzidas sob os auspícios das limitações aos direitos autorais entrem em competição, direta ou indireta, com a obra introduzida no mercado”*.<sup>747</sup>

Os três passos que devem orientar as limitações e exceções ao direito autoral são os seguintes: que a obra seja utilizada em “*certos casos especiais*”, desde que não haja “*interferência sobre a [sua] exploração comercial normal*” e que também não haja “*prejuízo injustificado aos interesses legítimos do titular*” dos direitos autorais.

Não há dúvidas de que as limitações e exceções propostas acima estão de acordo com o teste dos três passos. Mas como positivizar uma cláusula geral que atenda ao disposto no artigo 9/2 da Convenção de Berna e, ao mesmo tempo, permita a flexibilidade tão necessária à LDA?

Daniel Gervais aponta um caminho: a interpretação reversa do teste dos três passos. Tudo aquilo que o teste proíbe é justamente o que o direito autoral visa proteger. Tudo aquilo que não proíbe, não é objeto do direito autoral.<sup>748</sup>

De acordo com essa abordagem, uma limitação/exceção injustificada ocorre quando ela é ilimitada – não casuística – no que se refere ao seu âmbito de aplicação; interfere na exploração comercial normal da obra – como quando o beneficiário da limitação/exceção concorre com o autor no mercado em que a obra está inserida –; e causa prejuízo injustificado aos interesses do autor – como quando a limitação/exceção não é justificada em razão de uma finalidade válida de interesse público.<sup>749</sup>

A preocupação da Convenção de Berna/Acordo TRIPS e, conseqüentemente, das legislações internas, como é o caso da LDA, deve se voltar majoritariamente para regular as formas significativas de comercialização de obras protegidas.<sup>750</sup> A cláusula geral ora proposta deve, portanto, considerar os efeitos da utilização livre da obra intelectual sobre o seu

---

<sup>747</sup> Basso, “As exceções e limitações aos direitos do autor e a observância da regra do teste dos três passos”, p. 499.

<sup>748</sup> Gervais, “Em busca de uma nova norma internacional para os direitos de autor: o ‘teste dos três passos’ reversos”, p. 218.

<sup>749</sup> Gervais, p. 219.

<sup>750</sup> Guilherme Carboni sintetiza: “a Convenção de Berna permite aos Estados adotarem limitações que possam ter impacto negativo no direito de autor, desde que tais limitações sejam socialmente justificáveis e não tenham escopo de lucro.” (Carboni, *Função social do direito de autor*, p. 106).

aproveitamento comercial normal e vincular sua aplicação à demonstração de que essa utilização vai ao encontro das bases teleológicas da lei:<sup>751</sup>

*“sugerimos [...] empregar o teste hoje internacionalmente consagrado, aplicável a todas as exceções/limitações, como base para determinar o real objeto dos direitos autorais, e, por conseguinte, estabelecer as exceções mais apropriadas. Esse objeto deveria compreender somente o controle daquelas formas mais importantes de exploração comercial da obra protegida [...], que se mede dinamicamente à luz das necessidades da sociedade, e das mudanças da sociedade.”*

### **3.2.1.3 Outras Ideias Importantes para a Reforma da LDA – Redução do Prazo de Proteção, Licenciamento Compulsório, Exceções às Normas Antielisão etc.**

Propôs-se acima que a reforma da LDA deve explicitar a natureza, função e princípios aplicáveis ao direito autoral no texto legal, bem como que deve flexibilizar e ampliar as limitações e exceções ao direito autoral, inclusive com a positivação de uma cláusula geral que permita ao Judiciário decidir pela possibilidade ou não de utilização livre da obra intelectual em hipóteses não especificamente tratadas pela lei.

Porém, essas propostas não são as únicas alterações necessárias para que o direito autoral seja reconduzido à sua função social, conciliando e equilibrando os interesses de autores e titulares de direitos autorais com os interesses da sociedade brasileira. Passa-se agora à proposição de outras disposições legais que devem constar de uma reforma da LDA.

(i) a primeira e mais importante modificação de caráter geral deve ser a redução do prazo de proteção das obras intelectuais, atualmente fixado em setenta anos contados a partir do ano

---

<sup>751</sup> Gervais, “Em busca de uma nova norma internacional para os direitos de autor: o ‘teste dos três passos’ reversos”, p. 221–223.



subsequente à morte do autor, a teor do atual artigo 41 da LDA.<sup>752</sup> A Convenção de Berna/Acordo TRIPS, respectivamente, em seus artigos 7/1<sup>753</sup> e 12<sup>754</sup>, impõem a adoção de um prazo mínimo de proteção de cinquenta anos contados da morte do autor. Propõe-se que esse prazo de cinquenta anos seja adotado pela LDA, alterando-se o aludido artigo 41.

A adoção do prazo de proteção de setenta anos contados após a morte do autor não encontra justificativa em nenhuma das funções do direito autoral. Sob a ótica de sua função promocional, é difícil crer que autores se dediquem à criação de obras intelectuais tendo em mente que a obra permanecerá protegida tanto tempo após a sua morte. O mais provável é que, se a proteção durasse apenas até a morte do autor, ou mesmo por um número limitado de anos, ainda assim o direito autoral cumpriria a sua função promocional adequadamente – como ocorria em um passado não tão distante.<sup>755</sup>

Sob a ótica da função econômica, a apropriação da obra enquanto mercadoria, possibilitando sua oferta e comercialização, tem como fundamento permitir que o autor obtenha o retorno do investimento – de tempo, recursos etc. – por si feito para a criação da obra intelectual. Como já se abordou, a função econômica do direito autoral se justifica à medida em

---

<sup>752</sup> “Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.”

<sup>753</sup> “1) A duração da proteção concedida pela presente Convenção compreende a vida do autor e cinquenta anos depois da sua morte.”

<sup>754</sup> “Quando a duração da proteção de uma obra, que não fotográfica ou de arte aplicada, for calculada em base diferente à da vida de uma pessoa física, esta duração não será inferior a 50 anos, contados a partir do fim do ano civil da publicação autorizada da obra ou, na ausência dessa publicação autorizada nos 50 anos subsequentes à realização da obra, a 50 anos, contados a partir do fim do ano civil de sua realização.”

<sup>755</sup> Caso o direito autoral fosse verdadeiramente direcionado aos autores, e não à indústria cultural, um prazo de proteção tão longo quanto o mínimo de 50 anos após a morte do autor, conforme estabelecido pelas convenções internacionais, também seria considerado excessivo.

Nesse mesmo sentido, José de Oliveira Ascensão: “*A restrição à liberdade de comunicação só se justifica no tempo indispensável para servir de estímulo ao autor. Prazos tão amplos como hoje se praticam e recomendam não beneficiam o autor, para quem 60 ou 70 anos depois da morte são irrelevantes. Representam, isso sim, concessões absurdas para as empresas de copyright: passam a ter o presente de alguns anos limpos (sem encargos) de exploração, o que representa um enriquecimento espantoso à custa do consumidor*” (Ascensão, *Direito autoral*, p. 335).

Em outra obra, José de Oliveira Ascensão nota que os monopólios, em geral, afrontam as tendências universais de livre comércio. Assim, não deixa de ser “*paradoxal que enquanto se derrubam os monopólios comerciais se expandam incessantemente os monopólios sobre bens intelectuais*” (Ascensão, “O direito autoral numa perspectiva de reforma”, p. 29).

que ela contribui para o desenvolvimento social, estimulando a criação intelectual, que, em última instância, reverter-se-á em prol do bem comum.

O prazo de proteção de setenta anos é desequilibrado em relação à função social do direito autoral, pois priva o direito de acesso à obra intelectual – que somente atinge sua máxima expressão no domínio público – por um tempo muito superior ao necessário para o retorno do investimento feito pelo autor. Privilegia-se assim o interesse econômico privado em detrimento do interesse público e coletivo.<sup>756</sup>

As mesmas observações quanto ao prazo de proteção das obras intelectuais são válidas para os direitos conexos, cuja proteção também é de setenta anos, contados do ano subsequente à fixação, transmissão, execução ou representação pública da obra, nos termos do art. 96 da LDA.<sup>757</sup>

José de Oliveira Ascensão nota uma tendência de aproximação entre os direitos autorais e direitos conexos, impulsionada, em grande medida, pelos EUA. Essa tendência ocorre porque ambos – direitos autorais e direitos conexos – são tratados como mercadoria. Para Ascensão, no entanto, não faz sentido conferir às entidades empresariais (maiores beneficiárias dos direitos conexos) a mesma proteção conferida à atividade humana – “*uma proteção de execuções ou*

---

<sup>756</sup> O Grupo de Estudos de Direito Autoral e Informação (GEDAI) da Universidade Federal do Paraná, por ocasião da consulta pública acerca da reforma da LDA ocorrida entre 2010 e 2011, concluiu que qualquer proteção que exceda o prazo de cinquenta anos “*significa um avanço desnecessário de interesses privados sobre o domínio público*”. (Marcos Wachowicz, org., *Por que mudar a lei de direito autoral? Estudos e pareceres*, 2ª tiragem [Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011], p. 18, [http://www.gedai.com.br/sites/default/files/publicacoes/ebook\\_porquemudarlda\\_v3.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/publicacoes/ebook_porquemudarlda_v3.pdf)).

Denis Borges Barbosa coloca uma questão interessante sobre a relação entre o prazo de proteção e a eficiência da função promocional do direito autoral: “*O aumento sistemático de prazos de proteção dos 14 anos do Estatuto de Anne até os 120 após a morte de certos Tratados de Livre Comércio recentemente parecem [...] um tanto desponderados. Certamente esse aumento gera receita quanto à obra passada, em princípio favorecendo ao investidor, mas não significa um incentivo à produção futura (possivelmente, o contrário)*”.

*Aliás, para qualquer análise de eficiência – do ponto de vista social – da produção expressiva nova, o aumento de prazo (ou mesmo a sua atual duração) parece ser irrelevante. [Richard] Posner, numa proposta curiosa, alvitra que se devessem prever prazos de renovação em intervalos curtos (por exemplo... 14 anos...) de forma que as obras de mercado pudessem ter proteção eterna e as de puro interesse da cultura caíssem em domínio público”* (Barbosa, *Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor*, p. 492).

<sup>757</sup> Art. 96. É de setenta anos o prazo de proteção aos direitos conexos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente à fixação, para os fonogramas; à transmissão, para as emissões das empresas de radiodifusão; e à execução e representação pública, para os demais casos.

*interpretações por 70 anos mediante um exclusivo, como acontece na lei atual, é de duvidosa justificação*”.<sup>758</sup>

Ainda sobre os prazos de proteção, deve haver regras distintas para ao menos dois tipos de obras: as obras produzidas no âmbito ou com apoio – financeiro, técnico etc. – da Administração Pública e as obras colaborativas produzidas de maneira anônima, fenômeno particularmente comum na *internet*.

Com relação às obras produzidas no âmbito ou com apoio da Administração Pública, entende-se que o seu prazo de proteção deve ser reduzido, em prol do interesse público, “*de modo que esse conteúdo possa integrar o acervo cultural amplo disponível à sociedade, representado pelo domínio público, de forma mais breve*”.<sup>759</sup> É da lógica da Administração Pública proporcionar à sociedade os frutos dos seus investimentos.

Com relação às obras colaborativas produzidas de maneira anônima, tais como a Wikipédia e os *softwares* livres, a LDA deve prever que, caso tais obras não sejam objeto de alguma modalidade alternativa de licenciamento que tome por base as regras gerais de atribuição de autoria e contagem do prazo de proteção legal<sup>760</sup>, então, subsidiariamente, devem ser tratadas como obras de autor desconhecido, pertencentes ao domínio público.<sup>761</sup>

Como se viu na seção 2.1.2, tais obras não se encaixam em nenhuma dos atuais artigos da LDA que versam sobre o prazo de proteção de obras intelectuais, pois seus autores e a data da primeira publicação, em muitos casos, não são identificados ou identificáveis. Assim, a menos que tais questões sejam resolvidas pela modalidade de licenciamento adotada, propõe-se

---

<sup>758</sup> Ascensão, “O direito autoral numa perspectiva de reforma”, p. 26. E o Mestre português continua: “O *direito do artista é diferente do do autor porque não é criação e o dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão é diferente do dos artistas porque são entidades empresariais*” (Ascensão, p. 26).

<sup>759</sup> Wachowicz, *Por que mudar a lei de direito autoral? Estudos e pareceres*, p. 56–57.

<sup>760</sup> Trata-se de verdadeira inversão da genética e da lógica das modalidades alternativas de licenciamento: viu-se que elas se baseiam na lei para existir. O que se propõe, porém, é que as modalidades alternativas de licenciamento, ao invés da lei, regulem a autoria e o prazo de proteção de obras coletivas anônimas. Além de permitir maior maleabilidade para algo que é intrinsecamente fluído, incentivar-se-ia a adoção de tais modalidades alternativas de licenciamento.

<sup>761</sup> O que certamente representará um incentivo à adoção das modalidades alternativas de licenciamento para obras que, de outra maneira, segundo o que ora se propõe, estariam integradas ao domínio público.

adicionar um inciso ao atual artigo 45 da LDA<sup>762</sup> para tratar também das obras colaborativas anônimas.

(ii) outra medida importante para o desenvolvimento cultural, educacional e científico nacional é a positivação das licenças compulsórias.<sup>763</sup> Trata-se da imposição ao autor, ou ao titular sobre direitos autorais, do dever de contratar, mediante compensação econômica e tendo em vista interesses coletivos justificáveis. É mecanismo para correção do abuso do direito autoral.<sup>764</sup>

As licenças compulsórias importam no reconhecimento de que a função econômica do direito autoral somente é justificável se atrelada a um fim maior, de enriquecimento cultural e de desenvolvimento econômico, ambos proporcionados pela disponibilização e circulação da obra intelectual.<sup>765</sup>

Newton Silveira, Denis Borges Barbosa e Karin Grau-Kuntz entendem que as licenças compulsórias em nada afetam os direitos morais do autor, pois são afeitas ao âmbito patrimonial do direito autoral. Neste ponto, concorda-se com Guilherme Carboni, citando Silmara Juny de Abreu Chinellato, para quem devem ser resguardados ao autor apenas o direito de manter a obra inédita e o direito de arrependimento.<sup>766</sup>

Especificamente no que se refere às traduções, a Convenção de Berna permite, em seu Anexo, que países em desenvolvimento adotem o licenciamento compulsório de obras não

---

<sup>762</sup> “Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público: I - as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores; II - as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.”

<sup>763</sup> José de Oliveira Ascensão entende que as licenças compulsórias são um meio aperfeiçoado de defesa social no campo do direito autoral, evitando-se abusos e arbitrariedades cometidos por autores e titulares que injustificadamente não exploram o direito autoral de maneira a satisfazer as necessidades razoáveis do público (Ascensão, *Direito autoral*, p. 167).

<sup>764</sup> Newton Silveira, Denis Borges Barbosa, e Karin Grau-Kuntz, “Nota ao anteprojeto de lei para reforma da lei autoral submetido à consulta pública pelo Ministério da Cultura”, in *Por que mudar a lei de direito autoral? Estudos e pareceres*, org. Marcos Wachowicz, 2ª tiragem (Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011), p. 227, [http://www.gedai.com.br/sites/default/files/publicacoes/ebook\\_porquemudarlda\\_v3.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/publicacoes/ebook_porquemudarlda_v3.pdf).

<sup>765</sup> Silveira, Barbosa, e Grau-Kuntz, 228. Os autores afirmam que “o legislador brasileiro não garante ao autor um direito cuja finalidade simplesmente se esgota na vantagem patrimonial de seu titular e no controle absoluto da obra. A vantagem patrimonial é sem dúvida desejada, mas é desejada dentro de um quadro de incentivo ao desenvolvimento cultural e econômico. Quando o titular do direito de autor faz uso de seu direito de forma a estorvar a consecução dos fins que justificam a proteção garantida caberá a imposição de contratar (licença não voluntária)” (Silveira, Barbosa, e Grau-Kuntz, p. 228).

<sup>766</sup> Carboni, *Função social do direito de autor*, p. 227–228.

traduzidas para uma língua de uso geral naquele país, após um período de três anos – ou prazo maior definido na legislação interna – contados da primeira publicação da obra. Essa regra também é aplicável para obras cujas traduções estejam esgotadas.<sup>767</sup>

A licença compulsória para tradução, nos termos da Convenção de Berna, deverá ter por objeto uma utilização escolar, universitária ou de pesquisa<sup>768</sup>. Deverá também preservar os direitos extrapatrimoniais do autor e não poderá ser concedida caso a obra tenha sido por ele retirada de circulação.<sup>769</sup>

Especificamente no que se refere ao direito de reprodução, a Convenção de Berna também permite, em seu Anexo, que países em desenvolvimento adotem o licenciamento compulsório de obras não colocadas à venda naquele país, ou colocadas à venda por um preço superior a obras análogas, após um período de, em regra, cinco anos – ou prazo maior definido na legislação interna – contados da primeira publicação da obra. Essa regra também é aplicável para obras cujas cujos exemplares estejam esgotados há ao menos seis meses.<sup>770</sup>

---

<sup>767</sup> “Artigo II. 1) Todo país que tenha declarado que invocará o benefício da faculdade prevista pelo presente artigo será habilitado, relativamente às obras publicadas sob forma impressa ou sob qualquer outra forma análoga de reprodução, a substituir o direito exclusivo de tradução previsto no artigo 8 por um regime de licenças não-exclusivas e intransferíveis, concedidas pela autoridade competente nas condições indicadas a seguir e de acordo com o artigo IV.

2) a) Sem prejuízo do disposto no parágrafo 3), quando, ao expirar um período de três anos ou um período mais longo determinado pela legislação nacional do referido país, contado da primeira publicação de uma obra, a tradução não foi publicada numa língua de uso geral nesse país, pelo titular do direito de tradução ou com sua autorização, qualquer nacional do referido país poderá obter uma licença para traduzir a obra na referida língua e publicar essa tradução sob forma impressa ou sob qualquer outra forma análoga de reprodução.

b) Uma licença também pode ser concedida em virtude do presente artigo se estiverem esgotadas todas as edições da tradução publicada na língua em apreço. [...]”

<sup>768</sup> “5) Qualquer licença mencionada no presente artigo somente poderá ser concedida para fins escolares, universitários ou de pesquisa.”

<sup>769</sup> “8) Nenhuma licença poderá ser concedida por força do presente artigo quando o autor tiver retirado da circulação todos os exemplares de sua obra.”

<sup>770</sup> “Artigo III. 1) Qualquer país que tenha declarado que invocará o benefício da faculdade prevista pelo presente artigo terá direito para substituir o direito exclusivo de reprodução previsto no artigo 9 por um regime de licenças não exclusivas e intransferíveis, concedidas pela autoridade competente nas condições indicadas a seguir e de acordo com o artigo IV. [...]

exemplares dessa edição não foram postos à venda, no referido país, para atender às necessidades, quer do público, quer do ensino escolar e universitário, pelo titular do direito de reprodução ou com a sua autorização, por um preço comparável ao em uso em tal país para obras análogas, qualquer nacional do referido país poderá obter uma licença para reproduzir e publicar essa edição, por esse preço ou por preço inferior, a fim de atender às necessidades do ensino escolar e universitário.

A licença para reprodução pode ser concedida para atender às necessidades do público e do ensino escolar e universitário. E, da mesma forma que a licença compulsória para tradução, a licença para reprodução não pode ser concedida caso a obra tenha sido retirada de circulação pelo autor.<sup>771</sup>

Denis Borges Barbosa identifica no artigo 11bis/2 da Convenção de Berna<sup>772</sup> e na jurisprudência da OMC uma autorização genérica para criação de quaisquer outras licenças compulsórias. Cita a adoção das aludidas licenças pelos EUA e Alemanha como exemplo de que elas não se restringem a países em desenvolvimento e às hipóteses expostas acima.<sup>773</sup>

Os EUA, amplos utilizadores das licenças compulsórias<sup>774</sup>, contam com uma espécie de tribunal arbitral constituído para determinar a contraprestação devida ao autor ou ao titular dos direitos autorais em casos tais. É demonstração da viabilidade prática da adoção desse mecanismo pela LDA, inclusive em vistas dos tratados internacionais.<sup>775</sup>

Assim, a LDA deve positivar amplamente as licenças compulsórias em seu texto legal. As licenças devem ser concedidas por órgão governamental em um procedimento específico, no qual são analisados e ponderados ao menos os seguintes fatores: se a obra é satisfatoriamente acessível por parte da sociedade brasileira; se o requerente da licença compulsória possui meios

---

b) Uma licença para reproduzir e publicar uma edição que foi posta em circulação como o descreve a alínea a) pode também ser concedida por força das condições previstas pelo presente artigo se, depois de expirado o período aplicável, exemplares autorizados dessa edição não estão mais à venda no país em questão, durante um período de seis meses, para responder às necessidades, quer do público, quer do ensino escolar e universitário, a um preço comparável àquele que é pedido no referido país para obras análogas.”

<sup>771</sup> “d) Nenhuma licença poderá ser concedida quando o autor tiver retirado da circulação todos os exemplares da edição para cuja reprodução e publicação a licença foi requerida.”

<sup>772</sup> “1) Os autores de obras literárias e artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar: 1º a radiodifusão de suas obras ou a comunicação pública das mesmas obras por qualquer outro meio que sirva para transmitir sem fio os sinais, os sons ou as imagens; 2º qualquer comunicação pública, quer por fio, quer sem fio, da obra radio difundida, quando a referida comunicação é feita por um outro organismo que não o da origem; 3º a comunicação pública, por meio de alto-falante ou por qualquer outro instrumento análogo transmissor de sinais, de sons ou de imagem, da obra radio difundida.

2) Compete às legislações dos Países da União regular as condições de exercício dos direitos constantes do parágrafo 1) do presente Artigo, mas tais condições só terão um efeito estritamente limitado ao país que as tiver estabelecido. Essas condições não poderão, em caso algum, afetar o direito moral do autor, ou o direito que lhe pertence de receber remuneração equitativa, fixada na falta de acordo amigável, pela autoridade competente.”

<sup>773</sup> Barbosa, *Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor*, p. 958.

<sup>774</sup> Carboni, *Função social do direito de autor*, p. 134.

<sup>775</sup> Barbosa, *Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor*, p. 959.

de atender o interesse social de acesso à obra; as razões do autor ou titular para justificar a dificuldade de acesso à obra ou a recusa em licenciá-la; e se há algum tipo de abuso do direito autoral ou de poder econômico que dificulta ou impede o acesso à obra.

(iii) deve-se assegurar que mecanismos DRM respeitem as limitações e exceções ao direito autoral previstas no texto legal; se abusivos, deve-se assegurar que tais mecanismos possam ser elididos, afastando-se expressamente a penalidade estabelecida no artigo 107 da LDA<sup>776</sup> para esses casos. Essa disposição vai ao encontro da interpretação proposta para o aludido artigo 107 da LDA na subseção 2.3.3.2 e, em certa medida, assegura que usos justos e o devido acesso à informação não sejam impedidos por meios técnicos que objetivam proteger um investimento feito pela indústria cultural.<sup>777</sup>

(iv) deve-se assegurar que qualquer utilização de mecanismos DRM deve ser previamente informada, bem como que seus efeitos sejam previamente esclarecidos, permitindo aos usuários compreender a finalidade dos mecanismos inseridos em determinada obra intelectual protegida. Trata-se de disposição que vem reforçar e especificar o dever de informação constante do Código de Defesa do Consumidor.

(v) deve-se reconhecer genericamente a existência das modalidades alternativas de licenciamento de obras intelectuais e garantir aos autores a possibilidade de adotá-las, desde que o façam por escrito, renunciando a quaisquer das disposições legais que recaem sobre o âmbito patrimonial do direito autoral – deve-se inclusive permitir ao autor liberar sua obra em domínio público desde logo.

---

<sup>776</sup> “Artigo 107. Independentemente da perda dos equipamentos utilizados, responderá por perdas e danos, nunca inferiores ao valor que resultaria da aplicação do disposto no art. 103 e seu parágrafo único, quem: I - alterar, suprimir, modificar ou inutilizar, de qualquer maneira, dispositivos técnicos introduzidos nos exemplares das obras e produções protegidas para evitar ou restringir sua cópia; II - alterar, suprimir ou inutilizar, de qualquer maneira, os sinais codificados destinados a restringir a comunicação ao público de obras, produções ou emissões protegidas ou a evitar a sua cópia; III - suprimir ou alterar, sem autorização, qualquer informação sobre a gestão de direitos; IV - distribuir, importar para distribuição, emitir, comunicar ou puser à disposição do público, sem autorização, obras, interpretações ou execuções, exemplares de interpretações fixadas em fonogramas e emissões, sabendo que a informação sobre a gestão de direitos, sinais codificados e dispositivos técnicos foram suprimidos ou alterados sem autorização.”

<sup>777</sup> Barbosa, *Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor*, p. 147.

“A questão mais grave está porém na supressão de fato das restrições legais, mesmo daquelas que avaramente se elencam na LDA. A proclamação da liberdade torna-se oca, porque não há maneira de a exercer. Para o fazer, seria necessário que se permitisse ao público o contornamento ou neutralização daqueles dispositivos, na medida necessária ao exercício das limitações” (Ascensão, “O direito autoral numa perspectiva de reforma”, p. 43).

(vi) deve-se esclarecer a aplicação da função social dos contratos aos negócios jurídicos sobre direitos autorais, bem como esclarecer que a interpretação restritiva desses negócios, atualmente tratada no artigo 4º da LDA<sup>778</sup>, tem como objetivo proteger o autor<sup>779</sup> em contratações celebradas com sociedades empresárias, por meio das quais as partes transacionam os direitos patrimoniais que incidem sobre a obra intelectual. Como se abordou na seção 2.2.1, pretende-se impedir que titulares de direitos autorais que nada se assemelham à figura do autor hipossuficiente se valham da interpretação restritiva em detrimento de usuários de obras intelectuais.<sup>780</sup>

Ainda, a redação desse dispositivo deve ser cuidadosa o suficiente para afastar a ideia de que a interpretação restritiva dos negócios jurídicos se espraiaria para outras relações envolvendo direitos autorais, especialmente no que se refere à dicotomia direitos privados/coletivos – como defende parte da doutrina.

(vii) deve-se reestabelecer, no âmbito governamental, um órgão de gestão e controle do direito autoral no Brasil. O antigo Conselho Nacional do Direito Autoral (CNDA), previsto no artigo 116 e seguintes da antiga lei de direito autoral brasileira (Lei 5.988/1973)<sup>781</sup>, foi extinto em 1990 e o Estado brasileiro não conta desde então com qualquer estrutura para tratar da matéria.

Como aponta José de Oliveira Ascensão, o estabelecimento de um órgão federal para matérias de direito autoral se justifica por dois principais motivos: o papel de extrema relevância do assunto na arena internacional, de forma que o Estado brasileiro não pode estar alheio a esse fenômeno; e a completa ausência de supervisão das entidades de gestão coletiva no âmbito nacional.<sup>782</sup>

---

<sup>778</sup> “Art. 4º Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais.”

<sup>779</sup> “O ‘autor’ que se protege é apenas o criador intelectual. Só ele estará na posição de fraqueza que justifica a emissão de regras interpretativas especiais” (Ascensão, *Direito autoral*, p. 373).

<sup>780</sup> Nas palavras de Denis Borges Barbosa, impedir-se-á o comportamento de “titulares de direitos que, carecendo a proteção da hipossuficiência, querem-na arrogar como um insulto à boa-fé. Na verdade, a tentativa de uso de uma interpretação restritiva em seu favor, quando não está de forma alguma, na posição de autor, e mais, de um autor hipossuficiente, corresponde a um abuso de direito” (Barbosa, *Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor*, p. 952).

<sup>781</sup> “Art. 116. O Conselho Nacional de Direito Autoral é o órgão de fiscalização, consulta e assistência, no que diz respeito a direitos do autor e direitos que lhes são conexos.”

<sup>782</sup> Ascensão, “O direito autoral numa perspectiva de reforma”, p. 53.



Some-se a essas observações que, nos termos da função política do direito autoral, competiria ao novel órgão promover programas de fomento à produção e difusão de obras intelectuais, acesso à cultura, educação e ciência, bem como programas para a preservação do patrimônio nacional. Conferir-se-ia uma competência genérica para a consecução dos objetivos constitucionais tratados na subseção 2.2.2.4 naquilo em que se conectam com o direito autoral.

### 3.2.2 O Marco Civil da *Internet*: Lacuna Perigosa

Na esteira das normas a respeito da responsabilidade civil dos provedores de serviços de *internet* vigentes na União Europeia – Diretivas 2000/31/CE e 2001/29/CE – e nos EUA – parte do *Communications Decency Act* de 1996 e do DMCA de 1998 –, o legislador brasileiro optou por estabelecer limitações de responsabilidade para certas atividades desenvolvidas na *internet* (atividades de conexão e, genericamente, “aplicações de *internet*”, entendidas, nos termos do art. 4º, inciso VII, do MCI, como “o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à *internet*”).

Dentre os dispositivos que tratam da responsabilidade dos “provedores de aplicações” de *internet* por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, destaca-se o artigo 19, cuja redação é a seguinte:

*“Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.”*

O aludido artigo 19, ao exigir uma ordem judicial específica para que os provedores de aplicações de *internet* removam determinado conteúdo de sua plataforma, reconheceu e

positivou dois pontos importantíssimos: (i) que não cabe responsabilizar os provedores de aplicações pela fiscalização e monitoramento do conteúdo gerado e publicado por terceiros; e (ii) que, em regra, não cabe aos provedores de aplicações por si próprios, ainda que notificados, fazer juízo de valor sobre a legalidade ou ilegalidade do conteúdo que hospedam – função que cabe tão somente ao Judiciário.

A necessidade de ordem judicial foi ressalvada apenas em casos envolvendo conteúdo sexual, que deve ser removido mediante notificação extrajudicial, sob pena de responsabilidade subsidiária (artigo 21 do MCI).

Marcel Leonardi, comentando o então projeto de lei que resultou no MCI, afirma que a regra responsável pela isenção de responsabilidade civil dos provedores de aplicações de *internet* por atos de seus usuários é uma “*excelente opção legislativa, coerente com a realidade tecnológica e com a experiência internacional sobre o tema*”.<sup>783</sup>

Leonardi pontua que se não houvesse essa isenção, poder-se-ia esperar uma “*retração do uso de ferramentas e plataformas online, com prejuízos diretos aos usuários*”. E elenca alguns fatores que a justificam: (i) a função social exercida pelos provedores de aplicações, que transformaram o debate político e as possibilidades de mobilização social; (ii) o fato de que os provedores de aplicações promovem a liberdade de expressão, o acesso à informação, à educação e à cultura; (iii) os diversos papéis econômicos exercidos pelos provedores de aplicações, que possibilitam o surgimento de novos modelos de negócios, o estreitamento do relacionamento entre consumidores e fornecedores e a inclusão digital; e (iv) os perigos do modelo de notificação e retirada extrajudicial (“*notice and take down*”), do que se cuidará adiante.<sup>784</sup>

Avançando mais um pouco no estudo do art. 19 do MCI, a isenção de responsabilidade prevista em seu caput não é aplicável para infrações de direitos de autor e direitos conexos (§

---

<sup>783</sup> Marcel Leonardi, “Responsabilidade dos provedores de serviços de internet por atos de terceiros”, in *Responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação*, org. Regina Beatriz Tavares Silva e Manoel Joaquim Pereira dos Santos, 2<sup>a</sup> ed. (Saraiva, 2012), p. 198.

<sup>784</sup> Leonardi, p. 198–199.

2º<sup>785</sup>). Essa disposição parece ter cedido ao *lobby*<sup>786</sup> da indústria criativa e abriu caminho para uma futura legislação que estabeleça o modelo de notificação e retirada extrajudicial no Brasil.

O modelo de notificação e retirada extrajudicial é adotado pelo § 512 (c) do DMCA (a mais recente revisão da lei de direito autoral norte-americana)<sup>787</sup> e funciona da seguinte maneira: o autor ou titular dos direitos autorais pode notificar os “provedores de aplicações”, comprovando, dentre outros pontos, a titularidade sobre determinada obra, de forma a requerer sua imediata retirada do ar. Os provedores de aplicações, então, devem remover preventivamente o conteúdo apontado como infringente, sob pena de responsabilização civil, e notificar o usuário que disponibilizou tal conteúdo para, querendo, apresentar defesa.<sup>788</sup>

O modelo sofre pesadas críticas nos EUA em virtude do seu uso abusivo pela indústria cultural. Pesquisas conduzidas pela EFF<sup>789</sup> e pelo Berkman Center for Internet & Society da Harvard Law School<sup>790</sup> demonstram seu frequente emprego para impedir discursos políticos, estudos científicos, atuação de concorrentes, críticas ou simplesmente a utilização livre de obras intelectuais protegidas por pessoas comuns.

---

<sup>785</sup> “§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.”

O único ponto positivo do aludido §2º foi a previsão expressa de respeito à liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição da República – que, por si só, já representa um avanço no campo do direito autoral.

<sup>786</sup> Carlos Affonso Pereira de Souza destaca que a redação do art. 19, §2º, do MCI, atende a uma demanda da indústria cultural, em especial das empresas de rádio e televisão. (Carlos Affonso Pereira de Souza, “Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.695/2014 (Marco Civil da Internet)”, in *Marco Civil da Internet*, org. George Salomão Leite e Ronaldo Lemos [São Paulo: Atlas, 2014], p. 813).

<sup>787</sup> “(c) Information Residing on Systems or Networks at Direction of Users.— (1) In general.—A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the storage at the direction of a user of material that resides on a system or network controlled or operated by or for the service provider, if the service provider – [...] (C) upon notification of claimed infringement as described in paragraph (3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity.”

<sup>788</sup> Mariana Cunha e Melo, *The “marco civil da internet” and its unresolved issues: free speech and due process of law*, 1ª ed. (Curitiba: CRV, 2016), p. 91–92.

<sup>789</sup> Fred von Lohmann, “Unintended Consequences: Twelve Years under the DMCA”, Electronic Frontier Foundation, 3 de março de 2010, <https://www.eff.org/wp/unintended-consequences-under-dmca>.

<sup>790</sup> Wendy Seltzer, “Free speech unmoored in copyright’s safe harbor: chilling effects of the DMCA on the first amendment”, *Harvard journal of law & technology* 24, number 1 (2010), <http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v24/24HarvJLTech171.pdf>.

Wendy Seltzer afirma que o modelo de notificação e retirada extrajudicial inverte o padrão da liberdade de expressão. A regra geral é de que a expressão é livre até que alguém ajuíze uma ação e obtenha um resultado favorável. No entanto, a notificação e retirada extrajudicial força quem veicula a expressão a agir em defesa de sua legalidade por meio de uma contra notificação ou o ajuizamento de uma ação judicial. Segundo Seltzer, esse custo adicional direcionado àquele que veicula a expressão age como verdadeira censura, especialmente nos casos de indivíduos que não estão dispostos a arcar com os custos de fazer valer o seu direito de expressão.<sup>791</sup>

Em análise comparativa entre o MCI e o DMCA, Mariana Cunha e Melo afirma que a legislação norte-americana estabelece uma presunção de ilegitimidade da expressão *online*, obrigado os provedores de aplicações de *internet* a adotar a regra do “atirar primeiro, perguntar depois”.<sup>792</sup> Na linha dos exemplos de abusos citados acima, a autora fala de notificações enviadas para remoção de conteúdo que sequer se sujeita à disciplina do direito autoral.<sup>793</sup>

Ronaldo Lemos nota que os EUA, como pátria de origem da *internet* e primeiro país a aprovar normas a seu respeito, exerce enorme influência nos estudos legislativos de outros países. E, tratando especificamente do modelo de notificação e retirada extrajudicial da legislação norte-americana, aponta a ocorrência de uma “*censura branca*”, que “*empobrece sobremaneira o conteúdo disponível na rede e favorece a sua privatização, gerando concentração de conhecimento e informação*”.<sup>794</sup>

Segundo Carlos Affonso Pereira de Souza, o modelo de notificação e retirada extrajudicial confia em uma “*intensa subjetividade*” dos critérios adotados pelo provedor de aplicações para

---

<sup>791</sup> Seltzer, p. 177. No original: “*The DMCA flips the defaults on speech. Ordinarily, speech remains available until someone files — and wins — a lawsuit or negotiates a settlement. In contrast, a DMCA takedown forces a speaker to act to reassert the lawfulness of his speech through a counternotification, or if he wants uninterrupted speech, a lawsuit.*”<sup>30</sup> *This added cost operates as censorship. The poster who thinks his quotation is fair use may be willing to post but not to file a sworn counternotification [...]. The DMCA safe harbors may help the service provider and the copyright claimant, but they hurt the parties who were absent from the copyright bargaining table<sup>3</sup>: the smaller individual and non-profit speakers using the Internet*” (Seltzer, p. 177).

<sup>792</sup> Melo, *The “marco civil da internet” and its unresolved issues: free speech and due process of law*, p. 93.

<sup>793</sup> Melo, p. 96.

<sup>794</sup> Lemos, *Direito, tecnologia e cultura*, p. 41–46. Lemos prossegue: “*O espaço para abusos deste modelo é enorme. Temeroso de que sua responsabilidade seja deflagrada, o provedor, geralmente, tende a acatar todo e qualquer tipo de notificação recebida, retirando conteúdo do “ofertante” (usuário dos seus serviços) da rede, sem qualquer escrutínio mais cuidadoso. [...]. Naturalmente, os provedores de acesso não têm condições ou interesse de verificar a procedência jurídica dos argumentos elencados nas cartas recebidas, de modo que a sua resposta padrão é a retirada do conteúdo sem uma segunda análise*” (Lemos, p. 45–46).

remoção de conteúdo. Daí decorre uma enorme insegurança jurídica para a inovação na *internet*. Novas formas de exploração de atividades *online* podem jamais se desenvolver em razão do temor causado por possíveis ações ajuizadas contra o provedor caso a notificação de retirada não seja atendida.<sup>795</sup>

Marcel Leonardi identifica que o modelo de notificação e retirada extrajudicial incentiva a remoção arbitrária de conteúdo, possibilitando a formulação de reclamações frívolas, infundadas e ilegais que deverão ser necessariamente atendidas pelo provedor para se isentar de responsabilização. Atribui-se à uma requisição privada o mesmo poder de uma medida liminar, porém sem o necessário devido processo legal.<sup>796</sup>

Ainda que a legislação venha a adotar regras procedimentais para evitar abusos, há o risco de imposição de censura temporária, capaz de silenciar manifestações cuja relevância se relaciona justamente com o seu momento de divulgação (como campanhas políticas, notícias urgentes etc.).<sup>797</sup>

Nesse sentido, o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas publicou, no ano de 2011, um relatório sobre a promoção e proteção do direito à liberdade de opinião e expressão. O aludido relatório aborda o modelo de notificação e retirada extrajudicial adotado por alguns países e conclui que, enquanto o aludido modelo pode ser uma forma de prevenir intermediários de tomar parte ou encorajar comportamentos ilícitos, ele é objeto de abusos, falta de transparência, práticas discriminatórias e pressões políticas.<sup>798</sup>

---

<sup>795</sup> Pereira de Souza, “Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.695/2014 (Marco Civil da Internet)”, p. 803–804.

<sup>796</sup> Leonardi, “Responsabilidade dos provedores de serviços de internet por atos de terceiros”, p. 199.

<sup>797</sup> Leonardi, p. 200.

<sup>798</sup> Frank La Rue, “Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression” (Organização das Nações Unidas, 24 de maio de 2011), p. 42, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/132/01/PDF/G1113201.pdf?OpenElement>. No original: “*However, while a notice-and-takedown system is one way to prevent intermediaries from actively engaging in or encouraging unlawful behaviour on their services, it is subject to abuse by both State and private actors. Users who are notified by the service provider that their content has been flagged as unlawful often have little recourse or few resources to challenge the takedown. Moreover, given that intermediaries may still be held financially or in some cases criminally liable if they do not remove content upon receipt of notification by users regarding unlawful content, they are inclined to err on the side of safety by over-censoring potentially illegal content. Lack of transparency in the intermediaries’ decision-making process also often obscures discriminatory practices or political pressure affecting the companies’ decisions*” (La Rue, p. 42).

Há também a indicação de que empresas privadas “*não são os melhores posicionados para tomar a decisão sobre se um conteúdo determinado é ilegal, o que requer o balanceamento de interesses opostos e a consideração das defesas*”. Assim, o relatório conclui que “*medidas de censura nunca devem ser delegadas para entidades privadas*” e que “*nenhum Estado deve forçar intermediários a realizar censura em seu nome*”.<sup>799</sup>

O Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou sobre a inconveniência de permitir que entidades privadas exerçam controle sobre o material veiculado na *internet*: “*há de se considerar a inviabilidade de se definirem critérios que autorizariam o veto ou o descarte de determinada página. Ante à subjetividade que cerca o dano psicológico e/ou à imagem, seria impossível delimitar parâmetros de que pudessem se vale os provedores para definir se um conteúdo é potencialmente ofensivo. Por outro lado, seria temerário delegar esse juízo de discricionariedade aos provedores*”.<sup>800</sup>

Além disso, o modelo de notificação e retirada extrajudicial não oferece granularidade. Muitas vezes o conteúdo ilegal corresponde à apenas um item dentro de um *website* que trata de diversos outros assuntos. O provedor de aplicações, no entanto, é forçado a remover o *website* em sua íntegra para atender à notificação e se valer da isenção de responsabilidade.<sup>801</sup>

Por todos esses motivos, Marcel Leonardi é categórico quanto ao modelo de remoção de conteúdo que deve ser adotado no âmbito da *internet*.<sup>802</sup>

*“Como se vê, a remoção judicial [...] é o mecanismo mais equilibrado para lidar com o conteúdo ilícito online. Em linhas gerais, não é possível afastar a necessidade de análise pelo Judiciário e de ordem judicial específica para retirada forçada de conteúdo, já que decidir sobre a legalidade ou ilegalidade*

---

<sup>799</sup> La Rue, “Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression”, p. 42–43. No original: “*intermediaries, as private entities, are not best placed to make the determination of whether a particular content is illegal, which requires careful balancing of competing interests and consideration of defences. (...) The Special Rapporteur believes that censorship measures should never be delegated to a private entity (...). Indeed, no State should use or force intermediaries to undertake censorship on its behalf*” (La Rue, p. 42–43).

<sup>800</sup> Superior Tribunal de Justiça, REsp 1316921, Ministra Nancy Andriahi (2012).

<sup>801</sup> Leonardi, “Responsabilidade dos provedores de serviços de internet por atos de terceiros”, p. 201.

<sup>802</sup> Leonardi, p. 201.

*do material, em todas as suas possíveis formas, é algo necessariamente subjetivo [...]*”

Adotar o modelo de notificação e retirada extrajudicial para matérias de direito autoral seria um retrocesso dentro de uma legislação já extremamente restritiva e que ignora sistematicamente as utilizações lícitas de obras protegidas, de acordo com as (insuficientes) limitações e exceções legais previstas nos atuais artigos 46 a 48 da LDA.<sup>803</sup>

Não há qualquer justificativa jurídica plausível para que, dentre todos os direitos, apenas o direito autoral esteja sujeito a uma disciplina mais violenta no que diz respeito à retirada de conteúdo *online* (ao lado apenas da remoção de conteúdo sexual). Prioriza-se o direito autoral – leia-se, os interesses empresariais – inclusive na comparação com os verdadeiros direitos de personalidade, como a honra, a intimidade etc.

---

<sup>803</sup> Silmara Juny de Abreu Chinellato, de outro lado, defende a instituição do modelo de notificação e retirada para matérias de direito autoral, sob os seguintes fundamentos: (i) o MCI não pode privilegiar a liberdade de expressão em detrimento do direito autoral, pois ambos seriam direitos de mesmo nível hierárquico. A autora confere especial enfoque ao seu entendimento de que o direito autoral, no âmbito extrapatrimonial, seria um direito de personalidade; (ii) considerando que eventual violação ao direito de personalidade do autor seria irreparável, deve-se privilegiar a prevenção do dano ao invés de sua mera compensação pecuniária *a posteriori*; e (iii) o modelo de notificação e retirada consolida uma tendência de desjudicialização das relações jurídicas, na linha das formas de composição extrajudicial de conflitos (Silmara Juny de Abreu Chinellato, “Marco civil da internet e direito autoral: responsabilidade civil dos provedores de conteúdo”, in *Direito & internet III - tomo II: marco civil da internet (Lei n. 12.965/2014)*, org. Newton de Lucca, Adalberto Simão Filho, e Cíntia Rosa Pereira de Lima (São Paulo: Quartier Latin, 2015), p. 323–338).

Não se pode concordar com a posição de Silmara Juny de Abreu Chinellato. Com relação à natureza jurídica do direito autoral, já se afastou no capítulo 1.2 a sua classificação como direitos da personalidade. Também se expôs que o direito autoral é uma exceção dentro da regra geral de liberdade de atuação e de acesso à cultura – esse último ponto é tratado na seção 2.3.3. Ainda que se entenda pela impossibilidade de privilegiar a liberdade de expressão sobre o direito autoral, tampouco se pode privilegiar o direito autoral sobre a liberdade de expressão. A proposta de adoção do modelo de notificação e retirada representa justamente o privilégio do direito autoral sobre todos os demais direitos, pois estar-se-ia alterando a lógica do sistema jurídico brasileiro no sentido de que quem se sentir lesado por determinada conduta deve buscar o Judiciário para obter uma decisão que lhe é favorável. Essa é a regra geral e, como a própria autora lembra, os autores e titulares de direitos autorais permanecem podendo se valer dos instrumentais do Código de Processo Civil para a obtenção de tutelas de urgência, caso seja necessário. Por fim, a tendência de desjudicialização mencionada pela autora funciona muito bem na hipótese de partes com capacidade econômica, jurídica e transacional símiles. Porém, em geral, o direito autoral traz o embate entre indústria cultural e pessoas comuns, que raramente terão capacidade para contestar uma remoção extrajudicial de conteúdo. Essa desproporção de poderes dá margem aos inúmeros abusos que a doutrina norte-americana relata quanto ao exercício do *notice and take down*. No caso do direito autoral, apenas o Judiciário pode reequilibrar a balança e determinar com segurança se a utilização da obra intelectual protegida está ou não albergada pelas limitações e exceções ao direito autoral. Enfim, entregar à indústria criativa praticamente todo o poder de decisão sobre a utilização de obras intelectuais protegidas no âmbito da *internet* não parece ser a melhor solução para os desafios do direito autoral.

Melhor seria que as infrações de direitos autorais estivessem sujeitas à regra geral prevista no art. 19, *caput*, do MCI, o que certamente geraria dentro do Judiciário uma discussão saudável sobre o uso das obras intelectuais no ambiente virtual, com potencial para precedentes favoráveis à utilização razoável (nos moldes da cláusula geral de limitação e exceção ao direito autoral proposta na subseção 3.2.1.2) de obras intelectuais protegidas.

Portanto, o que aqui se propõe é que a LDA reitere as disposições do artigo 19 do MCI quanto à responsabilidade civil dos provedores de aplicações com relação à retirada de conteúdo envolvendo direitos autorais na *internet*. No entanto, o ceticismo quanto a essa possibilidade pede por uma proposta subsidiária: caso se institua o modelo de notificação e retirada extrajudicial, esse modelo deve contar com dispositivos para coibição de abusos por parte da indústria cultural<sup>804</sup> e ser direcionado exclusivamente para o combate da utilização econômica de obras intelectuais protegida sem a autorização do autor ou seu titular.

---

<sup>804</sup> Ronaldo Lemos relata que notificações abusivas sobre matérias de direito autoral são atualmente enviadas no Brasil, a despeito de a atual LDA não conter qualquer previsão sobre o modelo de notificação e retirada. Imagine-se o que não ocorrerá se e quando esse modelo for positivado. Lemos sugere alguns mecanismos para combater o seu abuso, dentre eles a responsabilização dos advogados que enviam notificações com fundamentação jurídica inconsistente (Lemos, *Direito, tecnologia e cultura*, p. 46–49 e 60).

Carlos Affonso Pereira de Souza afirma a tendência dos Tribunais brasileiros em recepcionar o modelo de notificação e retirada extrajudicial no campo do direito autoral, responsabilizando os provedores de aplicações que, notificados, não removem o conteúdo considerado violador da LDA (Pereira de Souza, “Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.695/2014 (Marco Civil da Internet)”, p. 813).



### 3.3 Soluções Judicial e Doutrinária

O ponto derradeiro deste trabalho diz respeito às formas como o Poder Judiciário e a doutrina brasileiras podem colaborar para um sistema de direitos autorais equilibrado, capaz de atender os interesses e demandas cada vez mais divergentes que opõem, de um lado, autores e indústria cultural e, de outro lado, a sociedade – principalmente representada pelos usuários de obras intelectuais protegidas.

#### 3.3.1 A Contribuição do Poder Judiciário

Como se expôs na seção 3.2.1, a reforma da LDA é incapaz de lidar sozinha com os desafios do direito autoral. O Legislativo age com pouca frequência, está sujeito a pressões diversas e as regras criadas permanecerão imutáveis por um período considerável de tempo. Por outro lado, os modelos de negócio baseados no direito autoral, assim como as demandas sociais correlatas, podem ser extremamente dinâmicos – lembre-se que há dez anos, o CD era a mídia de referência para a comercialização de músicas; hoje ele foi praticamente substituído pelo *streaming*; prever qual será o modelo amanhã é pura futurologia – e exigir uma evolução jurídica que a legislação não acompanhará.

Essas razões fazem crer que o Judiciário está melhor posicionado para uma atuação concreta sobre conflitos envolvendo direitos autorais. Cabe ao Legislativo a formulação de cláusulas gerais capazes de conferir ao Judiciário um norte interpretativo e certo grau de flexibilidade, principalmente para quando os aludidos conflitos envolverem o embate entre interesses privados e coletivos.

Dessa forma, permitir-se-á o desenvolvimento de uma jurisprudência incremental ao longo do tempo, capaz de responder às constantes evoluções tecnológicas e alterações nos modelos de negócio adotados pelas diversas indústrias culturais, bem como às demandas pelo uso de obras intelectuais protegidas por parte da sociedade.

Prevê-se a formulação de ao menos três críticas quanto à solução aqui proposta: (i) o fato de processos judiciais serem, em regra, custosos e morosos, e que juízes também estão sujeitos

a pressões, dificultando a formação de uma jurisprudência consistente sobre direito autoral; (ii) o incentivo à alguma forma de ativismo judicial; e (iii) uma redução na segurança jurídica ao conferir papel de relevo a cláusulas gerais que remeteriam ao subjetivismo do julgador.

No que se refere aos custos, morosidade e influências que se abatem sobre uma proposta de solução que passa necessariamente pela existência de um litígio, pondere-se que a escolha do que é melhor ou pior para enfrentar os desafios do direito autoral é estritamente comparativa. E, como já dito, na comparação entre as soluções legislativa e judicial, a judicial é a que apresenta maiores condições de lidar com um sem número de situações imprevisíveis – que versam, por exemplo, sobre utilizações razoáveis de obras protegidas, novas formas de exploração econômica de obras intelectuais etc. – do que um conjunto legal estático.

É verdade que os custos de um litígio e a morosidade judicial podem afastar grande parte da população de participar dessa solução. Porém, é justamente para representação dessa população que o sistema processual brasileiro conta com uma série de entidades legitimadas extraordinariamente para a tutela interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos – exemplo disso é a ação civil pública mencionada na subseção 2.3.3.1.<sup>805</sup>

Também é verdade que o Judiciário está sujeito a pressões políticas e influências privadas. Mas certamente essa sujeição é inferior à do Legislativo, pois juízes possuem cargo vitalício, isto é, não precisam contar com qualquer tipo de apoio externo para sua manutenção; juízes não são diretamente compensados pelos resultados de um processo; e decisões judiciais estão sujeitas a revisão por instâncias superiores.

O sistema do processo civil brasileiro pode trazer vantagens para a solução judicial proposta: a produção de provas pelas partes direciona o julgador para uma decisão mais adequada ao caso específico, considerando elementos que dificilmente seriam levados em conta pelo Legislativo quando da reforma da LDA. Além disso, admite-se a intervenção do Ministério

---

<sup>805</sup> Nessa linha, Guilherme Carboni afirma que “*cabe ao Ministério Público a propositura de ações judiciais nas demais questões envolvendo a função social do direito de autor, sempre que estiver em jogo o interesse público à livre utilização da obra protegida*” (Carboni, *Função social do direito de autor*, p. 225).

Público, como fiscal da lei, sempre que houver na lide interesse público ou social que ultrapasse a mera relação das partes (artigo 178, inciso I, do Código de Processo Civil<sup>806</sup>).

Por fim, essa solução prestigia a importância conferida aos precedentes judiciais pelo novo Código de Processo Civil, que conta com diversos dispositivos objetivando a uniformização jurisprudencial e impondo o dever de as instâncias inferiores seguirem o entendimento consolidado por Tribunais superiores (vide, por exemplo, os artigos 489, §1º incisos V e VI; 926 e 927 do Código de Processo Civil<sup>807</sup>).

No que se refere a um suposto ativismo judicial, assim entendido como quando o Judiciário se avoca de competência típica do Legislativo para criar ou invalidar normas com base, em geral, na Constituição da República, propõe-se justamente o contrário: que, dentro do quadro normativo promulgado pelo Legislativo, o Judiciário tenha alguma liberdade de atuação para resolução de conflitos não tratados especificamente pela lei.

Na verdade, o ativismo judicial é incentivado pelo atual quadro legal. A LDA não conta com quaisquer indicativos de como ela deve ser interpretada e aplicada, muito menos de como resolver conflitos que não se enquadrem nas poucas disposições específicas da lei. Assim, no cenário atual, o ativismo judicial é inevitável e, em muitos casos, necessário.<sup>808</sup>

---

<sup>806</sup> “Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I - interesse público ou social;”

<sup>807</sup> “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.”

<sup>808</sup> Nesse sentido, as palavras de Allan Rocha de Souza sobre a atuação do Judiciário na atual LDA: “*deve o Poder Judiciário integrar as diversas normas atribuindo-lhes um sentido sistêmico, a partir dos axiomas jurídicos de nosso ordenamento. Assim deve ser também com as normas de direitos autorais, que devem receber uma interpretação de acordo com princípios constitucionais, não sendo-lhes permitido afastar-se destes mandamentos para não eivar a interpretação de inconstitucionalidade [...]. O Judiciário, portanto, deve agir em favor do equilíbrio entre os diversos interesses, afastando a suposição da proteção nas situações onde identifica-se*

No que se refere à segurança jurídica das cláusulas gerais, que dariam margem para subjetivismos do julgador, parece ser ilusória a noção de que dispositivos legais casuísticos e/ou típicos trazem maior segurança jurídica a um determinado sistema. O julgador, tanto na aplicação de cláusulas gerais, quanto na aplicação de dispositivos casuísticos/típicos, sempre realizará uma valoração das informações e provas constantes dos autos.

Com relação aos destinatários da lei, a descrição do dispositivo legal, seja qual for a técnica utilizada, também comportará distintas interpretações sobre as situações nele abarcadas – por exemplo, como se viu na subseção 2.3.3.1, há intensa controvérsia sobre a abrangência da expressão “pequenos trechos” constante do artigo 46, inciso II, da LDA.<sup>809</sup>

Claudio Luiz Bueno de Godoy observa que as cláusulas gerais, longe de emprestarem um caráter subjetivo ao ordenamento jurídico, remetem o julgador aos princípios e regras do sistema, os quais conferem às cláusulas gerais um conteúdo objetivo. Godoy complementa seu raciocínio:<sup>810</sup>

*E, de resto, se alguma perda maior de segurança haveria de se admitir com as cláusulas gerais – o que é diferente de vê-las como foco de insegurança –, ela se compensaria com o ganho de mobilidade e atualização do sistema, de molde a assegurar mais efetivo atendimento a valores constitucionais básicos.”*

Portanto, a reforma da LDA é complementada pela solução judicial ora proposta, de modo que caberá ao Judiciário sopesar os princípios e cláusulas gerais positivados pelo Legislativo em casos concretos, equilibrando, quando necessário, os interesses de autores/industrial cultural com os interesses sociais.

---

*supremacia dos interesses da coletividade sobre os interesses privados” (Souza, A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica, p. 308).*

<sup>809</sup> Godoy, *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*, p. 186.

<sup>810</sup> Godoy, p. 187.

Os Tribunais brasileiros deverão se desprender de conceitos clássicos e ultrapassados relativos ao direito autoral, nomeadamente sua vinculação a um direito natural e/ou a direitos de personalidade, sua classificação como propriedade ou outro direito real, a interpretação restritiva das limitações e exceções legais, a não incidência da proteção legal característica do seu âmbito patrimonial sobre usos privados, dentre outros. Para isso, deve haver também uma evolução da postura doutrinária.

### 3.3.2 Necessária Evolução da Postura Doutrinária

Pedro Nicoletti Mizumaki, Ronaldo Lemos, Bruno Magrani e Carlos Affonso Pereira de Souza observam que as progressivas críticas ao sistema de direitos autorais por parte da sociedade brasileira ainda precisam encontrar um reflexo na doutrina jurídica. A ideia doutrinária predominante é de que uma maior rigidez legal é essencial para o estímulo à produção cultural e para a proteção à dignidade dos autores. Isso se reflete, como visto, na posição de que as exceções e limitações ao direito autoral devem ser interpretadas restritivamente.<sup>811</sup>

O direito autoral é objeto de poucos questionamentos por parte dos mais relevantes doutrinadores brasileiros da matéria. A disciplina autoral é geralmente assumida como um fato inquestionável, isolado de outros textos legais e fechado a um debate profundo. Sua fundamentação é insuficientemente explorada e normalmente é resumida apenas à necessidade de proteção da atividade inventiva como um incentivo econômico para que autores continuem produzindo.<sup>812</sup>

Carlos Alberto Bittar, por exemplo, embora reconheça brevemente que o direito autoral encerra “*aspectos liberais e sociais*”, associa a proteção legal à complexidade do processo criativo de obras estéticas.<sup>813</sup> Eliane Y. Abrão se furta de apresentar uma fundamentação clara

---

<sup>811</sup> Mizumaki *et al.*, “Exceptions and limitations to copyright in Brazil: a call for reform”, p. 105–106.

<sup>812</sup> Mizumaki *et al.*, p. 106–107.

<sup>813</sup> Bittar, *Direito de autor*, 2015, p. 9–22.

para o direito autoral, mencionando apenas se tratar de “*um direito inerente ao intelecto humano*”.<sup>814</sup>

José Carlos Costa Netto traça um paralelo entre a proteção conferida à propriedade individual privada contra aquele que a invade “*ou [contra] o ladrão de galinhas*” e a proteção à criação intelectual. Para o autor, ambas as proteções são equivalentes, pois “*ao autor cabe a absoluta e exclusiva titularidade sobre a obra intelectual que produzir*”.<sup>815</sup>

Nessa mesma linha, expôs-se nos capítulos 1.2 e 2.1 uma tendência de parte da doutrina brasileira no sentido de justificar o direito autoral com base em um direito natural, ligado à necessidade de proteção do gênio privilegiado do autor. Evita-se, ou, ao menos, desvia-se, da discussão sobre o aspecto social do direito autoral como ferramenta de desenvolvimento e de difusão de cultura, educação e informação.

Nas palavras de Pedro Nicoletti Mizumaki, Ronaldo Lemos, Bruno Magrani e Carlos Affonso Pereira de Souza, para a doutrina brasileira clássica, a “*cultura não é vista como uma questão [...] de necessidades humanas relacionadas à comunicação e ao próprio desenvolvimento da sociedade, mas sim como parte de uma visão de mundo hierárquica na qual os autores são valorados mais do que os não autores*”.<sup>816</sup>

A justificação do direito autoral como um direito natural se faz acompanhar do discurso de proteção à personalidade do autor e da garantia ao seu sustento financeiro, como se fosse papel do direito assegurar que determinada atividade seja remunerada *per se*, sem nenhuma vantagem social dela decorrente.

Todo o discurso de rigidez do direito autoral, baseado, em grande parte, na figura do autor, serve aos interesses da indústria cultural. Atropela-se a natureza em regra intransferível e irrenunciável dos direitos da personalidade para admitir que o autor pode, contratualmente, ceder os direitos sobre a obra intelectual protegida a uma pessoa jurídica que se encarregará de

---

<sup>814</sup> Abrão, *Direitos de autor e direitos conexos*, p. 64.

<sup>815</sup> Costa Netto, *Direito autoral no Brasil*, p. 25–26.

<sup>816</sup> No original: “*Culture is not seen as a matter of [...] human needs related to communication and the very development of a society, but as part of a hierarchical worldview in which authors are valued above non-authors*” (Mizumaki *et al.*, “Exceptions and limitations to copyright in Brazil: a call for reform”, p. 109).

comercializá-la. E, automaticamente, a proteção destinada ao autor é estendida à indústria cultural, sem a consideração dos seus efeitos colaterais.<sup>817</sup>

Reflexões pouco profundas e tão comuns à doutrina autoral brasileira são insuficientes para lidar com os crescentes desafios do direito autoral. Exigir-se-á cada vez mais um posicionamento contundente da doutrina com relação à função social do direito autoral e ao trinômio evolução tecnológica, proteção ao autor e acesso às obras intelectuais por parte da sociedade.

Esse quadro doutrinário insuficiente está se desfazendo nos últimos anos. Citou-se no presente trabalho diversos estudiosos de uma nova geração – dentre os quais se destacam Guilherme Carboni, Allan Rocha de Souza, Pedro Nicoletti Mizumaki, Ronaldo Lemos e Carlos Affonso Pereira de Souza – que não se limitaram a repetir a doutrina clássica do direito autoral.<sup>818</sup>

Esses e outros nomes foram capazes de reconhecer que as novas tecnologias viabilizadoras de uma ampla distribuição de conteúdo, a autoria colaborativa, os modelos alternativos de licenciamento e a crescente demanda por utilização de obras intelectuais protegidas, verdadeira necessidade de uma sociedade perenemente conectada, não se amoldarão facilmente a uma visão de direito autoral que permanece imutável há séculos.

Há hoje uma divisão entre a doutrina clássica e os novos estudiosos do direito autoral. O que os diferencia é a postura crítica adotada pelos segundos, ao contrário da postura de aceitação passiva do direito autoral “como ele é” comumente adotada pelos primeiros. A doutrina clássica, contudo, é a mais acessível e ainda prevalece no estudo jurídico brasileiro.

Esse é o papel dos novos autoralistas e sua grande contribuição para uma possível superação dos desafios do direito autoral: fazer com que a comunidade jurídica e a sociedade brasileira verdadeiramente compreendam o direito autoral para além das repetições e frases feitas que dominam o discurso comum à doutrina tradicional e à indústria cultural.

---

<sup>817</sup> Pedro Nicoletti Mizumaki, Ronaldo Lemos, Bruno Magrani e Carlos Affonso Pereira de Souza notam que a maior parte dos autoralistas brasileiros advogam para a indústria cultural, o que pode explicar a “confusão” que se faz entre a proteção destinada ao autor e a proteção destinada à indústria (Mizumaki *et al.*, p. 107).

<sup>818</sup> Citou-se também nomes que não se enquadram nessa nova geração e que tampouco replicam o entendimento majoritário da doutrina – destaca-se aqui José de Oliveira Ascensão e Denis Borges Barbosa.

## CONCLUSÃO

O direito autoral é resultado direto de um sistema de privilégios monopolísticos cujo objetivo era a proteção dos intermediários que realizavam os investimentos necessários à materialização e à difusão da obra intelectual (editores, livreiros etc.). A tutela autoral propriamente dita, estampada pelo *droit d'auteur*, em oposição à tutela desses intermediários, apenas surgiu com a consolidação da atividade criativa como uma profissão e do autor como um trabalhador livre.

A obra intelectual passou então a ser tratada como verdadeira “propriedade” do autor, a ele vinculada naturalmente por representar parte de sua personalidade. Com a possibilidade de cessão dos direitos patrimoniais (e, em alguns casos, até mesmo dos direitos extrapatrimoniais) sobre a obra a intermediários, as noções de “propriedade” e de “vínculo de personalidade” entre autor e obra passaram a ser utilizadas pela indústria cultural para a defesa de seus próprios interesses – sugerindo o retorno do direito autoral à sua origem primitiva.<sup>819</sup>

Essas noções, contudo, sempre foram inadequadas, o que somente se acentuou pela sociedade de informação. A obra intelectual é o resultado de um processo de transformação que se abastece de influências sociais e do patrimônio cultural comum a todos – o domínio público; o conceito de originalidade, que sempre acompanhou a tutela autoral e serviu para justificar, em certa medida, as ideias de “propriedade” e de “vínculo de personalidade”, é uma construção conveniente, mas que não sobreviveria a um escrutínio criterioso; e a própria autoria é cada vez mais um processo difuso e colaborativo, em vez do produto de um pensador solitário.

É preciso reposicionar o sistema de direitos autorais na realidade contemporânea, sob pena de se legitimar uma tutela excessivamente ampla e potencialmente danosa. Deve-se reconhecer que o direito autoral se volta primordialmente para a sociedade: sua função é promover o desenvolvimento econômico, cultural e científico do país por meio do fomento à produção e difusão de obras intelectuais.

---

<sup>819</sup> Como pondera José de Oliveira Ascensão, hoje a indústria cultural se apropriou também da tutela do autor (Ascensão, *Direito autoral*, p. 4).



O objeto do direito autoral não é a proteção do autor e da atividade inventiva. É, sim, a reserva de certas atividades que se relacionam à exploração econômica da obra intelectual<sup>820</sup>, por prazo determinado, aos autores ou titulares de direitos autorais, o que é feito por meio da outorga de um monopólio temporário.

Esse monopólio temporário representa uma exceção à regra geral de liberdade de atuação e instrumentaliza as funções promocional e econômica do direito autoral, encorajando o investimento de tempo e dinheiro na produção de obras intelectuais que, de outro modo, poderiam não ser produzidas.<sup>821</sup>

O direito autoral deve, portanto, ser compreendido como uma norma de encorajamento, cujo objetivo é promover a criação intelectual e o consequente desenvolvimento social, atribuindo, como sanção positiva aos autores de obras intelectuais, um monopólio temporário. Trata-se, portanto, de uma medida de encorajamento indireta sucessiva atributiva de uma compensação ao agente que realiza um ato socialmente desejável.

Somente com esse reposicionamento do sistema de direitos autorais é que se poderá endereçar os desafios impostos ao direito autoral pela sociedade da informação. A compreensão de que o direito autoral exerce função social maior serve como um meio para corrigir distorções, excessos e abusos praticados por titulares de direitos autorais, de forma a reconduzir o direito autoral para a sua finalidade precípua, que certamente não é recompensar economicamente os autores e a indústria cultural.

E o reconhecimento dessa função social não se presta apenas à resolução de conflitos existentes entre titulares de direitos autorais e o público usuário de obras intelectuais. Talvez sua contribuição mais relevante no cenário brasileiro atual seja orientar a discussão da sociedade e do Legislativo para uma reforma no atual sistema de direitos autorais. Reforma esta que melhor equilibre os interesses privados de autores, titulares de direitos autorais e da indústria cultural com o interesse público na manutenção da liberdade de expressão e informação, e no acesso à

---

<sup>820</sup> E, como visto na seção 1.2.4, a reserva de certas prerrogativas extrapatrimoniais ao autor por prazo indeterminado.

<sup>821</sup> Na linha do exposto na subseção 2.2.2.2, não se descuida que o direito autoral não é a única, e alguns casos, sequer é a melhor maneira de promover a produção de obras intelectuais.

educação, à cultura e à ciência, permitindo ao Estado brasileiro a consecução dos fins colimados na Constituição da República.

Assim é que se propõe uma reforma da LDA que, dentre outros pontos, (i) indique claramente a natureza do direito autoral, bem como os princípios, funções e objetivos do sistema de direitos autorais no Brasil; (ii) positive exceções e limitações amplas e garantidoras da preservação e do acesso a obras intelectuais protegidas, desde que observadas determinadas condições, como a ausência de exploração econômica dessas obras e a ausência de prejuízo ao respectivo titular de direitos autorais; e (iii) positive cláusulas gerais que confirmam ao Poder Judiciário maior maleabilidade para conter abusos e solucionar conflitos concretos no campo do direito autoral.

E, além dessa forma legislativa, aponta-se também soluções que podem partir do Poder Judiciário e da doutrina brasileira. O Poder Judiciário deve se desprender de conceitos clássicos e ultrapassados relativos ao direito autoral, sopesando os princípios e cláusulas gerais positivados pelo Legislativo em casos concretos, de forma a equilibrar, quando necessário, os interesses de autores/indústria cultural com os interesses sociais.

A doutrina, por sua vez, deve repensar o direito autoral em face da evolução tecnológica, e, principalmente, da essencialidade do acesso à cultura e ao conhecimento no contexto da sociedade da informação. Assim é que as soluções propostas para os desafios do direito autoral não são independentes entre si; ao contrário, elas devem se integrar tanto quanto possível, resultando em uma mudança de perspectiva – jurídica e social – com relação ao exercício, à interpretação e à aplicação do direito autoral.

**BIBLIOGRAFIA**

- “ABDR - Associação Brasileira de Direitos Reprográficos”, [s.d.]. [http://www.abdr.org.br/site/sobre\\_abdr.asp](http://www.abdr.org.br/site/sobre_abdr.asp). Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- “About — Free Software Foundation”, [s.d.]. <http://www.fsf.org/about/>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- “About EFF”. Electronic Frontier Foundation, [s.d.]. <https://www.eff.org/about>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Abrão, Eliane Y. *Direitos de autor e direitos conexos*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Migalhas, 2014.
- Aguiar, Marcus Pinto, e Daniela Lima de Almeida. “Limitações ao direito de autor em face do direito de acesso à cultura”. In *Anais do VII congresso de direito de autor e interesse público*, organizado por Marcos Wachowicz, Marcia Carla Pereira Ribeiro, Sérgio Staut Jr., e José Augusto Fontoura Costa. Curitiba: GEDAI, 2014.
- Alvim, Arruda, Thereza Alvim, e Alexandre Laizo Clápis, orgs. *Comentários ao Código Civil brasileiro, volume XI, tomo I: livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- Amaral, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- “Ana de Hollanda: O jogo é violento” - Cultura”. Estadão, 27 de março de 2011. <http://cultura.estadao.com.br/noticias/geral,o-jogo-e-violento-imp-,697748>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Andorno, Luís O. “Abuso del derecho”. In *Doutrinas essenciais de Direito Civil*, organizado por Gilmar Ferreira Mendes e Rui Stoco, Vol. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- Ascarelli, Tullio. *Teoría de La Concurrencia y de los Bienes Inmateriales*. Barcelona: Bosch, 1970.
- Ascensão, José de Oliveira. “A função social do direito autoral e as limitações legais”. In *Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*, organizado por Luiz Gonzaga Silva Adolfo e Marcos Wachowicz, 3ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011.
- . *Direito autoral*. 2ª ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

- . “Modelos colaborativos em direitos autorais”. In *Ensaio sobre o direito imaterial: estudos dedicados a Newton Silveira*, organizado por Karin Grau-Kuntz e Denis Borges Barbosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- . “O direito autoral numa perspectiva de reforma”. In *Estudos de direito de autor e a revisão da lei dos direitos autorais*, organizado por Marcos Wachowicz e Manoel Joaquim Pereira dos Santos. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. [http://www.direitoautoral.ufsc.br/gedai/wp-content/uploads/livros/GedaiUFSC\\_LivroEstudosDirAutor\\_vfinal.pdf](http://www.direitoautoral.ufsc.br/gedai/wp-content/uploads/livros/GedaiUFSC_LivroEstudosDirAutor_vfinal.pdf). Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- . “Sociedade da informação e liberdade de expressão”. In *Direito da sociedade da informação*, organizado por Associação Portuguesa de Direito Intelectual, Vol. VII. Coimbra Editora, 2008.
- Azevedo, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil*. São Paulo: Atlas, 2009.
- Azevedo, Antonio Junqueira de. “O direito pós-moderno e a codificação”. *Revista do direito do consumidor*, nº 33 (2000).
- Barbosa, Denis Borges. *Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- . *Tratado da propriedade intelectual*. 1ª ed., 2ª tiragem. tomo I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- Barlow, John Perry. “A Declaration of the Independence of Cyberspace”. Electronic Frontier Foundation, 8 de fevereiro de 1996. <https://www.eff.org/cyberspace-independence>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Basso, Maristela. “As exceções e limitações aos direitos do autor e a observância da regra do teste dos três passos”. *Revista da faculdade de direito da Universidade de São Paulo*, 2007.
- Bastos, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BBC News. “Microsoft to remove Sony CD code”, 14 de novembro de 2005, seç. Technology. <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/4434852.stm>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Beltrão, Kaizô Iwakami, org. “O livro e a leitura nas famílias brasileiras: o que mudou em seis anos? - Um estudo com base nas pesquisas de orçamento familiar do IBGE de 2002-2003 e 2008-2009”, julho de 2012. [http://anl.org.br/web/pdf/o\\_livro\\_no\\_orcamento\\_familiar.pdf](http://anl.org.br/web/pdf/o_livro_no_orcamento_familiar.pdf). Acesso em 08 de janeiro de 2018.

- Berners-Lee, Tim. *Weaving the web: the original design and ultimate destiny of the world wide web by its inventor*. New York: HarperCollins Publishers, 2000.
- Beviláqua, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (comentado por Clóvis Beviláqua)*. Edição histórica. Vol. I. Rio de Janeiro: Rio, 1977.
- Biddle, Sam. “Federal Judge: OK to Break DRM for Fair Use”. Gizmodo, 26 de setembro de 2010. <http://gizmodo.com/5596571/federal-judge-ok-to-break-drm-for-fair-use>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Bittar, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- . *Direito de autor*. 6ª ed. rev., Atual. e ampl. por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- . *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- Bobbio, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.
- Boyle, James. *Shamans, software, and spleens: law and the construction of the information society*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- Branco, Sérgio. “As licenças creative commons”. In *Direito privado e internet*, organizado por Guilherme Magalhães Martins. São Paulo: Atlas, 2014.
- . *O domínio público no direito autoral brasileiro: uma obra em domínio público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9137/Sergio+Branco+-+O+Dominio+Publico+no+Direito+Autoral+Brasileiro.pdf?sequence=1>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Buchanan, Matt. “DRM Officially Dead: Last Major Label Sony BMG Plans to Finally Drop DRM”. Gizmodo, 4 de janeiro de 2008. <http://gizmodo.com/340598/drm-officially-dead-last-major-label-sony-bmg-plans-to-finally-drop-drm>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Burk, Dan L., e Julie E. Cohen. “Fair use infrastructure for rights management systems”. *Harvard journal of law & technology* 15, nº 1 (Fall, 2001). <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1516&context=facpub>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Burk, Dan L., e Mark A. Lemley. *The patent crisis and how courts can solve it*. Chicago: The University of Chicago Press, 2009.
- Cachapuz, Maria Cláudia. “A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do art. 187 do novo Código Civil brasileiro”. In *Doutrinas essenciais obrigações e contratos*, organizado por

Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, Vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Carboni, Guilherme. “Aspectos gerais da teoria da função social do direito de autor”. In *Propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Min. Carlos Fernando Mathias de Souza*, organizado por Eduardo Salles Pimenta, 1ª edição. São Paulo: Letras Jurídicas, 2009.

———. “Conflitos entre direito de autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico”. In *Propriedade intelectual: estudos em homenagem à Professora Maristela Basso*, organizado por Patrícia Luciane de Carvalho. Curitiba: Juruá, 2005.

———. *Direito autoral e autoria colaborativa: na economia da informação em rede*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

———. *Direito de autor na multimídia*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

———. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2008.

“Case Studies/Whitehouse.gov - Creative Commons”, [s.d.]. [https://wiki.creativecommons.org/wiki/Case\\_Studies/Whitehouse.gov](https://wiki.creativecommons.org/wiki/Case_Studies/Whitehouse.gov). Acesso em 08 de janeiro de 2018.

Castells, Manuel. *The information age: economy, society and culture*. 2ª ed. vol. I. Oxford: Blackwell Publishing, 2010.

Chinellato, Silmara Juny de Abreu. “Marco civil da internet e direito autoral: responsabilidade civil dos provedores de conteúdo”. In *Direito & internet III - tomo II: marco civil da internet (Lei n. 12.965/2014)*, organizado por Newton de Lucca, Adalberto Simão Filho, e Cíntia Rosa Pereira de Lima. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

Christie, Andrew, Sophie Waller, e Kimberlee Weatherall. “Exportando os dispositivos da ‘US Digital Millenium Copyright Act’ por meio de acordos de livre-comércio”. In *Propriedade intelectual: novos paradigmas, conflitos e desafios*, organizado por Edson Beas Rodrigues Jr. e Fabrício Polido. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

Cohn, Gabriel. “A atualidade do conceito de indústria cultural”. In *Sociedade global: cultura e religião*, organizado por Adalberto da Silva Moreira. Petrópolis: Vozes, 1999.

Comissão sobre Direitos de Propriedade Intelectual da Organização Mundial do Comércio. “Integrando direitos de propriedade intelectual e política de desenvolvimento”. Londres, 2002.  
[http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/Multi\\_Lingual\\_Documents/Multi\\_Lingual\\_Main\\_Report/DFID\\_Main\\_Report\\_Portuguese\\_RR.pdf](http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/Multi_Lingual_Documents/Multi_Lingual_Main_Report/DFID_Main_Report_Portuguese_RR.pdf). Acesso em 08 de janeiro de 2018.

- Consumers International. “Consumers International IP Watchlist 2012”, Abril de 2012.
- Coordenação-geral de direito autoral. *Anais do seminário direitos autorais e acesso à cultura*. Brasília: Ministério da Cultura, 2008.
- Costa Netto, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. 2ª ed. rev., E atual. São Paulo: FTD, 2008.
- “Creative Commons - ‘Alguns Direitos Reservados’”. FGV Direito Rio, 15 de julho de 2009. <http://diretorio.fgv.br/cts/creative-commons>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- “Creative Commons Public Domain Tools”, [s.d.]. <https://creativecommons.org/publicdomain/>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Crespo, Silvio. “Reforma agrária no audiovisual - creative commons: difusão de obras, memória e produção colaborativa”. *Revista Sinopse*, nº 10, ano IV (dezembro de de 2004).
- “Current campaigns — Free Software Foundation”, [s.d.]. <http://www.fsf.org/campaigns/>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- “Dados mostram que o streaming não está matando a indústria da música”. Olhar Digital, 31 de março de 2017. <https://olhardigital.uol.com.br/noticia/dados-mostram-que-o-streaming-nao-esta-matando-a-industria-da-musica/67187>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- “Defective by Design”, [s.d.]. <http://www.defectivebydesign.org/>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Depoorter, Ben. “The Several Lives of Mickey Mouse: The Expanding Boundaries of Intellectual Property Law”. *Virginia journal of law and technology* 9, nº 4 (setembro de 2004). <https://papers.ssrn.com/abstract=585829>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- “DRM”. Electronic Frontier Foundation, [s.d.]. <https://www.eff.org/issues/drm>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Durham, Alan L. “Copyright and information theory: toward an alternative model of authorship”. *BYU law review*, 2004. <https://ssrn.com/abstract=487562>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Earp, Fabio Sá, e George Kornis. “A cadeia produtiva do livro e a leitura”. In *Retratos da leitura no Brasil 3*, organizado por Zoara Failla. Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2012. <http://www.imprensaoficial.com.br/retratosdaleitura/RetratosDaLeituraNoBrasil3-2012.pdf>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- . *A economia da cadeia produtiva do livro*. Rio de Janeiro: BNDES, 2005. [http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/ebook/ebook.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/ebook/ebook.pdf). Acesso em 08 de janeiro de 2018.

- Efroni, Zohar. *Access-right: the future of digital copyright law*. New York: Oxford University Press, 2011.
- Engisch, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Traduzido por Baptista Machado. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Tecnologia e Sociedade. *Direitos autorais em reforma*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2011. <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8789/CTS%20-%20Direitos%20Autorais%20em%20Reforma.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- “Estudo feito na Europa não conseguiu provar que pirataria prejudica vendas”. Olhar Digital, 21 de setembro de 2017. <https://olhardigital.com.br/noticia/estudo-feito-na-europa-nao-conseguiu-provar-que-pirataria-prejudica-vendas/71207>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Falcão, Joaquim. “A indústria fonográfica e o marketing do medo”. *Revista conjuntura econômica*, novembro de 2006.
- . “O futuro é plural: administração de justiça no Brasil”. *Revista USP. Pensando o futuro: humanidades*, nº 74 (2007).
- “FAQ - Linux Mint”, [s.d.]. <https://www.linuxmint.com/faq.php>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2ª ed., E aument. Nova Fronteira, 1986.
- Folha de São Paulo. “Streaming bate modelos tradicionais e lidera mercado americano pela 1ª vez”, 23 de março de 2016. <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2016/03/1753190-streaming-bate-modelos-tradicionais-e-lidera-mercado-americano-pela-1-vez.shtml>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Fragoso, João Henrique da Rocha. *Direito autoral: da antiguidade à internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- . *Direito de autor e copyright: fundamentos históricos e sociológicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- Frias, Felipe Barreto. “O instituto da cópia privada no direito autoral brasileiro - análise dogmática e crítica”. *Revista dos tribunais*, abril de 2006.
- Gandelman, Henrique. *De Gutenberg à internet: direitos autorais na era digital*. 4ª ed. rev., Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Record, 2001.



- Gervais, Daniel. “Em busca de uma nova norma internacional para os direitos de autor: o ‘teste dos três passos’ reversos”. In *Propriedade intelectual: novos paradigmas internacionais, conflitos e desafios*, organizado por Edson Beas Rodrigues Jr. e Fabrício Polido. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- Godoy, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. Coleção Professor Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2004.
- Gomes, Orlando. *Contratos*. 26<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- . *Introdução ao direito civil*. 20<sup>a</sup> ed., Atual. e aument. de acordo com o Código Civil de 2002 por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- Grau, Eros. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- Grau, Eros, e Paula Forgioni. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- Grau-Kuntz, Karin. “Domínio público e direito de autor: do requisito da originalidade como contribuição reflexivo-transformadora”. *Revista eletrônica do Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual*, nº 6 (2012). <http://ibpieuropa.org/book/revista-eletronica-do-ibpi-nr-6>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- . “Jusnaturalismo e propriedade intelectual”. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, junho de 2009.
- “Grupo Globo sobe no ranking de maiores empresas de mídia do mundo”, 31 de maio de 2016. [http://grupoglobo.globo.com/noticias/grupo\\_globo\\_sobe\\_ranking\\_empresas\\_midia\\_mundo.php](http://grupoglobo.globo.com/noticias/grupo_globo_sobe_ranking_empresas_midia_mundo.php). Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes, e Silmara Juny de Abreu Chinellato. “Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos. Reflexos no direito autoral”. *Revista de direito autoral*, Agosto de de 2004.
- Honorato, Renata. “Scribd, o ‘Netflix dos livros’, e a segunda onda dos e-books”. VEJA.com, [s.d.]. <http://veja.abril.com.br/noticia/vida-digital/scribd-o-netflix-dos-livros-e-a-segunda-onda-do-e-book>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- IDEC. “Copiar é preciso”. *Revista do IDEC*, abril de de 2008.
- “Inteligência artificial cria trilha sonora livre de direitos autorais”. Olhar Digital - O futuro passa primeiro aqui, 3 de março de 2017. <https://olhardigital.uol.com.br/noticia/inteligencia-artificial-cria-trilha-sonora-livre-de-direitos-autorais/66567>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- International Intellectual Property Alliance. “2016 Special 301 Report on Copyright Protection and Enforcement: Spain”, Fevereiro de 2016.

- <http://www.iipaweb.com/rbc/2016/2016SPEC301SPAIN.PDF>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- . “2017 Special 301 Report on Copyright Protection and Enforcement: Brazil”, Fevereiro de 2017. <http://www.iipaweb.com/rbc/2017/2017SPEC301BRAZIL.PDF>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- . “2017 Special 301 Report on Copyright Protection and Enforcement: Chile”, Fevereiro de 2017. <http://www.iipaweb.com/rbc/2017/2017SPEC301CHILE.PDF>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- . “2017 Special 301 Report on Copyright Protection and Enforcement: Colombia”, Fevereiro de 2017. <http://www.iipaweb.com/rbc/2017/2017SPEC301COLOMBIA.PDF>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- . “2017 Special 301 Report on Copyright Protection and Enforcement: India”, Fevereiro de 2017. <http://www.iipaweb.com/rbc/2017/2017SPEC301INDIA.PDF>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Jaszi, Peter. “Toward a theory of copyright”. *Duke law journal*, nº 2 (1991).
- Joyce, Craig, Marshal Leaffer, Peter Jaszi, Tyler Ochoa, e Michael Carroll. *Copyright law*. New York: LexisNexis, 2014.
- La Rue, Frank. “Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression”. Organização das Nações Unidas, 24 de maio de 2011. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/132/01/PDF/G1113201.pdf?OpenElement>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Lemos, Ronaldo. “Copyright ou copyleft? Lições do modelo open source e do caso Microsoft”. In *Conflitos sobre nomes de domínio: e outras questões jurídicas da internet*, organizado por Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais e Fundação Getulio Vargas, 2003.
- . *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.
- , org. *Direitos autorais, acesso à cultura e novas tecnologias: desafios em evolução à diversidade cultural*. Rio de Janeiro: Ministério da Cultura, 2006. <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2671>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- . “From legal commons to social commons: Brazil and the cultural industry in the 21st century”. Centre for Brazilian Studies, University of Oxford, 2007. <http://www.area-studies.ox.ac.uk/sites/sias/files/documents/R.%2520Lemos80.pdf>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.

- Lemos, Ronaldo, e Sérgio Branco. *Copyleft, software livre e creative commons: a nova feição dos direitos autorais e as obras colaborativas*. FGV, 2009. <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2796>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Lemos, Ronaldo, e Oona Castro. *Tecnobrega: o Pará reiventando o negócio da música*. Rio de Janeiro: Aeroplano, 2008.
- Leonardi, Marcel. “Responsabilidade dos provedores de serviços de internet por atos de terceiros”. In *Responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação*, organizado por Regina Beatriz Tavares Silva e Manoel Joaquim Pereira dos Santos, 2ª ed. Saraiva, 2012.
- Lessig, Lawrence. *Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*. New York: The Penguin Press, 2004. <http://www.free-culture.cc/freeculture.pdf>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- . *The future of ideas: the fate of the commons in a connected world*. New York: Vintage, 2002.
- Lévy, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999.
- Lindoso, Felipe. “‘Não existe almoço grátis’ ou como Carlos Slim ganha dinheiro”. In *Retratos da leitura no Brasil 3*, organizado por Zoara Failla. Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2012. <http://www.imprensaoficial.com.br/retratosdaleitura/RetratosDaLeituraNoBrasil3-2012.pdf>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Litman, Jessica D. “The public domain”. *Emory law journal*, nº 39 (1990). <http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1221&context=articles>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Liu, Joseph P. “Copyright and Time: A Proposal”. *Michigan law review* 101, nº 2 (novembro de 2002). <https://papers.ssrn.com/abstract=305374>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Lôbo, Paulo Luiz Netto. “Contrato e mudança social”. In *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, organizado por Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, Vol. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- Lohmann, Fred von. “Fair use and digital rights management: preliminary thoughts on the (irreconcilable?) tension between them”. Electronic Frontier Foundation, 2002. [https://w2.eff.org/IP/DRM/fair\\_use\\_and\\_drm.html](https://w2.eff.org/IP/DRM/fair_use_and_drm.html). Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- . “Unintended Consequences: Twelve Years under the DMCA”. Electronic Frontier Foundation, 3 de março de 2010. <https://www.eff.org/wp/unintended-consequences-under-dmca>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.

- Lopez, Teresa Ancona. “Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito”. In *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*, organizado por Rosa Maria de Andrade Nery e Rogério Donnini. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- . “Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo”. In *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas - Homenagem a Tullio Ascarelli*, organizado por Antonio Junqueira de Azevedo, Heleno Taveira Tôrres, e Paolo Carbone. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- Loshin, Jacob. “Secrets Revealed: How Magicians Protect Intellectual Property without Law”. SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, julho de 2007. <http://papers.ssrn.com/abstract=1005564>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Losso, Fabio Malina. “Os direitos autorais no mercado da música”. Doutorado em Direito, Universidade de São Paulo, 2008. <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-28092009-082901/pt-br.php>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Lotufo, Renan. “Uma nova fonte de obrigação?” In *O direito das obrigações na contemporaneidade: estudos em homenagem ao ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior*, organizado por Plínio Melgaré. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.
- MacQueen, Hector. “Copyright and the internet”. In *Law and the internet: regulating cyberspace*, organizado por Lilian Edwards e Charlotte Waelde. Oxford: Hart Publishing, 1997.
- Maluf, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade: de acordo com o novo Código Civil e com o Estatuto da Cidade*. 2ª ed. rev., Atual. e ampl. Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- Martins, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- Martins-Costa, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- . “Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé”. In *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*, organizado por Gustavo Tepedino. São Paulo: Atlas, 2008.
- Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- McKay, Patrick. “Culture of the future: adapting copyright law to accommodate fan-made derivative works in the twenty-first century”. *Regent University Law Review* 24 (2011). <https://ssrn.com/abstract=1728150>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.

- Melo, Mariana Cunha e. *The “marco civil da internet” and its unresolved issues: free speech and due process of law*. 1ª ed. Curitiba: CRV, 2016.
- Menezes Cordeiro, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 3ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007.
- . *Tratado de direito civil português*. parte geral, tomo I. Coimbra: Almedina, 2005.
- Merges, Rob, Peter Menell, e Mark A. Lemley. *Intellectual property in the new technological age*. 6ª ed. Wolters Kluwer, 2009.
- Miragem, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado*. 2ª ed. rev., Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- Miranda, André, e André Machado. “MinC abre polêmica após retirada da licença Creative Commons do site do ministério”. *O Globo*, 22 de janeiro de 2011. <https://oglobo.globo.com/cultura/minc-abre-polemica-apos-retirada-da-licenca-creative-commons-do-site-do-ministerio-2834198>. Acesso em 08 de janeiro de 2018. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Mizumaki, Pedro Nicoletti. “Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88”. Mestrado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007. [http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=82877](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=82877). Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Mizumaki, Pedro Nicoletti, Ronaldo Lemos, Bruno Magrani, e Carlos Affonso Pereira de Souza. “Exceptions and limitations to copyright in Brazil: a call for reform”. In *Access to knowledge in Brazil: new research on intellectual property, innovation and development*. Access to knowledge. New Haven: Yale law school, 2008. [http://isp.yale.edu/sites/default/files/publications/A2KBrazil\\_bkml.pdf](http://isp.yale.edu/sites/default/files/publications/A2KBrazil_bkml.pdf). Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Morato, Antonio Carlos. “Aspectos convergentes e divergentes entre a proteção ao consumidor e aos autores e titulares de direitos conexos”. In *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas*, organizado por Renan Lotufo e Fernando Rodrigues Martins. São Paulo: Saraiva, 2011.
- . *Direito de autor em obra coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- Nanni, Giovanni Ettore. “Abuso do direito”. In *Teoria geral do direito civil*, organizado por Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Atlas, 2008.
- O Estado de São Paulo. “Mais de 20 mil na mira da Hadopi”. *Link Estadão - Notícias de Tecnologia* (blog), 11 de julho de 2011. <http://blogs.estadao.com.br/link/mais-de-20-mil-na-mira-da-hadopi/>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.

- O Globo. “Usuários do ‘Popcorn Time’ são processados por assistirem ao longa de suspense ‘Survivor’”. O Globo, 2 de setembro de 2015. <http://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/usuarios-do-popcorn-time-sao-processados-por-assistirem-ao-longa-de-suspense-survivor-17381217>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- “O maior autor de livros da história é um robô”. Superinteressante, 17 de junho de 2015. <http://super.abril.com.br/cultura/o-maior-autor-de-livros-da-historia-e-um-robot/>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- “Ouça as duas primeiras músicas criadas por inteligência artificial”. Superinteressante, 27 de setembro de 2016. <http://super.abril.com.br/tecnologia/ouca-as-duas-primeiras-musicas-criadas-por-inteligencia-artificial/>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Paesani, Liliana Minardi. *Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2008.
- Paranaguá, Pedro, e Sérgio Branco. *Direitos autorais*. Rio de Janeiro: FGV, 2009. <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2756/Direitos%20Autorais.pdf>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Paranaguá, Pedro, e Pablo de Camargo Cerdeira. “Copyleft e software livre: uma opção pela razão: eficiências tecnológica, econômica e social - I”. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, 2004.
- . “Copyleft e software livre: uma opção pela razão: eficiências tecnológica, econômica e social - II”. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, 2004.
- Patterson, Ray L., e Stanley W. Lindberg. *The nature of copyright: a law of users’ rights*. Athens/London: The University of Georgia Press, 1991.
- Pela, Juliana Krueger. “Rembrandt e o direito privado”. *Revista da faculdade de direito da Universidade de São Paulo*, 2015. <http://revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115495/113077>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Pereira de Souza, Carlos Affonso. *Abuso do direito nas relações privadas*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- . “Direitos autorais, tecnologia e transformações na criação e no licenciamento de obras intelectuais”. In *Direito privado e internet*, organizado por Guilherme Magalhães Martins. São Paulo: Atlas, 2014.
- . “Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.695/2014 (Marco Civil da Internet)”. In *Marco Civil da Internet*, organizado por George Salomão Leite e Ronaldo Lemos. São Paulo: Atlas, 2014.

- Pereira dos Santos, Manoel Joaquim. “Princípios constitucionais e propriedade intelectual - o regime constitucional do direito autoral”. In *Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*, organizado por Luiz Gonzaga Silva Adolfo e Marcos Wachowicz, 3ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011.
- Perlinger, Pietro. “Normas constitucionais nas relações privadas”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, 1998.
- . *O direito civil na legalidade constitucional*. Traduzido por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- Philips, Leigh. “UK to copy French ‘Hadopi’ internet piracy bill”, 3 de novembro de 2009. <https://euobserver.com/economic/28931>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Pimenta, Eduardo Salles. *Princípios de direitos autorais*. livro I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- Pinheiro, Aline. “Bibliotecas podem digitalizar livro sem autorização, decide corte europeia”. *Consultor Jurídico*, 13 de setembro de 2014. <http://www.conjur.com.br/2014-set-19/bibliotecas-europa-podem-digitalizar-livro-autorizacao>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Pinheiro, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- Reale, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- “Revisão da Lei de Direito Autoral pode começar a tramitar neste semestre”, 6 de janeiro de 2011. <http://www2.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/tag/lei-do-direito-autoral/>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Ricketson, Sam. “WIPO study on limitations and exceptions of copyright and related rights in the digital environment”. World Intellectual Property Organization, 2003. [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr\\_9/sccr\\_9\\_7.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_9/sccr_9_7.pdf). Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Rodrigues Jr., Edson Beas. *The general exception clauses of the TRIPS agreement*. 1ª edição. Cambridge intellectual property and information law. William Morrow, 2012.
- Samuelson, Pamela. “Digital Rights Management {and, or, vs.} the Law”. *Magazine Communications of the ACM*, abril de 2003. [http://people.ischool.berkeley.edu/~pam/papers/acm\\_v46\\_p41.pdf](http://people.ischool.berkeley.edu/~pam/papers/acm_v46_p41.pdf). Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Seltzer, Wendy. “Free speech unmoored in copyright’s safe harbor: chilling effects of the DMCA on the first amendment”. *Harvard journal of law & technology* 24, number 1

(2010). <http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v24/24HarvJLTech171.pdf>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.

Sessarego, Carlos Fernández. *Abuso del derecho*. 2ª. Lima: Grijley, 1999.

Silva, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª ed., E atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

Silveira, Newton, Denis Borges Barbosa, e Karin Grau-Kuntz. “Nota ao anteprojeto de lei para reforma da lei autoral submetido à consulta pública pelo Ministério da Cultura”. In *Por que mudar a lei de direito autoral? Estudos e pareceres*, organizado por Marcos Wachowicz, 2ª tiragem. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. [http://www.gedai.com.br/sites/default/files/publicacoes/ebook\\_porquemudarlda\\_v3.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/publicacoes/ebook_porquemudarlda_v3.pdf). Acesso em 08 de janeiro de 2018.

“Sony BMG Litigation Info”. Electronic Frontier Foundation, 1º de julho de 2011. <https://www.eff.org/cases/sony-bmg-litigation-info>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.

Souza, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*. Coleção José do Patrocínio V. 4. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

———. *Direitos culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2012.

Staut Jr., Sérgio. *Direitos autorais: entre as relações sociais e as relações jurídicas*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2006.

Stiglitz, Joseph E. “Economic foundations of intellectual property rights”. *Duke law journal*, nº 57 (2008). <http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol57/iss6/3>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.

Superior Tribunal de Justiça. REsp 964404, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (2011).

———. REsp 1316921, Ministra Nancy Andrighi (2012).

———. REsp 1562617, Marco Aurélio Bellize (2016).

Supremo Tribunal Federal. ADI 1950, Ministro Eros Grau (2006).

Tepedino, Gustavo. “O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa”. In *Problemas de Direito Civil*, organizado por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

———. “Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução”. In *Temas de direito civil - tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.



- The Register. “Ballmer: ‘Linux is a cancer’”, 2 de junho de 2001. [https://www.theregister.co.uk/2001/06/02/ballmer\\_linux\\_is\\_a\\_cancer/](https://www.theregister.co.uk/2001/06/02/ballmer_linux_is_a_cancer/). Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Tranquillini Neto, Aristides. “Digital rights management e fair use”. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, janeiro de 2012.
- Tridente, Alessandra. *Direito autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- Vaidhyathan, Siva. *Copyrights and copywrongs: the rise of intellectual property and how it threatens creativity*. New York: New York University Press, 2003.
- Varela, João de Matos Antunes, e António Pires de Lima. *Código Civil anotado*. Reimpressão da 4ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- Vasconcellos Dias, Eduardo Tibau de. “O direito autoral e a noção de autoria”. *Revista eletrônica do Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual*, nº 4 (2011). <http://ibpieuropa.org/book/revista-eletronica-do-ibpi-nr-4>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Wachowicz, Marcos, org. *Por que mudar a lei de direito autoral? Estudos e pareceres*. 2ª tiragem. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. [http://www.gedai.com.br/sites/default/files/publicacoes/ebook\\_porquemudarlda\\_v3.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/publicacoes/ebook_porquemudarlda_v3.pdf). Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- . “Por que rotular a revisão da lei de direitos autorais no Brasil?” GEDAI, 20 de junho de 2010. <http://www.gedai.com.br/?q=pt-br/content/por-que-rotular-revis%C3%A3o-da-lei-de-direitos-autorais-no-brasil-0>. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Wachowicz, Marcos, e Rodrigo Otávio Cruz e Silva. “A efetivação do acesso à cultura e as limitações do direito do autor: o caso da restrição à reprodução de conteúdo digitais imposta pela tecnologia de veículos de comunicação”. In *Diálogos em direito: uma abordagem sobre a transdisciplinaridade entre o direito constitucional e o direito civil*, organizado por Jorge Miranda e Thereza Alvim. Lisboa: AAFDL, 2015. [http://gedai.com.br/sites/default/files/arquivos/artigo\\_efetivacao\\_do\\_acesso\\_a\\_cultura\\_e\\_as\\_limitacoes\\_do\\_direito\\_de\\_autor\\_lisboa\\_aafdl\\_2015.pdf](http://gedai.com.br/sites/default/files/arquivos/artigo_efetivacao_do_acesso_a_cultura_e_as_limitacoes_do_direito_de_autor_lisboa_aafdl_2015.pdf). Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- Wald, Arnoldo. “O interesse social no direito privado”. In *Função social do direito*, organizado por Luciano Benetti Timm e Rafael Bicca Machado. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- Woodmansee, Martha, e Peter Jaszi, orgs. *The construction of authorship: textual appropriation in law and literature*. Durham: Duke University Press, 1999.
- Zanetti, Cristiano de Sousa. *Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação*. São Paulo: Método, 2008.

Zanini, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos de autor*. São Paulo: Saraiva, 2015.