

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

Ariane de Jesus Anflor

A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO DE AUTOR

Porto Alegre
2012

Ariane de Jesus Anflor

A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO DE AUTOR

Trabalho de Conclusão de Curso a ser apresentado como requisito parcial para a colação de grau no curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Orientador: Prof. Domingos Savio Dresch da Silveira

Porto Alegre
2012

Ariane de Jesus Anflor

A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO DE AUTOR

Trabalho de Conclusão de Curso a ser apresentado como requisito parcial para a colação de grau no curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Aprovada em _____ de _____ de 2012.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Domingos Savio Dresch da Silveira

Prof. Marco Fridolin Sommer dos Santos

Prof. Carla Marrone Alimena

RESUMO

Sabe-se do papel fundamental exercido pela Informação, pela Educação e pela Cultura na vida das pessoas. O conhecimento encontrado nos livros instiga o homem a pensar, a desenvolver suas potencialidades, a buscar sua liberdade, criando e transformando o mundo. Tendo em vista tal juízo, o presente trabalho propõe-se a abordar a busca pela efetiva aplicação e promoção da Função Social do Direito de Autor, visto que o direito à cultura, à educação e à informação é assegurado pela atual Constituição Federal de 1988. Seguramente, para que a propriedade intelectual cumpra com sua Função Social, é necessário que haja limitações ao Direito de Autor. A partir dessas duas idéias centrais, o trabalho apresentará o que é o Direito de Autor, como e por que surgiu, como se estruturou e como a Legislação Brasileira ampara esse Direito. Nesse sentido, questiona-se se estaria essa Legislação garantindo, de fato, que o Direito de Autor cumpra com sua Função Social, lembrando que é antigo o conflito entre a proteção do Direito Privado do Autor e o Direito da Coletividade de ter acesso aos bens intelectuais protegidos.

Palavras-chave: Direito de Autor. Função Social do Direito de Autor. Direito de Acesso à Cultura, à Educação e à Informação.

RESUMO

Es el papel fundamental desempeñado por la Información, por la Educación y por la Cultura en la vida de las personas. El conocimiento que se encuentra en los libros instiga al hombre a pensar, a desarrollar su potencial, a buscar su libertad mediante la creación y la transformación del mundo. En vista de esta sentencia, el trabajo tiene como objetivo abordar la búsqueda de la aplicación efectiva y la promoción de la función social del derecho de autor ya que el derecho a la cultura está garantizado pela atual Constitución de 1988. Por cierto, que la propiedad intelectual, para cumplir con su función social, debe haber limitaciones sobre derechos de autor. A partir de estos dos ideas centrales, el documento presenta lo que es la ley de derechos de autor, cómo y por qué surgió, como se estructura y cómo la legislación brasileña admite esta ley. En este sentido, cabe preguntarse si esta legislación para garantizar, de hecho, que la ley de propiedad intelectual para cumplir con su función social, recordando que es el viejo conflicto entre la protección de Derecho Privado del Autor y el Derecho del Colectivo tienen acceso a los bienes intelectuales protegidos.

Palavras-clave: Derecho de Autor. Función Social del Derecho de Autor. Derecho a acceder a la Cultura, a la Educación y a la Información.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 NOÇÕES GERAIS DO DIREITO DE AUTOR	9
2.1 Surgimento e desenvolvimento do direito de autor.....	11
2.2 Os direitos patrimoniais do autor	17
2.3 Os direitos morais do autor.....	23
2.4 Sistema de proteção das obras	30
3 O DIREITO DE AUTOR NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.....	36
3.1 O direito fundamental de acesso á cultura e o direito de autor	37
3.2 Os reflexos das novas tecnologias no direito de autor	43
3.3 A necessidade de revisão da legislação brasileira em relação à nova sociedade da informação	50
4 A REGULAMENTAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO DE AUTOR.....	57
4.1 Limites ao direito de autor.....	58
4.2 Análise crítica do modelo brasileiro das listas taxativas de limitação aos direitos de autor e do modelo americano do <i>fair use</i>	65
4.3 A função social do direito de autor.....	74
5 CONCLUSÃO.....	89
REFERÊNCIAS	91

1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho, busca-se analisar a Função Social do Direito de Autor e a importância desse princípio para a promoção da cultura, da educação e do acesso à informação, bem como para corrigir excessos e abusos cometidos por particulares que detenham esse Direito. O objetivo desse princípio é garantir que, em determinadas circunstâncias, o interesse coletivo possa se sobrepor ao interesse individual do autor.

Para melhor entender a Função Social do Direito de Autor, faz-se necessário examinar o Direito de Autor, como se originou e se desenvolveu ao longo dos tempos. Destacando, a importância da invenção da prensa mecânica tipográfica por Gutemberg que possibilitou que as obras, até então manuscritas, passassem a ser impressas em escala cada vez maior. Nesse cenário, começou-se a questionar a questão da autoria e a propriedade sobre os escritos, dando origem ao “embrião” do Direito de Autor.

Em um segundo momento, analisar-se-á a classificação do Direito de Autor, o qual possui características muito peculiares. Trata-se, pois, de um direito *sui generis*, em razão desse Direito abranger aspectos de natureza moral concomitantemente com aspectos de natureza patrimonial, sem que isso gere qualquer contradição lógica. Nesse sentido, irá se estudar especificamente o Direito Moral de Autor, tendo em vista o significado desse direito, como se desenvolveu e o que visa proteger. Da mesma forma, busca-se estudar também o Direito Patrimonial de Autor, destacando que o Direito de Autor emergiu como propriedade de caráter especial, não mais sobre bens físicos, mas sobre bens imateriais, que poderiam ser tão valiosos quanto os primeiros.

Posteriormente ao estudo do Direito Moral e Patrimonial de Autor, verifica-se o sistema de proteção das obras, identificando o bem, o sujeito ou entidade sobre o qual recai a proteção legal do Direito de Autor. Na questão da proteção, também se verificará a necessidade ou não de registro da obra, mostrando suas consequências e os prazos de proteção.

Após o estudo das estruturas do Direito de Autor, verifica-se como a nova sociedade de informação repercute nesse Direito. Para isso, é necessário que se compreenda que a sociedade mudou. Essa mudança decorre dos avanços tecnológicos e da revolução digital que facilitam a comunicação e o acesso das pessoas à informação. Nesse novo cenário, não ter acesso à informação e ao conhecimento pode gerar um sério problema de exclusão e atraso social, pois a evolução da humanidade sempre esteve ligada ao desenvolvimento da cultura. Por essa razão, a Constituição Federal de 1988 prevê como Direito Fundamental o acesso à cultura, assim como à educação e à informação, visando proteger o interesse público e a dignidade de cada indivíduo, que necessita do conhecimento para sua formação intelectual e psíquica. Por outro lado, a Constituição Federal também prevê direitos ao autor, considerando sua obra uma propriedade imaterial digna de proteção. O Art. 5º, XXVII afirma expressamente que “(...) aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras (...)”. Diante disso, analisa-se os conflitos decorrentes da proteção tanto do direito de acesso à cultura e do Direito de Autor, tendo em vista a divergência de interesses entre os titulares de direito autoral, que querem a máxima proteção das obras e a sociedade, que quer ter o acesso às obras facilitado, o que faz com que a busca pelo equilíbrio entre esses Direitos seja fundamental para a efetivação dessas duas normas constitucionais.

Com essa revolução tecnológica, surgiram meios, como a internet, que potencializaram a difusão de obras intelectuais. Um dos efeitos, dessa nova realidade, é a comum violação dos direitos dos autores, pois não há mais necessidade de um suporte físico para que se obtenha uma obra protegida. Muito facilmente, encontra-se livros, músicas para “baixar” na internet, sem autorização do autor. Além disso, a dificuldade de punir condutas contrárias à lei acaba estimulando a não mudança de comportamento por parte dos usuários dessas novas tecnologias. Portanto, diante dessa nova realidade, os conflitos entre o Direito de Autor e as novas tecnologias se tornam inevitáveis.

Tendo por base esses constantes conflitos, o que se questiona é se a atual legislação brasileira de Direito Autoral, Lei 9.610/98, não estaria defasada,

impossibilitando que se protejam os interesses tanto dos autores, como da sociedade, que usufrui de todos os benefícios trazidos pelas novas tecnologias. Nesse sentido, esse trabalho irá expor a importância de uma revisão da atual lei brasileira de direito autoral para o desenvolvimento social, destacando que mudanças, na atual legislação, são fundamentais para que o Direito de Autor cumpra com sua função social.

Por fim, na última parte desse trabalho, tem-se o objetivo de apreciar os obstáculos que dificultam a concretização da Função Social do Direito de Autor. Dentre os quais, a atual lista taxativa de limitações ao Direito de Autor presente no Art.46 da Lei de Direito Autoral, Lei 9.610/98. Essas limitações significam que, em determinadas situações, é possível utilizar uma obra, sem autorização do autor. Contudo, por ser uma lista muito restrita, acaba deixando de fora muitas situações que deveriam fazer parte da Função Social do Direito de Autor.

Tendo em vista essa lista taxativa de limitações presente em nossa legislação, busca-se fazer um paralelo com o modelo americano do *fair use*, o qual visa garantir, em certas circunstâncias, o uso livre e justo da obra por todos, privilegiando o bem comum. Porém, ao contrário do nosso modelo de limitação, o *fair use* não possui lista taxativa, permitindo que outras situações possam ser enquadradas como uso legítimo. Por fim, investiga-se, com mais detalhe e profundidade, a Função Social do Direito de Autor e a sua importância para o desenvolvimento humano e social de uma nação.

2 NOÇÕES GERAIS DO DIREITO DE AUTOR

Nesse capítulo, procura-se demonstrar o que significa o Direito de Autor, o que ele visa proteger, onde nasceu esse Direito, qual a sua trajetória histórica. Em seguida, destaca-se como se estruturou, ao longo do tempo, esse Direito, o qual possui características próprias que o distingue dos demais direitos conhecidos.

Segundo Simone Lahorgue Nunes, o direito autoral protege as obras literárias e artísticas e, mais recentemente, os programas de computador.¹ Portanto, os direitos do autor são espécie do gênero direito autoral. Logo, direito de autor é o ramo da ordem jurídica que disciplina a atribuição de direitos relativos a obras literárias e artísticas. O direito autoral abrange, além disso, os chamados direitos conexos do direito de autor, como os direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão². “Direito Autoral passou, pois, a ser designação de gênero. Trata-se de curiosa evolução, pois “direito autoral” é um neologismo, que foi introduzido por Tobias Barreto para corresponder á palavra alemã *Urheberrecht*, ou seja, direito de autor”.³ Acrescenta a autora Eliane Abrão que, apesar da diferença doutrinária entre esses dois conceitos, no Brasil, elas são usadas indistintamente pela Lei n° 9.610/98, a atual lei brasileira de direitos autorais.⁴

Entende-se, portanto, por Direito de Autor como o conjunto de determinações e de prerrogativas, de ordem patrimonial e não patrimonial, atribuídas aos criadores de obras intelectuais decorrentes do espírito humano nas áreas da literatura, da ciência e das artes.⁵ É um direito que visa a proteção da inovação e, ao mesmo tempo, equilibrar a vontade do acesso público e coletivo da obra e a remuneração de seu criador pelo investimento feito em sua criação.

¹ NUNES, Simone Lahorgue. **Direito Autoral e Direito Antitustre**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.p.67.

² NEVES, Alessandra Helena. **Direito de Autor e Direito á Imagem. Á luz da Constituição e do Código Civil. Curitiba:** Juruá, 2011.p.115.

³ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 2. ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.p.7.

⁴ ABRÃO, Eliane Y., **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.p.16.

⁵ NEVES, Op. cit., 127-128.

Várias teorias surgiram para explicar a natureza do Direito de Autor, ora considerando-o como privilégio para incremento das letras e das artes, ora definindo-o como direito de propriedade, ora qualificando-o como direito da personalidade. A teoria monista assim considera o Direito de Autor: ou como exclusivamente de propriedade, ainda que intelectual, ou, de outro lado, de um direito unicamente da personalidade. Não se admitiria que os dois aspectos pudessem viver harmonicamente. Já a teoria dualista, ao contrário, assentava-se sobre a natureza dúplice do Direito de Autor. Nessa composição, esse direito teria, lado a lado, tanto o conteúdo de ordem moral como também os de ordem patrimonial, estabelecendo entre eles uma convivência pacífica. Assim, de forma paralela, teríamos o “bem imaterial” (conteúdo patrimonial) de um lado, e a “personalidade do autor” (conteúdo moral) do outro.⁶

Conforme Carlos Alberto Bittar, trata-se de um direito especial, *sui generis*. O autor explica que, como se tratava de direito sobre coisa incorpórea, sua introdução no sistema codificado deu-se pela via dos direitos reais, como direito de propriedade imaterial. Mais tarde, com a evolução do aspecto pessoal, especialmente na jurisprudência, e com a construção da teoria dos direitos da personalidade, criou-se nova concepção para os direitos do autor, exatamente nesse campo. Defendeu-se, então, a posição de que, frente à ênfase conferida aos direitos morais, os direitos autorais consubstanciavam direitos sobre a própria pessoa. A defesa de aspectos personalíssimos, que a relação envolve, seria a razão própria do reconhecimento do direito. Contudo, para Carlos Bittar, os direitos de autor não se limitam, nem à categoria dos direitos reais, de que se revestem apenas os direitos denominados patrimoniais, nem a dos direitos pessoais, em que se alojam os direitos morais. Exatamente porque se bipartem nos dois citados feixes de direitos, mas que, em análise de fundo, estão, por sua natureza e sua finalidade, intimamente ligados, em conjunto incidível. Portanto, não podem os Direitos de Autor se enquadrar nesta ou naquela das categorias citadas, mas constituem nova modalidade de direito privado. Enfim, são direitos de cunho intelectual que realizam a defesa dos vínculos tanto

⁶ NEVES, Alessandra Helena. **Direito de Autor e Direito à Imagem: À luz da Constituição Federal e do Código Civil**. Curitiba: Juruá, 2011.p.131.

personais, quanto patrimoniais do autor com sua obra, de índole especial, própria, ou *sui generis*.⁷

A atual lei brasileira de Direito Autoral (Lei 9.610/98)⁸, em seu artigo 3º, classifica tal direito como “bens móveis”; contudo, como ensina João Henrique Fragoso, essa classificação não altera a circunstância de ser o Direito Autoral um direito *sui generis*, visto que mantém uma dupla natureza, a patrimonial e a moral.⁹

Nesse aspecto, ressalta-se a conclusão da autora Eliane Abrão a respeito da questão controvertida sobre a natureza jurídica do Direito de Autor:

Está aí o começo, o meio e o fim do Direito Autoral, um corpo de Leis que se assemelha em todo o mundo, de proteção ao homem-autor, á sua obra literária, artística ou científica, e á coletividade como fruidora e propulsora do progresso da humanidade. Seu direito se contrapõe ao de todos os demais no uso e na defesa da obra. Esta, sendo um “res”, garante ao autor um direito de tipo real, oponível a terceiros, e um direito de natureza pessoal contra quaisquer agressões a sua integridade.¹⁰

2.1 Surgimento e desenvolvimento do direito de autor

De acordo com Simone Lahorgue Nunes, no estudo da história das civilizações, percebe-se que as manifestações artísticas desde sempre acompanharam a humanidade, sendo exemplos dessas expressões os desenhos realizados nas cavernas durante o período pré-histórico, a atividade literária (ora criativa, ora simplesmente de divulgação) dos monges da idade média, a proclamação de poesias e demais representações teatrais freqüentes em diversos países durante o período da monarquia e tantas outras que poderiam ser citadas. É fato que ditas manifestações sempre foram reconhecidas e valorizadas, seja pela concessão de privilégios por aqueles que com elas se regozijavam, seja, mais tarde, pelo surgimento dos mecenas que se dispunham a patrocinar os talentos artísticos ou, ainda, simplesmente, pelo reconhecimento, á época, de um “direito natural” do criador. Contudo, foi apenas no alvorecer da Modernidade, em 1450, e por conta de

⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. p.10-11.

⁸ BRASIL. Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>. Acesso em: 12 de abril de 2012.

⁹ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral: Da Antiguidade á Internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 28.

¹⁰ ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p.35-36

uma grande invenção- a descoberta por Gutenberg da imprensa com tipos móveis- que a regulamentação do direito autoral torna-se fundamental, tendo em vista que a nova descoberta viabilizara a cópia em grande escala das obras, o que teria como consequência a ampla divulgação das idéias nelas contidas. Dessa forma, com o surgimento da imprensa, despertou-se a necessidade de se desenvolver um processo protetivo aos impressos e suas explorações. Por conseguinte, tornou-se imprescindível, aos olhos do establishment, o controle de tal atividade, pois, na visão da realeza, a publicação descontrolada de livros ou panfletos tornar-se-ia um tormento em face da nova descoberta.¹¹ A respeito do impacto produzido pela prensa, muito mais do que um meio veloz de imprimir livros, ela foi o primeiro meio de comunicação em massa, permitindo a transmissão de conhecimentos, opiniões e experiências de forma portátil, durável e acessível.¹²

É nesse contexto de expansão de uma atividade que nasce o embrião do direito autoral anglo-saxão, na forma de um privilégio de exploração dos direitos de impressão (ou de cópia, daí o nome *copyright*) e de licenciamento conferidos, em 1556, às *Stationers Company*, editores da coroa inglesa que, a ela aliados, rapidamente assumiram o papel de censores, proibindo a divulgação de ideais políticos e religiosos que não fossem “apropriados”. Em pouco tempo, as cópias passaram a ser tratadas como propriedade das *Stationers Company*, e, como os autores delas não faziam parte, não podiam reivindicar os direitos de *copyright*.¹³ Portanto, na Inglaterra, após cerca de 100 anos de disputas políticas envolvendo a fiscalização das prensas, a Rainha Mary Tudor outorgou á corporação dos editores ingleses um privilégio exclusivo para impressão de textos e o poder de confiscar livros não autorizados pelo poder real. Dessa forma, uma vez autorizado pela realeza, o editor poderia reproduzir e vender sua obra com bem entendesse. Nota-se, portanto, que ao autor não era dedicado nenhum privilégio ou tutela, sequer na esfera patrimonial. Nesse sentido, tanto os editores, como os autores ainda não eram titulares de qualquer direito. Percebe-se que a origem do Direito de Autor é marcada pela censura, conseguida através da concessão de um privilégio real para

¹¹ NUNES, Simone Lahorgue. **Direito Autoral e Direito Antitruste**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p.2.

¹² TRIDENTE, Alessandra. **Direito Autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p.4.

¹³ NUNES, Op. cit., p.3.

a exploração econômica por meio do monopólio do mercado literário. Argumenta Fábio Ulhoa Coelho:

O privilégio atendia simultaneamente aos interesses dos editores e livreiros do poder real: enquanto os membros da Stationers Company desfrutavam de reserva de mercado para fazer seus lucros, a monarquia dispunha de instrumento eficiente de censura das idéias contrárias ao poder estabelecido.¹⁴

Na origem, portanto, o Direito de Autor não teve a função de proteção dos autores; ocorre, aliás, exatamente o oposto. O *copyright* inglês favorecia amplamente o poder real (por meio da censura) e os editores (por meio do monopólio).¹⁵ Claramente, o nascimento do Direito de Autor significou a composição de interesses econômicos e políticos. Não se queria proteger a obra, o autor, mas os lucros decorrentes desse ato de criação.

Dá-se aí o nascimento de um monopólio coletivo ou mesmo de um cartel nas atividades de produção e distribuição no mercado de livros da Inglaterra. Para a Companhia, a perda da exclusividade para a publicação dos livros desestimularia os escritores e, com isso, o fluxo de obras diminuiria, o que seria danoso à coletividade. O Parlamento inglês, motivado por esse argumento, mas, principalmente, objetivando extinguir o monopólio das editoras, decidiu aprovar o Estatuto da Rainha Ana, de 10 de abril de 1710 (também conhecido como *Copyright Act* de 1710), o qual diferentemente da lei anterior, passa a conferir aos autores e cessionários por eles escolhidos o direito exclusivo de publicar seus livros. Os editores continuavam indiretamente protegidos na medida em que o *Copyright Act* de 1710 permitia que os autores a eles cedessem esses direitos. Contudo, o mesmo previa uma limitação de tempo para o exercício de tal monopólio.¹⁶

Portanto, a reação contra esse privilégio dos editores em nome da proteção dos autores, como mencionado acima, culminaria na Inglaterra em 1710, com a promulgação pelo parlamento inglês do *Statute of Anne*, cujo objetivo foi de limitar temporariamente o monopólio dos editores. Esse diploma limitava a exclusividade

¹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. v.4. São Paulo: Saraiva, 2006. p.263

¹⁵ TRIDENTE, Alessandra. **Direito Autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p.5-6.

¹⁶ NUNES, Simone Lahorgue. **Direito Autoral e Direito Antitruste**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p.4.

em vinte e um anos para os livros já impressos e de quatorze anos para os ainda não impressos, prorrogáveis por igual período se o autor estivesse vivo.¹⁷ Eliane Abrão resume a relevância desse Estatuto e as mudanças surgidas a partir dele:

O Estatuto (que foi promulgado em 1709 e entrou em vigor em 10 de abril) previa o direito de cópia do livreiro pelo período de 21 anos, e a patente de impressão, significando grande avanço na normatização dessas relações por se tratar de uma lei (geral e pública), e não mais de um acordo cooperativo. Entretanto, os grandes beneficiários continuam sendo livreiros, em virtude da cessibilidade dos direitos de autoria. Apontam-se três méritos principais do *Statute of Anne*: a) transformou o direito de cópia dos livreiros (monopólio e censura) em um conceito de regulação comercial, mais voltado à promoção do conhecimento e à diminuição dos respectivos poderes (limitação no tempo, liberdade de cessão do *copyright* e controle de preços); b) criou o domínio público para a literatura (cada livro poderia ser explorado por 14 anos, podendo esse prazo ser prorrogado por uma única vez) acabando com a perpetuidade, porque, no velho sistema, toda a literatura que se enquadrasse nos padrões censórios deles poderia ser impressa; c) permitiu que os autores depositassem livros em seu nome pessoal, tirando-os, por um lado, do anonimato e, por outro, criando a memória intelectual do país com a doação de livros às universidades e bibliotecas públicas.¹⁸

Contudo, apesar das mudanças, cabe lembrar que o objetivo central desse Estatuto era desfazer o monopólio que já se mostrava incompatível com o desenvolvimento do mercado editorial. O *Statute of Anne* não reconheceu propriamente o direito do escritor sobre sua obra, mas o protegeu indiretamente ao prestigiar a liberdade de iniciativa e a competição no mercado editorial. Mais que uma lei de Direito de Autor, esse estatuto foi um diploma de regulação de mercado.¹⁹ Nesse sentido explica a autora Marisa Gandelman:

Os editores tentavam demonstrar que os autores tinham direitos investidos em suas obras, independente do reconhecimento estatutário, e que os editores, na qualidade de detentores de *copyright*, deveriam ter os mesmos direitos que o autor. Como resultado, ainda eu não tivessem conseguido a perpetuidade da exclusividade dos direitos de cópia, os editores foram bem sucedidos, ao estabelecer um direito natural do autor de ser proprietário de sua obra. Esse direito de propriedade era transferido ao editor pela compra do *copyright*.²⁰

¹⁷ TRIDENTE, Alessandra. **Direito Autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.p.9.

¹⁸ ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.p.29-30

¹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2006.p.264.

²⁰ GANDELMAN, Marisa. **Poder e Conhecimento na Economia Global. O regime internacional da Propriedade Intelectual da sua formação às regras de comércio atuais**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. P. 71-72.

Paralelamente as conquistas ocorridas no território inglês, estava a França se preparando para sediar uma importante revolução, que é deflagrada em 1789, momento no qual o direito autoral é reconhecido com base em pressupostos diferentes daqueles utilizados pela Coroa inglesa: com a Revolução Francesa, dá-se a abolição de todos os privilégios, e o direito autoral transforma-se na mais importante das propriedades, passando a ser, aí sim, um direito efetivamente do autor (daí a expressão *droit d'auteur*) e não dos editores. A Teoria do Trabalho de John Locke, a qual defende que o criador deve ser remunerado por seu trabalho criativo, fortaleceu a concepção de propriedade da criação. Além disso, a Revolução Francesa, inspirada nos ideais de igualdade, liberdade e fraternidade fez nascer outra faceta do Direito autoral: o seu conteúdo moral, de respeito às idéias de cada um. Conforme afirma Fabio Ulhoa Coelho:

Na Revolução Francesa, ocorreu pela primeira vez de o autor ser considerado pelo direito positivo o proprietário de sua criação intelectual. Nasce assim, o *droit d'auteur* no contexto da proteção dos interesses do autor perante o editor. A preocupação central originária desse sistema foi assegurar ao autor condições favoráveis na negociação de sua obra com o editor.²¹

Logo, no final do século XVIII, o autor passa a ser considerado o proprietário de suas criações, embora esta “propriedade” tenha sempre sido cercada de peculiaridades, decorrentes da necessidade de adaptar a bens imateriais tecnologia jurídica desenvolvida essencialmente para bens materiais. Diferentemente dos ingleses, os autores franceses não se curvaram ao monopólio criado e, já no século XVI, iniciaram um movimento para terem seus direitos reconhecidos. Assim, é editada, dentro de novo contexto legislativo, pela Assembléia Constituinte Francesa, a Lei Chapelier, marco inicial do direito autoral, como é hoje conhecido na maior parte das legislações modernas.²²

Percebe-se, enfim, que há dois sistemas de direito autoral mais importantes do Ocidente e que se relacionam na origem: a Inglaterra do século XVI produziu uma tecnologia jurídica (*copyright*), cujo objetivo era proteger o poder real e os editores e, em oposição, a França do século XVIII produziu uma tecnologia jurídica cujo objetivo era proteger os autores (*droit d'auteur*). O *copyright* foi construído a

²¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2006.p.265-267.

²² NUNES, Simone Lahorgue. **Direito Autoral e Direito Antitruste**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.p.5

partir da possibilidade de reprodução de cópias, sendo este o principal direito a ser protegido. Já o sistema continental se preocupa com outras questões, como a criatividade da obra a ser copiada e os direitos morais do autor da obra.²³ Destaca-se, portanto, que o *copyright* reconhece de forma mais modesta a proteção ao direito moral do autor, sendo prevista a total cessão dos direitos autorais, possibilitando, dessa forma, que o autor se desvincule da obra, o que, de fato, não acontece no sistema do *droit d'auteur*.

No *copyright*, originalmente, o privilégio legal consistia na exclusividade para a reprodução de um texto, isto é, num direito de fazer cópias (*copyright*). Isso significa que quem não pertencesse à guilda estava proibido de copiar um livro, mas não era proibido a ninguém produzir obras derivadas a partir daquele texto, como declamar em público a peça, musicá-la, traduzi-la ou encená-la no teatro. Entretanto, no *droit d'auteur*, quando se passou a entender a obra também como uma extensão da personalidade do autor, considerou-se que quaisquer trabalhos diretamente derivados da obra poderiam afetar, de forma direta, os direitos da personalidade dessas pessoas. Concluiu-se, então, que a proteção jurídica deveria, assim, ser ampliada para compreender também as obras derivadas, as quais seriam possíveis, a partir de então, somente se autorizadas pelo titular da obra original. A exigência de obtenção de autorização para a produção de obras derivadas encontra melhor respaldo, portanto, num sistema pensado em direitos morais, que prestigia a ligação do autor com sua obra e a preservação da integridade desta.

Com o tempo, tornou-se cada vez mais necessário um regulamento o qual todos os países pudessem seguir, para que o Direito Autoral fosse uniformemente protegido fora das fronteiras dos Estados. Por isso, no ano de 1858, realizou-se em Bruxelas um Congresso internacional sobre propriedade intelectual, reunião com diversos países, com a participação, principalmente, de escritores, professores, cientistas e jornalistas. O evento teve o mérito de ser a base para a apreciação internacional dos direitos autorais; contudo, tal evento não teve continuidade, nem resultados imediatos. Já em 1878, o escritor francês Victor Hugo presidiu um congresso literário mundial, dando nascimento a Associação Literária Internacional,

²³ PARANAGUÁ, Pedro; Branco, Sérgio. **Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: FGV, 2009. p. 20-21

a qual se dedica a trabalhar em prol de um documento em defesa dos direitos do autor.²⁴

Em 9 de Setembro de 1886, realizou-se em Berna, na Suíça, a terceira conferência diplomática sobre direitos autorais. A ata dessa conferência recebeu a denominação de “Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas”, tornando-se o tratado internacional mais antigo em vigor até os dias de hoje, com as devidas atualizações. É aplicado para a proteção dos direitos patrimoniais e morais dos autores, regulando, de fato, as questões relativas á proteção dos direitos do autor sobre suas obras artísticas, literárias e científicas.²⁵ A Convenção de Berna tornou-se o ponto de referência mais importante do Direito Autoral no mundo moderno, reunindo desde as grandes potências a países em desenvolvimento, assim como, nações do Oriente Médio e Ásia. Pelo Decreto n° 75.699 de 29/04/75, o Brasil promulgou a Convenção Internacional de Berna. Já nos idos de 1950, surgiu uma nova Convenção Internacional, reunindo os mesmos países participantes da Convenção de Berna, e mais os Estados Unidos na cidade de Genebra. Esta convenção tinha a finalidade de adequar os sistemas voltados prioritariamente ás obras, com aqueles que conferiam aos autores direitos de caráter pessoal concomitantemente ao patrimonial.

2.2 Os direitos patrimoniais do autor

O direito patrimonial obteve reconhecimento anteriormente, ao contrário do que ocorreu com o direito moral de autor que só foi reconhecido formalmente no início do século XIX. De forma contraditória, as repercussões econômicas da criação conquistaram amparo jurídico muito antes de seus aspectos pessoais, apesar de o direito moral de autor possuir hoje uma proteção mais ampla.²⁶

Os direitos de utilização da obra seja ela, artística, científica ou literária pertencem ao autor. Esse dispõe do direito de uso, fruição e disposição da obra, podendo tal utilização se realizar de forma direta, quando o próprio autor promove

²⁴ TRIDENTE, Alessandra. **Direito Autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.p.33.

²⁵ NEVES, Alessandra Helena. **Direito de Autor e Direito á Imagem: Á luz da Constituição Federal e do Código Civil**. Curitiba: Juruá, 2011.p.121.

²⁶ POLI, Leonardo Macedo. **Direito Autoral. Parte geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.p.35.

por sua conta a exploração patrimonial. Essa situação, contudo, é mais rara nos dias de hoje, já que o mundo se tornou mais complexo com relações comerciais complexas, e as novas tecnologias permitindo a propagação das obras em larga escala. Portanto, o mais comum é que o autor transfira esse direito ou seu exercício a terceiros na tentativa de obter maiores benefícios com seu direito patrimonial.

José de Oliveira Ascensão define o direito patrimonial do autor, como o direito exclusivo de exploração econômica da obra.²⁷ A finalidade desse direito é proporcionar ao autor um meio de vida, um sustento. Ao contrário do direito moral, os direitos patrimoniais estão sempre ligados ao uso econômico da obra, por isso são transferíveis, onerosa ou gratuitamente, temporários, alienáveis, penhoráveis e prescritíveis. Sendo assim, a titularidade dos direitos patrimoniais do autor pode ser originária ou derivada. A titularidade originária é aquela adquirida por meio da criação da obra intelectual; já a titularidade derivada é aquela que se dá via transferência dos direitos do autor por negócio jurídico ou por sucessão (*causa mortis*), nesse caso, a titularidade é adquirida por aquele ou por aqueles que não participam do processo criativo da obra. A transferência total e definitiva destes direitos *inter vivos* deve ser expressamente regulada por contrato, caso contrário, será considerada com validade máxima de cinco anos.

Assim, os direitos chamados patrimoniais do autor estão relacionados com exploração econômica da obra. Trata-se do direito de fruição e de disponibilização exclusivos do autor ou titular da obra criada e fixada em suporte mecânico, que, para os efeitos legais, passa a ser considerada bem móvel. Apesar desse direito ser classificado como bem móvel (Art.3º da Lei Autoral),²⁸ Guilherme Carboni afirma que “o direito patrimonial de autor não tem cunho de direito real, pois seu titular não detém o gozo livre da obra, tal qual um bem material, já que sua utilização se dará dentro dos limites autorizados pelo autor”.²⁹ Nesse sentido, afirma José Carlos da Costa Netto:

²⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2 ed.ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.p.164

²⁸ Art.3º “Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis”.

²⁹ CARBONI, Guilherme C. **O Direito de Autor na Multimídia**. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p.70.

Ainda que considerássemos o direito patrimonial de autor separadamente, ou seja, dissociado dos direitos morais, não chegaríamos a uma relação de direito real, pois mesmo no regular exercício de direitos patrimoniais, o cessionário de direitos autorais não tem autonomia de “proprietário” do bem adquirido, em decorrência da impossibilidade de rompimento da ligação existente entre a obra e o seu autor, em todos os momentos- e diferentes formas- de utilização daquela.³⁰

Esses direitos patrimoniais são classificados como exclusivos, pois dependem de expressa e prévia aprovação e autorização do autor e, somente dele, ou de alguém que o represente, para que a obra possa ser reproduzida, exibida, exposta publicamente ou transmitida por meios mecânicos, eletrônicos ou digital. Esses direitos geram receitas ao autor, as quais são, do ponto de vista financeiro, chamadas simplesmente de rendimentos (*royalties*).³¹ A obra pertence ao autor e, por consequência, ele tem todos os direitos decorrentes de um direito de propriedade, podendo usá-la com exclusividade ou autorizando ou não que terceiros a utilizem.³²

Contudo, cabe salientar que há ressalvas em relação a esse suposto uso ilimitado da obra por parte do autor ou dos titulares dos direitos autorais; visto que a legislação brasileira, assim como a Convenção Internacional de Berna autorizam expressamente limitações a esse direito, cujo objetivo dessas limitações é garantir o interesse público de ter acesso livre ao conhecimento. Essas limitações seriam uma das ferramentas de promoção da Função Social do Direito de Autor. Nos próximos capítulos, esse tema será retomado com mais detalhe. Por hora, faz-se necessário destacar que esse direito de utilização da obra por parte do autor encontra limites legais, o que demonstra haver uma face pública do Direito de Autor.

No Brasil, os direitos patrimoniais do autor passaram a ter proteção constitucional a partir do Constituição Republicana de 1891, a qual se refere ao direito de reprodução ou utilização da obra intelectual, aspectos que integram o conteúdo patrimonial do direito de autor, pois se relaciona com o uso econômico da

³⁰ NETTO, José Carlos da Costa. **Direito Autoral no Brasil**. São Paulo: FTD, 1998.p.77.

³¹ ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.p.80.

³² HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito de Propriedade Intelectual**. 3 ed. São Leopoldo, Editora Unisinos, 2002.p.81.

obra.³³ Esse direito continuou tendo proteção constitucional através do artigo. 5º, inciso XXVII da Constituição Federal de 1988, cujo dispositivo garante aos autores o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras. No plano infraconstitucional, o direito patrimonial do autor também está assegurado no artigo 28 da Lei 9.610/98, o qual prevê que cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística e científica.

Destaca-se que o direito patrimonial é geral. Isso significa que tal direito inclui todas as formas de utilização econômica da obra, por consequência os direitos que constam no artigo 29 da Lei 9.610/98 são exemplificativos, podendo o autor se beneficiar de novas modalidades de exploração econômica da obra ainda não constante em lei. Portanto depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra nas seguintes modalidades:

- Direito de Edição, o qual depende de uma variedade de procedimentos técnicos que permitem colocar a obra original em circulação. Conforme o tipo de obra, os elementos originais serão submetidos a cortes, divisão em capítulos, acréscimos ortográficos, atendendo á criação do autor e á preferência do público consumidor. A edição de um livro pode ser feita pelo autor, mas, devido sua complexidade, normalmente o direito de edição é licenciado ou cedido a editores ou produtoras comerciais. Novas edições resultam em alterações de conteúdo em relação á edição anterior, com acréscimos ou subtrações. Muitas vezes, as edições, visando o interesse puramente comercial, podem causar alterações substanciais no conteúdo original da obra. Livros, por exemplo, com reduzido número de páginas não trazem grandes retornos econômicos, por isso muitos autores são obrigado a aumentar o volume de páginas, mesmo sem grandes idéias a acrescentar, para que a obra consiga ser publicada.

- Direito de Reprodução, que significa a verdadeira identidade do direito patrimonial. É o direito de cópia. A reprodução se dá quando se extrair exemplares idênticos a partir de uma matriz acabada. Xerox, MP3, DVD, fitas de áudio, fitas de

³³ SANTOS, Manuel J. Pereira. Princípios constitucionais e propriedade intelectual-O Regime Constitucional do Direito Autoral. In. ADOLFO, Luiz Gonzaga; WACHOWICZ, Marcos (Coords.). **Direito da Propriedade Intelectual. Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes.** Curitiba: Juruá, 2006.p.16-17.

vídeo, impressoras de computador são meios de reprodução de uma obra, cabendo apenas ao autor ou titular a autorização, prévia e expressa, para reprodução. A violação desse direito, isto é, a reprodução não autorizada de obra protegida tipifica um crime intitulado de contrafação, conhecido vulgarmente por “pirataria”. Porém, destaca-se que, com a modificação do Código Penal, através da Lei 10.695/03³⁴, não tipifica mais como crime a cópia integral para uso apenas privado, ou seja, não comercial. Portanto, a reprodução de cópia integral para uso privado ou comercial se mantém como ilícito civil.

- Direito de Transformação se refere às transformações efetuadas na obra, como tradução, adaptação, arranjos de música. Adaptar uma obra significa transformá-la em outra. Por exemplo, a utilização de texto literário para a linguagem cinematográfica é a adaptação da linguagem escrita para a linguagem falada, dialogada, encenada, necessária para a realização do filme. Destaca-se que tanto o autor da obra originária, como o da obra adaptada são autores, sendo o primeiro originário e o segundo derivado. Pelo fato da obra derivada manter todas as características da obra originária, como seu título, seu autor, personagens, é necessário que a obra adaptada faça referências à obra original e seja autorizada por seu autor.

- Direito de Tradução, o qual se relaciona com a tradução de uma obra para o idioma nacional ou a versão para o idioma estrangeiro, sendo possível somente através da escrita. O caráter patrimonial desse direito decorre do fato de que, através da tradução, seja possível que a obra alcance novos mercados, rendendo dividendos para o autor. Em relação ao direito de tradução, cabe uma ressalva, o autor não pode simplesmente autorizar ou impedir a tradução de sua obra, mas sim tem o direito de autorizar ou impedir que a tradução de sua obra seja exposta ao público. Essa autorização ou impedimento dado pelo autor tem como função resguardar o direito do autor de supervisionar a qualidade da tradução, visando, dessa forma, a integridade da obra original. Portanto, se a tradução se mantiver inédita, o autor não pode se opor a isso.

³⁴ BRASIL. Lei 10.695, de 1 de junho de 2003. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.695.htm>. Acesso em: 28 de outubro de 2012.

Em relação ao direito de tradução, Eduardo Manso faz um paralelo entre o sistema de direito continental e o sistema de direito anglo-saxão. Segundo o autor, a tradução privada pode se estender além dos círculos familiares, sem que isso signifique ilegalidade. Essa prática encontra respaldo no *fair use*, que autoriza a utilização de obra literária e outras para fins de pesquisa, estudos particulares. A razoabilidade dessa utilização é analisada em concreto, tendo sempre como parâmetro o interesse público envolvido e o grau de dano causado ao autor no uso da obra.³⁵ Por esse sistema, um grupo de pesquisadores estaria autorizado a fazer a tradução de um livro científico sem autorização do autor, tendo em vista o fim educativo e sem intuito comercial. Sobre o tema *fair use* será feita uma análise mais detalhada no último capítulo desse trabalho.

- Direito de inclusão ou de Inserção é aquele que tem o autor ou titular de uma obra literária de autorizar a sua integração a outra obra, como um filme, por exemplo. Mesmo que conserve sua integridade e individualidade, a obra incluída é apenas uma parte dentro da obra maior.

- Direitos de Distribuição e Locação estão relacionados á comercialização das obras. O autor ou titular consentirá que distribuidores ou comerciantes negocie as obras, buscando o melhor preço e o maior público consumidor. Esses direitos poderão ser cedidos ou licenciados, com ou sem exclusividade. O direito de locação foi incorporado ao ordenamento, visto que as obras são classificadas como bens móveis e se originam de um direito de propriedade. Com o avanço da tecnologia, a necessidade de intermediários vem diminuindo consideravelmente, tanto que, hoje em dia, vários artistas produzem e distribuem as próprias obras.

- Direitos de Comunicação Pública possibilitam que apenas o autor ou titular autorize que a obra se torne acessível a qualquer público. O acesso pode se dar de várias formas, como recitação pública, representação. Recitar publicamente um texto poético ou literário, ou representá-lo teatralmente só é possível com a prévia e expressa autorização do autor do texto original.

³⁵ MANSO, Eduardo Vieira. **Direito Autoral**. São Paulo: Bushatsky Editora, 1980.p.38.

- Direitos de Exibição, de Captação e de Radiodifusão são os direitos de comunicação pública que detém os autores de obra literária de permitir a emissão por radiodifusão de sua obra (rádio ou TV, com fio, sem fio, a cabo, por sinais). E, também de permitir a transmissão de sua obra, através de sons e imagens, quando a emissão se der por outro organismo que não o da radiodifusão originária.

- Direito de inclusão em base de dados, armazenamento em computador, microfilmagem e demais formas de arquivamento do gênero. Esse direito reafirma o direito de reprodução dos autores diante das novas tecnologias, como a internet.

Segundo Bruno Hammes, pode-se resumir o direito patrimonial do autor da seguinte forma:

De maneira genérica, a obra pertence ao autor. É dele. Consequentemente, tem todos os direitos decorrentes de um direito de propriedade. Pode utilizá-la com exclusividade, pode permitir ou não permitir que outros a utilizem. A sua vontade determina o que acontece com a obra, quem e como a utilizará. Qualquer utilização depende de sua autorização. A técnica moderna traz, a cada dia, novas formas de utilização da obra.³⁶

2.3 Os direitos morais do autor

Esses direitos nasceram de construção jurisprudencial francesa na primeira metade do século XIX. O que demonstra que seu surgimento se deu posteriormente à criação do direito patrimonial de autor. Ao contrário dos países como Inglaterra e Estados Unidos, onde esse direito tem papel mais restrito, os de tradição continental, como França e Alemanha, entendem que o elemento moral prevalece sobre o patrimonial, tendo, portanto, função fundamental na construção do direito de autor.³⁷ Como destaca João Henrique Fragoso:

Os direitos morais, atualmente, encontram-se consagrados, nas leis nacionais dos países de tradição jurídica do *Droit d'Auteur*, além de previstos nas leis dos países que adotam o sistema do *Copyright*. No que respeita aos EUA, não obstante sua adesão à Convenção de Berna, em 1989, este país continua a ignorar- ou a reconhecer apenas em parte- os direitos morais de autor [...]. Na Inglaterra, os direitos morais de autor são

³⁶ HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito da Propriedade Intelectual – Subsídios para o Ensino**. 2. ed. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000.p. 67.

³⁷ BARBOSA, Denis Borges. **Propriedade Intelectual: Direitos Autorais, Direitos Conexos e Software**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.p.8.

acatados nos termos em que os conhecemos, podendo, no entanto, ser objeto de renúncia.³⁸

Conforme afirma Pedro Paranaguá e Sérgio Branco: “Ao contrário dos direitos patrimoniais, que regulam o exercício do poder econômico do autor sobre a utilização de sua obra por terceiros, o que os direitos morais procuram defender é a relação do autor com a própria obra”.³⁹ Nesse sentido, o direito moral é o vínculo perene que une o criador a sua obra, considerado pela lei como direito de caráter personalíssimo. No entanto, há que se fazer uma distinção entre direitos autorais e os demais direitos de personalidade. Os direitos de personalidade, como nome, imagem, dignidade, honra etc. nascem com o indivíduo e são desde logo exercíveis. Por outro lado, os direitos de personalidade relacionados aos direitos autorais só são exercíveis se o indivíduo criar algo.⁴⁰ Também, pode-se definir direito moral do autor como sendo o conteúdo do direito de autor relativo aquelas prerrogativas extraprecuniárias que o mesmo possui sobre a obra em decorrência imediata da criação. “E, ao contrário dos demais direitos de personalidade, o direito moral de autor não seria um direito inato, no sentido de que será necessária a criação da obra para que incida a proteção ao autor”.⁴¹ Portanto, os direitos morais decorrem da união indissolúvel entre criador e sua obra. Esses direitos também são conforme destaca Eliane Abrão:

Indisponíveis, inalienáveis e irrenunciáveis, oponíveis *erga omnes*, imprescritíveis e impenhoráveis. Integrantes da categoria dos bens indisponíveis, como tais, os direitos morais são de valor inestimável. Sua inalienabilidade e irrenunciabilidade, da essência desse direito, encontram-se também expressamente reconhecidas pelo art.27 da Lei 9.610/98.⁴²

Portanto, os direitos morais são extrapatrimoniais, porque não podem ser traduzidos em dinheiro, são indissociáveis de seu autor; contudo, nada impede que eles produzam repercussões econômicas, como em casos de indenizações por danos materiais e morais decorrentes de sua violação. Também são absolutos, visto que são oponíveis *erga omnes*; ou seja, o autor pode opô-los a qualquer um que

³⁸ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito Autoral: Da Antiguidade á Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.p. 203.

³⁹ PARANAGUÁ, Pedro; Branco, Sérgio. **Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: FGV, 2009.p.48.

⁴⁰ *Ibidem*, p.50.

⁴¹ MORATO, Antônio Carlos. **Direito de Autor em Obra Coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2007.p.49-50.

⁴² ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.p.75

ameace ou viole seus direitos morais. Acrescenta-se ainda que são indisponíveis, pois o autor não pode dispor desses direitos, sendo, como visto, inalienáveis e irrenunciáveis. Destaca-se que a indisponibilidade do direito não significa que o autor seja obrigado a usá-lo, cabendo-lhe a opção de se abster de seu exercício ou de sua defesa. Além disso, ressalta-se que, como regra geral, são direitos intransmissíveis, mas, como veremos mais adiante, possuem exceções. Afirma-se também que são impenhoráveis, conforme expressa disposição legal. O art.649 CPC os tem como absolutamente impenhoráveis. E, por fim, são imprescritíveis, porque o não exercício dos direitos morais pelo autor não causa sua perda, nem sua aquisição por terceiros. Assim explica Leonardo Macedo Poli:

O autor nunca perderá o direito de exigir de seu editor o respeito ao texto original apresentado; entretanto, a pretensão á reparação por perdas e danos pela alteração não autorizada do texto original prescreve no prazo fixado em lei. Como a LDA não prevê prazo prescricional para a pretensão do autor, prescreve em três anos, como disposto no art.206, inciso V, do Código Civil.⁴³

Como se pode perceber, essas características do direito moral visam, essencialmente, proteger o autor e sua obra por vezes, inclusive, contra o próprio titular do direito patrimonial; contudo, cabe reconhecer que esse direito também tem uma função de atendimento ao interesse social, na medida em que preserva o valor social da obra.⁴⁴ Portanto, o direito moral não tem como finalidade única a proteção do autor, pois há também um interesse social na identificação da autoria das obras. Dessa forma, constrói-se o patrimônio cultural de um país, de uma região, de uma tribo.

No Brasil, sempre foi dada ênfase maior ao direito patrimonial do autor, tanto que a Constituição de 1988 em seu artigo 5º, inc.XXVII, tem-se, pela primeira vez, a inclusão do Direito de Autor pelo seu viés patrimonial, qual seja, o direito de utilização, publicação ou reprodução da obra. Por outro lado, uma parte da doutrina entende que esse artigo também inclui o direito moral de publicação. Porém, deve-se fazer uma distinção entre publicação e direito de inédito. Manter a obra inédita é

⁴³ POLI, Leonardo Macedo. **Direito Autoral. Parte geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.p.31-34.

⁴⁴ NUNES, Simone Lahorgue. **Direito Autoral e Direito Antitruste**. Rio de Janeiro: Elsevier,2011.p.72.

uma prerrogativa moral do autor; já o direito de publicação é um direito patrimonial de utilizar economicamente a obra.⁴⁵

Para o Direito de Autor (segundo a atual legislação autoral, Lei 9.610/98 art.24 incisos I ao VII), fazem parte dos direitos morais do autor: o direito de paternidade da obra, o poder de publicar ou deixar a obra inédita, o poder de alterá-la, antes e depois de publicada, o poder de defender-lhe a integridade, o poder de impedir quaisquer modificações de terceiros, o direito de arrepender-se ou de requerer a retirada da obra de circulação e o direito de acesso. A legislação brasileira enumera taxativamente os direitos morais do autor, ao contrário dos direitos patrimoniais, os quais são enumerados a título de exemplificação. Destaca-se que esse aspecto moral não se confunde com a moralidade do próprio autor da obra, ou seja, não se confunde com o direito á honra ou o direito á imagem, também atributos personalíssimos. A moralidade do autor como pessoa diz respeito a sua honra, á consideração coletiva das pessoas sobre o comportamento do autor como cidadão.⁴⁶ Então, pode-se constatar que o autor possui duas ordens de proteção moral, haja vista uma, como cidadão comum, e outra, como criador de uma obra intelectual protegida. No primeiro caso, busca-se proteger sua imagem ou reputação pessoal e, no segundo caso, o objeto de proteção se refere á obra criada pelo artista, ou seja, quando a *res* apartada de sua personalidade, tem sua integridade ou idoneidade comprometidas.⁴⁷ Por haver muita confusão em relação a essa terminologia “direito moral de autor”, alguns autores, entre eles Rubens Limongi França, prefere adotar outra terminologia, no caso, “direito pessoal de autor”; contudo, para esse trabalho manter-se-á a primeira opção, visto que se trata de um termo já consagrado pela maioria dos autores e pela legislação brasileira.

A mais importante de todas as prerrogativas morais sempre será o direito de paternidade da obra. É o direito de o indivíduo ser reconhecido como autor, criador

⁴⁵ SANTOS, Manuel J. Pereira. Princípios Constitucionais e Propriedade Intelectual- O Regime Constitucional do Direito Autoral. In. ADOLFO, Luiz Gonzaga; WACHOWICZ, Marcos (Coords.). **Direito da Propriedade Intelectual. Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes.** Curitiba: Juruá, 2006.p.16-17.

⁴⁶ KRETSCHMANN, Ângela. **Dignidade Humana e Direitos Intelectuais: Re(visitando) o Direito Autoral na Era Digital.** Florianópolis: Millennium, 2008.p.101.

⁴⁷ ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de Autor e Direitos Conexos.** São Paulo: Editora do Brasil, 2002.p.76

da obra original. Quem faz uma obra adquire um direito autoral de personalidade, e este direito é inseparável da pessoa, logo esse direito não pode ser transferido a um terceiro. A legislação autoral aceita obras pseudônimas e anônimas; contudo, não aceita que outro indivíduo tente se fazer passar por autor de determinada obra. Por razões pessoais, o autor tem o direito de não aparecer, escondendo sua autoria, através do pseudônimo, mas sempre mantém o direito à paternidade e apenas o exerce de forma, de modo diferenciado. É importante destacar que o direito a paternidade não se confunde com o direito a nomeação. O último refere-se à garantia do autor de ter seu nome indicado ou anunciado quando a obra for utilizada.⁴⁸

O direito de manter a obra inédita, outra prerrogativa moral do autor, permite que o autor não publique sua obra. E, em relação à publicação, é necessário fazer uma distinção: O direito de não expô-la ao público é um direito moral, mas o direito de publicá-la é um direito pecuniário. Resumindo, o poder de não publicar é direito moral, e o poder de publicar é um direito patrimonial. Portanto, o direito sobre a obra inédita é essencialmente diferente do direito que o autor tem sobre a exploração econômica de sua obra.⁴⁹

O direito de manter a integridade da obra é o direito do autor de opor-se a quaisquer modificações, mutilações da obra ou a práticas de atos que, de alguma forma, possam prejudicá-la e, por consequência, atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra. Percebe-se que esse direito confere duas formas de proteção ao autor: a primeira o protege de atos que possam prejudicar sua obra, já na segunda o protege da prática de atos que possam atingi-lo em sua reputação ou honra.

O legislador condiciona o exercício do direito de autor à existência de graves razões morais, o que demonstra uma tentativa de equacionar o interesse do autor e os interesses de terceiros, evitando, assim, que estes fiquem ao arbítrio do autor que poderia opor obstáculos excessivos e injustificados à circulação ou à utilização da obra. Há casos, inclusive, em que a Lei de Direitos Autorais permite expressamente a modificação da obra por terceiros. Se, em virtude de sua natureza, for imprescindível a

⁴⁸ KRETSCHMANN, Ângela. **Dignidade Humana e Direitos Intelectuais: Re(visitando) o Direito Autoral na Era Digital**. Florianópolis: Millennium, 2008.p.102-107.

⁴⁹ KRETSCHMANN, Loc. cit.

atualização da obra em novas edições, o editor, negando-se o autor a fazê-la, dela poderá encarregar outrem, mencionando o fato na edição.⁵⁰

Já o direito de modificar a obra contempla o interesse do autor de alterar sua criação em virtude de uma mudança ideológica, atualização ou simplesmente alguma razão oculta que ele não necessita expressar. Esse direito de modificação não se confunde com o direito do autor autorizar uma adaptação, ou seja, a realização de uma obra derivada. O direito de modificar a obra constitui uma prerrogativa moral, inalienável e irrenunciável, enquanto o direito de autorizar adaptações é uma prerrogativa patrimonial, podendo ser transferida a terceiros.⁵¹

Em seguida, tem-se o direito ao arrependimento do autor, o qual o criador, por algum motivo, não deseja mais expor a criação. Não é preciso que o autor indique as razões de seu arrependimento. Seria demasiado doloroso obrigá-lo, pelo fato da publicação, a manter o acesso do público à obra, quando não mais a reconhece como criação identificada com sua pessoa. Poderá arrepender-se profundamente de ter publicado ou ter dado forma original a certas idéias. E ele terá a seu dispor o direito ao arrependimento. Esse direito visa também proteger pessoas que são contrárias a idéias comuns da maioria, ou de uma minoria que detém o poder em um Estado ou lugar, podendo sofrer perseguições por esse motivo. Desataca-se que o direito de arrependimento não é transmitido aos herdeiros (art.24, parágrafo primeiro da Lei Autoral), nem mesmo o direito de modificar a obra ou o direito de acesso. Por outro lado, podem os herdeiros optar pela publicação de obra inédita de autor falecido.⁵²

Por fim, o direito de acesso constitui uma prerrogativa moral inovadora da atual legislação de direitos autorais. Por esse direito, o autor passa a ter garantido o direito de realizar uma cópia de sua obra, se for caso de exemplar único que será destruído. “É o caso, por exemplo, de uma pintura realizada em uma parede que será destruída, sendo aquela a expressão única da exteriorização e materialização da obra”.⁵³ “Trata-se do direito de ter acesso a exemplar único e raro da obra em

⁵⁰ POLI, Leonardo Macedo. **Direito Autoral. Parte Geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.p.22.

⁵¹ KRETSCHMANN, Ângela. **Dignidade Humana e Direitos Intelectuais: Re(visitando) o Direito Autoral na Era Digital**. Florianópolis: Millennium, 2008.p.102-107.

⁵² KRETSCHMANN, Loc. cit.

⁵³ KRETSCHMANN, Op. cit., p.119.

mãos de terceiro detentor legal, para o fim exclusivo de preservar sua memória, através de fotografia ou filmagem”.⁵⁴

A regra geral dos direitos morais é a da sua intransmissibilidade; entretanto, a transmissão de alguns direitos morais está prevista no artigo 24, §1º da legislação especial. Portanto, para o legislador brasileiro, são espécies de direitos morais transmissíveis aos herdeiros:

- O direito de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;
- O direito que tem o autor de ter o seu nome, pseudônimo ou sinal convencional ligado à obra. É o chamado direito ao crédito, que é o de ver essa qualidade (a de autor e/ou titular originário) anunciada junto à obra, impressa junto a ela, e o de reivindicá-lo a qualquer tempo;
- O direito de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-la, como autor, em sua reputação ou honra.
- O direito de conservá-la inédita, isto é, o de não lhe dar destinação pública, entendendo-se por tal a impressão e a distribuição de exemplares;
- O direito de qualquer participante de obra coletiva de proibir que se indique ou anuncie seu nome (art.17,§1º).

Em relação à transmissão desses direitos morais do autor aos sucessores, constata-se que haveria uma imprecisão terminológica, visto que, sendo direitos de personalidade, os direitos morais não poderiam ser transmitidos. Portanto, não é possível transmitir a um sucessor quaisquer desses direitos, cabendo apenas aos sucessores a defesa dos direitos morais do autor nessas hipóteses referidas acima.

⁵⁴ ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.p.75.

2.4 Sistema de proteção das obras

O direito a proteção das obras surge com a criação, com a arte em si. Portanto, essa garantia não se fundamenta no objeto livro ou no objeto CD. Esses objetos são somente suportes materiais, nos quais se encontra o verdadeiro objeto de proteção, que é a criação autoral. Apesar de ser a criação o objeto da proteção, é necessário que as idéias do artista se exteriorizem de alguma forma, seja por um rascunho, anotação ou um livro. Isso significa que não é necessária qualquer formalidade para que a obra tenha direito a proteção. Assim, o autor não precisa de nenhum documento público ou particular que lhe garanta a condição de criador. Afirma-se que tanto nos sistemas derivados do *copyright* quanto do *droit d'auteur*, o direito autoral nasce a partir da própria criação, dispensando o registro. A Convenção de Berna, assim como o Art.18 da Lei 9.610/98, afirma que a proteção das obras não depende de registro.

Contudo, a não dependência de registro não era a regra em antigas leis autorais, como explica Bruno Hammes. No Brasil, assim como em outros países, o direito de autor se origina, passa a existir, com a criação da obra. Portanto, não há necessidade de qualquer outra formalidade da qual possa depender o direito. Contudo, nem sempre foi assim no país. A primeira Lei Autoral (Lei n.496/1898) fazia depender o direito de um registro. Este tinha que ser feito dentro de dois anos após a publicação da obra sob pena de se abrir mão dele. Nos Estados Unidos, há poucos anos atrás, era fundamental o registro e outras formalidades. Sem elas, o autor não teria nenhuma proteção contra quem utilizasse a obra.⁵⁵

Portanto, o Direito Autoral nasce a partir da própria criação da obra, tendo sido abolidas todas as formalidades para a aquisição desta propriedade intelectual, tanto nos sistemas derivados do *droit d'auteur* quanto naqueles derivados do *copyright*. Essa foi uma regra elaborada em benefício dos autores, dispensando-os do ônus de registrarem suas obras. Nota-se, porém, que ela é paradoxalmente prejudicial aos próprios autores, sobretudo quando precisam localizar titulares de obras originais para pedir-lhes autorização ou quando precisam ser localizados por

⁵⁵ HAMMES, Bruno Jorge. **Direito da Propriedade Intelectual**. 3. ed. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002.p. 59.

terceiros para conceder autorização sobre a utilização de suas obras, uma vez que não há lista que possa ser consultada. Mas a relevância da existência de uma lista que permita identificar e localizar facilmente os titulares de obras originais aumenta à medida que cresce o número de participantes engajados em atividades de criação, bem como aumentam os problemas e prejuízos trazidos pela falta dela. Em resumo, se antes as formalidades de registro podiam representar para os autores um grande ônus que traria pequenos benefícios, atualmente elas podem representar um pequeno ônus e proporcionar enormes benefícios.⁵⁶

De acordo com a Lei de Direitos Autorais brasileira, a proteção autoral independe de registro, sendo, portanto, o registro uma faculdade e não uma obrigação. Como afirmado, apesar da informalidade do Direito de Autor, por dispensar o registro, ele exerce funções importantes para os autores, pois se torna um meio de prova em eventuais conflitos judiciais pelos quais o artista possa se envolver. Além disso, caso seja questionado sobre a autoria de uma obra, basta apresentar o documento que vincula a autoria à determinada data. Nessa situação, resta a outra parte comprovar que o uso da obra foi anterior a data que consta no registro.

Como afirma Kretschmann, para proteger os autores, a lei brasileira de direitos autorais não exige nenhuma formalidade para que haja essa proteção. Na verdade, o registro funciona apenas como meio de prova; contudo, a ligação do criador com sua obra pode ser comprovada por outros meios de prova. Com a finalidade de evitar que terceiros se apropriem de obras alheias não registradas, a lei trouxe a facultatividade do registro. De qualquer forma, é recomendável que se faça o registro, mas o autor não será penalizado se não o fizer, apenas poderá sofrer transtornos tentando provar que é sua criação, se alguém resolver utilizá-la sem apropriação.⁵⁷

Nesse sentido, cabe destacar que uma das propostas apresentada sobre a revisão da legislação autoral diz respeito exatamente sobre o modo de aquisição

⁵⁶ TRIDENTE, Alessandra. **Direito Autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.p.107-109.

⁵⁷ KRETSCHMANN, Ângela. **Dignidade Humana e Direitos Intelectuais: Re(visitando) o Direito Autoral na Era Digital**. Florianópolis: Millennium, 2008.p.149.

desse direito, que passaria a depender da formalização de um registro, semelhante ao que ocorre com os direitos de propriedade industrial. Dessa forma, busca-se evitar uma série de transtornos, prejuízos e injustiças decorrentes da falta de registro. Porém, esclarece-se que o registro é um meio de prova relativo, visto que não consegue garantir a autoria de forma absoluta. Em um processo relativo a questionamento de autoria, também são levados em conta outros elementos fáticos. Além disso, o registro possui o mesmo valor probante em relação a uma testemunha ou outro documento qualquer. O artigo 19 da Lei 9.610/98 é que garante ao autor a faculdade de registrar sua criação. Para que se efetue o registro, é necessária a solicitação aos órgãos competentes. Cada órgão fica responsável pelo registro de determinadas obras. As partituras musicais são registradas na Escola de Música da UFRJ (Universidade Federal do Rio de Janeiro); as obras literárias, revistas ou qualquer espécie de texto podem ser registradas no Escritório de Direitos Autorais da Fundação Biblioteca Nacional (EDA-FBN). A Escola de Belas Artes da UFRJ faz o registro de obras como pinturas, escultura, desenho, assim como de obras fotográficas.

Para que as obras possam usufruir dessa proteção legal, é necessário que estejam dentro do prazo de proteção fixado pela lei, que estejam fixadas por qualquer meio ou suporte e que sejam consideradas originais, ou seja, não podem ser réplicas ou reproduções de outras já existentes. No último caso, sempre gerou muita controvérsia o conceito de originalidade, por parte da doutrina e dos operadores do direito, como explica Eliane Abrão:

A conceituação de originalidade demandou boas doses de discussão, e mais, ainda, de tinta, de doutrinadores e magistrados, dada a ausência de conceituação legal. Mas não se conseguiu sair do campo da subjetividade. O original presta-se tanto ao conceito de novidade- o que em matéria de criações do espírito é tão relativo quanto contingente-, como ao conceito de matriz, e é nesta última que se encaixam as convenções internacionais, mormente as direcionadas pelo sistema de obra publicada [...]. A obra que dá origem a uma série de outras semelhantes, inaugurando uma tendência, retira das demais a igual condição de serem originais, no sentido de novas? Não, porque o que realmente distingue uma obra de outra é a sua identidade, a sua individualidade, resultado criativo da combinação de diferentes elementos comuns. Por outro lado, as tendências históricas,

culturais e de mercado constituem-se em espécie de bússola de novas obras, sendo impossível apurar aquele que seria pioneiro.⁵⁸

Deve-se destacar que a originalidade não se refere á inovação quanto ao assunto, forma ou maneira de criar, pois as idéias e formas são heranças que carregamos no nosso inconsciente coletivo. A partir disso, constata-se que o objeto de proteção é a expressão pessoal do autor que se exterioriza através de uma obra de arte. O artista é aquele que se utiliza do que já existe para criar algo novo, deixando sua marca pessoal.

Percebe-se, então, que se adota o termo original no sentido de que a obra contenha elementos criativos, sendo a criação a condição de proteção e não a originalidade em relação ao universo das obras criativas, pois todas são dotadas de originalidade relativa. A Lei de Direitos Autorais (Art.7º, caput) define obra protegida como aquelas criações do espírito expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte; contudo, para que haja a devida proteção, a lei exige alguns requisitos:⁵⁹

- Que constem do rol do art.7º da Lei nº 9.610/98 e/ou do artigo 2 da Convenção de Berna; ou
- Que, por reconhecimento judicial, sejam consideradas criações do espírito;
- Que, por imposição legal, sejam consideradas criações do espírito;
- Que, em qualquer caso, se encontrem dentro dos prazos de proteção da lei aplicável á época de sua publicação.

A proteção das obras pode ser transmitida a terceiros, tendo em vista que os direitos patrimoniais podem ser transferidos pelo autor, total ou parcialmente, aos sucessores ou outros indivíduos convencionados por contrato. A transmissão, por contrato, se dá através de licenciamento, concessão, cessão ou outros meios legais. Na cessão, ocorre a transferência parcial ou total de forma definitiva da propriedade do bem imaterial. Pode-se comparar a cessão com uma compra e venda, se for

⁵⁸ ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.p.95.

⁵⁹ ABRÃO, Op. cit., p.95-97.

onerosa ou com uma doação, se for gratuita. Diferentemente da cessão, o licenciamento é temporário e quase nunca exclusivo. Nesse caso, mesmo que a licença seja total, o autor continuaria titular dos direitos patrimoniais. Sendo assim, na licença, o autor autoriza o uso, a exploração, sem que haja transferência de direitos. Da mesma forma, pode-se comparar o licenciamento com uma locação, se for onerosa ou com um comodato, se for gratuito. Na concessão, o autor ou titular concede uma delegação negocial para execução de serviços. O concessionário está autorizado a agir em nome do autor ou do titular, respeitando os limites de atuação previstos no contrato. Os direitos patrimoniais, como afirmado acima, podem ser transferidos *inter vivos* por cessão. “A transferência por cessão se dá somente através de contratos escritos, sempre comutativos e, salvo expressa disposição em contrário, onerosos.”⁶⁰ As licenças podem ser convencionadas oralmente.

Os direitos patrimoniais, ao contrário dos direitos morais, são temporários, com período estipulado pela lei de Direito Autoral. Isso significa que, passado determinado tempo de falecimento do autor, a sociedade passa a usar livremente as obras; porém, sempre respeitando os direitos morais dos criadores. Esse uso livre é denominado Domínio Público, que é regulado nos artigos 41 a 45 da Lei 9.610/98.

De acordo com as regras sobre Domínio Público, quando o autor falece, ocorre transmissão automática de direitos patrimoniais. No Brasil, a proteção aos direitos patrimoniais do autor perdura por toda sua vida, e mais setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao seu falecimento. Se a obra for criada por mais de um autor, o prazo é contado a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao do falecimento do último co-autor vivo. No caso de obras póstumas, a proteção incide sobre o período que intermédia a publicação e os setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao do falecimento. Por exemplo, se uma obra de autor falecido for publicada no décimo ano de sua morte, a obra terá sessenta anos restantes de proteção. No caso das obras publicadas anonimamente ou sob pseudônimos, o prazo de setenta anos é contado a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da publicação da obra. Protege-se a obra, portanto, independente de quem seja seu autor. Quando este resolver apresentar-se, o

⁶⁰ ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.p.133.

exercício desse direito, que era feito por quem a publicara, passa a sê-lo pelo próprio autor, desde que se dê a conhecer dentro do prazo que intermídia a publicação da obra ainda anônima e os setenta anos contados desse fato. Destaca-se que a obra de autor anônimo possui tratamento jurídico diverso daquele de obra de autor desconhecido. Nessa situação, por ser inviável a identificação do titular, a obra cai em domínio público.⁶¹

Em suma, até setenta anos após a morte do autor, as obras permanecem protegidas, cujo exercício desse direito é de responsabilidade dos herdeiros legais do autor. Esse prazo terminará sempre no último dia do ano. Após esse tempo, a obra cai no chamado Domínio Público, pertencendo a coletividade. A partir desse momento, não haverá nenhuma restrição comercial para o uso das obras. Portanto, Domínio Público significa que qualquer um pode usar a obra sem autorização e sem precisar pagar qualquer valor pecuniário, pois não há titular exclusivo da mesma. A existência do prazo de proteção dos direitos patrimoniais tem como justificativa a defesa dos interesses sociais, já que a sociedade certamente teria seus direitos prejudicados se o autor ou seus sucessores mantivessem perpetuamente tais direitos, pois tal situação dificultaria a difusão da cultura e do conhecimento. Certamente, a obra é resultado da interação entre autor e a humanidade, a qual lhe fornece matéria-prima para construção de qualquer criação, contribuindo para a existência das obras.

Porém, esse prazo de setenta anos ultrapassa o prazo previsto na Convenção de Berna, que é de cinquenta anos. O prazo de proteção maior da lei brasileira demonstra um avanço desnecessário de interesses privados sobre o Domínio Público. Sem dúvida, que esta regra acaba dificultando a concretização da Função Social do Direito de Autor.⁶² Já os direitos morais são protegidos enquanto o autor estiver vivo, sendo transmitidos aos sucessores, apenas os direitos que constam nos incisos I a IV do artigo. 24 da lei, conforme já mencionado na seção anterior.

⁶¹ ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p.129-132.

⁶² WACHOWICZ, Marcos (Coord.). **Por que mudar a Lei de Direito Autoral? Estudos e Pareceres**. Florianópolis: Editora Funjab, 2011.p.18.

3 O DIREITO DE AUTOR NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A sociedade da informação transformou a realidade mundial, a qual hoje se caracteriza pela rapidez dos avanços tecnológicos, pela interação da informática, das telecomunicações e do audiovisual. Para que esse cenário se construísse, a Internet teve papel fundamental, pois impulsionou o desenvolvimento do conhecimento e a difusão da informação, facilitando a comunicação e o acesso aos bens culturais. Nesse sentido, o computador e a Internet passaram a ser uma poderosa fonte de informação cultural e educacional. Afirma-se, portanto, que a Revolução Tecnológica das últimas décadas causou grandes efeitos sociais e culturais, surgindo, como isso, uma urgente necessidade de inclusão informacional.

É possível dizer que estamos vivendo a construção de um novo paradigma social, o paradigma cultural, em que o volume e o fluxo de informações disponível alcançaram dimensões jamais vistas. O sujeito dessa nova realidade social, ao passar a perceber o mundo em termos culturais, não poderá ficar refém de Estados, de grupos ou de determinadas classes, pois é sua individualidade e o acesso a bens culturais que irão ditar o futuro da humanidade na sociedade da informação.⁶³

Nessa nova realidade tecnológica, é possível o compartilhamento constante de arquivos entre os usuários, desde livros até músicas. Muitas vezes, esse compartilhamento é feito sem o conhecimento ou autorização dos autores das obras. Essa prática comum nos meios digitais tem sido hoje o foco das discussões sobre propriedade intelectual, pois ela seria a responsável pelas constantes violações do Direito de Autor. Nesse contexto, nasce o conflito entre os autores que querem ver seus direitos, previstos na Constituição Federal e na Lei 9.610/98, de fato respeitados, e a sociedade com sua necessidade crescente de obter informação, cultura, diversão e entretenimento.

Tendo em vista as idéias expostas acima, procura-se analisar nesse capítulo os diferentes paradoxos do direito autoral. Esse direito nasceu de um privilégio concedido aos editores para a impressão de livros, e que mais tarde tornou-se um direito de propriedade dos criadores. Essa proteção dada aos autores tem a finalidade de garantir um retorno econômico para o autor e de estimular novas

⁶³ TRINDADE, Rangel Oliveira; SILVA, Rodrigo Otávio Cruz e. **O Direito Fundamental de Acesso à Cultura e o Compartilhamento de Arquivos Autorais no Ambiente Digital**. Disponível em: <<http://www.direitoautoral.ufsc.br/gedai/gedai-artigos/>>. Acesso em: 13 de Jul. 2012.

criações. Contudo, o uso exclusivo das obras pelo autor de forma exacerbada pode torná-las inacessíveis ao público em geral, dificultando o acesso à cultura e desestimulando novas criações. Assim nasce o conflito entre o Direito fundamental do Autor e o Direito fundamental de acesso à Cultura. Também não é menos conflituosa a relação entre o Direito de Autor e as novas tecnologias, as quais contribuem para a divulgação e difusão de obras intelectuais, aumentando sua comercialização. Mas, por outro lado, elas acabam facilitando as utilizações ilícitas das obras protegidas. Por último, busca-se questionar se a atual lei de direito autoral brasileira (Lei 9.610/98) ainda é capaz de mediar e de resolver novos conflitos surgidos na nova sociedade de informação. O mundo mudou e produziu novos desafios, o que exige uma legislação moderna que consiga refletir os anseios da nova realidade social.

3.1 O direito fundamental de acesso à cultura e o direito de autor

A evolução da humanidade sempre esteve ligada ao desenvolvimento da cultura. A própria construção psíquica do homem se dá através da interação homem e meio cultural, por isso mesmo se afirma que o homem desprovido de cultura tem a sua dignidade humana ofendida. Diante de constatação tão relevante, foram sendo desenvolvidos, ao longo dos tempos, novos instrumentos legais de proteção e de difusão da cultura a fim de que todos pudessem ter acesso a ela. Assim, a Unesco em dois de novembro de 2001, através da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, reconhece a importância da cultura e da sua diversidade para a humanidade. A Constituição Federal brasileira também prevê a mesma importância para a cultura como se verá a seguir.

O direito fundamental de acesso à cultura não está previsto expressamente no Art. 5º da Constituição Federal de 1988; contudo, há várias previsões sobre a sua promoção, sendo dever dos entes públicos proteger e incentivar a cultura. Além disso, ela reserva uma seção específica a esse tema, cujo título é “Da Cultura”. Têm-se, assim, os seguintes artigos constitucionais específicos sobre a matéria.

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

V- [...] proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência.

Art. 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.

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

III- as criações científicas, artísticas e tecnológicas.⁶⁴

Pela análise dos artigos, percebe-se que a cultura é amplamente protegida pela Constituição Federal. Nesse sentido, as obras intelectuais são instrumentos essenciais para atingir os fins culturais, assim como educacionais previstos nas normas constitucionais. Pode-se afirmar, por conseguinte, que o direito de acesso à cultura tem atribuição de direito social fundamental de segunda geração. Em vista disso, o acesso às obras intelectuais não poderá ser restringido, nem dificultado. Além disso, mesmo não havendo previsão expressa, a doutrina, ainda assim, entende que existe um direito fundamental de acesso à cultura. Dessa forma leciona o jurista José Afonso da Silva nas palavras de José Ascensão:

José Afonso do Silva estudou aprofundadamente o tema e concluiu que as normas que contemplam o acesso à cultura são normas de eficácia limitada, pois postulam concretização legislativa posterior. Mas acrescenta: “Não são destituídas de eficácia, porque não são simples direitos de legislação, mas direitos constitucionais atuais e fundamentais, porque devem ser compreendidos dentro do complexo marco dos direitos humanos”. Invoca a Declaração Universal dos Direitos do Homem e observa: “a própria Constituição oferece algumas condições de aplicação imediata”.⁶⁵

Por outro lado, a carta magna também prevê, no artigo 5º, inciso XXVII, o direito fundamental do autor, o qual possui o direito exclusivo de utilizar, publicar e reproduzir suas obras. Essa proteção constitucional está baseada na idéia de que ao autor cabe uma merecida recompensa pelo trabalho realizado com criatividade e talento; além de ser um incentivo para o desenvolvimento cultural de qualquer sociedade, pois a recompensa econômica estimula novas criações. Como bem ensina Eduardo Leite: “A proteção autoral é vista como uma forma de se proteger e

⁶⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 de outubro de 2012.

⁶⁵. ASCENSÃO, José Oliveira. Direito Fundamental de Acesso à Cultura e Direito Intelectual. In. SANTOS, Manuel J. Pereira (Coord.). **Direito de Autor e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011.p.10.

preservar a cultura de toda uma sociedade (nação), ganhando, por isso, interesse público, pois o que não é cultura senão a alma de um povo”.⁶⁶

Em relação a essa previsão normativa, cabe expor que doutrinadores como José Afonso da Silva, Guilherme Carboni e Manoel Gonçalves Ferreira defendem que somente o direito de paternidade da obra constitui um direito fundamental, visto que o verdadeiro criador de uma obra não pode renunciar dessa qualidade. Contudo, o Legislador Constituinte garantiu expressamente, como direito fundamental, o direito patrimonial do autor (Art.5º XXVII), sem fazer nenhuma menção explícita ao direito de paternidade do autor.

Então com a previsão Constitucional, procura-se defender um retorno econômico para o autor por seu trabalho e esforço criativo. Além disso, sempre se entendeu que o Direito de Autor tinha uma importante função na promoção da cultura, talvez por isso esses direitos tenham sido vistos, até então, como complementares entre si. Por essa razão, o Direito de Autor sempre foi e ainda é fortemente protegido. Contudo, na prática, é comum que essas normas entrem em conflito, pois visam proteger interesses, muitas vezes, divergentes. Diante disso, tem-se de um lado a sociedade, que busca informação, educação e cultura e, de outro, o autor, cujo trabalho criativo deve ser protegido e recompensado.

A respeito desse conflito de interesses, Allan Rocha de Souza ensina que a coexistência entre benefício concedido e o ônus suportado leva a conclusão de que existem dois grupos de interesses incidentes sobre a obra autoral protegida, que são, respectivamente, os coletivos e os individuais. A forte tensão entre os interesses públicos e privados é perceptível a partir da análise do conteúdo dos direitos autorais, visto que se tem, de um lado, o autor buscando proteção e interesse econômico de sua obra, e, de outro, a coletividade almejando a fruição desta mesma obra.⁶⁷

No confronto entre o Direito de Autor e os princípios constitucionais como, acesso á cultura ou á educação, argumenta-se que o Direito de Autor já prevê, em

⁶⁶ LEITE, Eduardo Lycurgo. **Direito de Autor**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p.187.

⁶⁷ SOUZA, Allan Rocha. **A Função Social dos Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2006.p. 20.

seu regime jurídico especial, normas que confirmariam e promoveriam esses princípios constitucionais de interesse público. Contudo, a grande crítica que se faz hoje a atual lei de Direito Autoral brasileira (Lei 9.610/98) é que ela não consegue promover de forma satisfatória tais princípios constitucionais. Esse assunto, em seguida, será tratado com mais detalhe, quando se analisará a lei autoral brasileira e a regulamentação da Função Social do Direito de Autor.

Acredita-se que os direitos inerentes aos seres humanos devem ser exercidos de maneira menos restritiva possível; contudo, é necessário que não se busque um caráter absoluto para esses direitos. Melhor dizendo, são absolutos em relação a sua titularidade, a sua inerência irrestrita ao ser humano; contudo, no que se refere ao seu exercício, não podem ser absolutos. Esse pensamento se apóia na idéia de que a vida em sociedade exige sacrifícios de todos os indivíduos, a fim de que a convivência em conjunto de torne a melhor possível. Constata-se que, ao limitar um direito em determinado caso concreto em função de outro, não se está o desconsiderando, mas sim o restringindo em alguma circunstância a fim de que se resolva um conflito. Portanto, esses limites são colocados quando se está diante de um caso concreto.

Percebe-se também que, muitas vezes, se usa como pretexto o fomento da cultura para se aplicar novas imposições a título de direito autoral. Nesse sentido, explica José Ascensão:

A defesa da cultura se faz com liberdade, e não com proibição [...]. Mas os direitos intelectuais representam exclusivos, e portanto restrições do espaço de liberdade. Devem por isso ser tão breves quanto possível, para se poder chegar ao ideal que é a liberdade do diálogo cultural [...]. No direito de autor, tal como corretamente foi entendido no início do século passado, há uma forte componente de interesse público. Durante todo o tempo de vigência do direito de autor o seu conteúdo deve ser moldado de maneira que a satisfação dos seus objetivos se faça com o menor prejuízo possível de outras finalidades, nomeadamente de ordem cultural.⁶⁸

O processo de expansão do Direito Autoral, marcado pelo aumento do número de obras protegidas causado pela flexibilização das regras de aquisição desse direito, pela ampliação dos prazos de exclusividade e pela extensão de seu

⁶⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.p. 135.

âmbito às obras derivadas, provocou uma diminuição na quantidade de bens culturais coletivos á disposição de todos, gerando um notável encolhimento do Domínio Público.⁶⁹ Sabe-se, contudo, que o desenvolvimento não somente cultural, mas educacional em geral e profissional ocorre através da disseminação de conteúdos constantes em obras protegidas pelo Direito Autoral.⁷⁰

O encolhimento do Domínio Público e a escassez de bens coletivos em matéria cultural causados pela expansão do Direito Autoral são prejudiciais ao progresso artístico e científico da humanidade, pois legalmente forçam os novos criadores a terem de pedir vênha aos criadores do passado para poderem criar. Esse paradoxo estrutural do Direito Autoral desmistifica a idéia recorrente de que quanto maiores forem os direitos de propriedade intelectual dos autores sobre suas obras, mais protegidos eles estariam e, conseqüentemente, mais garantido estaria o progresso humano. As regras jurídicas devem ser suficientemente vigorosas para estimular a produção de novas criações, mas não tão vigorosas a ponto de inviabilizar as criações seguintes.⁷¹

Diante dessas circunstâncias que inviabilizam a utilização justa das obras por parte da sociedade, deve-se perceber que o acesso á cultura representa, para cada indivíduo, uma forma de desenvolver sua dignidade e suas potencialidades e, para a sociedade, uma forma de estimular a criatividade e fomentar a criação de novas obras intelectuais. Em vista disso, tem-se que buscar um equilíbrio entre o interesse social e o Direito de Autor, que, através da diminuição de barreiras que dificultam (ou até mesmo impedem) o acesso aos bens culturais, atenda os fins sociais.

Quando ocorre conflito de princípios constitucionais, não raro a doutrina se vale dos ensinamentos de Robert Alexi, que assim leciona:

Quando dos princípios entran en colisión-tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según outro principio, está permitido-uno de los dos principios tiene que ceder ante el outro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio ni que em el principio desplazado haya que

⁶⁹ TRIDENTE, Alessandra. Direito Autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.p.101-102.

⁷⁰ ADOLFO, Luiz Gonzaga. Direito Autoral e Interesse Público: uma breve discussão preliminar; á guiza de provocação. In. BOFF, Salete Oro; PIMENTEL, Luiz Otavio (Orgs.). **Propriedade Intelectual, Gestão da Inovação e Desenvolvimento**. Passo Fundo: IMED, 2009.p. 81

⁷¹ TRIDENTE, Loc. cit.

introduzir uma cláusula de exceção. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al outro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedência puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que em los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio com mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo em la dimensión de la validez: La colisión de principios-como solo pueden entrar em colisión principios válidos-tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, em la dimensión del peso.⁷²

A partir dessa doutrina, havendo conflito entre o direito fundamental de acesso á cultura, assim como á educação e á informação, e o Direito de Autor, deverá ser realizado um balanceamento, uma pesagem de princípios de acordo com as peculiaridades do caso concreto, devendo ser sempre considerado o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico do país. Não se pretende propor uma redução do espaço de atuação da autonomia e liberdade privadas, mas uma mudança na forma de olhar esses princípios privados quando eles concorrem com interesses sociais específicos, como cultura, educação e informação. As obras autorais são instrumentos de informação e cultura, sendo fundamental seu uso em ambientes educacionais. O direito á educação não se esgota na disponibilização de espaços públicos que visem á instrução. Abrange também, pelo menos, a própria preparação intelectual do instrutor, além da existência e disponibilidade de material para uso pelos estudantes. A responsabilidade pela educação é de todos, Estado, família e sociedade em geral, já que os benefícios de uma sociedade efetivamente educada são compartilhados por todos, ainda que indiretamente. Tendo como base essa idéia, deve-se refletir sobre quais usos das obras devem ser permitidos e sob quais condições.⁷³

Paradoxalmente, por trás dessa oposição de lados, percebe-se uma interligação entre sociedade e autor, visto que a cultura é uma necessidade humana, através dela o ser humano se reconhece como tal, desenvolve suas potencialidades, por isso a importância das criações autorais para o desenvolvimento humano. O autor, da mesma forma, precisa de material humano para produzir suas criações. Na

⁷² ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.89. Apud NUNES, Simone Lahorgue. **Direito Autoral e Direito Antitruste**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.p 131.

⁷³ SOUZA, Allan Rocha. **A Função Social dos Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2006.p.145.

verdade, a sociedade é a matéria-prima de todo autor. Apesar dessa real ligação e dependência entre sociedade e autor, o conflito de interesses entre ambos ainda é presente. Isso gera um desafio para legisladores e doutrinadores no sentido de encontrar maneiras de equilibrar e harmonizar essas divergências. Talvez um dos caminhos possíveis seja a verdadeira efetivação da Função Social da Propriedade Intelectual, tendo em vista a importância do acesso livre a obras intelectuais, as quais são instrumentos responsáveis pelo desenvolvimento intelectual humano e também social.

3.2 Os reflexos das novas tecnologias no direito de autor

O Direito de Autor esteve relacionado, desde a origem, a uma nova invenção tecnológica- a prensa de Gutenberg- que possibilitou a fixação de textos em papel, permitindo sua reprodução em larga escala. Por consequência, é natural que este ramo do direito esteja intimamente ligado ao aperfeiçoamento tecnológico, visto que cada nova descoberta tecnológica faz ampliar as possibilidades de fixação das criações humanas em novos suportes comerciáveis, antes não existentes. Percebe-se claramente a preocupação dos textos legais em assegurar que a proteção do Direito de Autor se estenda não apenas aos suportes já existentes, como também aqueles que possam ser criados no futuro. Essa preocupação pode ser facilmente percebida no Art 7º da Lei Brasileira de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98):

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...

As ferramentas tecnológicas, ao mesmo tempo em que contribuem para o processo de expansão do direito autoral, também ameaçam os mecanismos de proteção que lhe são próprios. Se cada nova tecnologia torna possível novas formas de fixação de conteúdo, possibilita igualmente novas formas de reprodução de conteúdo não autorizado pelos titulares de direitos autorais, em outras palavras, aumenta a “pirataria” de material protegido. Nas palavras de Leonardo Poli:

Pode-se dizer, portanto, que essa evolução tecnológica gera uma crise nas instituições de Direito Autoral em decorrência da maior facilidade de fixação da obra em suportes materiais diversos, da possibilidade de fixação da obra em suportes intangíveis (digitais), da possibilidade de codificação de qualquer espécie de obra para sua representação digital, da maior facilidade

e velocidade na transmissão das informações e distribuição de obras, da possibilidade de interatividade do usuário com a obra, da descentralização da arquitetura da rede e de sua internacionalidade, da imprecisão do significado dos atos praticados por meios informáticos e do surgimento de novas categorias de obras intelectuais, de nova técnica de criação ou exteriorização de obras e de novas formas de utilização de obras.⁷⁴

De certa forma, o direito autoral permanece em constante conflito com as novas tecnologias. Exemplo emblemático disso foi a invenção das máquinas fotocopadoras, em 1937, tornadas comercialmente viáveis em 1950, pela Xerox. No mercado editorial, essa invenção foi recebida como uma perigosa ameaça. Nas batalhas legais entre os fabricantes de novas tecnologias e os titulares de direitos autorais, nenhum deles até hoje conseguiu aniquilar o outro. Jamais se impediu o progresso tecnológico em nome do Direito Autoral, tampouco se concretizou a prolatada morte do Direito Autoral por causa das novas tecnologias. Inversamente, prosseguiu a expansão de ambos, tanto da tecnologia quanto do Direito Autoral.⁷⁵

As tecnologias digitais aliadas à internet são a nova ameaça aos direitos autorais no século XXI. Essas novas tecnologias, diferente das anteriores, são capazes de reproduzir cópias de alta fidelidade e seu custo de produção é infinitamente inferior. Máquinas de Xerox permitiam a reprodução de cópias caras e de má qualidade, cuja distribuição é restrita e também cara. Já as tecnologias digitais aliadas à internet possibilitam a produção de cópias baratas, de qualidade perfeita, e que podem ser distribuídas a um número imenso de pessoas a custo zero. A popularização de tecnologias que permitem tamanha facilidade na reprodução e distribuição de cópias gerou grande apreensão entre os titulares de direitos autorais. Levada a sério a lei, o resultado seria a punição e encarceramento de milhares de pessoas. A ilegalidade generalizada impõe à comunidade jurídica o desafio de repensar as normas de Direito Autoral e coloca a sociedade diante de basicamente dois caminhos possíveis: agravar as sanções e aplicá-las ou modificar os parâmetros de proteção legal existentes. O primeiro caminho depara-se com um sério problema de legitimidade, pois em nome de que interesses seriam

⁷⁴ POLI, Leonardo Macedo. **Direito Autoral. Parte Geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.p.142-143.

⁷⁵ TRIDENTE, Alessandra. **Direito Autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.p.49-51.

recriminadas, pelo direito, condutas aceitas e praticadas por parcelas tão extensas da população?⁷⁶

Como destaca Ascensão:

A evolução da técnica, incessantemente mais acelerada, continuou a impor a evolução neste domínio. O aperfeiçoamento dos meios de reprodução acompanhara já a expansão do Direito de Autor no século XIX. Novos meios de comunicação e difusão alteram hoje a base deste ramo do direito. A situação artesanal do autor que isoladamente cria e individualmente autoriza esta ou aquela utilização sucede a cultura de massas, em que produtos são lançados para difusores e consumidores anônimos, sem hipótese nenhuma de se processar a autorização individual e prévia que as leis pressupõem. Toda a estrutura legal do Direito de Autor está hoje obsoleta.⁷⁷

Nos milhares de sites e blogs espalhados pelo mundo virtual, é possível encontrar textos, poesias, crônicas e até mesmo livros, na íntegra, de escritores, jornalistas, poetas. Inclusive, esse material, na maioria das vezes, não se encontra disponível no mercado editorial, nem tiveram autorização para serem divulgados. “Embora seja possível argumentar que tais casos não devam ser considerados violações do Direito de Autor por consistirem em utilizações não comerciais e sem intuito lucrativo de materiais protegidos, a Lei não faz essa ressalva ou distinção”.⁷⁸

Como destaca Ascensão: “Não há um princípio geral de que só é excluída a atuação de terceiros quando movida por intuito de lucro. A reserva ao autor de exploração econômica da obra pode levar a excluir atuações que ameacem aquele exclusivo, mesmo que não movidas por intuito lucrativo”.⁷⁹

Tendo em vista essas consequências, é necessária uma releitura conceitual das instituições de Direito Autoral, a fim de acompanhar a nova realidade tecnológica. Noções como de criação, de obra, de fixação, de reprodução, de contrafação, etc. não têm mais o mesmo conteúdo com que foram sistematizadas. Além disso, está sempre surgindo novas noções como armazenamento digital, a codificação, a visualização digital, o compartilhamento de informações, etc. Nesse

⁷⁶ TRIDENTE, Alessandra. **Direito Autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.p.60-66.

⁷⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed. ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.p.7.

⁷⁸ TRIDENTE, Op. cit., p.67.

⁷⁹ ASCENSÃO, Op. cit.,162.

sentido, constata-se que a Lei de Direitos Autorais não será suficiente para resolver as novas questões que foram impostas, visto que suas concepções permanecem cristalizadas, engessadas, e não porque a Lei não seja aplicável á criação ou utilização de obras em meio digital ou em rede.⁸⁰ No mesmo sentido, afirma Guilherme Carboni:

Acreditamos, portanto, que se não houver a reconstrução de uma nova modalidade de utilização da obras nas redes de informação, que englobe os atuais conceitos de reprodução e divulgação, ficarão comprometidas as condições de eficácia das normas de violação de direitos autorais previstas na Lei. 9.610/98.⁸¹

Por outro lado, apesar dos conflitos, é possível constatar que a internet também se tornou uma grande aliada na divulgação dos trabalhos de escritores e artistas em geral. Muitas vezes, o alto custo da produção e da distribuição de bens culturais limitava o número de participantes que teriam condições de ofertar seus bens. Com a internet, houve uma drástica redução desses custos, reduzindo as barreiras de acesso ao mercado criativo. Por permitir a participação de um elevado número de novos agentes no mercado de produção criativa, as novas tecnologias têm sido denominadas “mídias democráticas”, proporcionando uma “democratização da criatividade”. Dessa forma, muitas pessoas talentosas que não tinham condições de mostrar seu trabalho, hoje, contam com essa eficiente ferramenta de divulgação. As tecnologias digitais, portanto, permitem a qualquer pessoa se tornar seu próprio editor. Percebe-se, portanto, que muitos artistas independentes defendem as novas tecnologias, pois elas trazem uma maior visibilidade para suas criações, principalmente aos artistas iniciantes que não têm muitas oportunidades de mostrar seu trabalho dentro do sistema das grandes indústrias de conteúdo. Constata-se, por conseguinte, que essas tecnologias são instrumentos que incentivam a Democracia e Liberdade de Expressão, princípios protegidos pela Constituição Federal. Além disso, “há pesquisas que mostram que os consumidores tendem a adquirir determinado produto mais facilmente após tê-lo experimentado. Essas

⁸⁰ POLI, Leonardo Macedo. **Direito Autoral. Parte Geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.p.143.

⁸¹ CARBONI, Guilherme C. **O Direito de Autor na Multimídia**. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p.192.

tecnologias facilitam o acesso do consumidor ao produto e permite sua experimentação, seu uso”.⁸²

Destaca, Ângela Kretschmann, a relação entre consumidores e as novas tecnologias:

Por isso hoje já é maior o número de CDs vendidos através da internet do que nas lojas, e já vemos várias lojas fechando suas portas, em função da relação de custo e benefício. A internet passa a ser, por esse lado, mais um modo de publicação, mais um modo de divulgação, mais um modo de reprodução que precisa de autorização e, também, pagamento, a não ser que tenha havido declaração de gratuidade por parte do autor. Com isso, a internet não é apenas vista como vilã dos direitos de autor, antes como uma forma de aumentar o lucro dos autores.⁸³

Os autores, paradoxalmente, acabam estabelecendo uma relação de amor e ódio com as novas tecnologias. Se de um lado a internet traz prejuízos, pela impossibilidade de controle das utilizações não autorizadas, pela facilidade com que os direitos autorais são violados, de outro pode trazer grandes lucros aos autores, visto que, quanto maior divulgação da obra, maior a chance de comercializá-la. Nesse sentido, a autora propõe, como tentativa de resolução desse paradoxo, uma adaptação da legislação existente, buscando flexibilizá-la. Contudo, não é um projeto fácil de se colocar em prática, pois esbarra em interesses de agentes poderosos.

A polêmica situa-se entre o Direito de Autor que serve de proteção legítima à criação e ao criador intelectual, e aquela proteção que tem em vista outro fim, que não a própria motivação para a criação, em razão do respeito a ela, mas com o fim de enriquecimento com algo que efetivamente é um bom negócio. Neste caso, a tendência da indústria que ganha com isso é lutar pela preservação de regras tradicionais e impor limitações ao uso de obras através da internet e outras tecnologias que se inventem no futuro, e essa indústria é poderosa, a indústria que produz, administra e comercializa os bens culturais, a chamada indústria cultural, dominada por editores, gravadoras, produtoras de cinema.⁸⁴

Como afirmado acima, as novas tecnologias não devem soar tão agradável para as indústrias de distribuição de conteúdo que se consolidaram no século XX. O que se percebe, muitas vezes, é que os grandes inimigos das novas tecnologias acabam não sendo, os artistas, os escritores, mas as poderosas empresas de

⁸² PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.137.

⁸³ KRETSCHMANN, Ângela. **Dignidade Humana e Direitos Intelectuais: Re(visitando) o Direito Autoral na Era Digital**. Florianópolis: Millennium, 2008. p.234.

⁸⁴ KRETSCHMANN, Loc. cit.

distribuição de conteúdo que não querem perder seu mercado. Nesse cenário de disputa entre modelos de negócios, as indústrias de distribuição de conteúdo podem se utilizar do Direito de Autor como forma de censurar o discurso das novas tecnologias, impedindo o ingresso deles no mercado e assegurando um maneira monopolística de fazer negócio. Nesse sentido, o Direito de Autor atual pode, sim, ser um obstáculo à livre concorrência, conferindo a certos agentes de mercado posições monopolística intolerável, deixando, assim, o Direito de Autor de cumprir efetivamente com sua função social. Nesse cenário, o Direito Autoral acaba gerando também um conflito com o valor constitucional da livre iniciativa, pois ela se “corporifica” na livre concorrência, cuja essência é a não concessão pelo Estado de privilégios que comprometam a disputa equitativa entre os agentes econômicos na exploração de qualquer atividade.⁸⁵

Como dito, percebe-se hoje que o Direito de Autor tende a se fortalecer, com a finalidade de garantir o controle de conteúdos que circulam no novo ambiente digital, gerando uma superproteção. “Essa maneira de utilizar o Direito de Autor pode revelar um abuso, pois não se trata de um direito absoluto, visto que está submetido às limitações constitucionais inerentes à função social da propriedade”.⁸⁶

Afirma-se, também, que a idéia original de um Direito de Autor que protegesse autor, ao mesmo tempo genial e hipossuficiente, não encontra mais ressonância na sociedade atual. Bem pouco, porém, tem servido o Direito de Autor a esta figura que ele nasceu para proteger. Historicamente tem sido outros os principais beneficiários deste romântico direito. Hoje, o Direito de Autor serve, sobretudo, à indústria de entretenimento, aos grandes conglomerados de comunicação, às grandes editoras. Nas palavras de Branco Junior:

As leis de direitos autorais não visam mais proteger o poeta boêmio, o músico romântico, o pintor solitário (...). Hoje, não restam dúvidas, as leis de

⁸⁵ TRIDENTE, Alessandra. **Direito Autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.p.83-84

⁸⁶ SANTOS, Manuel J. Pereira. Princípios Constitucionais e Propriedade Intelectual- O Regime Constitucional do Direito Autoral. In. ADOLFO, Luiz Gonzaga; WACHOWICZ, Marcos (Coords.). **Direito da Propriedade Intelectual. Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes**. Curitiba: Juruá, 2006.p.28-29.

proteção aos direitos autorais cada vez mais se preocupam com as grandes corporações, com a indústria do entretenimento.⁸⁷

A proteção autoral, como se pode inferir, beneficia cada vez mais ao empresário da cultura ou da tecnologia, e, paradoxalmente, cada vez menos ao indivíduo que cria. Portanto, não se poderá falar mais em proteção do autor, mas em proteção do fornecedor de bens culturais. A tutela desse direito acaba deixando de ser um estímulo à criação para se transformar em um estímulo à comercialização. A inexistência de tratamento diferenciado entre autor e titular de direitos autorais faz com que a proteção legal beneficie o titular derivado, que não é, necessariamente, contratante débil.⁸⁸

Portanto, percebe-se que é cada vez maior a tensão, na Sociedade de Informação, tendo em vista a disputa acirrada entre o interesse público e os interesses privados, em especial de produtores e de empresas de comunicação pública, “pois são muito mais concentrados e organizados do que os interesses dos autores, parte mais diluída”.⁸⁹ Nesse sentido, explica Joost Smiers:

La situación cultural en el mundo es menos alentadora de lo que puede parecer a primeira vista. Los grupos culturales tienen un control excesivo de la producción y promoción de gran parte Del panorama artístico. Controlan el copyright de una cantidad cada vez mayor de obras de arte. La mayoría de los artistas no tiene éxito económico.⁹⁰

Pelo que foi exposto acima, percebe-se que as indústrias culturais são, na verdade, as maiores interessadas na manutenção de uma legislação autoral ainda mais rígida, visto que a maior parte do lucro da produção artística a elas se destina. Portanto, não cabe responsabilizar apenas as novas tecnologias pelo menor faturamento do artista. O processo de desenvolvimento tecnológico é inevitável, o que obriga os interessados envolvidos nessa nova realidade encontrar novas formas de garantir uma remuneração justa para o autor. Nesse sentido, é importante destacar que não se busca retirar do autor o devido reconhecimento de seu direito autoral, o que se questiona é o monopólio abusivo do direito de autor pelas grandes

⁸⁷ BRANCO JUNIOR, Sérgio Vieira. **Direito Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias**. Rio de Janeiro: Lúmem Júris, 2007.p.59 e 175.

⁸⁸ POLI, Leonardo Macedo. **Direito Autoral. Parte Geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.p.80.

⁸⁹ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral: Da Antiguidade á Internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.p. 308.

⁹⁰ SMIERS, Joost. **Um Mundo sin Copyright. Artes y médios em la globalización**. Tradução de Julieta Barba y Silvia Jawerbaum Barcelona: Gedisa editorial,2006.p.227.

empresas, o que muitas vezes inviabiliza o acesso a bens culturais, os quais são fundamentais para o enriquecimento da diversidade cultural e o desenvolvimento social. Na realidade, é necessário que cada uma das partes faça concessões, visto que a sociedade da informação, com sua revolução digital, é uma realidade irreversível. Então, é preciso compreender que esse ambiente digital serve para o autor como um novo mercado para exploração e para divulgação de suas obras, favorecendo, dessa forma a promoção da criatividade e da cultura.

Mas, por enquanto, o ordenamento jurídico continua sendo surpreendido com a dinâmica estimulada pelas novas tecnologias, cuja capacidade de gerar fatos novos imobiliza o legislador, incapaz de acompanhá-la. Nesse sentido, o Direito de Autor encontra-se no centro das atenções, porque a ciência do direito com seus primados clássicos, sua lógica hierárquica, territorial e burocratizada, não concebe respostas satisfatórias para a solução de conflitos da era digital.⁹¹

3.3 A necessidade de revisão da legislação brasileira em relação à nova sociedade da informação

Esta parte do trabalho tem como finalidade apresentar as principais críticas em relação à atual lei de direito autoral, efetuadas por especialistas em direito autoral, pelo Grupo de Estudos de Direito Autoral-GEDA, assim como pelo Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual. Essas críticas têm servido de embasamento para as atuais propostas de revisão da lei. Para os especialistas, a atual legislação autoral não permite que sejam atendidas as demandas sociais, nem que se resolvam os novos conflitos surgidos no ambiente digital. Além disso, será analisada, sob determinados aspectos, a proposta de revisão da lei de direitos autorais, apresentada pelo Ministério da Cultura (MinC).

Essa lei foi criada na década de noventa, inserida em um contexto internacional de reforma do sistema de proteção da propriedade intelectual, promovida pelo acordo de TRIPS da OMC. Nesse contexto, surgiu, no sistema autoral brasileiro, a idéia de que quanto mais rígidas fossem as leis, mais protegidos

⁹¹ WACHOWICZ, Marcos. Revolução Tecnológica e a Propriedade Intelectual. In. PIMENTA, Eduardo Salles (Coord.). **Direitos Autorais: Estudos em Homenagem a Otávio Afonso dos Santos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.p.228.

estariam os autores e mais segurança teriam os investidores. Contudo, com o passar dos anos, percebeu-se um desequilíbrio entre os direitos conferidos pela lei aos titulares dos direitos autorais e os direitos da sociedade de ter acesso ao conhecimento e à cultura. Além disso, constatou-se que a Lei 9.610/98 é ainda mais rígida que a anterior. Buscou o legislador brasileiro combater a ineficácia da antiga lei através da aprovação de outra ainda mais rígida; porém, o que se verificou foi um aumento da ineficácia. Segundo Leonardo Poli, “quando se questionam as razões pelas quais a Lei de Direitos Autorais Brasileira é pouco observada na sociedade, não há como não incluir a excessiva rigidez da lei, que quer proibir tudo e acaba não proibindo nada”.⁹² Portanto, é preciso conciliar vários interesses, como o dos trabalhadores criativos (autores), dos investidores (parte necessária da cadeia produtiva de obras culturais) e do público. Esse último detém interesses sociais legítimos de acesso à cultura. Portanto, a revisão da Lei Autoral é necessária para um novo equilíbrio entre os interesses públicos e privados.

Essa rigidez normativa foi aprovada com o intuito principal de proteger e de beneficiar os autores e, dessa forma, incentivar a produção artística. Contudo, o paradoxo desse pensamento reside no fato de que, quanto maior a rigidez, mais inviáveis se tornam as criações futuras, pois, para o processo de criação, é necessário utilizar signos, conceitos de comunicação já existentes. Isso, porém, só é possível se os criadores anteriores tornarem acessíveis tais meios de comunicação, o que, na prática, não tem ocorrido, haja vista a rigidez normativa anteriormente mencionada.

Por outro lado, essa lei foi criada na década de noventa, momento em que as novas tecnologias ainda não possuíam a influência que têm hoje na sociedade. Com o tempo, elas modificaram a forma como as pessoas se comunicavam. As novas tecnologias possibilitaram a conversão do sistema analógico para o sistema digital, o que permitiu uma grande redução dos custos de produção e de reprodução de bens culturais. Para Guilherme Carboni, “a atual lei autoral já nasceu de forma defasada, visto que não conseguiu atender a uma nova realidade tecnológica, pois utilizou os

⁹² POLI, Leonardo Macedo. **Direito Autoral. Parte Geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.p.76.

mesmos princípios aplicados, em obras analógicas, nas obras digitais. Porém, tais princípios são incompatíveis”.⁹³

O impacto das novas tecnologias da informação, em especial após a massificação da internet, possibilitou uma ampla difusão do uso de obras protegidas pelo Direito Autoral, a tal ponto que os tradicionais modelos de negócios encontraram-se superados. Essa nova realidade gerou uma verdadeira disputa de interesses predominantemente econômicos, em que os intermediários, donos do conteúdo digital das obras, postulam o avanço de medidas que aumentem a proteção de direitos autorais. A atual legislação autoral decorre de um pensamento jurídico econômico maximalista, cujo binômio máxima proteção do investimento implicaria necessariamente em máximo desenvolvimento, a tal ponto de ser a Lei 9.610/98 uma das mais rígidas e restritivas do mundo.⁹⁴

Portanto, a Lei 9.610/98 resultou de um longo processo de elaboração na década de noventa, em um contexto pré-digital. Logo, tende a superproteger os interesses do titular dos Direitos Autorais, que não é necessariamente o autor. Uma lei menos restritiva possibilitaria maior acesso do público às obras, estimulando a cultura, e maiores oportunidades aos autores, muitas vezes anônimos e desconhecidos por ausência de interlocutor. Nesse sentido, acrescenta Marcos Wachowicz:

Tal característica causa problemas com os usos possíveis de obras autorais no ambiente digital. O mundo digital trouxe consigo a democratização dos custos de se produzir e distribuir cultura. Ao criar travas ao acesso à cultura e ao conhecimento, gera insegurança jurídica aos usos possíveis de obra, tanto pelos usuários, como aos próprios autores, e, portanto, ao próprio investidor; ou seja, à sociedade em geral. As imperfeições nessa lei geram lacunas e os usos legítimos ficam prejudicados. A Lei 9.610/98 não preenche as demandas sociais para o fim aquela se destina, dificultando os meios de acesso, de divulgação e limitando o domínio público e, por isso sua revisão deve considerar a inclusão dos novos institutos e das novas tecnologias.⁹⁵

⁹³ CARBONI, Guilherme C. **O Direito de Autor na Multimídia**. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p.51.

⁹⁴ WACHOWICZ, Marcos. A Revisão da Lei Brasileira de Direitos Autorais. WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manuel J. Pereira (Orgds). **Estudos de Direito de Autor: A Revisão da Lei de Direitos Autorais**. Florianópolis: Editora Boiteux, 2010.p.77.

⁹⁵ Idem. **Por que mudar a Lei de Direito Autoral? Estudos e Pareceres**. Florianópolis: Editora Funjab, 2011.p.22.

Para o mesmo autor, a Lei de Direitos Autorais poderia buscar um maior equilíbrio entre as ordens constitucionais de proteção aos direitos autorais e de garantia dos direitos culturais e pela promoção do desenvolvimento nacional. O texto da lei poderia conter expressamente os princípios constitucionais e normas relativas à livre iniciativa, à defesa da concorrência e do consumidor, semelhante ao que foi feito pelo legislador infraconstitucional no art. 1º da Lei 8.884/94, o qual elenca os primados constitucionais de interpretação da lei que disciplina as infrações contra a ordem econômica. Além disso, constata-se que é totalmente necessária uma revisão da lei em relação ao justo uso de obras para fins educacionais sem que se constitua ofensa aos direitos autorais. Não seria, portanto, ofensa ao Direito de Autor a reprodução, distribuição e a comunicação de obra protegida, inclusive sem prévia autorização do autor, para fins educacionais, didáticos, informativos, de pesquisa, desde que feita na medida justificada para o fim a que se destina, sem prejudicar a exploração da obra utilizada e nem causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor. Assim, essa inclusão de cláusula geral na Lei permitiria a utilização das limitações face as novas necessidades educacionais, de pesquisa, surgidas com o tempo, e autorizaria a utilização e reprodução com finalidades de pesquisa e educação.⁹⁶ O autor defende também a digitalização dos acervos e do patrimônio histórico-cultural quando houver necessidade de conservação, de preservação de qualquer obra, sem finalidade comercial, desde que realizada por Bibliotecas Públicas, museus ou cinematecas. Pela atual legislação brasileira, é vedada a reprodução ou digitalização de acervos bibliográficos existentes nas inúmeras bibliotecas públicas e privadas. No Brasil, tal prática é considerada uma contrafação, mas é legalmente permitido e realizado largamente em outros países.

Na lei de Direito Autoral, predominam os dispositivos de proteção ao autor, a qual possui poucas e restritas limitações, quase todas elencadas no artigo 46. Certamente a problemática das limitações aos direitos autorais constitui um dos tópicos mais polêmicos dentro de uma revisão da lei. Esse artigo possui redação extremamente restritiva, com a justificativa de proteger o autor de usos indevidos e,

⁹⁶ WACHOWICZ, Marcos. A Revisão da Lei Brasileira de Direitos Autorais. WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manuel J. Pereira (Orgds). **Estudos de Direito de Autor: A Revisão da Lei de Direitos Autorais**. Florianópolis: Editora Boiteux, 2010.p.89.

consequentemente, de prejuízos patrimoniais; contudo, tais limitações, na verdade, têm impedido que a sociedade tenha direito a usos justos da obra, como para estudar, pesquisar. Nesse sentido, Manuel Pereira dos Santos ensina:

A problemática das limitações aos direitos autorais constitui um dos tópicos mais polêmicos dentro de uma eventual revisão da lei básica. Contudo, parece hoje inegável que o artigo 46º necessita de ajustes de caráter principiológico e redacional. De início, cabe destacar que o dispositivo legal deveria conter, além das exceções expressas, uma cláusula geral permitindo outros tipos de usos que não prejudiquem a exploração comercial da obra nem causem prejuízos injustificados aos legítimos interesses dos titulares.⁹⁷

Além disso, a lei não prevê especificidades relativas ao mundo digital. *A priori*, o intérprete deve aplicar os dispositivos ali existentes às situações conflitantes, em virtude do caráter geral da lei. Sendo assim, aplica-se, por exemplo, a previsão de que qualquer reprodução, edição e/ou distribuição da obra dependem de autorização expressa do autor, desconsiderando-se que tal dispositivo não está adaptado à realidade virtual. Tal aplicação demonstra uma interpretação restritiva e absoluta da lei, mantendo-se a prioridade de defesa dos interesses do autor. No entanto, esse procedimento não se verifica na prática, pois uma aplicação literal da lei caracterizaria produzir um grande retrocesso para o atual processo de desenvolvimento tecnológico, o que não é desejável, tampouco possível.

Sob o fundamento de que a atual redação da Lei de Direitos Autorais seria demasiadamente favorável ao titular de obras intelectuais protegidas pelo Direito de Autor, convertendo-se em verdadeiro instrumento de exclusão digital e dificultando o acesso de parte relevante da população aos bens culturais, o Ministério da Cultura decidiu apresentar uma proposta de anteprojeto de lei. Essa proposta foi submetida a consulta popular, sendo que as manifestações alegavam a excessiva proteção aos titulares do Direito de Autor em detrimento das garantias constitucionais do acesso à cultura e ao conhecimento. A tônica principal do anteprojeto é a flexibilização dos direitos autorais. Para isso, ele aumenta significativamente o rol de exceções ao direito de exclusividade do autor sobre a sua obra, contido atualmente no artigo 46 da Lei de Direitos Autorais. Em linhas gerais, as novas exceções prevêem a

⁹⁷ SANTOS, Manuel Pereira dos. Principais Tópicos para uma Revisão da Lei de Direitos Autorais Brasileira. In. **Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (ABPI)**, n°100, mai./jun. 2009.p.64.

possibilidade de reprodução, por qualquer meio ou processo, de obra legitimamente adquirida, desde que feita em um só exemplar e pelo próprio copista, para seu uso privado e não comercial. A segunda alteração permite a reprodução de obras por museus, bibliotecas e centros de documentação como forma de permitir a sua conservação. Trata-se de uma inovação que segue o exemplo de inúmeros países, tendo como efeito prático fazer com que as obras se tornem mais acessíveis a um maior número de pessoas. Além dessas exceções, o anteprojeto propõe que não se caracterize ofensa aos direitos autorais o uso, por terceiro, de qualquer obra que seja utilizada na medida justificada para o fim a se atingir, ou seja, não prejudique a exploração normal da obra utilizada, não cause prejuízo injustificado aos autores. Trata-se da adoção da regra dos três passos (ou doutrina do *fair use*, como é conhecida nos Estados Unidos), que constitui uma cláusula aberta a ser aplicada caso a caso de acordo com as peculiaridades do fato concreto. O anteprojeto também prevê hipóteses de licenças, no caso das chamadas obras órfãs, que são aquelas obras que ainda não pertencem ao domínio público, mas cujo autor não pode ser encontrado. Nesse caso, se o requerente provar que fez uma busca razoável e de boa-fé pelo Autor, o MinC poderá conceder uma licença não exclusiva para a exploração do direito, mediante remuneração a ser estabelecida pelo MinC e eventualmente paga ao Autor, caso localizado, ou ao Fundo Nacional de Cultura, se o Autor não for localizado após dez anos da concessão da licença. Por fim, o anteprojeto prevê uma mudança polêmica que é a possibilidade de os provedores de hospedagem serem responsabilizados, solidariamente por danos decorrentes da colocação à disposição do público de obras e fonogramas por terceiros, sem a autorização de seus titulares caso notificados pelo titular do direito violado, não tornarem o conteúdo indisponível dentro do prazo razoável. Ao ser notificado, o provedor poderá manter a sua disponibilização, caso entenda que não procede o pleito, hipótese que o tornará solidariamente responsável por eventuais danos sofridos pelo notificado, ou tornar o conteúdo indisponível. Nessa última hipótese, o provedor deverá informar o responsável pela disponibilização do conteúdo sobre a notificação. Nesse caso, o responsável pelo conteúdo poderá contranotificar o provedor requerendo a manutenção do conteúdo, desde que assumam a responsabilidade exclusiva por eventuais danos causados. Essa é uma solução diversa da adotada pelo anteprojeto da lei do Marco Civil Regulatório da Internet que

se utilizou do princípio “*notice and take down*”, pelo qual o provedor de hospedagem somente tem obrigação de remoção do conteúdo após o recebimento de ordem judicial válida, e, por consequência, somente se tornará solidariamente responsável se não der cumprimento á ordem judicial. Percebe-se que esse anteprojeto do Marco Civil visa a garantia da livre manifestação do pensamento e da expressão. Evita-se, com isso, que o provedor, notificado extrajudicialmente sobre determinado conteúdo, avalie sua licitude ou ilicitude, exercendo prerrogativa do Poder Judiciário. Portanto, a análise do anteprojeto revela que a maior parte das alterações propostas é positiva e tornará a Lei de Direitos Autorais mais moderna e em conformidade com os princípios adotados internacionalmente.⁹⁸

As transformações tecnológicas que ocorrem quase diariamente afetam o ordenamento jurídico, derrogam leis, tornando anacrônicas muitos regulamentos, os quais acabam não mais refletindo a nossa realidade. Cabe destacar que qualquer modificação que se proponha hoje não será uma solução pronta e acabada a todos os conflitos. Ao contrário, será um ponto de partida para uma nova análise dos problemas, buscando uma nova forma de compreendê-los e solucioná-los, pois, em plena era digital, poderão surgir novos conflitos que ensejarão novos questionamentos quanto á validade da lei existente. Nesse sentido, surge a importância da interpretação das leis no momento de aplicá-las, visto que diante de fatos novos deve-se ampliar a abrangência da lei a fim de enquadrar novas exigências da sociedade, evitando, dessa forma, o colapso do sistema.⁹⁹

O Direito Autoral na Sociedade da Informação deve ser um instrumento de desenvolvimento, de difusão da cultura, promovendo o conhecimento e a educação. Os bens intelectuais não podem ser reduzidos a um mero produto das indústrias criativas, os quais serão consumidos pelas massas. Muito pelo contrário, os bens culturais têm papel fundamental na formação do indivíduo, na produção cultural de uma nação. Dessa forma, uma legislação adequada é fundamental para que uma sociedade consiga construir uma cultura democrática acessível a todos.

⁹⁸ GIACCHETTA, André Zonaro. A Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviço de Internet e o Anteprojeto de Reforma de Lei N° 9.610/98 (“Lei de Direitos Autorais”). In. **Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (ABPI)**, n°117, mar./abr. 2012.p.25-29.

⁹⁹ CABRAL, Plínio. **Revolução Tecnológica e Direito Autoral**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.p.19.

4 A REGULAMENTAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO DE AUTOR

Nos capítulos anteriores, examinou-se, sob a perspectiva da Função Social do Direito de Autor, a estrutura do Direito de Autor, os desafios enfrentados por esse Direito frente às transformações tecnológicas na Sociedade de Informação e a necessidade de uma legislação autoral que, de fato, possa refletir essa nova sociedade digital. Nesse capítulo, será analisado, de forma mais detalhada, a Função Social do Direito de Autor, a qual tem como finalidade, além de incentivar a produção intelectual, garantir que o interesse público de acesso à cultura, à informação e ao conhecimento possa ser efetivado. Sabe-se que não se pode menosprezar a tutela do autor sobre suas obras, visto que é um instrumento de incentivo à criação; porém, essa proteção deve ocorrer em harmonia com os direitos fundamentais que tutelam os interesses sociais, em especial aos direitos de acesso à informação, cultura e educação. Portanto, tendo em vista esse equilíbrio, busca-se analisar, neste capítulo, os instrumentos necessários para a regulamentação da Função Social do Direito de Autor na legislação brasileira. Esses instrumentos servem para restringir o Direito de Autor, a fim de que se possa atender os interesses da coletividade, e não apenas os interesses individuais dos autores ou dos titulares derivados desses direitos, como editoras, gravadoras. Guilherme Carboni¹⁰⁰ classifica esses instrumentos de restrição em restrições intrínsecas e restrições extrínsecas ao Direito de Autor. As restrições intrínsecas se referem à extensão da proteção autoral, e incluem o próprio objeto e duração do direito de autor, assim como as limitações expressamente previstas em lei. Nesse sentido, busca-se verificar o que são e para que servem essas limitações impostas ao Direito de Autor pela lei. Posteriormente, será examinada a forma como são aplicadas essas limitações no sistema legislativo brasileiro, o qual segue a tradição do *droit d'auteur*, fazendo um paralelo com o sistema de *copyright* de limitações, conhecido como *fair use*. Por fim, serão analisadas as restrições extrínsecas, as quais se referem ao exercício do Direito de Autor, ao abuso desses direitos e aos conflitos entre Direito de Autor e a livre concorrência, o direito de acesso à cultura, à informação. Essas restrições visam a possibilidade de aplicação da função social da propriedade e dos contratos ao Direito de Autor.

¹⁰⁰ CARBONI, Guilherme. **A Função Social do Direito de Autor**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.p.147.

4.1 Limites ao direito de autor

No capítulo anterior, questionou-se sobre o conflito constante entre o interesse público de ter o acesso facilitado aos bens criados pelos artistas, e, de outro, o autor que quer manter o máximo de proteção para sua obra, apoiando uma legislação autoral cada vez mais rígida. Constata-se que, nesse conflito, estão em jogo não apenas interesses da sociedade e do autor, mas uma composição de múltiplos interesses, como o do público, dos órgãos públicos, das empresas. Tentando harmonizar esses interesses, buscou-se limitar o Direito de Autor. Portanto, pode-se afirmar que o objetivo principal dessas limitações é promover a Função Social do Direito de Autor, protegendo, acima de tudo, o interesse social.

As limitações ao Direito de Autor são instrumentos utilizados para atender os interesses sociais frente ao exclusivo do autor. Trata-se de uma forma de conciliar o Direito de Autor com os demais direitos relacionados com a coletividade. Sendo assim, a legislação autoral prevê determinadas utilizações das criações artísticas que não precisam de consentimento do autor para seu uso. Afirma-se, portanto, que as limitações aos direitos autorais são autorizações legais para o uso de bens intelectuais protegidos sem que necessite de autorização do autor. Essas utilizações autorizadas por lei devem ter como finalidade a satisfação de interesse informativo, educacional e social, logo o uso não pode ser comercial.

Essas exceções ao Direito de Autor têm como objetivo resguardar os interesses sociais, possibilitando que todos tenham acesso à Cultura, à informação, à educação, conforme prevê a Constituição Federal de 1988. Assim explica Elisângela Menezes:

Embora possa, á primeira vista, parecer, o Direito de Autor não é absoluto. Especialmente o exercício dos direitos patrimoniais comporta exceções. Há, assim, determinadas situações em que o autor é obrigado a tolerar o uso de sua obra independentemente de autorização, tendo em vista direitos e interesses maiores. Trata-se de casos específicos, elencados pela lei, como limites ao exercício autoral.¹⁰¹

Cabe destacar que a utilização do termo “exceção” é muito questionada por parte da doutrina, pois, sendo o Direito de Autor considerado propriedade intelectual

¹⁰¹ MENEZES, Elisângela Dias. **Curso de Direito Autoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.p.95.

e não existindo direito de propriedade absoluto, tais exceções não seriam “exceções”, mas limites para o exercício desse direito de propriedade. Em vista disso, a grande maioria dos autoralistas prefere usar a palavra “limitações”.

A proteção dada aos direitos de autor tem uma finalidade: o de reservar, através de um privilégio temporário e exclusivo dos artistas, um direito de ordem econômica, e outro de índole moral, para que sejam estimulados a produzirem sempre, garantindo-lhes o respeito á obra e uma forma de sobrevivência digna. Por outro lado, o direito de autor procura limitar esses direitos a fim de assegurar o interesse público e a disseminação do conhecimento. Como ensina Leonardo Poli, “entende-se por limitações as situações em que a utilização pública da obra não estaria compreendida pelo conteúdo do Direito Autoral”.¹⁰²

Portanto, a finalidade dessas limitações é favorecer o acesso da população ás obras autorais para que, através do conhecimento e da cultura, elas possam desenvolver suas potencialidades individuais e sociais. Por outro lado, também é do interesse do autor ter sua obra conhecida pelo grande público. Em suma, as limitações servem principalmente para garantir o direito da sociedade á informação e para o desenvolvimento da educação e para a difusão da cultura. Não pode o Direito de Autor, através de suas normas, dificultar e prejudicar o processo de aprendizado e a divulgação da cultura de uma nação. As normas precisam compreender essas necessidades sociais, visto que o excessivo protecionismo do Direito de Autor tende a destiná-las ao desuso, á ineficácia e á inaplicação. As limitações ao Direito de Autor encontram-se presentes não apenas na legislação autoral especial (Lei 9.610/98), mas também em outras normas externas a essa Lei, tais como os princípios constitucionais referentes á educação, á cultura e á informação presentes na Constituição Federal de 1988. Contudo, nessa parte do trabalho, procura-se focar nas limitações endógenas ao regime jurídico especial do Direito de Autor, principalmente as do artigo 46 da Lei.

As limitações podem se diferenciar com base na análise temporal da limitação. Assim, limites temporais são aqueles que determinam o prazo de proteção. No Brasil, como dito no primeiro capítulo do presente trabalho, a legislação

¹⁰² POLI, Leonardo Macedo. **Direito Autoral. Parte Geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.p.69.

autoral concede prazo de proteção de setenta anos após a morte do autor; ou seja, a obra fica protegida durante toda a vida do autor e mais setenta anos subsequente a sua morte, cabendo aos sucessores a titularidade do direito patrimonial do autor. Em relação a esse prazo, a grande crítica que se faz, como já dito, é que ele seria longo demais, dificultando a concretização da Função Social do Direito de Autor. Já os limites atemporais são aqueles que se impõem independentemente da duração da proteção. A Lei de Direitos Autorais, no Capítulo IV, sob o título “Das Limitações aos Direitos Autorais”, artigos 46, 47 e 48, prevê expressamente os limites atemporais.

A regra da necessidade de prévia autorização do autor, como explica Guilherme Carboni, não é absoluta, visto que as exceções encontram-se expressamente previstas nos artigos 46 a 48 da Lei 9.610/98.¹⁰³ Os principais limites estão taxativamente presentes nos incisos do artigo 46 da lei.¹⁰⁴ Enfim, não constitui ofensa aos direitos autorais:

I - a reprodução:

a) na imprensa diária ou 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;

b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;

c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;

d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários;

II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;

¹⁰³ CARBONI, Guilherme C. **O Direito de Autor na Multimídia**. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p.152.

¹⁰⁴ BRASIL. Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>. Acesso em: 12 de abril de 2012.

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;

IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;

V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização;

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;

VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;

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.

Pelo inciso I, infere-se a preocupação do legislador em garantir o direito à informação e o direito de inclusão social. Além disso, destaca-se que uma das disposições mais polêmica da Lei se concentra em seu inciso II.¹⁰⁵ Esse dispositivo reproduz, parcialmente, o artigo 49 da lei autoral anterior, Lei 5.988/73;¹⁰⁶ porém, houve a introdução de algumas palavras que alteraram o intuito da norma. Essa alteração foi provocada pela substituição da expressão “de qualquer obra” por “de pequenos trechos”. Isso significa que antes era autorizada a reprodução integral da obra protegida, desde que se destinasse a uso privado e sem intuito de lucro, e hoje apenas de pequenos trechos.¹⁰⁷

Diferentemente da legislação anterior, que permitia uma única reprodução integral, de qualquer obra protegida, desde que se destinasse ao uso privado e

¹⁰⁵ CARBONI, Guilherme C. **O Direito de Autor na Multimídia**. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p.154.

¹⁰⁶ Art 49. (...). “II. A reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contanto que não se destine à utilização com intuito de lucro”. Vade-mécum: Saraiva. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

¹⁰⁷ ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.p.148.

peçoal de quem a confeccionasse, o legislador de 1998 restringiu o uso da cópia privada (integral) única, assim, a partir dessa mudança, só autoriza a reprodução de pequenos trechos. Diante da limitação atual, infringe a lei aquele que reproduz um livro inteiro, ainda que para uso pessoal e sem intuito de lucro. Tem-se, desde então, a proibição da chamada cópia privada. Apesar da mudança legal, boa parte da doutrina e quase a totalidade das manifestações sociais ainda defendem a legitimidade da cópia privada, argumentando que esse tipo de utilização consiste numa prática imprescindível para a difusão do conhecimento e do aprendizado. E, principalmente, apóiam a cópia privada pelo fato de que boa parte dos estudantes tem dificuldade de acesso às obras por não possuir renda suficiente para adquirir todos os livros necessários ou por depender de bibliotecas com números insuficientes de obras, sendo incapazes de atender a demanda dos estudantes.

Além disso, percebe-se claramente que essa alteração trouxe dificuldades práticas para concretização da norma, visto que o que seria “pequeno trecho”? É um capítulo, um número fixo de páginas? Dependerá do tamanho do livro? E se forem várias cópias sucessivas de “pequenos trechos”? O que seria um pequeno trecho de um poema? Por outro lado, pensam de forma diversa alguns doutrinadores como, Plínio Cabral, que acredita que essa expressão pode ser quantificada ao limite de até dez por cento da obra, o que, para ele, seria suficiente para uma referência ou pesquisa.¹⁰⁸ Porém, para Guilherme Carboni, esse dispositivo se mostra como um verdadeiro absurdo. Segundo o autor:

Concordamos que é um absurdo impedir alguém de copiar uma obra que se encontra esgotada, ou caracterizar como crime a atitude de um aluno de baixa renda que efetuou cópia de livros indicados pelo professor de uma determinada disciplina, ainda mais em um país como o Brasil, onde não existe um estímulo ao mercado de livros usados, como acontece nos países ricos. Essa nossa posição, porém, não significa uma defesa da redação do artigo 49 da Lei 5.988/73, em detrimento da regra atual. Defendemos a adoção de um mecanismo de cobrança na fonte, pela entidade responsável pela extração das cópias, fixando-se o valor unitário de acordo com o custo estabelecido em cada setor (textos, músicas e outros).¹⁰⁹

¹⁰⁸ CABRAL, Plínio. Limitações ao Direito Autoral na Lei nº 9.610. In: **Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI)**, nº37, nov./dez. 1998, p.3-8.

¹⁰⁹ CARBONI, Guilherme C. **O Direito de Autor na Multimídia**. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p.156.

A legislação italiana, conforme Leonardo Poli, é mais flexível, haja vista que prevê que é livre a reprodução integral da obra para uso privado do leitor, contanto que feita à mão ou com meios não idôneos à difusão da obra ao público. Também é livre a fotocópia das obras existentes em bibliotecas, quando destinadas ao uso privado ou para serviços da biblioteca. Nesse sentido, os Estados Unidos, através do art.108 da Lei de *Copyright*, permite a realização de até três cópias da obra existente na biblioteca com o fim de salvaguarda e preservação. A lei francesa também visa garantir o uso privado, proibindo o autor de impedir as cópias ou reproduções exclusivamente destinadas ao uso privado do copista.¹¹⁰ Comparando com leis estrangeiras, percebe-se que o Brasil possui uma das legislações mais rígidas no que se refere à proteção autoral. Segundo José Ascensão:

Não se pode deixar de lamentar a ganância dos inspiradores da lei na limitação destas faculdades, esquecendo finalidades sociais, culturais, humanitárias e outras que mereceriam ser acarinhadas. Fica assim a lei brasileira muito aquém de leis estrangeiras. Tudo proíbe, com a preocupação de evitar fraudes ou diminuição de lucros.¹¹¹

A delimitação excessiva do uso privado é conseqüência de um critério de cobrança de direitos autorais que se baseia na cobrança direta e individual pela utilização da obra, por isso se busca o controle do uso privado da obra para garantir uma crescente remuneração. Contudo, os autores não dispõem de mecanismos eficientes para realizar o controle rigoroso do usuário final, o que é fundamental para assegurar a adequada remuneração autoral por este sistema. Essa situação se intensificou com a globalização, a massificação social e com a tecnologia virtual, tornando a remuneração autoral, em alguns casos, em mera quimera. Na verdade, o critério individual se tornou inviável para garantir ao autor sua devida remuneração. A atenuação do problema da remuneração pressupõe a adoção de novos meios e o aprimoramento dos existentes para a cobrança indireta dos direitos autorais. O critério indireto de cobrança garante a remuneração autoral junto ao intermediário, como o provedor, a central reprográfica, o produtor fonográfico, o promotor de eventos.¹¹²

¹¹⁰ POLI, Leonardo Macedo. **Direito Autoral. Parte Geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.p.74-75.

¹¹¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed.,ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.p.164.

¹¹² POLI, Op.cit.,p.80.

A crítica que também se faz é que não caberia ao Direito de Autor interferir, nem controlar a esfera privada do usuário da obra, mesmo por que essa é uma tarefa quase impossível. O Direito Patrimonial do Autor garante a possibilidade do criador exigir o não uso econômico da obra por terceiros. Dessa forma, a liberdade para fazer cópia privada, em certas situações, como para estudos, pesquisas, deve encontrar fundamento na função social da propriedade. Portanto, entende-se necessária a permissão legal da reprodução integral de obras que participam do processo educacional de alunos, professores, cientistas, pesquisadores, visto que ter acesso ao conhecimento, não contribui apenas para o desenvolvimento social e cultural de uma país, mas é responsável também pela construção integral da capacidade intelectual de cada indivíduo. Por outro lado, é garantido constitucionalmente ao autor o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, o que faz com que seja necessário encontrar uma forma de equilibrar os direitos e interesses públicos e privados envolvidos no processo. Uma alternativa seria liberar as reproduções privadas e compensar os autores pelas reproduções não autorizadas. Essa remuneração, dada aos titulares dos direitos patrimoniais do autor, não seria devida por aquele que reproduz conteúdo protegido, mas por aqueles que produzem e comercializam aparelhos reprográficos. Talvez essa pudesse ser uma possível solução para os conflitos entre aqueles que precisam das reproduções para estudar, pesquisar, trabalhar e os titulares de direito autoral, que alegam grandes prejuízos econômicos com as reproduções ilegais.

Apesar da ilicitude da reprodução sem autorização, essa prática é comum entre estudantes das Universidades brasileiras que, sem condições de comprar os livros necessários, encontram no “Xerox” uma alternativa viável para seu aprendizado acadêmico. Segundo estudo do Grupo de Pesquisas em Políticas Públicas para o Acesso à Informação (Gpopai- USP), um terço da bibliografia básica obrigatória de dez cursos da Universidade de São Paulo estão esgotados. Soma-se a isso o fato de que, para três quartos dos estudantes, os custos anuais para compra de livros estão muito próximos da renda familiar mensal. Essa realidade de livros esgotados, bibliotecas com poucos exemplares e falta de condições financeiras faz com que os estudantes inevitavelmente fotocopiem sem autorização do autor. Apesar de ser uma prática comum, ela vem sofrendo uma permanente

fiscalização por parte da ABDR (Associação Brasileira de Direitos Reprográficos), o que tem gerado constantes conflitos com donos de Xerox e estudantes. Diante dessa situação, o Conselho Universitário da USP aprovou, em junho de 2005, uma resolução nº5213 para regulamentar o “Xerox” de livros e periódicos. Dessa forma, mediante solicitação individual, sem finalidade de lucro e para uso próprio do solicitante, fica permitida a extração de cópias de pequenos trechos de livros (fixado esse pequeno trecho em um capítulo) e de artigos de periódicos ou revistas científicas, assim como de obras nacionais com mais de dez anos sem reedição e de estrangeiras sem edição nacional. Essa medida busca atender as necessidades dos estudantes e professores, além de tornar mais democrático o acesso ao conhecimento, o qual é fundamental para o processo educativo. Essa medida também foi adotada por outras universidades como FGV, Puc, Unicamp e UFRJ. Essa iniciativa demonstra o total descompasso entre as necessidades sociais e a legislação autoral, que acaba, em nome dos autores, beneficiando indiretamente as editoras em detrimento da Função Social do Direito do Autor. Cabe destacar que essas empresas também se beneficiam com recursos públicos, seja através da imunidade tributária e não incidência de contribuição, assim como pelo financiamento direto na produção de conteúdos, custeando pesquisadores, cientistas e bolsistas em regime de dedicação integral, sendo que a produção de conteúdo é muito mais cara que a própria produção física do livro.

4.2 Análise crítica do modelo brasileiro das listas taxativas de limitação aos direitos de autor e do modelo americano do *fair use*

Essa parte do trabalho tem como finalidade apresentar as características do sistema brasileiro de listas taxativas para as limitações do Direito de Autor e do sistema americano do *fair use*. Não se pretende com isso levantar a possibilidade de uma simples substituição de um modelo pelo outro, visto que isso depende de um longo processo histórico-cultural, além do que cada modelo carrega sua própria identidade e tradição, seja da Civil Law ou da Common Law. A partir disso, busca-se analisar que, mesmo com todas as diferenças entre esses sistemas, é possível constatar a crescente influência do *fair use* no Direito Autoral brasileiro.

Tradições são referências ancestrais com inegável impacto sobre convenções sociais, entre os quais o direito, mas não são imunes, nada é,

ao espírito de seu tempo. E, embora aspectos geográficos sejam em regra essenciais a sua caracterização, a influência das tradições tende, naturalmente, a ultrapassar fronteiras. Na atualidade, pode-se dizer que não existem sistemas autorais exclusivamente vinculados á racionalidade de uma ou de outra tradição.¹¹³

Como afirmado no primeiro capítulo do trabalho, o Brasil segue o modelo europeu de proteção ao Direito de Autor, no caso *droit d'auteur*. E a previsão constitucional brasileira sobre Direito de Autor tem como princípio básico a noção de que cabe ao autor e seus sucessores a exclusividade da exploração da obra intelectual. Em vista disso, não há exceção a esse direito, salvo se a lei expressamente prever a livre utilização das obras em determinadas situações. Percebe-se, portanto, que as limitações a esse direito são tipificadas, constantes em *números clausus*, o que torna obrigatória a mudança da lei sempre que se deseje ampliar esse rol taxativo.

Indaga-se se as limitações previstas na lei deveriam se restringir naquele rol taxativo, visto que tais limitações ao direito subjetivo não devem ser consideradas meras exceções, mas como elementos estruturais do próprio Direito de Autor.

Portanto, as normas constitucionais que asseguram o desenvolvimento nacional, o acesso á informação, á educação, á cultura e á ciência não podem ser vistas como limitações ao direito patrimonial do autor, mas como causas de sua atribuição. Assim, o exercício dos direitos patrimoniais do autor deve ser meio de garanti-las, não obstáculos a sua efetivação. Tais garantias constitucionais limitam o direito patrimonial do autor, e qualquer forma de exercício deste que as obste deve ser vista como abuso de direito ou excesso de poder.¹¹⁴

Por outro lado, o instituto do *fair use* é uma construção jurisprudencial estaduniense que ganha cada vez mais força naquele país. A legislação americana de proteção ao Direito de Autor, o *Copyright Law*, regulamenta o uso justo, como exceção ao *copyright*, definindo genericamente seus parâmetros de aplicação, na forma de uma licença compulsória, sendo que certos usos limitados de obras protegidas pelo *copyright* são permitidos. A lei norte-americana não indica especificamente quais usos podem ser praticados sem que isso viole o Direito de Autor, visto que os critérios adotados pela doutrina e jurisprudência irão construir o

¹¹³ VASCONCELOS, Cláudio Lins de. As Limitações, o Fair Use e a Guinada Utilitarista do Direito Autoral Brasileiro. In. **Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (ABPI)**, n°119, jul/ago. 2012.p.54.

¹¹⁴ POLI, Leonardo Macedo. **Direito Autoral. Parte Geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.p.82-83.

entendimento do que é *fair use*. Para tal uso, é necessário respeitar os seguintes requisitos: a) uso não comercial, b) a natureza da obra, c) a originalidade da nova obra, d) ausência de desvalorização da obra utilizada ou prejuízo mercadológico.

Nesse sentido, explica João Henrique Fragoso:

Assim como há um direito assentado no conjunto das prerrogativas de natureza moral e patrimonial dos autores, que é o direito ao exclusivo, constituindo-se este em verdadeiro princípio, há, por outro lado, um princípio de livre uso das criações intelectuais. Tal princípio tem suas origens históricas fundadas na necessidade universal da livre circulação de idéias, e que denuncia um elemento comum a todos os seres humanos, como habitantes de um planeta e partícipes de um mesmo destino cósmico. Assenta-se na curiosidade humana e na necessidade de comunicação de idéias e sentimentos; é, antes de qualquer coisa, resultado da inteligência e encontra-se arraigado no inconsciente coletivo da humanidade [...]. O princípio do *fair use* foi desenvolvido a partir da jurisprudência-, como consta na lei norte-americana em sua Seção 107, abrange assim as ciências, as técnicas e as artes em geral. Por tal princípio, os bens intelectuais não representam um privilégio absoluto de seus criadores, garantindo-se certos direitos de uso por todos, circunscritos a certas circunstâncias, de modo a permitir, antes de mais nada, a sua livre circulação, visando o bem comum como uma questão maior, de interesse público.¹¹⁵

A teoria do *fair use* defende que, em determinadas situações, possa se utilizar da obra protegida sem permissão do autor, contanto que a forma de uso seja razoável e não prejudique o proprietário do direito de *copyright*. A justiça americana entendeu que certas circunstâncias autorizam o uso livre de obra alheia, sem licença prévia nem posterior do titular do *copyright*, pois tal fundamento tem como base o princípio de que a cultura não pode ser privilégio de ninguém, mas um direito de todos. Ademais, a exclusividade absoluta em favor dos autores geraria um atraso no desenvolvimento social e cultural do país e, conseqüentemente, de cada indivíduo. Nos Estados Unidos, o *fair use* não é tratado apenas como teoria ou doutrina, mas sim como norma positiva que vincula as decisões do judiciário. Trata-se de um princípio geral á disposição do poder judiciário, o qual, em função disso, dispõe de maior flexibilidade para garantir o interesse público de livre acesso e utilização das obras.

Portanto, pode-se afirmar que o *fair use* visa uma utilização razoável da obra, evitando dois extremos nocivos: a não recompensa do autor por seu trabalho de

¹¹⁵ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral: Da Antiguidade á Internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.p. 305-307.

criação e, o outro, a sociedade sendo privada do progresso e do acesso ao conhecimento e á cultura. Dessa forma, busca-se a utilização de certas obras sem a autorização do autor, sendo que tal prática não configure violação aos direitos autorais.¹¹⁶

Hoje em dia, no sistema de direitos autorais norte-americano, não vigora, assim como no Brasil, o princípio de que apenas utilizações feitas para fins comerciais estão sujeitas ao *copyright*. Nesse sistema, a defesa das utilizações das obras seria realizada por meio da doutrina do *fair use* ou, em outras palavras, do uso legítimo. Essa doutrina, em sua formulação original, sustenta que as utilizações razoáveis de materiais protegidos devem ser consideradas legítimas quando presentes motivos de interesse social e quando tais condutas não infligirem danos graves ao titular do Direito Autoral. Dessa forma, é possível, por exemplo, contemplar situações em que o titular do direito autoral provavelmente autorizaria seu uso, mas encontrá-lo e pedir-lhe permissão seria muito oneroso. Já nos sistemas de direitos autorais derivados do *droit d'auteur*, as possibilidades de uso não autorizado sempre foram mais restritivas, calcadas nas idéias de “cópia privada” ou de utilização de “pequenos trechos” que não causassem prejuízos aos interesses do titular da obra.

Para alguns, a expressão “utilizações razoáveis” pode parecer um tanto vaga; porém, é fundamental ter sempre como objetivo o interesse público sem deixar de contemplar também o interesse dos autores. Assim explica Eduardo Manso:

O interesse público que há sobre e por toda obra intelectual é que fundamenta a extensão das prerrogativas próprias de seu autor, a quem são atribuídos direitos que lhe possibilitam, a um só tempo, extrair desse bem todo proveito econômico a que possa dar causa, e zelar por sua inteireza e pela manutenção de suas peculiaridades. Esse mesmo interesse público, de outro lado, fundamenta e justifica as ressalvas, as exceções que se impõem aos autores quanto a determinados usos- inclusive para fins econômicos, de sua obra, para permitir e possibilitar que ela efetivamente cumpra seu papel cultural e realize sua função social.¹¹⁷

A convenção de Berna estabeleceu a regra dos três passos a fim de garantir a disseminação da cultura, além de funcionar como orientador da interpretação das

¹¹⁶ MANSO, Eduardo Vieira. **Direito Autoral**. São Paulo: José Bushatsky Editora, 1980. p. 226.

¹¹⁷ MANSO, Op.cit., p. 24.

limitações do Direito de Autor. Essa regra não está prevista na Lei 9.610/98, tornando as limitações da lei muito restritivas e impedindo o uso justo sem fim lucrativo, existente em outros países seguidores do *fair use*.

a) que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova, isto é, que a reprodução parcial ou total, conforme o tipo de obra, sirva apenas como referência ou exemplo, e não constitua a razão de ser da obra nova;

b) que a reprodução em si não prejudique a exploração normal da obra produzida, Isto é, se alguém desejar comprar um livro sobre Picasso não deixe de comprá-lo para adquirir o de um crítico que reproduz inúmeras telas do pintor, amparado nessa exceção de ausência de prévia autorização e ensejando uma espécie de desvio de clientela;

c) que não cause, a obra nova, prejuízo injustificado aos autores, o que pode, como exemplo, significar a hipótese em que o autor sobreviva regularmente de pequenos licenciamentos de suas obras, o que deverá ser comprovado, e não simplesmente alegado, pelos meios admitidos em direito.¹¹⁸

Para Eliane Abrão, no Brasil, ao contrário do modelo americano, o rol das obras que independem de prévia autorização do autor para sua utilização pública é taxativa, visto que a limitação não é regra geral, mas uma exceção.¹¹⁹ Como se constata, as limitações são específicas e fechadas, ficando proibido estendê-las além daquilo que a lei fixou.

Como se percebe, diferentemente do direito norte-americano em que as possibilidades de uso legítimo são construídas jurisprudencialmente (doutrina do *fair use*), no direito brasileiro, elas encontram-se confinadas no rol de licenças legais do artigo 46, o qual contém uma lista taxativa das hipóteses em que o uso deve ser considerado legítimo. Portanto, uma vez que a regra é impedir a livre utilização das obras sem o consentimento do autor, as limitações previstas na Lei de Direitos Autorais em seu artigo 46 são interpretadas como constituindo rol taxativo. Como consequência, as interpretações sobre as hipóteses de usos lícitos são bem mais restritivas em nosso sistema legal, pois, como havia dito, são taxativas e devem ser interpretadas sempre estritamente. Mesmo quando comparadas com outros países cujo sistema deriva da tradição continental, as hipóteses de uso livre da lei brasileira são muito restritivas, o que levou a lei autoral brasileira a ser considerada a quarta

¹¹⁸ ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.p.151-152.

¹¹⁹ ABRÃO, Op. cit., p.146.

mais rígida do mundo. Nesse sentido, comentando nossa lei autoral e o artigo 46, Ascensão afirma:

Não se pode deixar de lamentar a ganância dos inspiradores da lei na limitação dessas faculdades, esquecendo finalidades sociais, culturais, humanitárias e outras que mereciam ser acariciadas. Fica assim a lei brasileira muito aquém de leis estrangeiras. Tudo proíbe, com a preocupação de evitar fraudes ou diminuição de lucros.¹²⁰

As limitações estabelecidas na lei não poderiam ser taxativas, principalmente quando nos situamos em um país com tantos atrasos na área educacional. Segundo João Henrique Fragoso, as limitações deveriam ser objeto de avaliação do judiciário, cuja interpretação das disposições da Lei deve ser pautada pelo bom senso e pelo interesse público.¹²¹ Contudo, destaca-se que o problema central não se restringe à taxatividade, mas também na quantidade extremamente reduzida de hipóteses de limitações previstas nesse rol taxativo, o que tem dificultado a difusão da cultura e o acesso ao conhecimento.

Como salienta Carboni, não há no referido artigo 46 qualquer menção à possibilidade de reprodução integral de obra intelectual protegida para fins educacionais, didáticos ou de pesquisa, nem para obras esgotadas, o que seria fundamental para o desenvolvimento educacional e científico do nosso país, acarretando verdadeiras distorções na prática da cópia privada de documentos no Brasil. Como exemplo, há que se mencionar o fato de muitas empresas copiadoras não efetuarem, na prática, cópias em número superior a 10% (dez por cento) do número de páginas de um livro, com base em uma 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. Algumas instituições de ensino chegaram, até mesmo, a proibir a cópia de livros e apostilas para evitar problemas.¹²² Enfim, embora a Lei de Direitos Autorais preveja hipóteses em que os direitos autorais são limitados, tais hipóteses não são suficientes para abarcar todas as condutas sociais

¹²⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.p.164.

¹²¹ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral: Da Antiguidade à Internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.p. 311-312.

¹²² CARBONI, Guilherme. **Função Social do Direito de Autor**. Curitiba: Juruá, 2006, p.168.

em que o aproveitamento de obras alheias deva ser tolerado, sendo muitas delas já socialmente aceitas embora estejam, a rigor, ferindo o disposto na Lei 9.610/98.

Deve-se questionar se as limitações previstas expressam corretamente todos os interesses envolvidos. Certamente não é isso que demonstra nossa realidade social. Cabem alguns exemplos práticos para ilustrar o quanto é insuficiente as atuais limitações previstas no artigo 46 para a concretização da Função Social do Direito de Autor: A cópia para a preservação dos acervos atualmente não é permitida; logo, mesmo que um livro raro esteja sendo destruído, ele não será reproduzido, pois a Lei proíbe tal prática. Com isso, está se deteriorando o patrimônio cultural, visto que projetos de digitalização de acervos esbarram em problemas jurídicos impraticáveis. Além disso, a Lei não permite a cópia integral, mas somente cópia de “pequenos trechos” para fins de citação. Essa situação é inaplicável, de fato, a diversos formatos de obras, como obras de artes plásticas ou sonetos. Além de tratar com indiferença as necessidades da maioria dos estudantes de baixa renda. Nesse sentido, ensina Marcos Wachowicz:

O acesso aos acervos de pesquisa normalmente é restrito e muitas delas estão esgotadas, dificultando a sua utilização para fins acadêmicos; assim o Direito Autoral atua como instrumento restritivo do acesso ao conhecimento, que é fator fundamental de geração de riquezas no ambiente da sociedade informacional.¹²³

Portanto, embora a Lei 9.610 preveja hipóteses de limitações ao Direito do Autor, no rol taxativo do artigo 46, elas não são suficientes para atender a demanda social, nem para englobar todas as condutas sociais que não deveriam ser consideradas contrárias á lei, visto que muitas utilizações de obras protegidas por terceiros não acabam necessariamente causando uma diminuição do patrimônio do autor. Pelo contrário, muitas vezes, essas utilizações favorecem a difusão da obra, aumentando sua popularidade e comercialização.

Fazendo um paralelo entre os dois sistemas, Ascensão destaca que o sistema norte-americano é mais elástico, enquanto que o europeu é mais preciso sendo que essa imprecisão do primeiro acaba não trazendo segurança jurídica do que pode ou

¹²³ WACHOWICZ, Marcos (Coord.). **Por que mudar a Lei de Direito Autoral? Estudos e Pareceres.** Florianópolis: Editora Funjab, 2011.p.23.

não ser considerado *fair use*. Por outro lado, no sistema europeu falta capacidade para se adaptar aos casos distintos. Com base nessas diferenças, o autor conclui que há uma superioridade do sistema americano, por manter uma maior capacidade de adaptação e por não ser um sistema contraditório, como o europeu. Cabe salientar que, com as constantes transformações tecnológicas, o sistema de listas taxativas também vem sofrendo com a falta de segurança jurídica, visto que o Direito não tem conseguido acompanhar a nova realidade tecnológica e social. Muitas vezes, condutas entendidas pela sociedade como legítimas são, pela interpretação literal da lei, consideradas totalmente ilícitas.

Não podemos deixar de observar, no entanto, que a essência da doutrina do *fair use* é muito interessante e de grande valia para a era digital, na medida em que harmoniza a necessidade de proteção autoral com a demanda da sociedade por acesso a informação. Assim cremos que essa teoria poderia vir a somar ao nosso sistema autoral, mas não substituí-lo.¹²⁴

Portanto, constata-se o caráter restritivo das limitações estabelecidas pela legislação brasileira, sendo que o mais adequado seria que houvesse um rol aberto de limitações regido por princípios gerais do direito, tendo em vista a função social inerente também ao Direito de Autor. A atual legislação autoral ainda mantém uma concepção muito individualista na defesa do Direito de Autor. Essa visão restritiva se opõe ao princípio da Função Social do Direito, pois traz impactos negativos ao acesso da sociedade à informação e, por conseguinte, aos direitos à educação e à cultura.

Embora nos países de tradição romanística haja o costume de utilizar uma relação exaustiva das exceções permitidas, nada impede que essa relação seja meramente enumerativa e que, a par dela, haja um parâmetro para que hipóteses não expressamente previstas, mas perfeitamente enquadráveis na mes legis, sejam mais tarde reconhecidas. Essa solução permitiria maior flexibilidade ao sistema e menor necessidade de intervenção legislativa. A cláusula geral poderia também fornecer melhores parâmetros para interpretação da lei. Na verdade, esses critérios gerais deveriam também ser aplicados para os casos expressos, ou seja, os casos expressos seriam lícitos desde que não houvesse prejuízo para a exploração comercial da obra nem prejuízos injustificados aos legítimos interesses dos titulares. Esta solução pode parecer, à primeira vista, uma forma de estabelecer “limites dos limites” já amplamente reconhecidos. Mas a idéia não é restringir os casos especiais, mas sim conferir-lhe um caráter mais abrangente do que hoje vem inscrito no artigo 46, com dispositivos genéricos a serem dosados

¹²⁴SANTOS, Manuella. **Direito Autoral na Era Digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.137.

com base na cláusula geral, a fim de se eliminar a redação e excessivamente restritiva de algumas exceções.¹²⁵

Por fim, cabe destacar que, tendo por base as citações dos autoristas acima, não se pretende propor a simples aplicação do princípio do *fair use* na atual Lei de Direitos Autorais, visto que a legislação americana, o *copyright*, e legislação brasileira apresentam profundas diferenças estruturais entre si. Contudo, apesar da inaplicabilidade direta do uso justo à legislação brasileira, existem institutos que, derivados indiretamente da legislação americana, estão se popularizando como uma alternativa ao sistema de listas taxativas. Trata-se das licenças públicas que permitem maior acesso e difusão da cultura e do conhecimento. No Brasil, há o modelo de licenciamento do *creative commons*, que permite que o autor autorize o uso de sua obra por toda sociedade dentro dos termos das licenças públicas. Por terem se originado nos Estados Unidos, ao ser incorporado à regulamentação autoral brasileira, foram necessárias adaptações. Portanto, no Brasil, tal sistema é gerido pelo Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, no Rio de Janeiro, que traduz e adapta ao ordenamento jurídico brasileiro as licenças. Esse tema, a seguir, será tratado com mais detalhe.¹²⁶

Como dito acima, os dois sistemas possuem grandes diferenças estruturais, mas, apesar disso, é inegável o aumento da influência do *fair use* no Direito Autoral brasileiro. Inclusive, o atual anteprojeto de reforma da Lei 9.610/98, proposto pelo Ministério da Cultura, atendendo as manifestações das consultas públicas, as propostas dos autoristas e da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, propõe a ampliação de oito para vinte e uma as hipóteses de limitações listadas no artigo 46 e agrega, no parágrafo segundo, uma espécie de cláusula geral: O Poder Judiciário, em casos análogos aos incisos deste artigo, ao conhecer que não há ofensa aos direitos autorais, observará cumulativamente as seguintes condições: que a utilização não tenha finalidade comercial nem intuito de lucro direto e indireto; que a utilização não concorra com a exploração comercial da obra; que a utilização

¹²⁵SANTOS, Manuel J. Pereira dos. Principais Tópicos para uma Revisão da Lei de Direitos Autorais Brasileira. WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manuel J. Pereira dos. (Orgds). **Estudos de Direito de Autor: A Revisão da Lei de Direitos Autorais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.p.63.

¹²⁶ REIS, Jorge Renato dos. O público não estatal na regulamentação de uso da obra intelectual. In. BOFF, Salete Oro; PIMENTEL, Luiz Otavio (Orgs.). **Propriedade Intelectual, Gestão da Inovação e Desenvolvimento**. Passo Fundo: IMED, 2009.p.72.

não prejudique injustificadamente os interesses do autor. Isso significa que usos não expressamente previstos na lista de limitações poderiam ser considerados lícitos pelo Judiciário, desde que o uso analisado seja análogo aos expressamente previstos. Essa prática se aproxima muito do conceito de *fair use*. Percebe-se, portanto, que há um movimento global no sentido de flexibilizar o Direito Autoral, impondo limitações abertas a fim de atender as novas demandas sociais oriundas de novas tecnologias. Limitações não exaustivas é uma tendência, haja vista que até mesmo os Tratados Internacionais praticamente aboliram as limitações exaustivas. Nesse sentido, a crítica que se faz é que, durante a revisão do anteprojeto foi retirada uma cláusula geral que autorizava a distribuição de obras protegidas sem autorização do autor para fins educacionais, didáticos, informativos, de pesquisa ou para uso como recurso criativo. Essa cláusula era fundamental para a real efetivação da Função Social do Direito de Autor, pois garantia aos estudantes, pesquisadores, professores o livre acesso ao conhecimento, mas, infelizmente priorizaram-se os interesses das empresas culturais.

4.3 A função social do direito de autor

Nos capítulos anteriores, verificou-se a estrutura do Direito de Autor e as transformações sociais trazidas por uma nova sociedade de informação, o que impõe, ao Direito de Autor, profundas mudanças que atendam as exigências dessa nova realidade social; porém, de suma importância destacar que não se pretende aqui propor que o autor e seu trabalho criativo tenham pouca ou nenhuma proteção legal, visto que a defesa dos direitos dos autores é legítima e necessária, além de prevista constitucionalmente. Contudo, é fundamental compreender que o Direito de Autor tem em si dupla finalidade: proteger o autor que almeja um retorno econômico por seu trabalho e criatividade, e também promover os interesses da coletividade que necessita utilizar, em determinadas situações, livremente a obra, e que por isso, tem o direito de ter o acesso à obra facilitado. Com base no interesse da Coletividade por educação, cultura, informação, analisar-se-á, nesta parte do trabalho, a Função Social do Direito de Autor, princípio fundamental para promoção dos interesses sociais, os quais, muitas vezes, ficam em segundo plano, tendo em vista que os bens culturais se tornaram alvo valioso das grandes empresas culturais.

Entende-se que o Direito, além de ser um instituto de controle e de regulação social, tem a finalidade de incentivar e promover as demandas sociais. Dessa forma, o Direito precisa se adequar às transformações sociais de determinado período histórico-cultural. O fundamento para a consolidação do Direito de Autor se deu a partir do desenvolvimento dos ideais iluministas, como liberdade, individualidade e do fortalecimento da noção de subjetividade do indivíduo. Assim, tendo como inspiração a Teoria do Trabalho de John Locke, entendeu-se que a melhor forma de garantir o direito de remuneração e de exploração sobre a obra intelectual criada pelo autor seria atribuindo ao Direito de Autor um caráter de Propriedade. Em vista disso, esse Direito delimitou-se em uma conformação nitidamente individualista. Posteriormente, nem mesmo o reconhecimento da força normativa da Constituição e da constitucionalização do Direito Privado, que se dá principalmente a partir da Constituição de 1988, quando o direito começa a superar o individualismo exacerbado, deixando de prevalecer a soberania da autonomia da vontade, conseguiu diminuir o caráter extremamente privatista e individualista do Direito de Autor. Dessa forma, apesar de possuir uma face pública voltada para atender os interesses da coletividade, o Direito de Autor manteve essencialmente a função de proteger os direitos dos autores, acreditando que o sistema se esgotaria nas relações entre o autor e a obra. Contudo, essa concepção do Direito de Autor parece não mais satisfazer as necessidades e os anseios da sociedade. Como dito acima, o Direito precisa se adequar às mudanças sociais e, nesse sentido, a passagem de uma sociedade industrial para uma sociedade da informação trouxe a necessidade de rever o conceito de Direito de Autor e a sua função na sociedade. As novas tecnologias tornaram mais democrático o acesso à informação, possibilitaram formas mais dinâmicas de criação e circulação de obras intelectuais, assim como facilitaram reprodução e distribuição de obras intelectuais. Contudo, as consequências desse processo tecnológico certamente têm desagradado e prejudicado os interesses das grandes indústrias culturais, cuja pretensão é manter o monopólio da produção e distribuição dos bens culturais. Para frear e amenizar os efeitos dessa revolução digital, essas indústrias têm utilizado indiretamente a proteção conferida ao instituto do Direito de Autor. Nesse sentido, as legislações da maioria dos países, em especial a brasileira, têm ampliado e aperfeiçoado as formas de o autor controlar o uso de suas obras, através do reconhecimento de novos direitos do autor, do

aumento do prazo de proteção, bem como através da restritiva lista de limitações a esse Direito. Isso certamente trouxe e tem trazido impactos negativos para a sociedade, como a maior dificuldade de acesso à informação, à cultura, causando uma diminuição da diversidade cultural. Contudo, nesse momento, parece anacrônico e sem sentido insistir na criação de obstáculos a esse fenômeno tecnológico. É incrível que a humanidade um dia pudesse acessar com tanta facilidade conhecimentos e culturas de lugares tão distantes. O conhecimento tornou-se fundamental para a vida das pessoas, o que implica em um total retrocesso qualquer tentativa de impedir esse movimento, não apenas tecnológico, mas também social. Cabe ressaltar que, sem dúvida, a proteção do autor e dos investimentos efetuados pelas indústrias deve ser mantida, pois é um instrumento de incentivo à criação e de retorno financeiro aos investimentos econômicos realizados por essas empresas. Por outro lado, o objetivo do Direito de Autor não se resume apenas em assegurar ao titular desse Direito o máximo de retorno econômico, mas sim garantir o equilíbrio entre a remuneração justa dada ao autor e os interesses da sociedade em ter o livre acesso à cultura, à educação e à informação. Com base nesse objetivo, a finalidade da aplicação da Função Social do Direito de Autor seria de garantir a democratização dos bens intelectuais e a diversidade cultural frente ao monopólio da indústria cultural, que torna os bens culturais suficientemente caros para a maioria da população; além de contribuir para a homogeneização da cultura. Os bens intelectuais são responsáveis pelo fomento da educação, da informação e da cultura, portanto não são simples bens de consumo responsáveis pelos lucros das empresas culturais.

Nas palavras de José Ascensão, “o saber transforma-se em mercadoria. De conhecimento livre transforma-se em bem apropriável. É cada vez mais objeto de direitos de exclusivo, que são os direitos intelectuais”.¹²⁷ O autoralista português acrescenta ainda o fato de, atualmente, os direitos intelectuais estarem submetidos à disciplina da Organização Mundial do Comércio (OMC), demonstra o caráter mercantil das obras intelectuais. Dessa forma, identifica-se, nas últimas décadas,

¹²⁷ ASCENSÃO, José Oliveira. Sociedade da Informação e Mundo Globalizado. In **Revista Brasileira de Direito Comparado**, n°22, 2002, p.171.

uma transformação na estrutura do Direito de Autor, visado priorizar os aspectos puramente comerciais.

Para manter esse comércio lucrativo, procura-se proteger ainda mais os bens culturais. Esse aumento da proteção se dá através fechamento do Direito de Autor, o qual tem buscado ampliar o prazo de proteção e reduzir as formas de livre utilização da obra. Isso leva a uma preocupante mudança na forma de interação entre público e obra, visto que surge uma dificuldade, cada vez maior, de se fazer utilizações justas das criações, causando uma maior limitação do direito á informação. A atividade criativa também acaba sendo prejudicada, uma vez que o acesso a outra matéria-prima para a criação, no caso, outras criações, está sendo restringido. Diante dessa nova realidade, é fundamental compreender a importância do desenvolvimento da Função Social do Direito de Autor para garantir a previsão constitucional de acesso á cultura e ao conhecimento. Nesse sentido, leciona Luiz Gonzaga Adolfo:

O direito autoral não pode ficar adstrito á simples idéia da propriedade amparada na matriz liberal, devendo ser tomado de forma mais ampla possível, vinculado á sua função social, que se concretiza, indubitavelmente, no objetivo de levar informação, conhecimento e cultura ao maior número possível de cidadãos. Manter a visão estreita do patrimonialismo seria um retrocesso social e jurídico, que felizmente encontra vedação principiológica em nosso sistema para a afirmação efetiva de um Direito inclusivo, solidário e altruísta.¹²⁸

Como afirmado acima, a propriedade intelectual transformou-se em mercadoria muito lucrativa, por isso seu sistema de proteção internacional teve grandes mudanças. A Convenção de Berna já não mais atendia aos interesses das grandes nações capitalistas, como os Estados Unidos, que detém as maiores indústrias culturais do mundo. Na busca pela proteção de seus lucros, esses países mais desenvolvidos se empenharam na criação de um novo acordo internacional que protegesse essas indústrias. Nesse cenário, nasceu o acordo TRIPS (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio), o qual foi promulgado pelo Brasil pelo Decreto n° 1.355 de 30/12/94. Esse acordo visa reduzir os obstáculos e as distorções ao comércio internacional. O objetivo

¹²⁸ ADOLFO, Luiz Gonzaga. Direito Autoral e Interesse Público: uma breve discussão preliminar; á guiza de provocação. In. BOFF, Salete Oro; PIMENTEL, Luiz Otavio (Orgs.). **Propriedade Intelectual, Gestão da Inovação e Desenvolvimento**. Passo Fundo: IMED, 2009.p. 86.

principal, portanto, é aumentar o poder do mercado, do comércio mundial. Então, para concretizar essa meta, buscou-se aumentar a proteção dos direitos de propriedade intelectual. O foco é a questão comercial, tanto que o artigo 9º, 1,¹²⁹ desse acordo exclui qualquer incidência dos direitos morais nas relações comerciais entre os participantes do acordo.

Questões associadas à expansão do tempo de proteção para, como princípio geral, 70 anos depois da morte do autor, e que é interligada com a concentração da titularidade dos direitos patrimoniais não nos autores, titulares originais, mas nas empresas intermediárias que reservam-lhes, na grande maioria das relações, ínfimas compensações econômicas pelo seu trabalho, empresas que são em sua maioria multinacionais cuja sede encontra-se em países desenvolvidos, que são os que mais pressionam pela extensão da proteção, transformando, por fim, o direito do autor em apenas um direito da empresa intermediária, mascarado com o nome mais apelativo ao público e convincente politicamente de direito de autor.¹³⁰

Com base nessa idéia de obra como uma mercadoria, Maristela Basso ensina que se deve partir de duas perspectivas. Para os países em desenvolvimento, a propriedade intelectual é um bem público que deve ser usado para promover o desenvolvimento econômico e social de uma nação. Já, para os países que são desenvolvidos, a propriedade intelectual é um direito privado que deve ser protegido como qualquer outra propriedade tangível.¹³¹

Em 1988 o Senado norte-americano aprovou a Convenção de Berna e em 1989 votou a adesão dos Estados Unidos ao acordo. No que diz respeito à implementação das normas da convenção no sistema doméstico, o Congresso determinou que os dispositivos sobre direitos morais não poderiam ser impostos pelas cortes norte-americanas, demonstrando mais uma vez, que os direitos econômicos e o funcionamento do mercado, na velha tradição da legislação nacional, tem peso maior na compreensão da matéria do que a relação entre criador e obra.¹³²

Países como o Brasil, por exemplo, enfrentam o constante conflito gerado pela necessidade do progresso educacional e cultural, que produz desenvolvimento

¹²⁹ Art. 9º: 1. Os membros cumpriram o disposto nos Artigos 1 a 21 e no Apêndice da Convenção de Berna (1971). Não obstante, os Membros não terão direitos nem obrigações, neste Acordo, com relação aos direitos conferidos pelo Artigo 6bis da citada Convenção, ou com relação aos direitos dela derivados.

¹³⁰ SOUZA, Allan Rocha. **A Função Social dos Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Editora de Direito de Campos, 2006.p.282.

¹³¹ BASSO, Maristela. **Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Livraria do Advogado, 2000.p. 148.

¹³² GANDELMAN, Marisa. **Poder e Conhecimento na Economia Global. O regime internacional da Propriedade Intelectual da sua formação às regras de comércio atuais**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.p. 258.

econômico e social de uma nação, e, de outro lado, a ordem de concessão de proteção legal às obras, fórmula questionável encontrada para estimular novas criações artísticas. Percebe-se, portanto, que o conhecimento é fonte de poder e riqueza, por isso que as Convenções internacionais, como a TRIPS, se estruturaram de uma maneira que dificulte o acesso ao conhecimento. Busca-se, com isso, manter o poder nas mãos de poucos que detêm e controla do conhecimento.

Os Estados, alguns premidos por grandes corporações e seus interesses econômicos, outros por políticas apenas equivocadas, tendem à redução do interesse coletivo ou mesmo à redução do interesse dos autores: falta equilíbrio, enquanto os lobbies se multiplicam, especialmente na esfera legislativa, pressões internacionais ocorrem e tudo que não possa, à primeira vista, ser caracterizado como uso legal, embora justo, tende a ser considerado como mera pirataria de bens intelectuais, abrindo mão o Judiciário, em muitos casos, de aplicar a fatos concretos elementos jurídicos basilares como a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito.¹³³

Como dito, verifica-se, hoje, a violenta busca por lucro realizada pelas grandes corporações na exploração das obras intelectuais, uma vez que a propriedade intelectual, atualmente, tornou-se uma mercadoria de alto valor, servindo o Direito de Autor de instrumento de proteção dos negócios culturais. Nesse sentido ensina Pedro Paranaguá:

Os direitos autorais servem para incentivar a criatividade e a disseminação de entretenimento e cultura. Não o controle. Portanto temos de pensar se os direitos autorais têm servido para esses fins (criação e disseminação) ou se têm sido utilizados para manter o status quo e o modelo de negócios de poucos (porém poderosos). Parece ser necessário um maior equilíbrio, com remuneração não apenas à indústria autoral, mas também aos autores, bem como uma efetiva disseminação cultural e benefícios aos consumidores finais [...]. A liberdade de expressão é condição essencial para uma sociedade livre, igualitária e rica culturalmente. No momento em que leis de direitos autorais passam a limitar tais expressões algo está errado.¹³⁴

De novo, importante destacar que o que se propõe é a facilitação do acesso à cultura, do acesso às obras que promovam a educação, e não retirar do autor a devida proteção legal, nem ignorar o necessário retorno financeiro pelo trabalho executado. Na verdade, o que se busca é limitar o exercício do Direito de Autor em

¹³³ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral: Da Antiguidade à Internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.p. 381-382.

¹³⁴ PARANAGUÁ, Pedro. Direitos Autorais são Bens não-escassos. **Revista do Instituto Humanitas Unisinos**, São Leopoldo, n. 318, 7 dez, 2009.p.1. Entrevista concedida a Graziela Wolfart. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3000&secao=318A>. Acesso em: 11de nov. 2012.

caráter absoluto, pois muitas vezes isso inviabiliza o acesso a bens culturais, empobrecendo a diversidade cultural e prejudicando o desenvolvimento social. Portanto, deve-se focar com mais precisão na importância da aplicação da Função Social do Direito de Autor para resolver conflitos decorrentes dessa nova realidade. Para tanto, é fundamental afirmar que a Função Social encontra amparo legal de forma expressa na Constituição Federal de 1988, juntamente ao rol dos direitos e garantias fundamentais. Portanto, esse dispositivo terá papel ainda mais importante para a compreensão da Função Social aplicada ao Direito de Autor. Nesse sentido, explica Guilherme Carboni:

O direito de autor, no Brasil, não conta com uma explícita regulamentação da sua Função Social, cujo sentido, em última instância, é o fomento à produção intelectual, visando ao desenvolvimento cultural e tecnológico. Pretendemos assim demonstrar que a função social do direito de autor não se encerra com a mera proteção do direito individual do criador como mecanismo de estímulo ao desenvolvimento de obras intelectuais em benefício da coletividade. Valendo-se dos princípios da função social da propriedade e dos contratos, bem como do abuso de direito, previstos em nossa legislação, a função social do direito de autor visa corrigir as distorções, os excessos e os abusos praticados por particulares no gozo desse direito, de forma a garantir que o interesse coletivo no desenvolvimento cultural e tecnológico, em determinadas circunstâncias, possa se sobrepôr ao interesse individual do autor. Portanto, um dos aspectos mais relevantes da função social do direito de autor é exatamente o de estabelecer mecanismos de correção de distorções, em prol do interesse público, dentro da própria esfera de proteção legal.¹³⁵

Para Carboni, esse direito imaterial é um direito de propriedade protegido pela Constituição Federal. O artigo 5º, XXIII da Constituição Federal anuncia expressamente o princípio da função social da propriedade, o qual considera que toda e qualquer propriedade deve atender a função social a que se destina. Nesse sentido, os direitos autorais, como propriedade que são, também devem atender a sua função social. Nesse mesmo sentido, ensina Manuel dos Santos.

Uma outra esfera de conflitos ocorre na medida em que o exercício do Direito do Autor pode configurar um abuso. Apesar de incondicionado, não se trata evidentemente de um direito absoluto, pois desde logo, reconhece a doutrina, está sujeito às limitações constitucionais inerentes à função social da propriedade, contidas no inc. XXIII do mesmo artigo, face ao conteúdo marcadamente patrimonial da norma constitucional. Na verdade, o Direito Autoral assim como a propriedade industrial estão sujeitos a limitações

¹³⁵ CARBONI, Guilherme. **Função Social do Direito de Autor**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 17.

decorrentes de situações determinadas em que há um conflito desses direitos de exclusividade com outros interesses juridicamente tutelados.¹³⁶

Como já exposto no primeiro capítulo do trabalho, o Direito de Autor mantém uma dupla natureza: de um lado o direito moral e de outro o direito patrimonial. A Lei 9.610/98 demonstra que o conteúdo patrimonial carrega características de propriedade, tais como usar, gozar, fruir e dispor. Apesar de ser um direito de natureza híbrida e, portanto, *sui generis*, ele se associa ao direito de propriedade, tanto que a doutrina o qualifica como propriedade intelectual. Por conseguinte, o Direito de Autor também deve comportar limitações, já que possui prerrogativas inerentes à propriedade, muito embora não seja um direito puro de propriedade. Nesse sentido, leciona Alessandra Neves:

É cediço que o direito de propriedade, já considerado como ilimitadamente exclusivo, absoluto e perpétuo, hoje pode sofrer limitações, tanto na esfera do direito privado, a exemplo do direito de vizinhança, como pelo direito público, ante o respeito à função social de propriedade. Nesse contexto, estendemos a figura da função social ao direito de autor, teoria sustentada pela doutrina pátria, que admite a possibilidade de ser destacado do titular o conteúdo patrimonial do autor-jamais o moral.¹³⁷

Portanto, para a concretização da Função Social do Direito de Autor, busca-se principalmente a limitação do uso das obras intelectuais por parte de seu titular, tendo em vista a satisfação de necessidades sociais e da coletividade. A fim de se atingir a Função Social do Direito de Autor, deverá haver determinadas restrições a seus direitos patrimoniais, os quais recebem tratamento semelhante ao direito de propriedade de bens materiais. Dessa forma, não há dúvida por parte da doutrina de que o Direito de Autor deve, assim como a propriedade tangível e o contrato, respeitar sua Função Social. Isso significa que o Direito de Autor pode sofrer outras limitações além daquelas previstas taxativamente na Lei 9.610/98, tendo em vista o estabelecimento de um equilíbrio entre os direitos do autor e o interesse social. Portanto, para a regulamentação da Função Social do Direito de Autor, faz-se necessário impor restrições a esse Direito. Classificam-se essas restrições de duas

¹³⁶ SANTOS, Manuel J. Pereira. Princípios Constitucionais e Propriedade Intelectual- O Regime Constitucional do Direito Autoral. In. ADOLFO, Luiz Gonzaga; WACHOWICZ, Marcos (Coords.). **Direito da Propriedade Intelectual. Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes.** Curitiba: Juruá, 2006.p.28-29.

¹³⁷ NEVES, Alessandra Helena. **Direito de Autor e Direito à Imagem: À Luz da Constituição Federal e do Código Civil.** Curitiba: Juruá, 2010.p.195.

formas: restrições intrínsecas, as quais se referem às limitações taxativas presentes nos artigos 46, 47 e 48 da lei de Direito Autoral, assim como ao prazo de proteção das obras. Já as restrições extrínsecas se referem do próprio exercício do Direito de Autor, o qual estaria condicionado a aplicação do princípio da Função da Propriedade e dos contratos ao Direito de Autor. Essas restrições, ao mesmo tempo em que promovem a Função social do Direito de Autor, podem restringi-las se não instituídas e aplicadas de maneira adequada.

Sendo assim, uma das formas de efetivar a Função Social do Direito de Autor é fazer uma interpretação menos restritiva das limitações intrínsecas do Direito de Autor. Acredita-se que o melhor é incorporar outros limites além daqueles especificados em lei especial, em razão das novas necessidades educacionais e culturais da coletividade, as quais estão protegidas pela Constituição Federal, porém, ainda não são admitidas na legislação ordinária atual. Nesse sentido, Allan Rocha explica que a interpretação mais adequada é a extensiva quanto aos limites de proteção. Caberia ao Poder Judiciário o ônus de verificar, no caso concreto, a existência e relevância dos interesses coletivos. O mesmo autor também afirma que o Poder Legislativo poderia, emendando a legislação especial, apontar o caráter extensivo da interpretação. A preocupação do autor reside no fato de que a não aplicação de uma interpretação extensiva significa o descompromisso com a demanda social e o desrespeito às normas constitucionais. Assim ensina o autor:

Neste viés, apenas e estritamente em seus termos conforme opostos na legislação interna especial podem os limites serem exercidos, portanto sua interpretação seria restrita aos postulados aprovados pelo legislador, independentemente da existência social de demandas não atendidas, inclusive constitucionais. Funda-se esta posição na pressuposição de que o princípio fundamental dentro do sistema autoral é a de que todo e qualquer uso patrimonial da obra pertence originalmente e unicamente ao autor, sendo os limites exceções impostas legislativamente e extrinsecamente a estes direitos, devendo por isso serem interpretadas e aplicadas restritivamente.¹³⁸

O exercício da Função Social também está intimamente relacionado com os prazos de duração da proteção. Como afirmado no capítulo anterior, os prazos são muito longos, e, para defender essa posição, argumenta-se que uma longa extensão

¹³⁸ SOUZA, Allan Rocha. **A Função Social dos Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Editora de Direito de Campos, 2006.p.279.

do prazo de proteção funcionaria como um incentivo á criação, pois o autor alcançaria uma forma de sustento para si e sua família. Porém, sabe-se que a grande maioria dos titulares desse direito são os intermediários, que adquirem esse direito de proteção através da transmissão. Isso significa que grande parte dos direitos patrimoniais, passíveis de transmissão, das obras protegidas pertence aos empresários, a quem os autores transferem os seus direitos. Nesse caso, deve-se averiguar qual o prazo adequado que permita a justa compensação por essa atividade empresarial sem que isso cause uma barreira á livre difusão da cultura. São fortes os argumentos contra esse prazo tão longo, visto que eles afetam os preços dos bens culturais pela falta de concorrência, dificultando sua aquisição por grande parte da sociedade.

Por outro lado, as restrições extrínsecas visam limitar o Direito de Autor através da aplicação do princípio da Função Social da propriedade no exercício do Direito de Autor, visando o interesse público. Novamente, pode-se questionar a aplicação desse princípio ao Direito de Autor; contudo, afirma-se, mais uma vez, que faz sentido tal entendimento, tendo em vista que, para a doutrina dominante, o Direito de Autor é ramo específico da propriedade intelectual, logo tanto bens materiais, como bens imateriais se submetem aos poderes do proprietário. Direitos exclusivos, como o da propriedade, não podem deixar de estar sujeitos a limites que visem o interesse social. Dessa forma, utilizar-se-á o princípio da função social quando houver abuso do Direito de Autor. Eliane Abrão enumera uma série de situações que configuram o abuso do Direito de Autor: a tentativa de influir na liberdade criativa de um intérprete ou a investida contra a paródia ou a caricatura alegando ofensa inexistente; órgãos responsáveis pela arrecadação dos Direitos de utilização pública autuam a representação teatral ou execução musical realizada gratuitamente para fins didáticos; o uso da superioridade econômica para realizar contratos leoninos; herdeiros que impedem o uso regular da obra impondo ônus excessivo á livre circulação do bem cultural; a utilização de proteção autoral em

sistemas, idéias, formatos que se encontrem dentro do campo de imunidade do direito autoral.¹³⁹

Essa última hipótese de prática abusiva do Direito de Autor tem se tornado cada dia mais frequente, pois, com o objetivo de evitar reproduções ilegais, os produtores de CD, DVD, por exemplo, têm inserido dispositivos de proteção que impedem qualquer tipo de cópia privada. Contudo, tais medidas inviabilizam o exercício das limitações ao Direito de Autor previsto na lei de Direito Autoral, o qual autoriza a reprodução de pequenos trechos para uso pessoal. Nesse caso, um indivíduo que venha a comprar um DVD com sistema de proteção contra cópias e que pretenda fazer uma cópia de segurança (*back up*) para uso pessoal, respeitando os requisitos legais, fica impossibilitado de fazê-la devido a esses novos dispositivos tecnológicos de proteção. Nesse caso, mesmo que a obra já se encontre em Domínio Público, não será possível fazer a reprodução da mesma. A impossibilidade do exercício legítimo das limitações constantes em lei demonstra claro abuso de direito por parte dos titulares do Direito de Autor.

De fato, vislumbrando as novas ameaças tecnológicas, os titulares de direitos autorais passaram a tomar a natural iniciativa de proteger os seus negócios, simplesmente bloqueando os usos que lhes aparentavam inadequados. Em termos práticos, a definição sobre o que é e o que não é permitido pela Lei de Direitos Autorais passou a ser feita direta e exclusivamente por eles. E, como seria de se esperar nessa situação, os interesses públicos foram postos de lado.¹⁴⁰

Constata-se também que o abuso do Direito de Autor também vem sendo praticado no âmbito econômico, interferindo nas práticas comerciais. Muitas empresas que são titulares de direitos autorais, com o objetivo de retirar um concorrente do mercado, acusam esse terceiro de plágio para tirar a obra deste último de circulação, derrubando as vendas. Na maioria das vezes, trata-se de falso plágio, mas, mesmo assim, esses empresários utilizam o argumento de que possuem o direito exclusivo de exploração da obra para derrubar a concorrência. A lei, de fato, concede um monopólio temporário aos titulares de Direito, mas, na

¹³⁹ ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.p.218.

¹⁴⁰ AZEVEDO, Rodrigo; HERMIDA, Nicolás. Cópia Privada: Em Busca do Equilíbrio Adequado. Uma Sugestão de Abordagem para o Direito Brasileiro Frente às Tecnologias Digitais. In. ADOLFO, Luiz Gonzaga; MORAIS, Rodrigo (Coords.). **Propriedade Intelectual em Perspectiva**. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2008.p.370.

prática, ocorre um abuso desse direito quando se tenta prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, prejudicando também novas atividades criativas. Portanto, mesmo que haja um direito exclusivo, este deve ser limitado pela função social da propriedade e, nesse caso específico, também pelo Direito da Concorrência para evitar abusos e desproporcionalidade, prejudicando os próprios autores e a sociedade em favor das grandes indústrias culturais. O direito de propriedade intelectual deve ser exercido de uma forma que garanta a lealdade na concorrência. Nesses casos de abuso de direito, faz-se necessário a aplicação de medidas judiciais que se orientem pelo princípio da Função Social do Direito de Autor, a fim de que os interesses públicos possam ser resguardados perante os excessos cometidos em nome do Direito de Autor.

Esses interesses essenciais da coletividade pelo uso livre das obras protegidas estão assentados em três princípios fundamentais, constitucionalmente previstos, para favorecer o desenvolvimento social do país: informação, cultura e educação. Poderia se acrescentar também o direito dos consumidores a livre concorrência, cujo impacto do longo monopólio da indústria cultural seriam os altos custos dos bens culturais, impossibilitando a aquisição por parte da população.

A estes interesses fundamentais, como educação, cultura e informação, podem ainda ser acrescentados outros cujas relações com os direitos autorais ainda não encontram-se suficientemente claras tais como o direito dos consumidores, a livre concorrência, ao entretenimento ou os impactos da concentração de titularidade patrimonial em multinacionais sobre a soberania nacional.¹⁴¹

Sabe-se que existe incontestável interesse coletivo na difusão das obras intelectuais; há necessidade de acesso dos diferentes integrantes da sociedade, principalmente professores, estudantes e pesquisadores aos bens intelectuais protegidos e às obras públicas. “Dessa forma, impõe-se a expansão da cultura como esteio do desenvolvimento geral da nação”.¹⁴² Constata-se que, para que esses princípios fundamentais sejam alcançados, é imprescindível que se reduzam os obstáculos a criação e a circulação de bens intelectuais, tornando o acesso às obras mais democrático, e que se tomem novas medidas de fomento à cultura, á

¹⁴¹ SOUZA, Allan Rocha. **A Função Social dos Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Editora de Direito de Campos, 2006.p.283.

¹⁴² BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.p.141.

educação. Para que isso seja possível, a Lei 9.610/98 desempenha papel fundamental; porém é necessário que seja reestruturada e contemple novos direitos que efetivem a Função Social do Direito de Autor. Nas situações que envolvam exemplares de obras raras ou não reeditadas, nem relançadas, aos quais o acesso é extremamente difícil ou impossível, é necessário que se preserve e que seja mantidas acessíveis ao público. Para isso, caberá atuação de entidades específicas, assim como de museus, bibliotecas, universidades na preservação e na difusão do patrimônio cultural, garantido a todos o acesso à informação, à educação. Nesse sentido, percebe-se também a importância do poder público na manutenção de um acervo nacional, possibilitando a preservação de obras raras para o futuro Domínio Público, pois, caso contrário, muitas dessas obras de grande valor estarão, ao final do período protetivo, destruídas ou desfiguradas.

Outra forma de efetivação da função social é a autorização de uso público e livre pelo próprio titular de direito, mesmo que restrito a apenas alguns direitos. O autor reconhece, dessa maneira, a expressão dos direitos da coletividade sobre a sua obra, o que permite a sua efetivação de forma imediata, possibilitando a satisfação desses direitos pela sociedade. Assim, o autor legalmente cede alguns dos direitos sobre sua obra para o público em geral, promovendo a difusão cultural a partir de suas criações. Essas licenças dispensam a autorização do autor para cada caso concreto, pois ele, ao aderir ao sistema, já deu permissão genérica para todas as situações dentro das características da licença escolhida.¹⁴³

Baseado na idéia de que o Direito de Autor tem que cumprir com sua Função Social, possibilitando o acesso à obra intelectual pela sociedade, esse sistema de licenças desenvolveu o conceito de *creative commons* (criação comum), cuja doutrina foi desenvolvida em 2001, tendo como um dos fundadores o advogado norte-americano Lawrence Lessig, professor da Universidade de Stanford. O objetivo do *creative commons* é de facilitar o acesso à informação através dos meios eletrônicos e também permitir que o autor tenha o controle da difusão de sua criação. Esse instituto busca uma relação mais harmônica entre os direitos autorais e a Internet (ferramenta que muito facilita a violação do Direito de Autor),

¹⁴³ SOUZA, Allan Rocha. **A Função Social dos Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Editora de Direito de Campos, 2006.p.295.

possibilitando um livre acesso à cultura e à informação. Nesse mesmo intuito, têm surgido outras iniciativas que possibilitam ao público acesso gratuito aos bens culturais. No Brasil, temos o exemplo da eBooks Brasil (www.ebooksbrasil.org), cuja biblioteca virtual coloca a disposição do público as obras do seu acervo. No site, é possível fazer gratuitamente *downloads* dos livros e cópia para terceiros. Porém, cabe destacar que fica proibida a utilização comercial dessas obras sem prévia autorização.

Desta forma, oposto ao conhecimento copyright (direito de cópia), que evolui do sistema de privilégio do Copyright Act da Rainha Ana, para a representação do direito do autor nos países de língua inglesa, o *creative commons* associa-se à figura do *copyleft*, no sentido de se estabelecer uma comunidade aberta de livre acesso e veiculação da informação. O *copyleft*, mecanismo inicialmente ligado apenas aos softwares, prega a sua utilização livre, possibilitando, inclusive, cópia, distribuição, alteração e aperfeiçoamento, por meio de um programa derivado, desde que seguisse o mesmo preceito de livre acesso, valendo-se do princípio do *fair use* (uso justo). Ao contrário do que se estabelece pelo copyright, que implica, a expressão “todos os direitos reservados”, às figuras do *creative commons* e do *copyleft* ligam-se à máxima: “alguns direitos reservados”.¹⁴⁴

Nesse sentido, esse sistema tem como pretensão criar um meio termo, uma harmonia entre o Direito do Autor e sua máxima “todos os direitos reservados” e o Domínio Público, no qual não há direito patrimonial reservado. Nesses casos, o autor terá a liberdade de preservar alguns direitos e dispor de outros. Deve-se ressaltar que essa prática de licenciamento tem como pressuposto o *fair use*, portanto é necessário que o uso seja justo e com fins determinados para que se possa realizar essa prática. Vale destacar que o Brasil dispõe do *Creative Commons Brasil*¹⁴⁵, o qual oferece opções flexíveis de licenças que garantem proteção e liberdade para o autor ou artista. Nesse caso, a pessoa que pretenda utilizar uma obra pode, através de um contrato eletrônico firmado com o autor, conseguir a sua autorização; porém, a obra deve estar cadastrada no sistema de *creative commons*. Dessa forma, evita-se o uso indiscriminado da obra, já que houve a licença do autor.

Projetos, como esse, têm definido os novos rumos do Direito de Autor, não mais como uma norma rígida, fechada em si mesma, mas como uma proteção que viabilize ao autor proteger a sua obra e, ao mesmo tempo, integrá-la no mundo,

¹⁴⁴ NEVES, Allessandra Helena. **Direito de Autor e Direito à Imagem: À Luz da Constituição Federal e do Código Civil**. Curitiba: Juruá, 2010.p.199-200.

¹⁴⁵ Disponível em:< <http://www.creativecommons.org.br>>. Acesso em: 31 de Out, 2012.

permitindo sua divulgação, reprodução e modificação, práticas fundamentais para a construção e reconstrução cultural de um país. É inevitável assim que se analise a obra como parte de um processo coletivo. Não se pode mais conceber a obra como um fim em si mesma, em relação a qual o autor é um indivíduo isolado e que tem, primeiramente, os seus interesses atendidos com a publicização da obra. O que se tem hoje é a obra como meio para a difusão do conhecimento em uma amplitude inovadora, para a integração entre pessoas, povos e culturas, de aproximação entre comunidades e, inclusive, de desenvolvimento da tão propagada aldeia global, não como objetivo, mas como uma mera consequência.¹⁴⁶

Portanto, a antiga concepção histórica excessivamente individualista do Direito de Autor não serve mais como justificativa para o fomento da cultura, visto que cultura é diálogo, intercâmbio, sendo, muitas vezes, imprescindível o uso de manifestações e expressões alheias para iniciar uma nova criação. Dessa forma, os institutos jurídicos privados devem também cumprir com sua finalidade social. Nesse sentido, a Função Social do Direito de Autor tem o objetivo de proteção da dignidade humana na defesa do direito da sociedade à cultura, à educação e à informação.

¹⁴⁶ REIS, Jorge Renato dos. O público não estatal na regulamentação de uso da obra intelectual. In. BOFF, Salete Oro; PIMENTEL, Luiz Otavio (Orgs.). **Propriedade Intelectual, Gestão da Inovação e Desenvolvimento**. Passo Fundo: IMED, 2009.p.79.

5 CONCLUSÃO

O Direito de Autor, influenciado pelos ideais iluministas de liberdade, individualidade e pela teoria do trabalho desenvolvida por John Locke, foi reconhecido como um direito de propriedade dos autores sobre seus bens intelectuais, pois, dessa forma, seria possível recompensar o ato de criação e o trabalho realizado pelo autor. Além disso, o Direito de Autor funcionaria como um estímulo para os autores produzirem mais e, por consequência, acabaria contribuindo para o aumento da produção cultural de um país. Esse Direito também desempenharia outra grande função que é de permitir que a sociedade soubesse quem são os autores dos livros, músicas, poemas produzidos diariamente, preservando a identidade cultural de uma nação. Portanto, tendo em vista as idéias acima, acredita-se que esse Direito deva ser protegido, possibilitando aos autores a melhor forma de remuneração e exploração de suas criações. Por outro lado, não se reconhece mais um Direito de Autor absoluto, o qual visa proteger exclusivamente os interesses dos autores, com pouco ou sem nenhum comprometimento com o interesse social. Mesmo assim, ao se examinar o Direito de Autor, em especial a legislação autoral brasileira, constata-se que ele ainda se mantém preso a sua antiga concepção de Direito de Autor, ignorando as transformações tecnológicas e as novas demandas sociais. As novas tecnologias são capazes de produzir, transformar e distribuir informação com uma rapidez jamais imaginada tempos atrás, facilitando a comunicação e a produção de novos bens culturais. Muitos artistas, sem espaço na grande mídia, encontram na internet um ambiente para divulgar e vender o seu trabalho. Isso, certamente, tem contrariado os interesses das indústrias culturais, que usam o Direito de Autor como argumento para exigir medidas e leis mais rígidas para frear esse processo tecnológico e social. Contudo, sabe-se que os antigos mecanismos de centralização da produção e da distribuição de bens culturais por grandes grupos empresariais se tornaram inviáveis diante da revolução tecnológica e da Internet. Portanto, é fundamental uma nova lei que esteja adequada a essa nova realidade social, incentivando a promoção e a livre circulação da cultura e da informação, objetivos protegidos pela Constituição Federal. Em vista disso, o Direito de Autor, além de ter a função de proteger o autor e, assim, contribuir para a produção cultural, também tem uma função voltada para satisfazer os

interesses da coletividade. Trata-se da Função Social do Direito do Autor, a qual se volta para atender os direitos sociais de livre acesso à cultura, ao conhecimento e à educação, como prevê a Constituição Federal nos artigos, 5, XIV, 215 e 205. Também pensando no interesse coletivo, foi previsto na Lei 9.610/98, em seu artigo 46 algumas limitações ao Direito de Autor; contudo, tais limitações têm se mostrado insuficientes para atender as demandas sociais, o que tem impedido a efetiva aplicação da Função Social do Direito de Autor. Um rol tão limitado de exceções dificulta ou até mesmo impede o livre acesso aos bens intelectuais, tornando a situação ainda mais problemática dentro de uma sociedade informacional, onde a informação e o conhecimento são fundamentais para o desenvolvimento econômico, cultural, tecnológico e social da sociedade. Com a justificativa de proteger o autor e, assim fomentar a produção cultural, restringem-se as utilizações livres; porém, a produção e a diversidade cultural estão diretamente ligadas a interação do artista com outros signos, conceitos e instrumentos culturais já produzidos por outros indivíduos. Dessa forma, não se pode conceber o autor isolado do seu meio, visto que as pessoas com suas histórias inseridas num contexto social constituem a fonte para produção de novos bens culturais. A partir disso, consta-se a importância de uma lei que preveja novas limitações para que se estabeleça um equilíbrio entre os interesses públicos e privados e que permita a livre utilização das obras intelectuais para fins educacionais, didáticos, respeitando o uso privado e sem intenção de lucro. Certamente, não parece nem um pouco razoável considerar ilegal a conduta de um estudante que reproduz integralmente um livro esgotado necessário para uma pesquisa ou estudo; contudo, a lei atual de direito autoral prevê tal conduta como ilegal, ignorando o direito constitucional de acesso à educação. Portanto, acredita-se que o Direito de Autor é uma forma legítima de proteger o trabalho do autor e de incentivar a criação; contudo, essa proteção deve ocorrer em harmonia com outros direitos tutelados constitucionalmente, como os direitos sociais de acesso à informação, cultura e educação. E, para a concretização desses direitos sociais, é fundamental que a Função Social do Direito de Autor seja realmente efetivada, por isso ganha tamanha importância as restrições intrínsecas e extrínsecas ao Direito de Autor.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras Privadas, Benefícios Coletivos: A Dimensão Pública do Direito Autoral na Sociedade da Informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Coords.). **Direito da Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes**. Curitiba: Juruá, 2006.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAIS, Rodrigo (Coords.). **Propriedade Intelectual em Perspectiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Direito Autoral**. 2. ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997

BARBOSA, Denis Borges. **Propriedade Intelectual: Direitos Autorais, Direitos Conexos e Software**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. Sociedade das Informação e Mundo Globalizado. In: **Revista Brasileira de Direito Comparado**, n°22, 2002.

_____. A Proposta de Introdução na Lei de Direitos Autorais de uma Compensação por Reprografia. In: **Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (ABPI)**, n°109, nov./dez. 2010.

BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Livraria do Advogado, 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. **O Direito de Autor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

BOFF, Salete Oro; PIMENTEL, Otavio (Org.). **Propriedade Intelectual, Gestão da Inovação e Desenvolvimento: Patentes, Marcas, Software, Cultivares, Indicações Geográficas, Núcleos de Inovação Tecnológica**. Passo Fundo: IMED, 2009.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras de Alheias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CABRAL, Plínio. **Revolução Tecnológica e Direito Autoral**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

_____. Limitações ao Direito Autoral na Lei n° 9.610. In: **Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI)**, n°37, nov./dez. 1998.

CARBONI, Guilherme. **O Direito de Autor na Multimídia**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

_____. CARBONI, Guilherme. **Função Social do Direito de Autor**. Curitiba: Juruá, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2006.

D'ELBOUX, Sônia Maria, Direitos Autorais x Acesso ao Conhecimento. In: **Revista Estudos Jurídicos**, n°38, jan./abril. 2005.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral: Da Antiguidade á Internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GANDELMAN, Marisa. **Poder e Conhecimento na Economia Global. O regime internacional da Propriedade Intelectual da sua formação ás regras de comércio atuais**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

GIACCHETTA, André Zonaro. A Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviço de Internet e o Anteprojeto de Reforma de Lei N° 9.610/98 ("Lei de Direitos Autorais"). In: **Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (ABPI)**, n°117, mar./abr. 2012.

GRAU-KUNTZ, Karin. Jusnaturalismo e Propriedade Intelectual. In: **Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (ABPI)**, n°100, mai./jun. 2009.

HAMMES, Bruno Jorge. **Curso de Direito Autoral**. Porto Alegre: Editora da Universidade/UFRGS, 1984.

_____. **O Direito da Propriedade Intelectual – Subsídios para o Ensino**. 2. ed. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000.

_____. **Direito da Propriedade Intelectual**. 3. ed. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002.

LEITE, Eduardo Lycurgo. **Plágio e Outros Estudos em Direito de Autor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Direito de Autor**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

LEMOES, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Rio de Janeiro. FGV, 2005.

MACEDO, M.F.G.; A.L.F. **Patentes, Pesquisa & Desenvolvimento: um manual de propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2000.

LESSIG, Lawrence. **Cultura Livre: Como a Grande Mídia Usa a Tecnologia e a Lei para Bloquear a Cultura e Controlar a Criatividade**. Tradução de Fábio Emílio Costa. São Paulo: Trama, 2005.

MANSO, Eduardo Vieira. **Direito Autoral**. São Paulo: Bushatsky Editora, 1980.

MENEZES, Elisângela Dias. **Curso de Direito Autoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MORATO, Antônio Carlos. **Direito de Autor em Obra Coletiva**: São Paulo: Saraiva, 2007.

NETTO, José Carlos Costa. **Direito Autoral no Brasil**. São Paulo: FTD, 1998.

NEVES, Alessandra Helena. **Direito de Autor e Direito à Imagem: À Luz da Constituição Federal e do Código Civil**. Curitiba: Juruá, 2010.

NUNES, Simone Lahorgue. **Direito Autoral e Direito Antitruste**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

KRETSCHMANN, Ângela. **Dignidade Humana e Direitos Intelectuais: Re(visando) o Direito Autoral na Era Digital**. Florianópolis: Millennium, 2008.
OLIVER, Paulo. **Direitos Autorais da Obra Literária**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PARANAGUÁ, Pedro. Direitos Autorais são Bens não-escassos. **Revista do Instituto Humanitas Unisinos**, São Leopoldo, n. 318, 7 dez, 2009.p.1. Entrevista concedida a Graziela Wolfart. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3000&secao=318A>. Acesso em: 11 de nov, 2012.

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

PIMENTA, Eduardo Salles (Coord.). **Direitos Autorais: Estudos em Homenagem a Otávio Afonso dos Santos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

POLI, Leonardo Macedo. **Direito Autoral. Parte Geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SANTOS, Manuella. **Direito Autoral na Era Digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Manuel J. Pereira dos (Coord.). **Direito de Autor e Direitos Fundamentais**, São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Principais Tópicos para uma Revisão da Lei de Direitos Autorais Brasileira. In. **Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (ABPI)**, n°100, mai./jun. 2009.

SMIERS, Joost. **Um Mundo sin Copyright. Artes y médios em la globalización**. Tradução de Julieta Barba y Silvia Jawerbaum. Barcelona: Gedisa editorial, 2006.

SOUZA, Alan Rocha de. **A Função Social dos Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2006.

TRIDENTE, Alessandra. **Direito Autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TRINDADE, Rangel Oliveira; SILVA, Rodrigo Otávio Cruz e. O Direito Fundamental de Acesso à Cultura e o Compartilhamento de Arquivos Autorais no Ambiente Digital. Disponível em: <<http://www.direitoautoral.ufsc.br/gedai/gedai-artigos/>>. Acesso em: 13 Jul. 2012.

VASCONCELOS, Cláudio Lins de. As Limitações, O Fair Use e a Guinada Utilitarista do Direito Autoral Brasileiro. In. **Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (ABPI)**, n°119, jul./ago. 2012.

WACHOWICZ, Marcos (Coord.). **Por que mudar a Lei de Direito Autoral? Estudos e Pareceres**. Florianópolis: Editora Funjab, 2011.

WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manuel J. Pereira (Orgds). **Estudos de Direito de Autor: A Revisão da Lei de Direitos Autorais**. Florianópolis: Editora Boiteux, 2010.