
EXCEÇÕES E LIMITAÇÕES NO DIREITO AUTORAL BRASILEIRO: CRÍTICAS À RESTRITIVIDADE DA LEI BRASILEIRA, HISTORICIDADE E POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Eduardo J. Guedes Magrani¹

1. INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento acelerado das novas tecnologias de informação e comunicação, o direito autoral enfrenta hoje profundas transformações e passa por um momento de crise de eficácia transparecendo a necessidade de revisão e reinterpretação dos seus institutos com objetivo de torná-los compatíveis com a nova realidade social que se apresenta.

O direito autoral, à luz desta nova realidade, deve ser entendido não somente como um sistema amplo de incentivo à produção intelectual artístico-literária para garantia dos direitos individuais do autor, mas como garantidor, sobretudo, dos interesses da sociedade. Em consonância com esta premissa, tem crescido internacionalmente um movimento de limitação da proteção autoral, visando assegurar o legítimo acesso do público às produções culturais e científicas da sociedade. Utilizando-se da sigla A2K (“access to knowledge”, em inglês, ou “acesso ao conhecimento”, em português), este movimento que conta com a participação de grupos da sociedade civil, entidades governamentais e milhares de indivíduos simpáticos a este ideal, atua na construção de um arcabouço legal de combate ao exercício abusivo dos direitos autorais e na valorização do interesse público,

¹ Professor da Faculdade de Direito da FGV-RJ e IBMEC-RJ. Doutor e Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio. Senior Fellow pela Humboldt University. eduardomagrani@gmail.com

para que se chegue a uma situação de equilíbrio entre os interesses autorais e as demandas públicas por acesso ao conhecimento e à informação. Como subsídio, trabalha-se com a idéia de que a função social da propriedade afeta a própria substância do direito de autor, constituindo-se no seu fundamento e na sua justificação. Agregando valor a este movimento e salientando sua relevância no contexto brasileiro, vale mencionar que a *Consumers International*, organização mundial de proteção ao consumidor, publicou recentemente a Lista de Vigilância de Propriedade Intelectual referente ao ano de 2010², apontando o Brasil como o 7º país mais restritivo em direitos autorais, transparecendo uma verdadeira obstacularização da atual LDA ao acesso ao conhecimento e conseqüentemente ao desenvolvimento nacional.³

Após esta breve menção à existência do movimento de “acesso ao conhecimento”, vejamos um pouco mais a fundo o que ensejou e potencializou seu desenvolvimento em território nacional e a importância das limitações neste panorama.

A partir do processo de maximização do direito autoral no Brasil, como consequência de interesses internos e comprometimentos internacionais, instaurou-se uma situação de desequilíbrio, desencadeada de forma similar em diversos outros sistemas internacionais, entre a legítima remuneração dos criadores e os interesses da sociedade pautados no acesso ao conhecimento, informação e cultura.

Visando encontrar justamente o equilíbrio entre os interesses a serem tutelados, voltamos nossa atenção para as limitações⁴ aos direitos autorais. Largamente reconhecidas como essenciais para o equilíbrio entre os interesses públicos e privados, as limitações são inerentes à Lei de Direitos Autorais e intimamente ligadas aos fundamentos do próprio direito autoral, representando o verdadeiro ponto crítico do direito autoral contemporâneo.

² Vide <http://fcforum.net/IPWatchList-2010-cast.pdf>. Acesso em: 12.05.10.

³ O Brasil foi destaque também na Lista de Vigilância de Propriedade Intelectual do ano de 2009 sendo apontado à época como o 4º pior país do ranking. Ver <http://www.consumersinternational.org/Shared_ASP_Files/UploadedFiles/consint/6A0637C1-8C-41BC-A958-77068ECF2932_IPWatchList-FINALonline270409.pdf>. Acesso em: 10.05.10.

⁴ As limitações ou isenções não se confundem com as hipóteses de imunidade em que não há proteção sobre a obra (artigo 8º da LDA). As isenções consistem em autorizações legais para o uso de obras de terceiros, protegidas por direitos autorais, independentemente de autorização dos detentores de tais direitos. Uma vez que a regra é impedir a livre utilização das obras sem consentimento do autor, as exceções previstas pela LDA em seu artigo 46 são interpretadas como constituindo rol taxativo. A figura da imunidade por sua vez afasta determinadas hipóteses de qualquer proteção de caráter autoral tais como: idéias, conceitos, métodos, sistemas, cálculos, entre outros. ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de Autor e Direitos Conexos*. 1ª edição. São Paulo: Ed. Do Brasil, 2002. p. 18.

Com o advento da era digital, as limitações que a LDA elenca, inspiradas pelo rígido sistema continental europeu, tornaram-se insuficientes para abarcar diversos usos considerados legítimos, viabilizados pelo avanço tecnológico⁵. É a partir desta perspectiva de grave descompasso entre as possibilidades e práticas tecnológicas e as normas que regulamentam o direito autoral no Brasil que tentaremos propor um novo equilíbrio, partindo de uma visão menos individualista dos direitos autorais.

Para tanto, sofisticou-se o olhar acerca das limitações, superando a idéia de que o direito autoral seria um direito exclusivamente voltado para o titular dos direitos autorais, dando maior atenção aos outros interesses envolvidos, impedindo que a ênfase no direito dos autores ofusque os direitos que cabem aos outros personagens.⁶

Para uma análise adequada, procura-se mostrar como se desenvolveu o direito autoral no mundo e no Brasil, demonstrando a evolução e funcionamento dos sistemas de limitações segundo as diferentes tradições, de forma a compreender como se chegou ao atual sistema e porque uma perspectiva funcional ajudaria a aprimorá-lo.

Utilizam-se, portanto, as lentes do direito civil-constitucional, adotando-o como metodologia de aplicação das leis infraconstitucionais, de modo a garantir a aplicação das normas constitucionais sobre as relações travadas entre particulares.

A adoção desta metodologia conduz à necessidade de se compreender o rol de limitações constante na legislação autoral à luz dos princípios constitucionais, abrindo caminho assim, para uma interpretação ampliada das limitações, capaz de melhor garantir o cumprimento da função social do direito autoral. Desta maneira, conduz-se as limitações aos direitos fundamentais, percebendo a necessidade e relevância deste mecanismo de isenções na garantia de direitos como o acesso ao conhecimento (art. 215 CF), o direito à educação (art.205) e à liberdade de expressão (art. 5º, IV), entre diversos outros interesses de ordem social cuja tutela depende muitas vezes de uma correta aplicação do direito autoral.

É através desta perspectiva funcional desempenhada pelo direito autoral e principalmente pelo sistema de limitações⁷, que se pretende investigar os

⁵ Gandelman, Henrique. De Gutenberg à Internet. 1ª edição. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 218.

⁶ PATTERSON, L. Ray; LINDBERG, Stanley W. The nature of copyright: a law of users' rights. Georgia: University of Georgia Press, 1991. p. 3 -4.

⁷ Os termos Limitações e Exceções são utilizados indistintamente ao longo do texto. Vale nota, no entanto, o posicionamento de Allan Rocha de Souza que considera inapropriado o termo "exceções" visto que o direito autoral compõe-se tanto de um conteúdo positivo de direito de autor, quanto negativo, caracterizado pelos

interesses e os direitos que devem ser tutelados no caso concreto, utilizando-se das ferramentas constitucionais para que se chegue a um ponto de equilíbrio, alterando o desvio de rota da interpretação clássica da LDA.

2. FUNDAMENTOS CLÁSSICOS E CONTEMPORÂNEOS DOS DIREITOS AUTORAIS

2.1 A HISTORICIDADE DO DIREITO AUTORAL

O direito autoral como é hoje conhecido é fruto de um processo histórico. Sua historicidade⁸, entendendo-se como tal o esforço de distanciamento que torna possível o estudo a partir do processo histórico⁹, é não apenas uma forma de entendermos o porquê dos conceitos e institutos, analisando para tanto, o contexto em que surgiram as vedações e autorizações legais, mas, sobretudo, sua compatibilidade ou não com a realidade atual.¹⁰

O interesse pela historicidade do direito autoral pauta-se no entendimento de que toda norma jurídica espelha a realidade social e jurídica em que foi concebida, razão pela qual se apresenta como um cativante modo de iniciarmos as investigações sobre o tema, salientando não somente o caráter histórico dos institutos, mas o contexto histórico em que foram criados e desenvolvidos no Brasil e no mundo.

Através da noção de que os direitos não são imutáveis podemos considerar que

limites ou restrições ao direito de autor, essenciais para a correta composição dos múltiplos interesses em jogo. SOUZA, Allan Rocha de. A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica: Brasil: 1988-2005. Campos dos Goytacazes: Ed. da Faculdade de Direito de Campos, 2006. p. 22.

⁸ José Ferrater vincula a noção de historicidade ao historicismo epistemológico para o qual a compreensão da realidade se dá através do histórico. (MORA, José Ferrater. Dicionário de Filosofia. 4ª edição, São Paulo, Martins Fontes, 2001. p 337). Vale ainda ressaltar a noção de historicidade contida no Dicionário de Filosofia do Direito coordenado pelo jurista Vicente de Paulo Barretto que dispõe: “Desde finais do século XIX, com o amadurecimento do grande saber histórico acumulado por gerações, e também com a continuidade dos debates referentes àquele mesmo saber, formou-se a idéia de uma fundamental historicidade das coisas humanas: não só dos impérios e das dinastias de que tratava a historiografia tradicional, mas também a das idéias, dos valores e do próprio ser humano criador de valores e de idéias.” BARRETTO, Vicente de Paulo (org.). Dicionário de Filosofia do Direito. 1ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 435.

⁹ JAMESON, Fredric. Pós-Modernismo: a Lógica Cultural do Capitalismo Tardio. São Paulo: Ática, 1996. p. 235.

¹⁰ LEWICKI, Bruno Costa. Limitações aos direitos do autor: releitura na perspectiva do direito civil-contemporâneo. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2007. p. 12.

os conceitos e institutos jurídicos não são naturais, inatos ou inerentes à existência humana e à vida em sociedade¹¹. Esta perspectiva enseja uma relativização do olhar de forma a individuar o direito em uma determinada época e em uma determinada sociedade¹². Este olhar é fundamental para a correta compreensão do sistema de limitações ao direito autoral e de sua problemática, sendo ainda pressuposto necessário para a proposição de soluções cabíveis e viáveis.

Indispensável, portanto, a análise da historicidade, tornando oportuno e necessário o trabalho de situarmos os direitos autorais numa perspectiva histórica.

2.1.1 Evolução no mundo

Como se sabe durante muitos séculos as questões hoje compreendidas pelo direito autoral permaneceram sem uma disciplina jurídica, considerando-se o Estatuto da Rainha Ana na Grã-Bretanha, em 1710, como a primeira previsão de tutela do autor, uma vez que concedia ao mesmo um privilégio de reprodução.¹³

Cabe aqui fazermos uma ressalva para a invenção da imprensa no século XV que ensejou a concessão, aos donos dos meios de produção dos livros, do monopólio da comercialização dos títulos que editassem afim de que estes velassem para que o conteúdo não fosse desfavorável à ordem vigente¹⁴. Tal preocupação surgiu diante da facilitação da obtenção de livros que tiveram seu custo de fabricação diminuído. Enquanto na Antiguidade e Idade Média os casos de contrafações e plágios eram raros, dada a dificuldade de se reproduzir uma obra, resultando quando ocorriam em condenação pela opinião pública (sanção de cunho meramente moral), com a invenção da imprensa, abre-se um novo horizonte para o direito autoral, diante da necessidade de uma efetiva proteção às criações intelectuais e de repressão às suas violações. Este momento é considerado por alguns doutrinadores como o marco embrionário da regulação de um direito autoral.

Analisando, portanto a gênese do direito autoral observa-se que o instituto não nasceu como um direito de propriedade, mas como uma política de governo para concessão de um monopólio bastante restrito voltado para a comercialização

¹¹ Ibid. p. 14.

¹² LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 20ª edição. Rio de Janeiro: JZE, 2006. p. 67.

¹³ ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito Autoral*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 4.

¹⁴ GANDELMAN, Henrique. *Op. Cit.*, p. 30.

temporária de determinadas criações intelectuais. Somente com advento das idéias iluministas e inspiradas nos ideários da Revolução Francesa que os autores começaram a tomar consciência da importância de sua contribuição intelectual e da necessidade de uma efetiva proteção das suas criações.¹⁵

O Estatuto da Rainha Ana de 1710 inaugura a visão anglo-americana do *copyright* baseada na materialidade do exemplar e na exclusividade da reprodução. A visão anglo-americana contrapõe-se hoje à tradição continental européia, formada ao longo do século XVIII por influência do ideário da Revolução Francesa¹⁶, denominada sistema continental europeu ou sistema de *droit d'auteur* que se baseia na proteção à personalidade do autor.¹⁷ Embora ambas recorressem à figura do privilégio, o sistema continental europeu centrou a tutela do autor na atividade criadora em si, mais que na materialidade do exemplar.¹⁸

Estas duas tradições são importantes para entendermos as diferentes limitações aos direitos de autor desenvolvidas a partir tanto do *droit d'auteur* quanto do *copyright* e em seguida compararmos com as limitações e exceções desenvolvidas em nosso país.

Considerando o contexto em que ocorreu a gênese desses dois principais sistemas de estruturação dos direitos de autor, passamos a analisar de forma sucinta a maneira como se internacionalizaram os direitos autorais para que possamos explorar com mais acuidade no capítulo seguinte, o processo de maximização e a problemática das exceções e limitações da atual lei de direitos autorais.

As primeiras leis de direitos autorais conferiam proteção apenas a autores nacionais, impondo muitas vezes formalidades adicionais a autores estrangeiros. Somente no início do século XIX, acordos bilaterais impuseram condições de reciprocidade na proteção a direitos autorais, estendendo a proteção das obras nacionais a países estrangeiros.

Após a concessão francesa de proteção às obras estrangeiras tal qual às nacionais, tornou-se difundido o estabelecimento de acordos bilaterais de proteção às obras autorais. No entanto, malgrado os esforços franceses seria

¹⁵ CARBONI, Guilherme. O Direito de Autor e seus Desafios: Os Conflitos com a Liberdade de Expressão, o Direito de Acesso ao Conhecimento, à Informação e à Cultura e o Direito ao Desenvolvimento Tecnológico. In: REIS, Renata et al.. Propriedade Intelectual: agricultura, software, direito de autor, medicamentos: interfaces e desafios. 1ª edição. Rio de Janeiro, ed. ABIA, 2007. p. 80.

¹⁶ ABRÃO, Eliane Y. Op. cit., p. 30.

¹⁷ Ibid. p. 28.

¹⁸ Ibid. p. 5.

necessário um alargamento dos princípios históricos e norteadores dos direitos autorais e do *copyright*¹⁹ de forma a minimizar os frequentes conflitos surgidos a partir de acordos bilaterais.

Iniciou-se então na França a redação de uma “lei universal de direitos autorais”, fundada em ideais de direito natural, dando origem a um movimento universalista de direitos autorais, que mais tarde se consolidaria na *Association Littéraire et Artistique Internationale*. Esta associação foi fundamental, pois a partir de seus trabalhos, e após diversas negociações internacionais, chegar-se-ia à assinatura da Convenção de Berna em 1886 que introduziu a notória limitação conhecida como “regra dos três passos”²⁰ que exerceu fortes influências tanto no direito norte-americano quanto no direito autoral brasileiro.²¹ Vale dizer, neste sentido, que algumas das limitações relacionadas à reprodução, encontradas na legislação brasileira, foram diretamente inspiradas nesta Convenção.

A partir da Convenção de Berna, por meio da qual as nações ditas “civilizadas”, propuseram uma regulação mínima geral e internacional²², é possível observarmos um movimento de maximização dos direitos autorais através das várias emendas que seguiram ao texto original, cujos reflexos no Brasil serão abordados em momento oportuno.

Se por um lado o discurso de proteção ao autor, como que derivada de um direito natural ou mesmo como extensão da personalidade do mesmo, predominou ao longo de todo o processo de criação e consolidação das regras internacionais de direitos autorais, por outro, tal discurso ocultava interesses estritamente econômicos.²³

A justificativa para proteção da personalidade e dignidade do autor baseia-se na figura mítica e romantizada do autor que – apesar da natureza inalienável e irrenunciável dos direitos morais – pode e geralmente é substituído por um agente corporativo por meios contratuais.²⁴ Países como o Brasil que foram expostos por

¹⁹ Ibid. p. 33.

²⁰ A Convenção de Berna reserva às legislações dos países da União em seu artigo 9(2) a faculdade de permitirem a reprodução das referidas obras, em certos casos especiais, desde que tal reprodução não prejudique a exploração normal da obra nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor.

²¹ A Convenção de Berna promulgada pelo Decreto no. 75.699 de 6 de maio de 1975, em seus artigos 9º, 10 e 10 (bis) autoriza os países signatários a estabelecer isenções à incidência da proteção, estabelecendo também, em seu artigo 7º, os prazos para esta proteção.

²² ABRÃO, Eliane Y. Op. cit., p. 31.

²³ DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. *Information Feudalism: Who owns the Knowledge Economy?*. New York: The New Press, 2002.

²⁴ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti et al. *Exceptions and Limitations to Copyright in Brazil: A Call For Reform*.

um longo tempo à retórica típica da época de Berna e ao estilo *droit d'auteur* estão inclinados a fazer um uso maior de argumentos pautados em uma visão romantizada do autor e em muitos casos, referentes a direitos naturais.

Além da expansão territorial, também uma expansão substancial vale nota. Os direitos autorais, em um primeiro momento, voltados apenas para o material impresso e execução pública de obras dramáticas, foram se ampliando conforme novos veículos de expressão e comunicação surgiram bem como novas modalidades de distribuição e consumo foram inventadas. Demandas pela proteção de formas de expressão menos tangíveis dos que as já existentes levaram a extensão da proteção aos direitos conexos de autor, através de um sistema paralelo. Desta forma, em 1961, foi assinada a Convenção de Roma, que teve como escopo a proteção aos direitos conexos aos de autor, especificamente relacionados à “proteção aos artistas intérpretes ou executantes, aos produtores de fonogramas e aos organismos de radiodifusão”.²⁵

As convenções internacionais vigentes atualmente em âmbito nacional são: a Convenção Interamericana²⁶, a Convenção de Roma²⁷, a Convenção de Genebra²⁸, a Convenção Universal²⁹, a Convenção de Berna e o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS)³⁰. A Convenção de Berna e o Acordo TRIPS constituem os dois estatutos considerados de maior relevância em nossa ordem jurídica, razão pela qual merecem algumas considerações adicionais acerca das respectivas contribuições, em matéria de limitação aos direitos autorais.

A Convenção de Berna introduziu a aludida “regra dos três passos”, incentivando que haja limitação ao direito de autor nas legislações dos países signatários e inovou metodologicamente ao não se vincular à enunciação de casos específicos, garantindo assim uma maior adaptabilidade às novas formas

In: SHAVER, Lea (org.). *Access to Knowledge in Brazil: New Research on Intellectual Property, Innovation and Development*. New Haven: Yale Law School Press, 2008. p. 108-109.

²⁵ COSTA NETO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. 1ª edição. São Paulo: FTD, 1998. p. 36.

²⁶ Promulgada pelo Decreto 26.675 de 18.05.1949.

²⁷ Em nosso ordenamento jurídico, foi recepcionada pelo Decreto Legislativo n.º 26/1964 e promulgada pelo Decreto n.º 57.125, de 19 de outubro de 1965.

²⁸ Aprovada pelo Presidente Ernesto Geisel por intermédio do Decreto Legislativo n.º 59, de 30 de junho de 1975, e promulgada pelo Decreto n.º 76.906, de 24 de dezembro de 1975, da Presidência da República, apesar de ter entrado em vigor em 28 de novembro de 1975.

²⁹ O Brasil é membro da Convenção Universal, aprovada internamente pelo Decreto Legislativo n.º 55, de 28 de junho de 1975, e promulgada pelo Decreto n.º 76.905, de 24 de dezembro de 1975, da Presidência da República.

³⁰ Promulgado pelo Decreto 1.355 de dezembro de 1994.

de reprodução de obras intelectuais. Esta metodologia aplicável ao regime de exceções e limitações exerceu grande influência, sendo adotada, por exemplo, nos dois tratados aprovados no âmbito da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), em 1996.³¹

O Acordo TRIPS, por sua vez, foi o principal responsável pelo fenômeno da “globalização da propriedade intelectual” pelo fato de englobar as Convenções de Paris, de Berna e de Roma, obrigando os países signatários a respeitar determinados padrões em matéria de direitos de propriedade intelectual.³² Administrado pela Organização Mundial do Comércio, utilizou-se também da metodologia da “regra dos três passos”, dando especial atenção ao terceiro passo, como forma de tutelar os interesses dos titulares de direitos autorais, tendo em vista sua importância no comércio internacional, no que tange aos bens intelectuais. Outro fator de grande relevância para este tema no que concerne ao TRIPS, consiste no fato deste dispor acerca função social do direito autoral³³ ao reconhecer os objetivos básicos da proteção dos direitos de propriedade intelectual, alicerçando-os no interesse público de promoção do desenvolvimento tecnológico e engrandecimento cultural.

Após esse breve panorama do processo histórico internacional dos direitos de autor, reforçando a tese de que a evolução é condicionada pelas circunstâncias históricas, passamos a abordar de forma sucinta como se deu esse desenvolvimento em nosso país para que possamos tratar mais à frente do processo de maximização do direito autoral no Brasil.

2.1.2 Evolução no Brasil

No Brasil, a história legislativa do direito autoral é bastante conhecida e inicia-se com a Lei de 1827 que criou os cursos jurídicos de Olinda e São Paulo.³⁴ Logo

³¹ Tanto o Tratado sobre Direitos Autorais como o Tratado sobre Interpretações e Execuções de Fonogramas se valem da “regra dos três passos” como fator de limitação dos direitos autorais e conexos, respectivamente.

³² PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 287.

³³ O art. 7º do TRIPS assim dispõe: “a proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e a difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico, e de uma forma conducente ao bem-estar social econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações”. Também gozam de relevância as disposições do art. 8º, itens 1 e 2 na medida em que permitem e incentivam os países signatários a: privilegiar setores de importância vital para o país ou privilegiar o interesse público ao desenvolvimento socioeconômico e tecnológico; e a adotar medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual.

³⁴ ASCENSÃO, José Oliveira. *Op. cit.*, p.10.

após, o Código Criminal de 1830 inovaria ao estabelecer um direito de reprodução adequado, impondo sanções criminais em casos de reprodução de escritos ou desenhos feitos por cidadãos brasileiros, sem autorização prévia. A tipificação de condutas relacionadas às infrações aos direitos autorais que constava do artigo 261 do referido Código Criminal, revela que tanto o direito de reprodução, quanto seu termo eram originalmente definidos através da lei penal.³⁵

Os Artigos 342 a 350 do Código Penal de 1890 deram continuidade à tradição brasileira de legislar sobre direitos autorais através do direito penal sendo o primeiro desenvolvimento legislativo em matéria de direito de autor após a proclamação da república.³⁶

A primeira constituição brasileira, a Constituição do Império, de 1824 (Carta-Lei de 25/03/1824), não fazia qualquer menção ao direito de autor. A garantia autoral durante o período do Império advinha das sanções previstas no Código Criminal de 1830. A primeira constituição a garanti-los foi a Constituição de 1891³⁷, promulgada dois anos após o nascimento da república em nosso país.³⁸

A partir de então, e à exceção da Carta de 1937 (editada sob o regime autoritário do Estado Novo), todas as Constituições brasileiras garantiram os direitos autorais e ainda de forma bastante similar³⁹, inclusive a de 1967 e sua Emenda Constitucional nº. 1 de 1969, que assegurava aos autores de obras literárias, artísticas e científicas o direito exclusivo de utilizá-las, sendo este direito transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixasse. Mudanças de redação mais substanciais e inserção de outros direitos de autor (como o de fiscalização

³⁵ O artigo 261 do Código Penal de 1830 dispunha que uma vez capturados com cópias ilegais, os infratores perderiam todas as cópias para o autor ou seus herdeiros e pagariam uma multa. A conduta criminosa durava enquanto a obra fosse ilegalmente reproduzida durante o tempo de vida do autor ou 10 anos após sua morte caso deixasse herdeiros. Aos tradutores era dado o mesmo status aos dos autores das obras originais. Se as obras fossem adquiridas conjuntamente, a proteção duraria por um período de dez anos.

³⁶ ASCENSÃO, José Oliveira. Op. cit., p.11.

³⁷ Constituição de 1891, estabelecia em seu Título IV, (“Dos cidadãos brasileiros”), Seção II (“Declaração de direitos”), art. 72, § 26: “Aos autores de obras literarias e artisticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las pela imprensa ou por qualquer outro processo mechanic. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar”.

³⁸ COSTA NETO, José Carlos. Op. cit., p. 37.

³⁹ Constituição de 1934, art. 113, 20: “Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas é assegurado o direito exclusivo de reproduzi-las. Esse direito transmitir-se-á aos seus herdeiros pelo tempo que a lei determinar”; Constituição de 1946, art. 141, § 19: “Aos autores de obras literárias, artísticas ou científicas pertence o direito exclusivo de reproduzi-las. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei fixar”; Constituição de 1967, art. 153, § 25: “Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-las. Esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar”

de aproveitamento econômico) apenas ocorreram com a Constituição de 1988⁴⁰, apesar de o dispositivo principal ter mantido redação bastante similar à do art. 72, §26 da Constituição de 1891. Com a edição da Constituição de 1988, os direitos autorais encontraram ampla guarida, nos termos dos dispositivos constitucionais acima indicados e nos termos da LDA.

Tardou a regulação civil do direito autoral. A lei nº. 496 de 1898 aprovada pouco tempo depois da Convenção de Berna, alcunhada de “Lei Medeiros e Albuquerque” em homenagem ao autor do projeto, definiu e garantiu os direitos autorais concedendo proteção a brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil sendo considerada a primeira lei civil brasileira a tratar especificamente da proteção autoral.⁴¹

A lei nº. 496 não teve vida muito longa sendo logo revogada pelo Código Civil de 1916, que classificou o direito de autor como bem móvel, fixando o prazo prescricional da ação civil por ofensa a direitos autorais em cinco anos e regulando outros aspectos sobre a matéria.⁴²

Somente em 1973 com a lei nº. 5.988 o Brasil viu publicado um estatuto único e abrangente, sob a proteção dos mandamentos constitucionais, destinado a regular o direito autoral que vigorou até a aprovação da atual Lei de Direitos Autorais nº. 9.610 de 19 de fevereiro de 1998.

Consciente do descompasso da atual lei de direitos autorais com relação às novas demandas sociais, o Ministério da Cultura iniciou em 2007 um processo de revisão da Lei, realizando uma série de reuniões e seminários com o objetivo de debater a reforma da lei de direitos autorais. O Governo Federal pretende, em breve, levar à consulta pública o anteprojeto de lei elaborado pelo MinC, convidando toda a sociedade para apresentar suas críticas e sugestões. Analisaremos com maior profundidade os benefícios e as defasagens da proposta de revisão, no tocante às limitações aos direitos de autor, ao longo do capítulo três.

⁴⁰ Constituição de 1988, art. 5º, XXVII: “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”; art. 5º, XXVIII: “são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas”.

⁴¹ Paranaguá, Pedro e Branco, Sergio. *Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 18.

⁴² COSTA NETO, José Carlos. *Op. cit.*, p. 39.

2.2 Natureza Jurídica

Poucos assuntos originaram tantas controvérsias sobre direito autoral quanto a conceituação da natureza de tais direitos. A mobilização dos juristas a este respeito vem atravessando os últimos séculos e causando profundas divergências acadêmicas. Não obstante ser um tema controvertido, sua análise é de grande importância para os questionamentos que serão ventilados ao tratarmos da reinterpretação constitucional da LDA.

Sérgio Branco, em esclarecedora síntese aponta a importância de se definir a natureza jurídica: “é a partir das categorias pré-ordenadas que será possível definir as regras jurídicas aplicáveis ao caso concreto. Enquanto não se define a natureza jurídica do direito autoral, não é possível se lhe atribuir os efeitos jurídicos adequados”.⁴³

Sendo considerado de forma mais pacificada hoje, um ramo autônomo do direito⁴⁴, o direito autoral guarda semelhanças e diferenças com os direitos de propriedade e os direitos da personalidade sem nunca se enquadrar com precisão em qualquer das categorias, ensejando a criação das mais diversas teorias.

O jurista Henry Jessen⁴⁵ considera a maioria das teorias como variantes de cinco teorias principais, quais sejam: (i) teoria da propriedade; (ii) teoria da personalidade; (iii) teoria dos bens jurídicos imateriais; (iv) teoria dos direitos sobre bens intelectuais e; (v) teoria dualista – que procura conciliar as teorias anteriores.

Em razão da grande similitude, os direitos autorais são considerados por alguns doutrinadores como um direito de propriedade em si, enquadrando-se na categoria dos direitos reais por meio da qual enfatiza-se seu caráter patrimonial - “teoria da propriedade” -.

Embora tenha sido originalmente classificado em Roma como direito de propriedade imaterial por tratar de direito sobre coisa incorpórea, observou-se posteriormente a evolução do aspecto pessoal especialmente com a construção da teoria dos direitos da personalidade, originando a concepção de que os direitos autorais consubstanciavam direitos sobre a própria pessoa. Assim, a

⁴³ BRANCO, Sérgio. Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Tese (Mestrado), 2006, p. 43.

⁴⁴ BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 17.

⁴⁵ JESSEN, Henry. Direitos intelectuais dos autores, artistas, produtores de fonogramas e outros titulares. 1ª edição. Rio de Janeiro: Edições Itaipu, 1967.

defesa dos aspectos personalíssimos era considerada por alguns a razão própria do reconhecimento dos direitos.⁴⁶ A “teoria da personalidade” enquadra o direito autoral na categoria de direito da personalidade em virtude da garantia dos direitos morais.

A “teoria dos bens jurídicos imateriais” por sua vez, reconhece ao autor um direito absoluto *sui generis* sobre sua obra, de natureza real, coexistindo, mas de forma independente, com o direito da personalidade enquanto a “teoria dos direitos sobre bens intelectuais” centra-se no direito das coisas incorpóreas (obras literárias, artísticas e científicas, patentes de invenção e marcas de comércio).

Além destas classificações existem diversas teorias que combinam estas classificações e certas posições singulares além da teoria que considera os direitos autorais um privilégio para incremento das letras da ciência e das artes.

Não obstante, levando em conta os diferentes fatores e elementos estruturais próprios, fazemos coro com a maioria da doutrina que vem considerando o Direito de Autor como um direito *sui generis*,⁴⁷ que não se insere nas classificações supramencionadas uma vez que sua natureza é moral aproximando-o do direito da personalidade podendo, no entanto, produzir efeitos patrimoniais o que o aproxima do direito de propriedade. Em virtude desta natureza híbrida concebida como uma teoria dualista e bastante aclamada pela maioria da doutrina, o Direito Autoral é considerado um direito autônomo.⁴⁸

José Carlos Costa Neto acrescenta:

A legislação brasileira em vigor, mormente a Lei 5.988/73, embora não defina especificamente o termo “direitos de autor”, adotou, conforme se depreende de sua orientação normativa, a concepção dualista, ou seja, nos direitos de autor coexistem, distintamente (embora interdependentes), direitos morais e direitos patrimoniais, sendo que o primeiro prevaleceria sobre o segundo, em virtude daquele estar relacionado à defesa dos interesses espirituais do criador (intelectual).

A relevância desta classificação nos leva ao cerne da discussão relativa à possibilidade ou não da aplicação do princípio da função social da propriedade ao direito autoral, que será aprofundada ao longo do capítulo três quando tratarmos da função social como uma possível restrição extrínseca ao direito

⁴⁶ BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit., p. 11.

⁴⁷ COSTA NETO, José Carlos. Op. cit., p. 46.

⁴⁸ ASCENSÃO, José Oliveira. Op. cit., p. 18.

autoral na tentativa de reequilibrar a dualidade de interesses complementando o restrito rol de exceções e limitações.

Muito embora o direito autoral seja considerado pela maioria da doutrina como um direito híbrido⁴⁹ não se enquadrando como mencionamos nem à categoria de direito da propriedade unicamente nem à de direito da personalidade, ele está inserido no ordenamento como um ramo específico da propriedade intelectual como reflexo da tradição histórica mencionada anteriormente.

Alguns doutrinadores entendem que a associação do conceito de “propriedade” ao direito autoral e, de forma mais ampla, ao sistema de “propriedade intelectual”, que remonta aos tempos da Revolução Francesa, contribuiu para o reforço das faculdades atribuídas ao autor favorecendo o atual estágio de desequilíbrio que iremos tratar mais à frente.

Para Orlando Gomes, é possível atribuir-se ao direito autoral as peculiaridades atinentes à propriedade⁵⁰, entendendo que a principal diferença reside unicamente no aspecto relativo à perpetuidade.⁵¹ Não obstante, além da limitação temporal existem outras diferenças entre os direitos autorais e os demais direitos de propriedade que devem ser mencionados.

Antônio Chaves⁵² aduz que uma das principais diferenças entre o direito autoral e os demais direitos de propriedade material revela-se pelo modo de aquisição originários e derivados. A aquisição é considerada originária pelo fato de surgir apenas quando da criação da obra enquanto os modos de aquisição derivados não possuem perfeita transferência entre cedente e cessionário, uma vez que a obra intelectual não sai completamente da esfera de influência da personalidade de quem a criou, em decorrência da manutenção dos direitos morais.

É ainda Antônio Chaves que evidencia a impossibilidade de se enquadrar o direito autoral unicamente como direito da personalidade ou da propriedade material:⁵³

No que porém mais se distancia o direito autoral da propriedade material é na separação perfeitamente nítida que se estabelece no período

⁴⁹ COSTA NETO, José Carlos. Op. cit., p. 51.

⁵⁰ GOMES, Orlando. Direitos Reais. Cit., p. 85-86.

⁵¹ Conforme artigo 41 da LDA, o titular do direito autoral tem sua propriedade limitada no tempo perdurando por 70 anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.

⁵² CHAVES, Antônio. Direito de Autor – Princípios Fundamentais. Cit., p. 16.

⁵³ Ibid., p. 16.

anterior e posterior à publicação da obra, sendo absoluto, na primeira, e constituindo-se, na segunda, de faculdades relativas, limitadas e determinadas: patrimoniais exclusivas de publicação, reprodução etc., que recaem sobre algumas formas de aproveitamento econômico da obra, e de natureza pessoal, referentes à defesa da paternidade e da integridade intelectual da obra. Direito especial, como se revela, exige, por isso mesmo, uma regulamentação específica, incompatível com o caráter demasiadamente amplo e genérico dos direitos da personalidade, assim como com os estreitos limites da propriedade material ou patrimonial.

Além das distinções supramencionadas é mister salientarmos uma diferença básica entre a titularidade de um bem de direito autoral e a titularidade dos demais bens que refere-se à incidência da propriedade sobre o objeto.

Enquanto a aquisição de um bem qualquer permite a seu titular exercer sobre o mesmo todas as faculdades inerentes à propriedade⁵⁴, quais sejam, usar, gozar, dispor e reivindicar, permitindo que o proprietário abandone, aliene ou destrua o bem, no direito autoral o titular tem liberdade no tocante ao uso que faz do bem material em si mas não sobre o bem intelectual acoplado ao bem material.⁵⁵

Esse princípio foi positivado na LDA, em seu artigo 37, que assim dispõe:

Art. 37: A aquisição do original de uma obra, ou de exemplar, não confere ao adquirente qualquer dos direitos patrimoniais do autor, salvo convenção em contrário entre as partes e os casos previstos nesta Lei.

Além disso, vale ressaltar que a garantia dos direitos morais impede que o vínculo entre autor e obra deixe de existir.⁵⁶ Em virtude disto, ainda que o original da obra seja alienado ou destruído, o autor terá resguardado os seus direitos morais que prevêm, por exemplo, o direito de ter seu nome indicado ou anunciado como autor da obra.⁵⁷

Os direitos morais estão previstos no artigo 6 bis, 1, da Convenção de Berna, ao dispor que “independentemente dos direitos patrimoniais do autor, e mesmo após a cessão desses direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opor a qualquer deformação, mutilação ou outra

⁵⁴ “Sobre o exemplar da obra recai, em princípio, uma propriedade como qualquer outra”. ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 33.

⁵⁵ Gandelman, Henrique. Op. cit., p. 232.

⁵⁶ BARBOSA, Denis Borges. Propriedade Intelectual: Direitos Autorais, Direitos Conexos e Software. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003. p. 8.

⁵⁷ Refere-se ao chamado “direito de paternidade” disposto no art. 24, I, da LDA.

modificação dessa obra ou a qualquer atentado à mesma obra, que possam prejudicar a sua honra ou a sua reputação”.⁵⁸

Isso posto, há que se criticar a ficção legal da “propriedade” tendo em vista que a natureza do direito autoral engloba mas não se limita a esta concepção. Ademais, sem nos aprofundarmos na discussão acerca da natureza das exceções aos direitos autorais, fazemos coro com parte da doutrina que desconhece a natureza de exceção aos limites impostos ao monopólio autoral, entendendo que todo direito é a resultante de poderes e vinculações.

É neste sentido que conclui Ascensão⁵⁹:

A vinculação não é exceção, é uma manifestação tão normal como a do poder [...] O direito de autor é um direito como qualquer outro. Por isso, como todo direito, tem limites. Os limites, como ocorrência comum, modelam a atribuição realizada. É normalmente através deles que se dá abertura a exigências de interesses públicos ou gerais, como os que têm por finalidade a promoção da cultura ou da educação; ou de interesse do público em geral.

O direito autoral é visto ainda hoje como a forma de proteger os autores do público em vez de ser o resultado de uma barganha entre os interesses públicos e privados. A consequência lógica desta interpretação em favor do autor é a pressão para que o rol de limitações seja interpretado no sentido estrito e da maneira mais restritiva possível deixando absolutamente nenhum espaço para os juízes decidirem com base em princípios gerais. Nesta lógica, qualquer controvérsia na interpretação deve ser decidida em favor do autor. Observa-se uma apatia por parte dos juristas e aplicadores do direito frente a esta interpretação, encarada muitas vezes como um dogma adquirindo status de senso comum sem nunca ser questionado.⁶⁰

A lógica da interpretação estrita é normalmente defendida através de duas linhas de raciocínio. A primeira alega que o artigo 4º da Lei 9.610/98 expressamente afirma esta abordagem. Uma crítica deve ser feita, no entanto,

⁵⁸ Vale lembrar, no entanto, que o Acordo TRIPS não obriga os países signatários a conter uma disposição sobre direitos morais em sua legislação interna, motivo pelo qual países do sistema de *copyright*, como os Estados Unidos, são também signatários da Convenção de Berna sem que qualquer alteração na sua legislação sobre direitos morais tenha sido necessária.

⁵⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. O fair use no direito autoral. Revista Forense. v. 365, jan.-fev. 2003, apud in LEWICKI, Bruno Costa. Op. cit., p. 82.

⁶⁰ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti et al. Op. cit., p. 109-111.

pelo fato do Artigo 4º referir-se à interpretação dos contratos de direitos do autor e não à interpretação da lei em si. A segunda linha de argumentação sustenta que a interpretação estrita é logicamente necessária, uma vez que as exceções e limitações lidam - por definição - com exceções à regra geral.

Não obstante, é possível se vislumbrar a questão sobre outra perspectiva ao considerarmos, por exemplo, os direitos de autor como uma exceção à regra de acesso público ao conteúdo e domínio público. Sob este ângulo a proteção autoral é a exceção, posto que finita e limitada,⁶¹ e o domínio público e o acesso livre, a regra, levando a crer que as limitações de uso público devessem ser interpretadas a partir da perspectiva mais ampla possível. Apesar de ambos os argumentos conterem falhas, a convicção de que as exceções e limitações devem ser interpretadas restritivamente, domina o entendimento da academia tradicional no que tange aos direitos autorais no Brasil.⁶²

2.3 Bases constitucionais e perspectiva civil-constitucional

A partir da sucinta digressão histórica da regulação do direito autoral nos planos nacional e internacional é possível vislumbrarmos a insuficiência de se regular a matéria unicamente pelo Código Civil fazendo com que o direito autoral garantisse guarida em leis específicas e na Carta Magna.

Destarte, com uma regulação que perpassa os ramos do direito público e privado, o direito autoral compreende um sistema normativo que fortalece o quadro contemporâneo marcado pela superação da dicotomia clássica entre estes dois ramos do direito. Embora não haja uma submissão do direito privado ao direito público vislumbra-se a superação do individualismo jurídico aproximando os dois ramos e permitindo uma interpenetração que corresponda à atual realidade social e econômica. Não há que se falar, no entanto, em crise ou declínio das estruturas do direito privado, mas sim de modificação de sua estrutura, alterada através das mudanças sociais.⁶³

⁶¹ Para José de Oliveira Ascensão, o direito de autor pode ser essencialmente caracterizado como um exclusivo temporário de exploração econômica da obra (ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito Autoral*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 615-616). Embora seja procedente o caráter temporário do direito de autor principalmente no que tange aos direitos patrimoniais, não se deve caracterizar o direito autoral somente sob a perspectiva da exploração econômica da obra, devendo-se levar em conta também os direitos morais do autor.

⁶² MIZUKAMI, Pedro Nicoletti et al. *Op. cit.*, p. 109-111.

⁶³ SOUZA, Allan Rocha de. *Op. cit.*, p. 217.

Neste diapasão é fundamental analisarmos o direito autoral como um direito constitucionalmente previsto, encarando como normas diretivas os princípios contidos na normativa constitucional em razão de estarem no ápice do ordenamento jurídico.

O direito do autor encontra seu fundamento constitucional inicialmente no artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII, que dispõe:

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

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

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

Através destes dois incisos verifica-se de pronto a existência de duas regras garantidoras dos direitos autorais sendo uma auto-aplicável (XXVII primeira parte) com fundamento no direito natural, e as demais (XXVII segunda parte e XXVIII) programáticas⁶⁴, cuja eficácia depende de regulamentação mediante lei ordinária.⁶⁵ Estas regras garantem em sede constitucional os direitos patrimoniais assegurando aos autores o controle e proveito das obras resultantes de sua criação.

Em razão do conteúdo proprietário destes direitos a proteção autoral patrimonial é reforçada incidentalmente pelo inciso XXII do artigo 5º que garante o direito de propriedade. Vale mencionar que esta garantia abarca o conjunto de toda patrimonialidade independente de incidir ou não sobre bem corpóreo, incorpóreo ou direito real.

⁶⁴ Normas programáticas conforme salienta Jorge Miranda são aquelas de aplicação diferida e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-regras, explicitam comandos-valores, conferindo elasticidade ao ordenamento constitucional. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra. Coimbra Editora, 1990. *apud in* MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 19 ed. São Paulo: Atlas 2006 p. 9. Para o mestre Gomes Canotilho, as normas programáticas são mais que “simples programas” juridicamente desprovidos de qualquer vincutividade. Canotilho sustenta a necessidade de se atribuir a estas normas valor jurídico idêntico ao dos demais preceitos da constituição atribuindo-lhes eficácia vincutiva perante quaisquer órgãos do poder político. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1177.

⁶⁵ MANSO, Eduardo Vieira. *Direito Autoral: Exceções Impostas Aos Direitos Autorais: Derrogações e Limitações*. 1ª edição. São Paulo: José Bushatsky, 1980. p. 162.

Em contraposição a este monopólio autoral, encontram abrigo na Carta Magna, princípios como a liberdade de expressão e o acesso à informação, previstos nos incisos IX e XIV do artigo 5º que, juntamente com o artigo 215, formam o fundamento constitucional das limitações ao direito do autor. É mister mencionar contudo, que as limitações aos direitos autorais são tocadas também pelos direitos sociais garantidos constitucionalmente por meio de figuras como o direito à educação, assegurado pela Constituição Federal através dos artigos 6º, 205 e 214, V, bem como por outros dispositivos constitucionais que muitas vezes são deixados de lado quando se tenta sopesar os interesses dicotômicos. É o caso, por exemplo, dos artigos 170 e 216 da Constituição Federal. O artigo 170 ao estabelecer os princípios gerais da atividade econômica, sugere a observância dos princípios da propriedade privada, de sua função social e da livre concorrência, transparecendo uma preocupação com os direitos da coletividade e representando especial relevância para a aplicação da função social ao direito autoral da qual trataremos mais à frente. O artigo 216 por sua vez, reitera em seu inciso III, a necessidade de se permitir à coletividade fazer uso cultural destas obras, o que não representa necessariamente um prejuízo à função promocional do direito autoral.

Conscientes, portanto, da supremacia dos ditames constitucionais, sustentamos que devem ser observados tais preceitos no exercício de ponderação entre os dicotômicos interesses autorais e sociais, devendo representar limites extrínsecos aos direitos patrimoniais do autor ao estabelecerem circunstâncias e situações de afastamento destes direitos.

A despeito da visível preocupação do constituinte em relação ao aspecto patrimonial do direito autoral, não há em nosso sistema constitucional abrigo específico para o direito moral do autor. Não obstante, é possível identificar no artigo 5º, inciso X da Constituição, direitos da personalidade protegidos expressamente na Constituição que guardam correlação com os direitos morais do autor. São eles: o direito à imagem, ao nome e à honra. O vínculo pessoal entre o autor e sua obra encontra previsão ainda, no artigo 5º inciso IX da Constituição que dispõe: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

A importância de se encarar o direito autoral através da perspectiva civil-constitucional reside na absoluta insuficiência do direito privado para resolver os problemas práticos do cotidiano, servindo as disposições constitucionais como limites externos ao poder atribuído à vontade individual cabendo-lhe respeitar os interesses da coletividade.

Nas palavras de José de Oliveira Ascensão:⁶⁶

O Direito Autoral não é uma via de sentido único. É um direito de todos, que por regras positivas e negativas concilia todos numa perspectiva de interesse geral.

Além da supremacia da Constituição, o princípio da unidade do ordenamento jurídico⁶⁷ repele a possibilidade de antinomias sugerindo que todo o tecido normativo seja visto à luz dos valores propugnados pela Constituição.

Conforme esclarece Allan Rocha de Souza valendo-se dos ensinamentos de Pietro Perlingieri⁶⁸:

Pode-se afirmar que a norma constitucional tem uma relevância dupla, funcionando como limite interpretativo e orientadora desta hermenêutica, e também como própria justificativa da norma ordinária, pelo seu dever de harmonização coerente e razoável com a Constituição.

Como veremos adiante ao tratarmos da reinterpretação constitucional da LDA, somente a partir da interpretação constitucional da lei será possível chegarmos a decisões consoantes com a realidade contemporânea. Percebe-se hoje um distanciamento nocivo entre o direito autoral e o direito constitucional sendo possível ampliar esta crítica, salientado que, a riqueza das interações entre a legislação de direitos autorais e os demais ramos do direito permanece ainda inexplorada.⁶⁹ A releitura do direito privado a partir dos preceitos constitucionais⁷⁰, em especial, possui o nobre condão de privilegiar os valores não-patrimoniais do desenvolvimento dos direitos sociais, do acesso ao conhecimento e informação e do acesso à cultura como prioridades na política de desenvolvimento nacional.

⁶⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. O “Fair use” no Direito Autoral. Cit., p.106.

⁶⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. Revista de Direito Civil, julho-setembro de 1993. Número 63.

⁶⁸ SOUZA, Allan Rocha de. Op. cit., p. 226.

⁶⁹ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti et al. Op. cit., p. 107.

⁷⁰ TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. Temas de Direito Civil. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

3. EXCEÇÕES E LIMITAÇÕES AOS DIREITOS DO AUTOR

3.1 As Limitações e Exceções no âmbito internacional

3.1.1 No direito norte-americano

A respeito de limitações aos direitos autorais no direito norte-americano, devemos dar especial atenção ao instituto do *fair use* objetivando abordar criticamente a discussão doutrinária referente à possível incorporação do conceito de *fair use* ao nosso ordenamento com intuito de flexibilizar o rígido sistema brasileiro de exceções e limitações adequando-o à nova “sociedade da informação”⁷¹.

A doutrina norte-americana do *fair use* guarda grandes semelhanças com a “regra dos três passos” da aludida Convenção de Berna, prevista em seu artigo 9(2), a qual também exerceu forte influência no desenvolvimento das limitações do direito autoral brasileiro, sendo mister ressaltarmos que a despeito de haver influenciado ambos os sistemas, foi absorvida de formas distintas em função das diferentes tradições seguidas por estes dois países.

A “regra dos três passos” ao condicionar a limitação do direito exclusivo de autor a “certos casos especiais” impede a edição de limitações amplas e genéricas, sugerindo que sejam definidas e limitadas. Não obstante, esse entendimento não tem sido interpretado pelos países como um obstáculo à adoção de um tratamento mais amplo e genérico das limitações aos direitos autorais. O entendimento adotado hoje pauta-se na idéia de que é possível estabelecer limitações com base em “princípios gerais” desde que as hipóteses de incidência desses princípios possam ser razoavelmente previstas.⁷² É o caso do sistema de *fair use* norte-americano.

O conceito de *fair use*, surgido como direito costumeiro, até ser incorporado ao “Copyright act” em 1976, permite o uso limitado de material protegido por direitos autorais sem que seja necessária prévia autorização dos titulares dos

⁷¹ ASCENSÃO, José Oliveira. Direito Autoral. Cit., p. 680.

⁷² Como complemento a este entendimento é possível afirmar que a “regra dos três passos” tampouco deve servir de empecilho para a criação de novas limitações com base em políticas públicas devendo ser interpretada como forma de garantir ou ao menos não colidir com direitos fundamentais e demais questões de interesse público.

direitos autorais, desde que o uso seja considerado justo.⁷³ Para tanto, quatro fatores são levados em consideração:

- O propósito e a natureza do uso;
- A natureza da obra utilizada;
- A quantidade e qualidade da porção utilizada em comparação com o todo da obra;
- As consequências do uso no mercado e seu impacto no valor da obra original.

O primeiro fator refere-se, portanto, ao propósito e natureza do uso, ensejando a verificação da existência ou ausência de indicadores como: fins comerciais e fins educacionais. Vale dizer que, embora a existência de fins comerciais seja um indicador negativo de grande peso, não descaracteriza por si só um uso justo. Da mesma forma, a verificação de fins educacionais e não-lucrativos, não garante por si só a caracterização de um uso justo, como veremos a seguir.

O segundo fator leva o aplicador do direito a se debruçar sobre a natureza da obra protegida, fomentando diferentes tipos de discussões e análises. O primeiro ponto a ser discutido, diz respeito à natureza fática ou imaginativa da obra utilizada. Tendo em vista que idéias e fatos não são protegidos por direito autoral, é natural que nas obras mais fáticas o âmbito da utilização *fair* seja maior que nas obras mais imaginativas.⁷⁴ Com relação aos demais pontos que devem ser examinados sob as lentes do segundo fator, podemos citar a existência de interesse público em relação ao material utilizado e a constatação do ineditismo da obra. Enquanto o interesse público é visto pela doutrina como um indicador positivo, o ineditismo da obra é alvo de controvérsias. Muitos doutrinadores consideram equivocado analisar o ineditismo da obra sob a égide do segundo fator, uma vez que a própria Seção 107 do Título 17 do *Copyright Act* norte-

⁷³ Dispõe o Copyright Act na seção 107 do seu Título 17: “Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include: 1. the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes; 2. the nature of the copyrighted work; 3. the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and 4. the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work. The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors”.

⁷⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. O “Fair use” no Direito Autoral. Cit., p. 95.

americano, reserva esta característica fora dos quatro fatores, devendo, segundo eles, ser analisado em separado e não constituindo, à semelhança dos demais fatores, um critério capaz de descaracterizar por si só o uso justo. O segundo fator é considerado, de forma geral, um fator de pouco peso na avaliação final do *fair use*.⁷⁵

O terceiro fator enseja a análise em escala quantitativa e qualitativa da porção utilizada da obra protegida, devendo-se levar em conta o tamanho da obra nova e a relevância do trecho utilizado para ambas as obras.

O quarto e último fator leva em conta o impacto da utilização sobre o valor ou o mercado potencial da obra utilizada, sendo considerado pela doutrina e jurisprudência norte-americanas como o fator mais influente no resultado final do teste do *fair use*. Com relação a este fator especificamente, vale citar a interpretação da OMPI ao artigo 9.2 da Convenção de Berna, disposta no Guia Interpretativo da Convenção de Berna, publicado em 1978.

De acordo com a interpretação da OMPI, para se avaliar se determinada exceção é ou não válida no âmbito da Convenção de Berna, não se deve simplesmente levar em consideração se o autor sofreu ou não um prejuízo qualquer, mas se o prejuízo é ou não injustificado, tendo em vista que toda limitação, de uma forma ou de outra, sempre terá algum impacto no mercado reservado aos titulares de direitos autorais. É possível afirmar, a título ilustrativo, que em caso de utilização fundada em interesse público, ainda que haja prejuízo, em alguma medida, ao detentor dos direitos patrimoniais, trata-se de um prejuízo justificado. A aplicação do *fair use* a exemplo da aplicação da “regra dos três passos”, na qual se inspirou, deve atender também à função social do direito de autor, que consiste na promoção do desenvolvimento cultural e garantia do interesse público.⁷⁶ Estes elementos devem ser levados em consideração ao se ponderar os fatores e mais especificamente ao se examinar o quarto fator.

A ocorrência de um indicador negativo referente a um dos quatro fatores ou ao ineditismo da obra utilizada, não deve ser determinante para desconsideração de um uso justo. Do contrário, os fatores devem ser examinados conjuntamente e o resultado deve advir de um exercício de ponderação entre estes fatores,

⁷⁵ Vide BEEBE, Barton. “An Empirical Study Of The U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005”, in *University of Pennsylvania Law Review* vol. 156, nº 03 (jan/08), p. 610-615.

⁷⁶ CARBONI, Guilherme (org.). *Direitos Autorais e Internet – Propostas Legislativas Para Fomentar o Desenvolvimento e o Acesso ao Conhecimento*. In: *Série Pensando o Direito* nº 3/2009. Brasília. 2009. p. 80.

não se excluindo a consideração de outros fatores adicionais em função das circunstâncias do caso concreto.⁷⁷

Vale mencionar que a figura do *fair use* não esgota a matéria dos limites aos direitos do autor no direito norte-americano, sendo um teste aplicável, mormente, a situações lacunosas em que não se têm normas específicas, constituindo na verdade uma cláusula geral a ser interpretada pelos tribunais complementada por especificações positivas, constantes das seções 108 e seguintes do título 17 do *US Code* e por diplomas como o *Digital Millenium Copyright Act* de 1998 e demais diretrizes (*guidelines*).

No sistema brasileiro, baseado na tradição europeia de *droit d'auteur*, as limitações ao direito autoral são previstas em rol de condutas que a doutrina entende ser taxativo. Ou seja, caso a conduta do agente não se coadune com as permissões expressamente previstas em lei, o uso da obra não será admitido. Observa-se desta forma grande diferença em relação ao sistema norte-americano de previsão do *fair use* por meio do qual são estabelecidos critérios a partir dos quais se afere se tal uso viola ou não direitos autorais de acordo com análise do caso concreto.⁷⁸

Como ressalta José de Oliveira Ascensão:

*A todos interessa este confronto, nomeadamente pelo contributo muito importante que o fair use, não obstante a diversidade do sistema de direito em que se integra, pode trazer ao aperfeiçoamento do nosso sistema. A posição de partida é muito superior, porque permite manter vivo o corpo do Direito Autoral, satisfazendo simultaneamente os objectivos culturais e outros que estão indelevelmente na sua origem.*⁷⁹

Demonstrando ser mais maleável que o sistema europeu adaptando-se com maior facilidade aos desafios emergentes⁸⁰, o *fair use* não deixa de ser alvo de críticas. No capítulo três trataremos das críticas e avaliaremos a aplicabilidade deste instituto ao contexto brasileiro.

⁷⁷ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 302.

⁷⁸ YANKWICH, Leon R. "What is Fair Use?". *The University of Chicago Law Review*, Vol. 22, No. 1 (Autumn, 1954), pp. 213-214.

⁷⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O fair use no direito autoral*. Cit., p. 83.

⁸⁰ *Ibid.* p. 95-96.

3.1.2 No direito europeu

Enquanto a lei autoral norte-americana estabelece um número restrito de direitos de autor ao mesmo tempo em que os limita por meio do amplo conceito de *fair use*, o sistema europeu, particularmente o continental, estabelece direitos de autor em termos abrangentes e flexíveis limitando-os através de exceções e limitações pontuais e restritas inclusive em sua interpretação, não admitindo o uso de analogias.⁸¹

Com foco nos direitos da personalidade que caracterizam os sistemas do tipo romanístico, derivados do sistema europeu continental, as leis autorais francesa e alemã focam a proteção, sobretudo nos direitos morais, em termos amplos e abertos. Vale ressaltar que no direito alemão o elemento pessoal destaca-se de tal forma que não se pode alienar nem mesmo os direitos patrimoniais, abertos somente à licença. Na tradição francesa por outro lado, faz-se a distinção entre os direitos morais e patrimoniais, considerando somente os primeiros inalienáveis e irrenunciáveis.

No Reino Unido vislumbra-se a figura do *fair dealing* acolhida por diversos países de tradição *common law*, consistindo em um rol limitado de usos capazes de descaracterizar uma violação a direito de autor. Ao contrário da doutrina norte-americana do *fair use*, muito embora ambas tenham caráter de “defesa”, o conceito de *fair dealing* não se aplica a situações que não se enquadrem nas categorias previstas, sendo considerado portanto menos flexível.

Neste sentido podemos concluir que apesar do *fair dealing* aproximar-se do instituto do *fair use*⁸² não representa uma cláusula geral e central aplicável a todos os domínios, sendo importante ressaltarmos que a partir de 1911 o *fair dealing* britânico evoluiu para especificações legislativas aproximando-o do sistema continental europeu enquanto, à guisa de ilustração, o Canadá flexibilizou este instituto jurisprudencialmente, estabelecendo seis critérios para avaliação do uso, reduzindo a diferença existente entre este instituto e o *fair use*.⁸³

Em síntese conclui Ascensão:⁸⁴

O sistema norte-americano é maleável, enquanto o sistema europeu é

⁸¹ Ibid. p. 93.

⁸² YANKWICH, Leon R. Op. cit., p. 213.

⁸³ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 95.

⁸⁴ Ibid. p. 98.

preciso. Mas, visto pela negativa, o sistema norte-americano é impreciso, enquanto o sistema europeu é rígido. O sistema norte-americano não dá segurança prévia sobre o que pode ou não ser considerado fair use. O sistema europeu, pelo contrário, mostra falta de capacidade de adaptação.

É ilustrativa a discussão acerca do *time shifting*⁸⁵ no tratamento do uso privado pelos sistemas norte-americano e continental europeu. O sistema norte-americano demonstrou sua maleabilidade ao admitir tal uso jurisprudencialmente por meio da doutrina do *fair use* enquanto no Reino Unido foi necessário introduzirem uma regra permissiva específica diante da impossibilidade de resolução do caso através da aplicação de princípios gerais.⁸⁶

À exemplo da problemática jurídica fomentada pelo *time shifting*, muito nos preocupa a restrição das potencialidades de aproveitamento dos meios tecnológicos pela sociedade. O Direito Autoral hoje vem sendo considerado por muitos, independentemente do país ou do sistema de limitações, como um inimigo da sociedade da informação transparecendo a necessidade de se criar um quadro jurídico contemplando todos os interesses.

A partir da análise das limitações no panorama internacional e cientes de que o sistema autoral brasileiro teve por fonte inspiradora a tradição continental (em especial a do direito francês), pode-se considerar que a iniciativa de se criar um quadro jurídico contemplando todos os interesses em jogo, pressupõe a descoberta de novos limites adequados às novas tecnologias. Se, pelo contrário, não se criam novos limites ou ainda se restringem os antigos, recorre-se aos limites extrínsecos como forma de compensar a escassez e estreiteza das previsões legais dos países de tradição romanística. Esta tentativa de compensação através dos limites extrínsecos vem ocorrendo de forma cada vez mais acentuada sendo particularmente visível no tocante à intervenção de outros ramos do direito no âmbito do direito autoral.

Apesar do caráter essencialmente nacional das limitações observa-se uma nítida preocupação no âmbito da União Européia em se harmonizar o direito autoral visando remover potenciais obstáculos ao mercado comum.

⁸⁵ Time Shifting é o termo em inglês referente ao ato de gravar um conteúdo para depois vê-lo ou ouvi-lo num horário mais conveniente.

⁸⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 102.

Esta preocupação foi um dos temas abordados pela Diretiva 29/2001 que versa sobre direitos de autor na sociedade da informação. Segue abaixo seu preâmbulo:

As diferenças existentes em termos de exceções e limitações a certos actos sujeitos a restrição têm efeitos negativos directos no funcionamento do mercado interno do direito de autor e dos direitos conexos. Tais diferenças podem vir a acentuar-se tendo em conta o desenvolvimento da exploração das obras através das fronteiras e das actividades transfronteiras. No sentido de assegurar o bom funcionamento do mercado interno, tais exceções e limitações devem ser definidas de uma forma mais harmonizada. O grau desta harmonização deve depender do seu impacto no bom funcionamento do mercado interno.

Esta Diretiva busca harmonizar o núcleo patrimonial dos direitos de autor e conexos, segundo uma perspectiva funcional. Entre o sistema de limitações derivado da tradição *droit d'auteur* e do *copyright* existe um "abismo" cuja profundidade impediria uma harmonização comunitária⁸⁷, sendo esta Diretiva, que retoma a cláusula geral da Convenção de Berna⁸⁸, um bom exemplo do esforço europeu para se criar pontes entre os dois sistemas.⁸⁹

A iniciativa de harmonização é alvo de fortes críticas por parte dos autoraisistas europeus por adotar a estratégia de enumerar exaustivamente as limitações engessando o sistema. Através de uma lógica de exceções e limitações *à la carte*, a Diretiva 29/2001, por exemplo, propõe que os Estados-membros escolham a partir de um rol taxativo pré-definido, quais as que se adaptam às suas tradições nacionais. Há quem sustente, portanto que a Diretiva falha em seu objetivo de harmonização por não ter estabelecido o caráter obrigatório das limitações. Os defensores, por sua vez, tentam afastar a idéia de unificação dos sistemas de limitação, argumentando que o objetivo no caso específico das limitações consiste no esforço de se admitir as diferenças (visto que refletem as necessidades e especificidades de cada povo), colocando-as, no entanto em ordem minimamente harmoniosa.⁹⁰

⁸⁷ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Op. cit., p. 545-547.

⁸⁸ A concretização das exceções fica sujeita à "regra dos três passos" (Convenção de Berna art. 9º, 2; Acordo ADPIC art. 13º e; dois novos tratados da OMPI arts. 10º e 16º respectivamente).

⁸⁹ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Op. cit., p. 241-255.

⁹⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. Por um direito comum. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 256. apud in LEWICKI, Bruno Costa. Op. cit., p. 97.

3.2 AS LIMITAÇÕES E EXCEÇÕES NO BRASIL

3.2.1 HISTÓRICO DE MAXIMIZAÇÃO DO DIREITO AUTORAL NO BRASIL

Analisando o avanço da proteção autoral no Brasil, é possível perceber à semelhança do que ocorreu no âmbito internacional, uma significativa expansão da proteção aos direitos de autor, colocando em situação privilegiada os interesses do titular dos direitos autorais em detrimento dos interesses da coletividade.

Conforme abordamos ao tratar da historicidade do direito autoral brasileiro, a regulação brasileira no tocante à matéria inicia-se com a lei de criação dos cursos jurídicos de Olinda e São Paulo em 1827 a qual atribuiu aos lentes um privilégio de 10 anos sobre os cursos que publicassem⁹¹.

Em 1831 com a penetração da regulação dos direitos autorais no ordenamento jurídico brasileiro, o Código Criminal do Império, no título III parte III, (“Crimes contra a propriedade”), artigo 261, criou indiretamente um direito autoral de reprodução a partir de um tipo incriminador que proibia a reprodução, em várias modalidades, de escritos ou estampas feitos, compostos ou traduzidos por cidadãos brasileiros, não prevendo a proteção a obras estrangeiras.⁹² A proteção conferida pela lei durava a vida do autor, e um período de dez anos após a morte deste na existência de herdeiros⁹³.

O Código Penal de 1890 continuaria a tradição de se legislar a respeito de direitos autorais por meio do direito penal. O título XII, capítulo V do Código (“Dos crimes Contra a Propriedade Literária, Artística, Industrial e Comercial”), estabeleceu em seus artigos 342 a 350 previsões acerca da “violação dos direitos da propriedade litteraria e scientifica”.⁹⁴

⁹¹ “Art. 7. Os Lentes farão a escolha dos compêndios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, com tanto que as doutrinas estejam de acordo com o sistema jurado pela nação. Estes compêndios, depois de aprovados pela Congregação, servirão interinamente; submetendo porém á aprovação da Assembléia Geral, e o Governo os fará imprimir e fornecer ás escolas, competindo aos seus autores o privilégio exclusivo da obra, por dez anos”. proibição de transcrever, ou inserir qualquer dos actos acima indicados nos periódicos, gazetas, em compêndios, tratados, ou quaesquer obras scientificas ou literarias; nem a de revender os objectos especificados, tendo sido legitimamente adquiridos”.

⁹² MIZUKAMI, Pedro Nicolleti. *Função Social da Propriedade Intelectual: Compartilhamento de arquivos e Direitos Autorais na CF/88*. São Paulo: Pontificia Universidade Católica de São Paulo, 2007. Tese (Mestrado), 2007. p. 287.

⁹³ “Art. 261. Imprimir, gravar, litografar ou introduzir quaesquer escritos ou estampas que tiverem sido feitos, compostos ou traduzidos por cidadãos brasileiros, enquanto estes viverem, e dez anos depois de sua morte, se deixarem herdeiros. Penas: Perda de todos os exemplares para o autor ou tradutor, ou seus herdeiros, ou, na falta deles, do seu valor e outro tanto, e de multa igual ao tresdobro do valor dos exemplares. Se os escritos ou estampas pertencerem a corporações, a proibição de imprimir, gravar, litografar ou introduzir, durará somente por espaço de dez anos”.

⁹⁴ MIZUKAMI, Pedro Nicolleti. *Op. cit.*, p. 287.

No tocante a estes dispositivos, o Código Penal de 1890, inspirado nos códigos penais da França e de Portugal estabeleceu em seus artigos 342 e 344, direitos autorais sobre leis, decretos, resoluções, regulamentos, relatórios e quaisquer atos dos poderes legislativo ou executivo da Nação e dos Estados, intensificando a proteção aos direitos autorais, sendo importante mencionar a introdução de uma limitação prevista no parágrafo único do artigo 344⁹⁵. O artigo 345 do referido diploma manteve o prazo de vigência para os direitos de reprodução estabelecidos no Código Criminal do Império: vida mais 10 anos caso haja herdeiros. O artigo 347⁹⁶ por sua vez introduziu no ordenamento jurídico pátrio um direito sobre traduções, a partir da proibição de traduções não-autorizadas, introduzindo, contudo uma limitação por meio da qual se permitia fazer citação parcial de qualquer escrito, com o fim de crítica, polêmica, ou ensino.⁹⁷ O artigo 348 proibiu a execução ou representação de composições musicais, tragédias, dramas, comédias ou quaisquer outras produções realizadas em teatros ou espetáculos públicos seja qual for sua denominação, sem consentimento, para cada vez, do dono ou autor⁹⁸. Em complemento, o artigo 350 da lei passou a proibir a reprodução de “qualquer produção artística, sem consentimento do dono, por imitação ou contrafacção”. Com base nos dispositivos citados, tornou-se clara a abrangência das proibições impostas pelo Código e a amplitude da idéia de obra protegida.⁹⁹

A partir dos diplomas apresentados é possível perceber que a tradição jurídica brasileira no que tange aos direitos autorais como um todo, incluindo-se desta forma o instituto das exceções e limitações, ergueu-se a partir do direito penal. Percebe-se ainda que entre o Código Criminal do Império e o Código Penal de 1890 houve um movimento de expansão da normativa pátria de direitos autorais. Como veremos a seguir, este movimento, impulsionado pela conjuntura

⁹⁵ Art. 344, parágrafo único: “O privilégio da fazenda publica resultante deste e do art. 342 não importa proibição de transcrever, ou inserir qualquer dos actos acima indicados nos periódicos, gazetas, em compêndios, tratados, ou quaesquer obras scientificas ou literarias; nem a de revender os objectos especificados, tendo sido legitimamente adquiridos”.

⁹⁶ “Art. 347: Traduzir e expor á venda qualquer escripto ou obra, sem licença do seu autor: Penas - as mesmas do artigo antecedente. Esta proibição não importa a de fazer citação parcial de qualquer escripto, com o fim de critica, polemica, ou ensino.”

⁹⁷ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti et al. *Exceptions and Limitations to Copyright in Brazil: A Call For Reform*. Cit., p. 71-73.

⁹⁸ “Art. 348. Executar, ou fazer representar, em theatros ou espectaculos publicos, composição musical, tragedia, drama, comedia ou qualquer outra producção, seja qual for a sua denominação, sem consentimento, para cada vez, do dono ou autor: Pena - de multa de 100\$ a 500\$ a favor do dono ou do autor.”

⁹⁹ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função Social da Propriedade Intelectual: Compartilhamento de arquivos e Direitos Autorais na CF/88*. Cit., p. 288.

internacional, potencializou-se influenciando também os diversos diplomas que se seguiram, até os dias de hoje.

A Lei n.º 496, de 1º de agosto de 1898 (Lei Medeiros Albuquerque) reconhecida, como vimos, por ser a primeira legislação civil a conferir proteção aos direitos autorais, estendeu a duração da proteção de direitos de autor e vedou alterações não-autorizadas até mesmo para obras caídas em domínio público ou não abrangidas pela proteção legal, encarando o direito de autor como um privilégio. A proteção passou a durar cinquenta anos após primeiro de janeiro do ano da publicação (art. 3º, 1º), condicionada a proteção a depósito na Biblioteca Nacional, dentro de dois anos, (art. 13), sob pena do direito perecer.

O direito de o autor fazer ou autorizar traduções, representações ou execuções também era limitado no tempo, pelo prazo de dez anos (art. 3º, 2º). O artigo 19 da Lei definiu ainda o termo “contrafação” como sendo “todo o atentado doloso ou fraudulento contra o direito do autor”. Contudo, notório salientarmos a inclusão na Lei Medeiros e Albuquerque do mecanismo do rol de limitações aos direitos autorais, mantido até hoje em forma, a ser abordado com maior profundidade na parte seguinte deste capítulo.

O art. 22 da lei trouxe sete limitações aos direitos autorais, descaracterizando as condutas descritas como contrafação transparecendo uma preocupação com os entraves à liberdade de expressão e educação colocados pelos direitos autorais, embora a disposição legal não especificasse expressamente as razões que fundamentavam tais limitações.

A Lei n.º 2.577, de 17 de janeiro de 1912 estenderia as disposições da Lei Medeiros e Albuquerque (com exceção da imposição das formalidades do art. 13) a obras editadas no estrangeiro, bastando que se comprovasse o cumprimento das formalidades impostas pelo país de origem (art. 2º).¹⁰⁰

O Código Civil de 1916 veio a substituir as disposições da Lei Medeiros e Albuquerque, mas nela nitidamente se inspirou. Os artigos 649 a 673 do Código Civil de 1916 trataram da matéria sob a designação “Propriedade literária, científica e artística”. O direito exclusivo de reprodução das obras literárias, científicas ou artísticas foi assegurado ao autor pelo período de sua vida, mais sessenta anos a herdeiros e cessionários, a contar do dia do falecimento (art. 649).

¹⁰⁰ MIZUKAMI, Pedro Nicolleti. *Função Social da Propriedade Intelectual: Compartilhamento de arquivos e Direitos Autorais na CF/88*. Cit., p. 290.

A previsão das limitações ficou a cargo do artigo 666 do Código, ao introduzir um rol composto por dez limitações aos direitos de autor.¹⁰¹

A controvérsia sobre as formalidades suscitadas pelo Código de 1916, como a necessidade de depósito como pré-requisito para proteção da obra (art. 673), seria solucionada com a Lei n.º 5.988/73, que suplantou as disposições do Código Civil. A lei de 1973 explicitamente eliminou a ambigüidade do artigo 673 do Código Civil de 1916, apesar de manter muito da redação deste, acrescentando em seu art. 17 que o autor da obra “poderá registrá-la”. O prazo de proteção para direitos patrimoniais foi modificado para a vida do autor, acrescido da vida dos sucessores, se filhos, pais ou cônjuge, ou 60 anos no caso dos outros sucessores (art. 42, §§ 1º e 2º). Foi fixado no artigo 45 da Lei um prazo de sessenta anos de duração para os direitos patrimoniais sobre obras cinematográficas, fonográficas, fotográficas e de arte aplicada, contados do dia 1º de janeiro do ano subsequente de sua conclusão.¹⁰²

A lei de 1973 seria, como vimos anteriormente, substituída pela Lei 9.610/98 que, juntamente à Lei 9.609/98 cuja proteção é destinada aos programas de computador, formam o corpo normativo infraconstitucional referente aos direitos autorais atualmente vigentes.

Construída a partir da legislação de 1973, a Lei 9.610/98 introduziu modificações relevantes e exemplificativas sob o ponto de vista da maximização da proteção autoral. Como graves restrições feitas, por exemplo, ao sistema de limitações, destacam-se: a vedação à cópia privada de obra na íntegra, restringindo a permissão de cópia privada somente a “pequenos trechos” da obra utilizada; a majoração do prazo de proteção (arts. 41 e 96); a proteção a bases de dados (arts. 87) e; as disposições referentes à violação de TPMs (technological protection measures) e sistemas de DRM (Digital rights management) (art. 107).

É possível afirmar que a lei de 1998, com intuito de harmonizar o direito autoral brasileiro com o Acordo TRIPS da Organização Mundial do Comércio¹⁰³, acabou indo muito além das exigências necessárias estabelecidas no TRIPS, oferecendo proteção ainda mais ampla aos direitos autorais e restringindo ainda mais as

¹⁰¹ MIZUKAMI, Pedro Nicolleti. Op. cit., p. 290.

¹⁰² MIZUKAMI, Pedro Nicolleti. Op. cit., p. 290.

¹⁰³ Segundo Eliane Abrão, diante das “correções de rota internacionais” em matéria de propriedade intelectual, diversas leis especiais foram promulgadas ao redor do mundo, incluindo o Brasil que promulgou uma nova Lei de Direitos Autorais (9610/98), uma nova Lei de programa de computador (9609/98) e uma nova lei de propriedade industrial (9279/96). ABRÃO, Eliane Y. Op. cit., p. 33.

exceções e limitações existentes.¹⁰⁴ Os exemplos citados evidenciam o espírito maximalista da lei de 1998.

Em resposta a este movimento de maximização da proteção à propriedade intelectual e cientes da inadequação da lei atual aos novos usos e necessidades da sociedade brasileira, começaram a ser ventiladas no Brasil soluções legais e sociais como forma de compensação ao desequilíbrio que se apresenta. Em momento oportuno voltaremos nossa atenção para estes recursos buscando atingir um novo equilíbrio do sistema de proteção autoral. Por hora, analisaremos a problemática das exceções e limitações da atual LDA para que possamos propor soluções eficazes aos problemas apresentados.

3.2.2 Problemática das exceções e limitações na atual lei de direitos autorais

O sistema de limitações expressas ao direito autoral é composto por limites intrínsecos e extrínsecos. Os limites intrínsecos, expressos na LDA, são compostos por limites temporais (também chamados de verticais) e atemporais (ou horizontais). Entende-se por limites temporais aqueles que determinam o prazo de proteção e por atemporais aqueles que independem do transcurso de qualquer prazo e refletem os interesses e necessidades imediatos da coletividade.¹⁰⁵

A Lei de Direitos Autorais, em seu capítulo IV, sob o título “Das Limitações aos Direitos Autorais”, estabelece expressamente nos artigos 46 a 48 alguns limites atemporais ao monopólio autoral, estabelecendo situações de isenção que dispensam autorização dos titulares, enquanto trata dos limites temporais nos artigos 41 a 45.

Em relação aos limites intrínsecos atemporais pode-se dizer em síntese que se exclui do âmbito da proteção autoral: (i) a reprodução com objetivos informativos na imprensa, de obras e discursos públicos; (ii) a representação de imagens feitas por encomenda; (iii) a adaptação sem fins lucrativos de obras para os deficientes visuais; (iv) a cópia parcial única, de uso privado, sem fins lucrativos, e feita pelo indivíduo; (v) citações; (vi) o apanhado de lições didáticas, para fins próprios; (vii) o uso de obras para demonstração de produtos eletrônicos;

¹⁰⁴ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti et al. *Exceptions and Limitations to Copyright in Brazil: A Call For Reform*. Cit., p. 77.

¹⁰⁵ SOUZA, Allan Rocha de. *Op. cit.*, p. 173.

(viii) a representação teatral ou execução musical para fins educacionais ou no âmbito dos relacionamentos familiares, sem fins lucrativos; (ix) a produção de prova, judiciária ou administrativa e; (x) o uso de pequenos trechos em obras novas, que não sejam o vértice essencial da obra nova e não prejudiquem a exploração normal da obra reproduzida.

Ocorre que as limitações intrínsecas atemporais que constituem espaços atemporais de uso livre, não somente deixam a desejar por não representarem de forma satisfatória os direitos da coletividade, como geram graves problemas de interpretação.

Para podermos melhor delinear as necessidades de mecanismos alternativos que possibilitem o uso de obras alheias é fundamental conhecermos qual a extensão da aplicabilidade de tais limitações e sua problemática.

O caso mais ilustrativo desta problemática talvez seja aquele concernente à cópia privada. A LDA prevê em seu artigo 46, II a possibilidade de um usuário fazer cópia privada de obra alheia, sem, contudo, especificar a finalidade a que a cópia pode ser destinada. Além disso, conforme demonstrado ao tratarmos da maximização do direito autoral no Brasil, a lei de 1998 restringiu ainda mais o direito de cópia privada ao permitir a cópia somente de “pequenos trechos”, introduzindo no rol de limitações um termo cuja interpretação conduz muitas vezes à proibição de usos justos da obra alheia, como no caso de pesquisas acadêmicas e demais fins educacionais. A lei anterior nº. 5.988/73 no inciso II de seu artigo 49 atestava não constituir ofensa aos direitos de autor “a reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contanto que não se destine à utilização com intuito de lucro”. Há, portanto, um retrocesso na atual Lei frente à impossibilidade de se reproduzir uma obra na íntegra ainda que para uso particular e sem fins lucrativos ou mesmo para fins educacionais, didáticos ou de pesquisa.

A limitação referente à cópia para uso privado atinge direta e primordialmente estudantes e pesquisadores que dependem do acesso às obras alheias para uma adequada execução de suas atividades. Além de ser quase impossível fiscalizar o cumprimento do disposto na lei, é ainda inviável e distante da realidade exigir-se deles a compra de todo material de leitura, restringindo a eles o direito de fotocopiar as obras necessárias ao seu estudo.

A introdução do termo “pequenos trechos” trouxe muita controvérsia

e incerteza em relação à interpretação da lei, fazendo com que entidades defensoras de direitos autorais, como a ABDR (Associação Brasileira de Direitos Reprográficos) e algumas universidades, editassem resoluções e determinações para tentar definir o que vem a ser “pequenos trechos”. Vale ressaltar que esta tarefa já foi tema de Projetos de Lei¹⁰⁶, com intuito de se abolir a subjetividade da expressão, garantindo maior segurança às partes envolvidas.

Segundo o manual da ABDR, que tenta definir o termo “pequenos trechos”, tratar-se-ia de “(...) fragmento da obra que não contempla sua substância. Pequeno trecho não se refere à extensão da reprodução, mas sim ao conteúdo reproduzido. Assim, qualquer intenção de se associar o pequeno trecho a 10% ou 15% da totalidade de uma obra integral é descabida. Isto porque é possível que em 10% ou 15% de reprodução esteja contemplada parte substancial da obra”¹⁰⁷. Este entendimento deve ser criticado tendo em vista que o critério mais adequado para se autorizar a reprodução não deve ser a extensão da cópia ou a porção utilizada, mas o uso que se faz da parte copiada. Ademais, a vedação ao estabelecimento de um número percentual deve-se tão somente ao fato de não haver qualquer dispositivo legal que limite a autorização de cópias a uma porcentagem. Fazer tal exigência seria, portanto, incorrer em ilegalidade.

Apesar de ser um termo muito criticado e cotado por muitos para ser excluído do texto na revisão da LDA, vale salientar que as entidades defensoras de direitos autorais já se posicionaram contra a reforma em si, permanecendo a favor da manutenção da lei atual por entenderem que a regulação é adequada e suficiente. Permanecem tais entidades como únicos pilares de sustentação de um sistema de limitações inadequado, por diversas razões, militando de forma tendenciosa a favor de uma restritividade excessiva.

Como crítica às entidades defensoras de direitos autorais e ao uso romantizado da figura do autor de que se valem, são oportunos os comentários de Guilherme Carboni:¹⁰⁸

¹⁰⁶ Projeto de Lei do Senado, nº 131, DE 2006, de autoria do Senador Valdir Raupp que visa alterar o inciso II do art. 46 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, com a finalidade de estabelecer limite para reprodução de obra bem como o Projeto de Lei 4266/2004 de autoria do Deputado Federal Júlio Lopes, que proíbe, nos estabelecimentos de ensino superior, o funcionamento de máquinas fotocopadoras destinadas à reprodução de livros didáticos.

¹⁰⁷ Ver <http://www.abdr.org.br/site/perguntas_respostas.asp>. Acesso em: 13.03.10.

¹⁰⁸ CARBONI, Guilherme. *O Direito de Autor e seus Desafios: Os Conflitos com a Liberdade de Expressão, o Direito de Acesso ao Conhecimento, à Informação e à Cultura e o Direito ao Desenvolvimento Tecnológico*. Cit., p. 80-92.

(...) o direito de autor mascara hoje em dia o fato de funcionar como uma poderosa ferramenta da indústria do entretenimento e da informação e não do sujeito autor, que se vê na condição de ter que abrir mão de seus direitos em prol dessa indústria, para que possa auferir lucro com a comercialização da sua obra.

(...) 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. Quem perde com isso não é somente o estudante, o pesquisador ou o cientista mas, em última instância, o próprio país.

No ambiente acadêmico, estudantes argumentam ser impossível adquirir toda a bibliografia solicitada pelos professores, devido aos altos preços dos exemplares e à grande quantidade de livros necessários a um aprendizado consistente. Além de o mercado editorial brasileiro apresentar preços muito elevados, a maioria das bibliotecas acadêmicas tem, como é sabido, acervos insuficientes e livros esgotados, sendo frequentemente requisitados como leitura obrigatória, muitos livros difíceis de serem encontrados.¹⁰⁹

O critério usado popularmente para avaliar se houve ou não violação de direitos autorais, distinguindo uma “violação” de direito autoral de uma utilização aceitável é, basicamente, a sua natureza não-comercial ou natureza privada, apesar da existência formal de uma lista exígua de limitações que não necessariamente seguem a mesma lógica. As práticas tradicionais de compartilhamento de informação, refletem um ambiente de opinião pública que é extremamente hostil à versão de direito autoral ligada à indústria de conteúdo que proíbe o compartilhamento ainda que não-comercial. A crença do público em um “direito presumido” de uso não-comercial que acabou enraizando esta prática na sociedade brasileira deve ser analisada como um problema relacionado às exceções e limitações.¹¹⁰

A esquizofrenia do termo “pequenos trechos” além de representar um retrocesso e restringir, no contexto acadêmico, muitos usos considerados justos, afetou também outros usos legítimos como, por exemplo, o recurso do *time shifting*¹¹¹ que mencionamos ao tratarmos das limitações no direito europeu. Esta problemática decorrente de uma infeliz alteração do texto anterior é

¹⁰⁹ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti et al. Exceptions and Limitations to Copyright in Brazil: A Call For Reform. Cit., p. 88.

¹¹⁰ Ibid. p.104-106.

¹¹¹ Time Shifting é o termo em inglês comumente utilizado para referir-se à gravação de programas para serem vistos posteriormente.

conseqüência da insuficiência do texto legal para indicar a função pretendida por uma limitação, podendo levar a alterações posteriores que subvertam completamente a sua existência. Se olharmos, contudo para o inciso XXIX do artigo 5º da Constituição veremos que enquanto faltam fundamentos explícitos para o direito autoral e suas limitações, o mesmo erro não foi cometido com a propriedade industrial.¹¹² Verifica-se que a Constituição federal ao positivizar o direito fundamental à propriedade industrial, determinou que o direito concedido devesse ter por princípio e também como limite, o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.¹¹³

Embora a maioria da doutrina enxergue no artigo 46, II, a única e principal limitação acerca da cópia privada, há quem entenda que as alterações referentes a direitos autorais introduzidas no Código Penal Brasileiro em 2003, trouxeram por descuido, uma bem-vinda hipótese de isenção. O processo de alteração, motivado pela pressão internacional, estabelecia novos tipos penais e majoração de penas. No entanto, o texto fora redigido de forma tão apressada que não intencionalmente estabeleceu uma nova limitação ao direito autoral. O fato ocorreu devido a um descuido do legislador por basear-se na versão da lei de direito autoral de 1973, que previa a possibilidade de cópia integral, resultando na promulgação de uma nova limitação.¹¹⁴

O artigo 184, § 4º do Código Penal estabelece que:

O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto. (Incluído pela Lei nº 10.695, de julho de 2003)

Extrai-se do dispositivo que não há crime quando o ato em questão está abrangido por uma exceção ou limitação de acordo com a Lei 9.610/98, ou ainda, se consiste em uma “cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.” Assim, a emenda do Código Penal de 2003, parece restabelecer a limitação relativa à cópia

¹¹² Artigo 5º, XXIX CF: a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

¹¹³ CARBONI, Guilherme. Op. cit., p. 98.

¹¹⁴ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti et al. Op. cit., p. 82.

privada de 1973, substituindo a restrita previsão acerca das cópias privadas da lei de 1998. Uma vez que tudo o que é exigido constitucionalmente para a legislação de direitos autorais para ter validade é que seja decretada a nível federal (art. 22, I), o critério da *lex posterior derogat priori* (Decreto Lei 4.707/42, art. 2, 1) indica que a alteração do Código Penal de 2003 deve prevalecer sobre a disposição da LDA. Não há nenhuma maneira de se afastar este entendimento argumentando que *lex specialis derogat generali* - lei especializada derroga lei geral - neste caso, uma vez que ambas as disposições são consideradas específicas.¹¹⁵

Sustenta-se, portanto que o Brasil teria restabelecido a limitação anterior que permitia, de forma mais abrangente, uma única cópia integral de qualquer obra intelectual para uso privado, sem fins comerciais. Consideramos louvável este entendimento, pelo fato de estar alinhado à idéia de estabelecer um melhor equilíbrio entre os privilégios de autor e a promoção do acesso ao conhecimento.

Os problemas oriundos de textos infelizes de limitações não se esgotam na problemática da cópia privada. A limitação disposta no artigo 46, IV da LDA, por exemplo, é criticada por parte da doutrina por não ser propriamente uma limitação mas sim um reforço dos direitos autorais do professor. Sustenta-se que ao legislar sobre uma obviedade ao permitir que alunos façam anotações em aula, o verdadeiro propósito do artigo era deixar claro o direito do professor de controlar posteriores usos de tais notas.¹¹⁶

No tocante à reprodução de notícias, artigos informativos e discursos públicos por empresas dedicadas à divulgação de notícias, observa-se através da leitura das alíneas “a” e “b” do inciso I do artigo 46, que o texto encontra-se antiquado visto à luz das mudanças tecnológicas introduzidas nos últimos anos. Os termos “imprensa diária ou periódica” e “diários ou periódicos” são inapropriados para identificar às empresas dedicadas à divulgação de notícias, pois levam a crer que somente aquelas que se dedicam à imprensa escrita estariam abrangidas.¹¹⁷ A era da tecnologia digital é muito mais complexa e exige limitações adicionais. A maior parte das notícias que hoje circulam advém da Internet, da imprensa radiofônica e da imprensa televisiva que fugiriam à idéia de “imprensa diária ou periódica”. O artigo 46, I, c, por sua vez, carece de coerência ao exigir que haja anuência da pessoa

¹¹⁵ Ibid. p. 83.

¹¹⁶ Ibid. p.79-82.

¹¹⁷ CARBONI, Guilherme. Op. cit., p. 89.

retratada em uma obra de arte visual, caso o dono da obra deseje reproduzi-la, distanciando o dispositivo da idéia de “limitação” ao direito autoral.¹¹⁸

À semelhança dos dispositivos tratados acima, as limitações relativas a obras derivadas são também insuficientes para o ambiente digital, deixando pouco espaço para as novas modalidades de produção cultural, mesmo quando são inteiramente não-comerciais. Com o advento das culturas do remix, Web 2.0, mashups e produção de peers em geral, a importância de limitações relativas a obras derivadas deve ser uma prioridade, sendo a revisão que se pretende da LDA uma boa oportunidade para se adequar a lei às justas demandas da sociedade. Entende-se, contudo, que em países de tradição *droit d'auteur*, a idéia de limitações relativas a obras derivadas encontra uma barreira ainda maior que em outros lugares devido às doutrinas de direitos da personalidade - em especial os direitos morais como o “direito à integridade”. A resistência que existe fundamenta-se no temor de que uma derivação ou uso criativo de uma obra possa ser prejudicial à reputação ou personalidade do autor. Isto fica evidente nas limitações concernentes às paródias e paráfrases (artigo 47) que restringem a abrangência da paródia legal. Apesar de serem explicitamente permitidas, as paródias dependem de uma condição-chave para enquadrarem-se na limitação do referido artigo: o autor de uma paródia não pode tirar o crédito da obra parodiada. Tendo em vista que o objetivo da paródia é geralmente tirar o crédito, de alguma forma, da obra parodiada, essa limitação enquanto concede supostamente o direito de parodiar, deixa em aberto a possibilidade de se fazer censura privada com o aval do Estado.¹¹⁹

As limitações relativas a direitos de interpretação e execução encontram-se expressas nos incisos V e VI do artigo 46 que dispõe:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

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;

¹¹⁸ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti et al. Op. cit., p. 79-82.

¹¹⁹ Ibid., p. 83-84.

A insuficiência da lei é patente, ao prever somente hipóteses de uso de obras protegidas com intuito de demonstração à clientela e desempenho musical ou teatral. A lei exclui do âmbito de proteção das limitações, por exemplo, a execução pública de trechos de música, ainda que tenha sido feita em atenção às regras do artigo 46, incisos III e VIII da Lei de Direitos Autorais, necessitando, portanto de prévia autorização do autor. Pelo fato do artigo 46 tratar apenas de reprodução e não de execução pública, impede-se também que uma obra contenha trechos de músicas alheias mesmo que para fins de estudo, crítica ou polêmica ainda que não causem prejuízo à exploração normal da obra reproduzida ou aos interesses dos autores, uma vez que se permite somente a reprodução sem que se possa executar publicamente.

Não é de se espantar que a Lei de Direitos Autorais brasileira seja largamente considerada como uma das leis autorais mais restritivas do mundo, tendo em vista tamanha restritividade e má formulação do instituto das limitações, tornando contrárias à lei mesmo as condutas mais justas e prosaicas. Somando-se o fenômeno da maximização do direito autoral ao insuficiente e problemático sistema brasileiro de limitações, vislumbramos hoje uma lógica de desenvolvimento nacional em matéria de direito autoral, que parece ignorar usos justos e a importância do acesso da coletividade às obras protegidas.

Embora a atual lei brasileira tenha sido concebida de acordo com os princípios estabelecidos pela Convenção de Berna e pelo Acordo TRIPS (ADPIC), muitas das possibilidades e flexibilidades previstas em ambos os tratados não foram acolhidas pela LDA. Exemplo contundente disto pode ser oferecido no tocante à questão da cópia privada. O artigo 9 (2) da Convenção de Berna, incensado por introduzir a regra dos três passos, acolhida também pelo Acordo TRIPS, não dispõe em momento algum sobre a proibição de cópia integral de obra protegida por direito autoral. A lei brasileira, no entanto, extrapola as diretrizes internacionais ao permitir a reprodução somente de pequenos trechos e ainda que o uso das obras reproduzidas seja realizado somente dentro da esfera privada da pessoa que realiza a reprodução. A disposição brasileira é indiferente aos fins educacionais ou de arquivo ainda que a cópia seja utilizada em um contexto estritamente privado e familiar. A Convenção de Berna teve como um de seus objetivos, a ampliação das possibilidades de uso das obras protegidas, com o propósito de promover o acesso ao conhecimento e dar cumprimento ao direito fundamental à educação. O artigo 10(2) de Berna¹²⁰, demonstrando visível preocupação com

¹²⁰ O artigo 10 (2) da Convenção de Berna assim dispõe: “Os países da União reservam-se a faculdade de regular, nas suas leis nacionais e nos acordos particulares já celebrados ou a celebrar entre si as condições

os fins educativos abstém-se de limitar a extensão do uso autorizado, admitindo como factível o uso de uma obra na íntegra, sempre que a utilização tiver por fundamento um uso justo.

As alternativas adotadas pela LDA além de provocarem toda a problemática analisada acima, contrastam com os tratados internacionais, deixando evidente a maior restritividade da lei brasileira em comparação aos diplomas internacionais.

Não se deve ignorar o fato de que as grandes obras da humanidade no plano cultural, artístico ou científico foram fruto de uma longa gestação à base de enriquecimento intelectual, evidenciando a importância do acesso às obras intelectuais.

Através destes breves comentários às limitações e exceções aos direitos autorais, observou-se que o instituto das limitações é reconhecido e positivado tanto nacional quanto internacionalmente. Examinamos ainda o funcionamento dos diferentes sistemas de diferentes tradições, analisando seu alcance, aplicabilidade e efetividade no contexto do mundo contemporâneo. Cabe agora discutirmos alternativas à problemática decorrente da aplicação da atual Lei de Direitos Autorais visando para além da compreensão e usos destas limitações, chegar a um ponto de equilíbrio razoável e ponderado entre os interesses e direitos privatistas dos autores e empresas e os interesses e direitos da coletividade.

3.2.3 Reinterpretação constitucional da LDA

Conforme se demonstrou no capítulo referente às bases constitucionais e perspectiva civil-constitucional do direito autoral, as normas constitucionais gozam de posição privilegiada no ordenamento jurídico. O fenômeno da reunificação do sistema em termos interpretativos¹²¹, denominado constitucionalização do

em que podem ser utilizadas lícitamente, na medida justificada pelo fim a atingir, obras literárias ou artísticas a título de ilustração do ensino em publicações, emissões radiofônicas ou gravações sonoras ou visuais, sob a condição de que tal utilização seja conforme aos bons usos”.

¹²¹ Gustavo Tepedino entende que o direito civil-constitucional não é meramente técnica interpretativa das normas de Direito Privado a partir das normas constitucionais. Trata-se de muito mais. “São os valores expressos pelo legislador constituinte que, extraídos da cultura, da consciência social, do ideário ético e da noção de justiça presentes na sociedade, consubstanciam-se em princípios, os quais devem informar o sistema como um todo e, especialmente, o Código Civil” TEPEDINO, Gustavo (et al.). Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Editora PADMA. Volume 13 – janeiro/março de 2003.

direito, proporcionou mudanças de interpretação substanciais e a inserção de novos dispositivos em sede constitucional e infraconstitucional.

Conscientes de que esta reunificação do sistema só pode ser compreendida por meio da atribuição de um papel proeminente e central à Constituição Federal, observa-se a necessidade hermenêutica de se interpretar os direitos fundamentais previstos na LDA sob o prisma da Constituição, principalmente no que diz respeito à aplicação entre particulares.¹²²

Pretendemos, portanto, neste capítulo propor alternativas à restritividade da Lei de Direitos Autorais, apontando situações onde deve ser reconhecida a supremacia do interesse coletivo sobre o privado equilibrando a extensão da proteção concedida com as necessidades sociais, por meio da reinterpretção constitucional da LDA. Para atender a esta pretensão são essenciais as discussões travadas nos capítulos anteriores, valendo ressaltar ainda que as alternativas aqui mencionadas não esgotam a matéria nem resolvem em definitivo os problemas decorrentes da restritividade legal.

Em primeiro lugar há que se diferenciar as duas principais funções do direito autoral, quais sejam, a “função promocional”¹²³ e a “função social”. A primeira nos remete à concessão dada ao autor para explorar exclusiva e temporariamente sua obra intelectual visando estimular a criação e criar estímulos para o aumento do patrimônio cultural nacional. A função social do direito autoral, por sua vez, é garante dos meios necessários para o acesso a obras alheias. A obra torna-se parte do acervo cultural daquela sociedade a partir do momento em que é publicada, destinando-se a inspirar outras criações feitas a partir dela, cumprindo assim sua função social e contribuindo para o desenvolvimento do país.¹²⁴

Atentos à esta segunda função do direito autoral pode-se dizer que a proteção dos interesses autorais deve considerar o significado social das obras para que sejam determinados seus limites. Contudo, o solucionamento dos diversos problemas práticos decorrentes dos impeditivos legais para o uso de obra alheia é obstacularizado pela falta de debate acadêmico acerca das razões que motivam a existência das limitações e da proteção ao direito autoral. Esta carência

¹²² TEPEDINO, Gustavo. Problemas de Direito Constitucional. 2 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 13.

¹²³ Diz-se “promocional” em virtude do ordenamento valer-se de sanções positivas para oferecer vantagens e estimular as criações.

¹²⁴ PEREIRA DE SOUZA, Carlos Affonso. O Abuso do Direito Autoral. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito 2009. p. 138.

doutrinária resultou na falta de motivos bem articulados para fundamentar as exceções e limitações deixando-as vulneráveis à interpretações restritivas. Ademais, a falta de fundamentos explícitos para o direito autoral e suas limitações, reforça a pressão da indústria de conteúdo em defesa de uma maior proteção aos direitos do autor e de uma proteção penal ainda mais severa.¹²⁵

Somando isto à toda problemática analisada no capítulo anterior, tem-se como resultado um infeliz cenário no qual o povo brasileiro protagoniza como uma nação de criminosos em matéria de direito autoral.

Contudo, é sabido que muitas das práticas são comuns e nem sempre caracterizam um uso decorrente de má-fé, advindo muitas vezes da necessidade de se expressar, produzir obras derivadas ou ter acesso à cultura.

Como possíveis soluções aos problemas decorrentes do uso de obras de terceiros, podemos citar, além da reinterpretação constitucional, alternativas como a reforma da lei, a solicitação de autorização de uso aos titulares dos direitos autorais ou ainda o licenciamento de obras por meio de licenças públicas. Vejamos, antes de nos aprofundarmos na possibilidade de aplicação direta dos limites constitucionais, como estas possibilidades se afiguram na prática.

A reforma da lei já se encontra em andamento e será analisada em momento oportuno, adiantando-se apenas o fato de não ser suficientemente condizente com as novas demandas sociais a ponto de não serem mais necessárias outras medidas de flexibilização da lei. A reforma, no entanto, ainda que não possa ser considerada uma panacéia, é indispensável, cabendo ao legislativo modificar a lei de direitos autorais acatando os limites previstos nos tratados internacionais e na Constituição Federal, de forma a flexibilizar seus institutos para melhor atender aos interesses coletivos.

Com relação à solicitação de autorização prévia –licenciamento– de uso pelos autores, apesar de mais segura, verifica-se inviável no mundo atual sendo a morosidade e burocracia envolvidas no processo, incompatíveis com o tempo em que vivemos.

É com base nesta perspectiva que surgem, possibilitadas pelo desenvolvimento tecnológico, importantes ferramentas que garantiram um novo olhar sobre a

¹²⁵ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti et al. *Exceptions and Limitations to Copyright in Brazil: A Call For Reform*. Cit., p.77.

idéia de exclusividade e necessidade de uma autorização prévia. A análise que nos cabe diz respeito a uma delas, que consiste nas chamadas Licenças Gerais Públicas (GPLs), utilizadas pela comunidade desenvolvedora de *software* livre e pelo projeto *Creative Commons*.

As formas de licenciamento da produção de *software* em modelo livre, através da adoção da licença GPL (GNU-GPL tradicional), e a afirmação do *Creative Commons*, abrem aos autores a possibilidade de abrirem mão de parcelas dos seus direitos a favor da coletividade, sem com isso deixar de serem titulares de direitos autorais, caracterizando uma solução dita “social” à restritividade da Lei.

A GPL é entendida como um contrato atípico de licença por meio do qual o autor de um *software* autoriza o uso, cópia, modificação e distribuição do programa por ele desenvolvido, nos termos da licença, garantido assim sua natureza “livre”. O objetivo é permitir o uso da obra por manifestação explícita do titular dos direitos autorais, sem que o uso seja contestado legalmente, garantindo, além da praticidade e do acesso ao conhecimento, uma maior segurança aos usuários.

No caso das licenças *Creative Commons*, por exemplo, que constituem espécie de licenciamento público¹²⁶, são estabelecidos os exatos limites de uso da obra, gerando maior segurança aos usuários de obras alheias e promovendo a difusão da cultura.

Estes instrumentos auxiliam no esforço de enxergar o direito autoral de forma mais ampla, para além de um conceito simplista e parcial, devendo ser encarado como a Constituição de fato o prevê: um sistema de incentivo à criação artístico-literária que tem na proteção autoral não um fim, mas um meio para a promoção de uma sociedade culturalmente rica e plural, na qual a todos são garantidos o livre acesso às fontes de cultura e o pleno exercício dos direitos culturais e que eleva os princípios da liberdade de expressão e de informação ao patamar de regra geral e não de exceção.

Neste sentido, é oportuno mencionar que no mês de janeiro de 2010 foi lançado o Manifesto do Domínio Público, elaborado no contexto das atividades do Projeto COMMUNIA (rede temática da União Européia sobre Domínio Público), que pretende

¹²⁶ As licenças creative commons surgiram a partir do conceito de Licenças Públicas Gerais. São pertinentes neste aspecto os comentários de Sérgio Branco e Pedro Paranaguá acerca do tema: “Observe-se que, para todos os fins, não há diferença entre a licença GNU-GPL do Creative Commons (CC-GNU-GPL) e a GNU-GPL tradicional. Por isso, os termos GNU-GPL e CC-GNU-GPL possuem, assim, significado intercambiável. Paranaguá, Pedro e Branco, Sérgio. Direitos Autorais. Rio de Janeiro –Ed. FGV, 2009. p. 112.

consolidar e fomentar uma visão menos individualista da proteção ao direito autoral, apoiando ativamente todos os mecanismos que permitem um maior acesso à cultura e ao patrimônio cultural. Com este desígnio, atribui-se ao domínio público um papel essencial no fomento à participação cultural e à inovação digital.

O Manifesto, além de atribuir grande valor aos elementos de formação do domínio público, como obras cuja proteção autoral já expirou e obras que não são abrangidas pelo direito autoral (*commons*), incentiva os instrumentos de licenciamento público, chamados “*commons* voluntários”, estabelecendo ao final, princípios gerais, que vem a corroborar e reforçar as teses defendidas por esta dissertação monográfica. Dentre eles destaca-se: (i) domínio público como regra e a proteção aos direitos autorais como a exceção; (ii) redução do prazo de proteção do direito autoral, devendo durar apenas o tempo necessário para se alcançar um equilíbrio entre as funções social e promocional do direito autoral; (iii) reconhecimento da renúncia voluntária dos direitos autorais e compartilhamento de obras protegidas como exercícios legítimos da exclusividade típica dos direitos autorais; e (iv) as exceções e limitações aos direitos autorais e os regimes de *fair use* e *fair dealing* devem ser ativamente apoiados para garantir a efetividade do equilíbrio fundamental entre os direitos autorais e o interesse público.

O princípio da livre utilização advém da demanda social e resulta da necessidade de desenvolvimento da sociedade, onde o interesse da coletividade deve prevalecer sobre o interesse individual. É na tentativa de consolidação desta concepção que o Manifesto do Domínio Público estabeleceu providenciais recomendações gerais, a partir das quais teceremos breves e pontuais considerações.

O domínio público além de essencial ao desenvolvimento social e bem-estar econômico, desempenha um papel crucial nas áreas de educação, ciência, patrimônio cultural e de informação do setor público, devendo receber merecida atenção da sociedade. Por representar uma zona de maiores liberdades, o instituto do domínio público é essencial para o aprimoramento e garantia da função social do direito autoral.

Desta forma, é possível afirmar que a “redescoberta” do domínio público, é uma importante aliada nesta empreitada de reequilíbrio dos interesses autorais e sociais, cujo principal e mais eficaz instrumento consiste na interpretação da proteção dos direitos autorais à luz dos ditames constitucionais, sobre a qual nos debruçaremos a partir de agora.

O recurso da interpretação da LDA com base em princípios constitucionais vem ganhando relevo no Brasil, encarado como uma resposta ao movimento de maximização do direito autoral, em consonância com o movimento de constitucionalização do direito.

A busca pelos fundamentos constitucionais das limitações e exceções abre a possibilidade de se restabelecer o equilíbrio para além da mudança legal, através da interpretação/aplicação da lei, representando vantagens do ponto de vista dos resultados práticos a curto prazo.

A partir das considerações feitas nos capítulos referentes à natureza jurídica e às bases constitucionais e perspectiva civil-constitucional do direito autoral, é possível fazermos algumas afirmações com mais propriedade. Primeiramente, deve-se entender que o alcance da função social abrange todos os direitos patrimoniais que se assemelhem às características proprietárias o que inclui, portanto, os direitos autorais em sua vertente econômica.

Alguns doutrinadores entendem que esta interpretação acarretaria em uma desvantagem uma vez que afirma a natureza do direito autoral como um direito de propriedade propriamente dito. É possível, no entanto, discordar desta tese, entendendo-se que o instituto da função social se aplica aos direitos autorais somente naquilo que for objeto de propriedade. Desta forma mantém-se a natureza híbrida dos direitos autorais, flexibilizando a proteção concedida ao autor sem correr o risco de agravar o desequilíbrio existente por meio de um olhar puramente patrimonialista.

Explica Denis Barbosa¹²⁷:

Certo é que, no que for objeto de propriedade (ou seja, no alcance dos direitos patrimoniais), o direito autoral também está sujeito às limitações constitucionalmente impostas em favor do bem comum – a função social da propriedade de que fala o art. 5º, XXIII, da Carta de 1988. Note-se, uma vez mais, neste contexto, que a proteção autoral, como propugna boa parte da doutrina, não se esgota na noção de propriedade, em particular pela presença dos direitos de personalidade ou direitos morais em geral.

E continua:

O art. 5º, XXII, da Carta, que assegura inequivocamente o direito de propriedade, deve ser sempre contrastado com as restrições do inciso

¹²⁷ BARBOSA, Denis. Op. cit., p. 11.

seguinte, a saber, as de que a propriedade atenderá sua função social. Também no art. 170 a propriedade privada é definida como princípio essencial da ordem econômica, sempre com o condicionante de sua função social.

Nesta perspectiva, podemos citar diversos exemplos de atos que, ainda que aparentemente contrários à lei, são efetivação dos princípios da função social dos direitos autorais. Entre outros: (i) a cópia para preservação da obra; (ii) a representação e execução de obra autoral na íntegra, em instituições de ensino; (iii) autorização de cópia privada de obra legitimamente adquirida; e (iv) permissão de representação e execução de obras em âmbito privado. A interpretação destes atos como exemplos de prevalência da função social dos direitos autorais sobre sua função promocional, seria um passo significativo para o aprimoramento do instituto da função social do direito autoral.

Outros dispositivos podem ser citados como o artigo 5º, incisos IX e XIV e o artigo 215 da Constituição Federal, que assim dispõem:

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

(...)

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. (...)

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

I- defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;

II- produção, promoção e difusão de bens culturais;

III- formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;

IV- democratização do acesso aos bens de cultura;

V- valorização da diversidade étnica e regional.

O pleno exercício da liberdade de expressão encontra limites não somente na Constituição Federal, mas também no direito autoral. À medida que o grau de proteção do direito autoral aumenta, eleva o nível de interferência e de restrição à liberdade de expressão. É por esta razão que muitas vezes se impede que alguém possa se expressar livremente sobre uma obra ainda que a intenção seja oferecer uma nova leitura ou interpretação da mesma. Esta discussão remete à impossibilidade de se criar obras derivadas – adaptações – sem expressa anuência do autor da obra original, representando uma grande perda para a sociedade por reduzir as possibilidades de releituras ou novas interpretações da obra original. Apesar de entendermos que a própria concepção de direito de autor represente uma limitação à liberdade de expressão, ambos os direitos foram positivados em nossa Carta Magna como direitos fundamentais, devendo ser melhor sopesados para que não haja um desequilíbrio.¹²⁸

No entanto, é com o direito à informação e à cultura que o direito autoral possui maior possibilidade de conflito, principalmente na sociedade da informação em que vivemos que se vale da internet como um dos principais instrumentos de divulgação do conhecimento e do saber. Há hoje uma forte demanda por maior liberdade na criação e na fruição de bens intelectuais desencadeada em grande parte pelo processo de inclusão digital no mundo. A lei impede, por exemplo, que sejam digitalizadas obras para evitar sua deterioração e conseqüente perda do acesso àquela obra, por violação aos artigos, 5º, inciso VI, 29, inciso I, 31 e 46, II. No entanto, o intuito da digitalização poderia ser, por iniciativa do poder público, de garantir o direito da população de continuar tendo acesso àquelas obras, dotado, portanto, de forte interesse social. Além disso, a lei não distingue obras recém publicadas de obras científicas raras que só existem em bibliotecas, mas que ainda gozam de proteção autoral. Defende-se, portanto que dependendo da finalidade da reprodução e do seu impacto mercadológico, o direito autoral devesse por vezes ceder ao interesse público quando este se mostrar prioritário. Do contrário, a Lei seria extremamente injusta por não permitir, por exemplo, a difusão do conhecimento por meio da cópia integral de obras raras cuja reprodução não acarretasse qualquer prejuízo econômico ao autor.

Ao proteger o acesso às obras de valor cultural, o artigo 215 impede que este seja restringido ou impedido de forma injustificada, exigindo de certa forma que

¹²⁸ CARBONI, Guilherme. O Direito de Autor e seus Desafios: Os Conflitos com a Liberdade de Expressão, o Direito de Acesso ao Conhecimento, à Informação e à Cultura e o Direito ao Desenvolvimento Tecnológico. Cit., p. 101.

os poderes estatais viabilizem e garantam isenções legais ao monopólio dos direitos patrimoniais do autor garantindo também aos particulares prerrogativas voltadas a esta demanda de ordem social.

Extrapolase, portanto uma interpretação de natureza meramente fiscal, relativa à promoção de políticas públicas, devendo-se interpretar o dispositivo como uma importante ferramenta a ser utilizada pelos particulares no exercício das prerrogativas concedidas pelo ordenamento jurídico, afetando conseqüentemente a tutela autoral e mais especificamente o direito de exclusividade.

O mesmo pode ser dito com relação ao artigo 216 que, em seu inciso III, reitera a necessidade de permitir à coletividade fazer uso cultural destas obras, incentivando ainda em seu § 3º a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

Conscientes da supremacia dos ditames constitucionais, deve-se respeitar tais preceitos no exercício de ponderação entre os dicotômicos interesses autorais e sociais, representando limites extrínsecos aos direitos patrimoniais do autor ao estabelecerem circunstâncias e situações de afastamento destes direitos.

Pelo fato da base constitucional do direito autoral não se encontrar unicamente nos incisos XXVII e XXVIII do artigo 5º, deve-se observar que os dispositivos aplicáveis à matéria autoral não podem ser preteridos uns aos outros, havendo, conforme demonstrado, outros direitos fundamentais além da proteção autoral, garantidos pelo ordenamento constitucional vigente.

Ao buscar os fundamentos constitucionais do direito autoral devemos enxergá-lo como elemento integrante de um sistema amplo de estímulo ao desenvolvimento cultural da sociedade que engloba interesses e princípios colidentes. Nesta perspectiva, o direito autoral deve ser encarado como uma exceção ao *status* de domínio público, acarretando na impossibilidade de interpretação restritiva das exceções e limitações ao direito autoral e possibilitando, por conseguinte o alargamento do rol de limitações por meio da aplicação das limitações extrínsecas já expostas.

A influência das imposições constitucionais deve alcançar todo o ordenamento e todos os sub-sistemas infraconstitucionais de modo que a interpretação das relações jurídicas internas destes sistemas sejam sustentadas a partir dos axiomas constitucionais aplicáveis, o que afasta a tese de que o artigo 4º da LDA teria uma aplicação para além dos negócios jurídicos particulares.

Neste diapasão podemos afirmar, em resumo, que embora a Constituição brasileira exija a proteção dos direitos de autor, ela mesma traz em seu bojo disposições que exigem a proteção de outros interesses públicos que podem ser afetados pela lei de direitos autorais. O cumprimento desses direitos requer uma utilização mais abrangente das limitações com intuito de atingir uma situação de equilíbrio na lei de direitos autorais. Esta tarefa fica a cargo principalmente do Poder Judiciário com base na sua atribuição de “dizer o direito”, decidindo em última instância as controvérsias por meio da interpretação do ordenamento jurídico. O Judiciário deve agir sopesando os diversos interesses envolvidos, afastando quando for o caso, a proteção autoral, nas situações onde se identifica supremacia dos interesses da coletividade sobre os interesses privados.

Ao tratar dos princípios tópicos da interpretação constitucional, Gomes Canotilho atenta para a necessidade de se harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais, devendo o intérprete compreender as normas constitucionais como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.¹²⁹ Em complementação a este entendimento, há que se compreender que não há direitos absolutos, sendo esta uma premissa indispensável para a resolução de conflitos entre direitos fundamentais. Neste diapasão, é esclarecedora a decisão do Supremo constante do Mandado de Segurança nº. 23.452/RJ:

“OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.” (STF, MS 23.452/RJ, relator Ministro Celso de Mello, publicação DJ12/05/2000).

¹²⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1223-1226.

Através da aplicação do princípio da concordância prática (ou harmonização), impõe-se coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros. Este exercício de ponderação a ser exercido pelo interprete do direito, impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens.¹³⁰ Diante da impossibilidade de aplicação coexistente e harmoniosa dos direitos conflitantes, cabe ao aplicador do direito ponderar os princípios a fim de decidir qual dos princípios tem maior peso ou valor no caso concreto.¹³¹ A técnica da ponderação de bens ou valores tem como um de seus principais defensores o jus-filósofo alemão Robert Alexy o qual considera que a ponderação nasce naturalmente da própria estrutura das normas jurídicas, sendo, portanto inevitável. A técnica da ponderação procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos, norteando-se o aplicador pelos princípios da razoabilidade e da preservação, diante da inexistência de relações de preferência *prima facie*, ou seja, sem que haja uma superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão.¹³²

O equilíbrio que se tenta alcançar é reforçado pelos preceitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos que assim dispôs ao positivar o Direito Autoral:

Artigo XXVII: 1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios. 2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

Allan Rocha de Souza traz esta orientação para o âmbito interno sustentando que a busca de um equilíbrio jurídico razoável e ponderado entre os interesses e direitos privatistas dos autores e empresas e os interesses e direitos da coletividade consiste em uma demanda do próprio Estado Democrático de Direito, que sintetiza as proposições e conquistas da perspectiva liberal com as alcançadas pelo Estado Social de Direito.¹³³

¹³⁰ Ibid. p. 1223-1226.

¹³¹ Ibid. p. 1236-1242.

¹³² BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 225.

¹³³ SOUZA, Allan Rocha de. A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica: Brasil: 1988-2005. Campos dos Goytacazes: Ed. da Faculdade de Direito de Campos, 2006.

5) CONCLUSÃO

O direito autoral é um instituto mutável. A mutabilidade deste instituto conduz à necessidade de se analisar historicamente seus avanços, contextualizando a regulação e acompanhando o progresso do instituto nas diferentes tradições.

Através desta análise é possível perceber, nos diferentes sistemas, uma constante preocupação em proteger os interesses referentes à exploração econômica da obra, em benefício exclusivo dos titulares dos direitos patrimoniais.

Os reflexos desta regulação fundada em uma visão romantizada do autor são percebidos ainda hoje, provocando ao longo dos tempos, uma desarmonia cada vez maior entre a tutela do direito individual de exploração da obra intelectual e a tutela do interesse coletivo, garantida por meio do domínio público e do sistema de exceções e limitações.

Esta desarmonia agravou-se com o processo de maximização da proteção autoral, potencializado pelos tratados internacionais, cujos efeitos atingiram os mais diversos sistemas ao redor do globo, incluindo o sistema brasileiro, ensejando um esforço de reequilíbrio entre a função promocional e a função social do direito autoral.

A partir deste panorama procurou-se examinar a restritividade e problemática da lei brasileira para, em seguida, analisar as variadas soluções aos problemas apresentados, concluindo-se que a busca pelo balanceamento dos interesses na tutela autoral deve dar-se através da atuação conjunta entre as soluções legais, como reinterpretação constitucional e reforma da lei autoral, e as soluções sociais, como a utilização de Licenças Públicas Gerais.

O objetivo principal da busca pelo equilíbrio entre os interesses expostos, é evitar que o direito de propriedade intelectual ofusque de forma desproporcional e desarrazoada os direitos individuais e sociais previstos na Constituição Federal, como educação, cultura e liberdade de expressão.

Neste sentido, restou demonstrado que a compreensão da dupla função do direito autoral leva o aplicador do direito a ponderar os valores protegidos em sede constitucional, devendo valer-se de um regime amplo de limitações, levando em conta outros dispositivos constitucionais que não apenas aqueles diretamente ligados à tutela geral do direito autoral.