

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL  
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS – FDA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

**GERALDO MAGELA FREITAS TENÓRIO FILHO**

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS AUTORAIS – DO ANALÓGICO AO VIRTUAL:  
O CARÁTER HUMANISTA DOS DIREITOS DE AUTOR E SUAS FUNÇÕES  
INDIVIDUAIS E SOCIAIS**

Maceió  
2018

GERALDO MAGELA FREITAS TENÓRIO FILHO

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS AUTORAIS – DO ANALÓGICO AO VIRTUAL:  
O CARÁTER HUMANISTA DOS DIREITOS DE AUTOR E SUAS FUNÇÕES  
INDIVIDUAIS E SOCIAIS**

Dissertação do mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Querino Mallmann

Maceió  
2018

**Catálogo na fonte**  
**Universidade Federal de Alagoas**  
**Biblioteca Central**

Bibliotecária Responsável: Janis Christine Angelina Cavalcante – CRB:1664

T289d Tenório Filho, Geraldo Magela Freitas.  
Os direitos fundamentais autorais – do analógico ao virtual: o caráter humanista dos direitos de autor e suas funções individuais e sociais. – 2018.  
219 f. il.

Orientador: Querino Mallmann.

Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2018.

Bibliografia: f. 206-219.

1. Direitos autorais. 2. Direitos culturais. 3. Ciberespaço. 4. Sociedade da informação. 5. Função social. I. Título.

CDU: 347.78

## DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho a todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram para sua concretização.

Aos meus pais, **Geraldo Magela Freitas Tenório** e **Maria do Carmo de Lima**, pelo apoio incondicional, desde a infância, para minha formação acadêmica.

Em especial para o meu companheiro e amigo, **Sérgio Magno**, por ser meu “professor da vida”, me orientando, apoiando, rindo e chorando. É nítida sua dedicação para me fazer feliz todos os dias, minha motivação pessoal e profissional. Muito obrigado pelo seu amor, carinho e dedicação incessantes, combustíveis que impulsionam minha vontade de viver e vencer ao seu lado.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Centro de Ensino Superior e Desenvolvimento (CESED), especialmente ao Centro Universitário de Ciências Sociais Aplicadas (UNIFACISA) por sua contribuição para minha formação em Direito. Em seu âmbito descobri e me identifiquei com o estudo dos direitos autorais e suas implicações sociais, econômicas, culturais e jurídicas, por meio da disciplina (6º período) – Direito da Propriedade Intelectual, ministrada pelo Prof. Dr. João Ademar de Andrade Lima.

Aos professores dos Programas de Graduação e Pós-graduação (Mestrado) em Direito da Faculdade de Direito (FDA) da Universidade Federal de Alagoas (UFAL) pelas relevantes contribuições teóricas sobre direitos fundamentais, autorais, culturais, entre outros ramos jurídicos que dialogam com a matéria autoral.

Aos meus colegas da Turma 12 do Mestrado em Direito da referida Instituição de Ensino Superior (IES), companheiros fiéis nessa jornada acadêmica que produziu consequências muito positivas para nossas vidas pessoais e profissionais.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Querino Mallmann, pelo estímulo pessoal e acadêmico, além de sua objetividade, centralidade e sensatez no exercício do magistério em prol dos direitos intelectuais.

Aos médicos, enfermeiros, técnicos de enfermagem, assistentes sociais, nutricionistas, terapeutas, psicólogos e demais profissionais do Hospital Escola HÉlvio Auto (HEHA) ou Hospital de Doenças Tropicais (HDT) de Maceió/AL, sem os quais não estaria vivo e com saúde, gozando de plenitude física e intelectual para desenvolver o presente trabalho.

“Eu vou fazer uma ciranda  
Pra botar o disco  
Na Lei de Incentivo à Cultura,  
À Cultura,  
À Cultura

Mas é preciso entrar no gráfico  
No mercado fonográfico  
Mas é preciso entrar no gráfico  
No mercado fonográfico

Mas eu não sei negociar  
Eu só sei no máximo tocar meu tamborzinho e  
olhe lá”

BUHR, Karina. **Ciranda do Incentivo**, 2010.

“Todo homem é projeto: criador, pois inventa o que já é, a partir do que ainda não é; sóbrio, pois não conseguirá se não determinar com certeza as possibilidades que permitem levar a um bom termo o empreendimento [...]”

SARTRE, Jean-Paul. **Em defesa dos intelectuais**. São Paulo: Ática, 1994. p. 17.

## RESUMO

Durante o processo evolutivo dos direitos autorais prevaleceram seus aspectos patrimoniais, enquanto os direitos morais, muitas vezes, eram relegados à segundo plano. Não obstante sua gênese marcada pela natureza arcaica dos monopólios, as legislações nacionais e internacionais sobre a matéria progrediram, considerando os aspectos sociais, econômicos e culturais, reverberados sobre as criações intelectuais. A problemática desse estudo emergiu em razão dos conflitos autorais ampliados a partir do advento da *internet*, progresso científico e tecnológico responsável por extinguir a noção de escassez sobre os bens intelectuais, atemporalmente acessíveis no ambiente do ciberespaço. As criações intelectuais são disponibilizadas na rede, no formato de mídias digitais, dificultando, ainda mais, o controle prévio sobre eventuais violações autorais, existentes desde o ambiente analógico e intensificadas no meio digital. Nos moldes legislativos atuais, exige-se uma atuação hermenêutica do jurista contemporâneo a fim de considerar os diversos usos das criações intelectuais pela sociedade informacional, sem violar os interesses autorais, como princípios jurídicos fundamentais. A fim de propor soluções ao problema mencionado cumpre demonstrar que o uso alternativo das criações intelectuais com o auxílio de contratos atípicos, da legislação autoral ou do Poder Judiciário, através da funcionalização do direito autoral sobre as obras intelectuais, contribui para efetivação do direito fundamental à cultura à luz da função social dos direitos autorais. No primeiro momento, descreve-se a evolução histórica do direito autoral à modernidade, evidenciando as relações sociais direcionadas ao uso das criações intelectuais na *internet* e suas implicações sociais, econômicas e jurídicas. No plano dogmático internacional e nacional corrobora-se com Tratados e Convenções Internacional sobre a matéria, a Constituição Federal e a Lei nº 9.610/98. Elenca-se possíveis soluções jurídicas que funcionalizam os direitos autorais e culturais, explicitando seu o tratamento jurisprudencial em julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Utiliza-se os tipos de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial para investigação das hipóteses suscitadas. A primeira permite compreender os marcos teóricos do direito autoral, desde o momento histórico de sua formação até os dias atuais, com fulcro em contribuições doutrinárias nacionais e internacionais sobre a temática objeto de estudo. No ambiente jurisdicional corrobora-se faticamente a doutrina do *fair use*, materializada no artigo 46, da Lei nº 9.610/98. Para ilustrar o tratamento jurisprudencial pátrio sobre a matéria, destaca-se acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) envolvendo os direitos autorais musicais e culturais, dispondo especificamente sobre o uso justificável das criações intelectuais, seus fins pedagógicos, sociais e culturais. Deve-se resguardar o caráter humanista dos direitos autorais. Eventuais colisões entre os princípios jurídicos autorais e culturais podem ser resolvidas por meio de um gerenciamento público (ECAD) ou privado (instrumentos contratuais) dos direitos autorais patrimoniais. Funcionaliza-se os direitos autorais à luz dos fundamentos normativos e axiológicos insculpidos na ordem jurídica nacional e internacional.

**Palavras-chave:** Direitos Autorais. Internet. Ciberespaço. Sociedade da Informação. Direitos Culturais. Função Social.

## ABSTRACT

*During the evolutionary process of copyright, the patrimonial aspects prevailed, while moral rights were often relegated to the background. Despite its genesis is marked by the archaic nature of the monopolies, the national and international legislation on the subject has progressed, considering the social, economic and cultural aspects, reverberated on the intellectual creations. The problematic of this study emerged due to the authorial conflicts amplified from the advent of the internet, scientific and technological progress responsible for extinguishing the notion of scarcity on intellectual property, timelessly accessible in the cyberspace environment. Intellectual creations are made available on the network in the format of digital media, making it even more difficult to prior control over possible copyright violations, existing from the analog environment and intensified in the digital environment. In current legislative forms, it is required a hermeneutic performance of the contemporary jurist in order to consider the various uses of intellectual creations by the information society, without violating copyright interests, as fundamental legal principles. In order to propose solutions to the aforementioned problem, it is necessary to demonstrate that the alternative use of intellectual creations with the aid of atypical contracts, the copyright legislation or the Judiciary, through the functionalization of copyright on intellectual works, contributes to the realization of the fundamental right culture in light of the social function of copyright. In the first stage, describe the historical evolution of copyright to modernity, showing the social relations directed to the use of intellectual creations on the Internet and its social, economic and legal implications. In the dogmatic international and national level, it is corroborated by International Treaties and Conventions on the subject, the Federal Constitution and Law N° 9.610/98. It is possible to find legal solutions that functionalize the copyright and cultural rights, explaining its jurisprudential treatment by the Superior Court of Justice (STJ). The types of bibliographic and jurisprudential research are used to investigate the hypotheses raised. The first allows us to understand the theoretical frameworks of copyright, from the historical moment of its formation to the present day, with a focus on national and international doctrinal contributions on the theme under study. In the jurisdictional environment, the doctrine of fair use, embodied in article 46, of Law N° 9.610/98 is corroborated. To illustrate the jurisprudential treatment of the country on this topic, stands out a ruling issued by the Superior Court of Justice (STJ) involving musical and cultural copyrights, specifically providing for the justifiable use of intellectual creations, their pedagogical, social and cultural purposes. The humanistic character of copyright must be safeguarded. Possible collisions between copyright and cultural legal principles can be resolved through public management (ECAD) or private (contractual instruments) of property copyright. Funcionalizes the copyright in light of the normative and axiological foundations inscribed in the national and international legal order.*

**Keywords:** Copyright. Internet. Cyberspace. Information Society. Cultural Rights. Social Function.

## LISTA DE ABREVIATURAS

A.C. – Antes de Cristo

*V.G. – Verbi Gratia*

Nº – Número

*INC. – Incorporation*

D. – Dom

## LISTA DE SIGLAS

ADIPIC – Acordo dos Direitos de Propriedade Intelectual relativos ao Comércio

AMAR – Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes

*ARPA – Advanced Research Projects Agency*

*ARPANET – Advanced Research Projects Agency Network*

*ASCAP – American Society of Composers, Authors and Publishers*

*BBC – British Broadcasting Corporation*

*CBS – Television Broadcasting Company*

CDA – Código do Direito de Autor e dos Conexos

CE – Concelho Europeu

CNDA – Concelho Nacional de Direitos Autorais

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CUB – Convenção Unionista de Berna

*CC BY – Atribuição*

*CC BY-AS – Atribuição-CompartilhamentoIgual*

*CC BY-NC – Atribuição-NãoComercial*

*CC BY-NC-AS – Atribuição-NãoComercialCompartilhamentoIgual*

*CC BY-NC-ND – Atribuição-NãoComercialSemDerivações*

*CC BY-ND – Atribuição-SemDerivações*

*CC REL – Linguagem de Expressão de Direitos*

*CD – Compact Disc*

*CD-ROM – Compact Disc Read-Only Memory*

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

*DMCA – Digital Millennium Copyright Act*

DOU – Diário Oficial da União

*DRM - Digital Right Management*

*DVD – Digital Video Disc*

ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição

*EFF – Eletronic Frontier Foudation*

EUA – Estados Unidos da América

FADUSP – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

FGV – Fundação Getúlio Vargas

*GATT – General Agreement on Tariffs and Trade*  
*HTTP – Hypertext Transfer Protocol*  
LDA – Lei de Direitos Autorais  
MERCOSUL – Mercado Comum do Sul  
*MP3 – MPEG-1/2 Audio Layer 3*  
*NAFTA – North American Free Trade Agreement*  
OIT – Organização Internacional do Trabalho  
ONU – Organização das Nações Unidas  
OMC – Organização Mundial do Comércio  
OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual  
*P2P – Peer-to-peer*  
PIDESC – Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais  
SACEM – Sociedade de Autores, Compositores e Editores Musicais  
SBACEM – Sociedade Brasileira de Autores, Compositores, Escritores e Músicos  
*SEK – Swedish Krona*  
STF – Supremo Tribunal Federal  
STJ – Superior Tribunal de Justiça  
*TEACH – Technology, Education and Copyright Harmonization Act*  
TIC – Tecnologias da Informação e Comunicação  
TODA – Tratado da OMPI sobre Direito de Autor  
TOIEF – Tratado da OMPI sobre Intérpretes ou Executantes de Fonogramas  
*TRIPS – Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*  
*TV – Television*  
UBC – União Brasileira de Compositores  
UE – União Europeia  
UFAL – Universidade Federal de Alagoas  
UFPE – Universidade Federal de Pernambuco  
*WIPO – World Intellectual Property Law*  
*WWW – World Wide Web*

## LISTA DE FIGURAS

Figura 01 – CC.....	190
Figura 02 – CC BY.....	193
Figura 03 – CC BY-AS.....	193
Figura 04 – CC BY-ND.....	194
Figura 05 – CC BY-NC.....	195
Figura 06 – CC BY-NC-AS.....	195
Figura 07 – CC BY-NC-ND.....	196

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>15</b>
<b>2. O DIREITO DE AUTOR E A SOCIEDADE: DA CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS AUTORAIS À ATUALIDADE.....</b>	<b>20</b>
<b>2.1 Os direitos autorais e seu processo evolutivo: da antiguidade clássica à revolução informática.....</b>	<b>26</b>
2.1.1 O sistema francês ( <i>droit d'auteur</i> ) e inglês ( <i>copyright</i> ) dos direitos de autor.....	35
<b>2.2 O caráter <i>sui generis</i> dos direitos autorais: direitos morais e patrimoniais.....</b>	<b>37</b>
2.2.1 Teorias monista e dualista dos direitos autorais: uma convergência entre aspectos morais e patrimoniais.....	46
<b>2.3 Do patrimonialismo ao humanismo: perspectiva antropocêntrica dos direitos de autor na sociedade informacional.....</b>	<b>49</b>
<b>2.4 As mudanças paradigmáticas na sociedade da informação: o compartilhamento das criações intelectuais na <i>internet</i>.....</b>	<b>52</b>
2.4.1 O compartilhamento <i>peer-to-peer</i> ( <i>p2p</i> ) das criações intelectuais na rede e suas implicações jurídicas.....	57
<b>2.5 A repersonalização do direito autoral: uma análise à luz do direito privado.....</b>	<b>62</b>
2.5.1 A dicotomia entre direito público <i>versus</i> direito privado: uma análise à luz do direito autoral.....	64
2.5.2 A constitucionalização do direito privado e seus reflexos no direito autoral.....	67
<b>3. A DOGMÁTICA JURÍDICA INTERNACIONAL E NACIONAL (CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL) DE TUTELA DOS DIREITOS AUTORAIS.....</b>	<b>70</b>
<b>3.1 Sistema jurídico internacional de proteção dos direitos autorais.....</b>	<b>73</b>
3.1.1 Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI): a disciplina jurídica autoral internacional nas Convenções e Tratados.....	76
3.1.1.1 Convenção de Berna (1886) para proteção das obras literárias e artísticas e sua adesão à legislação pátria.....	78
3.1.1.2 Convenção de Roma (1961) .....	81
3.1.1.3 Convenção Universal Sobre Direitos de Autor (1975) .....	83
3.1.1.4 Convenção de Washington (1975) .....	85
3.1.1.5 Tratado Sobre Direito de Autor (1996) .....	87
3.1.1.6 Tratado Sobre Intérpretes ou Executantes de Fonogramas (1996) .....	89
3.1.2 Aspectos jurídicos e econômicos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio: <i>GATT, OMC, ADIPIC/TRIPS</i> .....	91
3.1.3 Diretiva 2001/29/CE da União Europeia sobre o direito de autor e direitos conexos na sociedade da informação.....	94
3.1.4 <i>Digital Millenium Copyright Act (DMCA)</i> : a proteção das obras intelectuais nas redes de informação.....	96
<b>3.2 Sistema jurídico nacional (constitucional e infraconstitucional) de proteção dos direitos autorais.....</b>	<b>99</b>
3.2.1 O direito autoral nas Constituições brasileiras: breve percurso histórico à Carta Magna de 1988.....	100
3.2.2 A proteção autoral nas legislações infraconstitucionais.....	104
3.2.2.1 O Código Civil de 1916 e seu tratamento no tocante aos direitos autorais.....	108
3.2.2.2 Lei nº 5.988/73: antiga legislação de tutela dos direitos de autor.....	110
3.2.2.3 Lei nº 9.610/98: os direitos autorais e suas limitações.....	114

<b>4. A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS AUTORAIS NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E SUA EQUALIZAÇÃO COM OS DIREITOS CULTURAIS.....</b>	<b>119</b>
<b>4.1 Os direitos humanos fundamentais no Brasil e no mundo: algumas considerações.....</b>	<b>124</b>
4.1.1 Os direitos autorais na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948): o direito fundamental à propriedade intelectual.....	131
4.1.2 A dignidade da pessoa humana: contextualização histórica, caracterização e sua interação com os direitos autorais.....	134
<b>4.2 O direito fundamental à cultura e o caráter funcional dos direitos autorais: o acesso legítimo aos bens intelectuais.....</b>	<b>138</b>
4.2.1 As colisões entre direitos autorais e culturais: um debate envolvendo princípios jurídicos fundamentais.....	143
4.2.2 A harmonização judicial dos direitos autorais e culturais.....	146
<b>5. ALGUMAS SOLUÇÕES NEGOCIAIS PARA UM DIREITO AUTORAL HUMANISTA: FAIR USE, COPYLEFT E CREATIVE COMMONS.....</b>	<b>150</b>
<b>5.1 O uso alternativo das criações intelectuais na internet: fair use, copyleft e creative commons.....</b>	<b>160</b>
5.1.1 A doutrina norte-americana do <i>fair use</i> : os usos justificáveis das criações intelectuais.....	162
5.1.1.1 As restrições extrínsecas e intrínsecas aos direitos de autor e os usos justos das criações intelectuais à luz do artigo 46 da Lei nº 9.610/98.....	168
5.1.1.1.1 Decisão judicial em sede de Recurso Especial (Resp) nº 1.575.225, no Superior Tribunal de Justiça: o uso justo das criações musicais e seus fins sociais, pedagógicos e culturais.....	173
5.1.2 O <i>copyleft</i> e sua interação com o <i>copyright</i> norte-americano.....	176
5.1.3 <i>Creative commons</i> : o caráter coletivo dos bens culturais imateriais.....	179
<b>6. A FUNCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE AUTOR NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.....</b>	<b>187</b>
<b>6.1 As principais funções (individuais e sociais) do direito de autor: identificação do autor, promocional, econômica e política.....</b>	<b>190</b>
<b>6.2 A função social do direito de autor no plano internacional.....</b>	<b>193</b>
<b>6.3 A disciplina jurídica da função social do direito autoral no Brasil.....</b>	<b>198</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>201</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>206</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento econômico e sociocultural, propiciado pelo aprimoramento dos recursos tecnológicos de compartilhamento de informações na rede mundial de computadores, proporcionou uma maior facilidade de criação e difusão das obras intelectuais na *internet*.

A *internet* permitiu uma maior interação entre os indivíduos conectados, alterando, exponencialmente, os mecanismos de acesso e transmissão das informações. A criação e o compartilhamento de arquivos multimídia no ambiente do *cyberespaço* ocasionou mudanças significativas no relacionamento dos sujeitos no meio social.

No plano jurídico- autoral, essa realidade nem sempre esteve presente. O direito de autor reverberou seu caráter restritivo nas legislações sobre a matéria, o que pode ser demonstrado a partir da compreensão de sua historicidade. Ocorria uma monopolização das informações, de forma que o Direito de Autor era vislumbrado como um privilégio salvaguardado aos criadores da obra. Esse caráter patrimonialista perdurou durante anos e continua a incidir sob a seara dos direitos autorais, conferindo maior restritividade à tutela normativa das criações intelectuais.

As criações intelectuais eram restritas a poucos indivíduos, os quais não as transmitiam a fim de acumular o poder e manter o domínio absoluto sobre elas. O sistema jurídico autoral, conferindo ênfase aos aspectos patrimoniais, fundava-se no privilégio do ser, em detrimento do ter.

O desenvolvimento tecnológico modificou a realidade analógica de cópias e materialização física das criações intelectuais. Isso demandou soluções jurídicas, bem como a harmonização entre os interesses autorais e coletivos. Uma de suas ferramentas, a *internet*, possibilitou uma maior interação social, assumindo relevante papel na democratização da informação. Ela trouxe à baila novas práticas socioculturais, manifestadas no ambiente sócio-informacional. As criações do espírito, aprimoradas pelo aparato tecnológico, difundiram-se no ambiente virtual, inexistindo controle absoluto sobre eventuais usos, autorizações e proibições.

O fenômeno da globalização tecnológica salvaguardou a disponibilização simultânea das obras intelectuais (musicais, cinematográficas, desenhos e outras) em esfera planetária, através da rede mundial de computadores, sendo necessário, juridicamente, indagar acerca do caráter lícito ou ilícito de tais condutas e propor soluções que conciliem os interesses públicos e privados presentes no caso concreto. O que outrora era controlável juridicamente, hoje, em razão de suas dimensões imateriais e atemporais, demanda uma atuação hermenêutica

direcionada à efetivação dos direitos fundamentais, em consonância com os culturais, por exemplo.

Diante das transformações sociais, o direito, como fato social, não poderia ficar inerte, visto que regulamenta as relações firmadas entre os indivíduos no âmbito da comunidade na qual figuram. É inegável que, atualmente, o homem assume um papel de veículo propulsor da informação, sobretudo com o auxílio das tecnologias da informação e comunicação (TIC).

A insuficiência das regras privadas no sentido de disciplinar as novas relações socioculturais conduziu à evolução do direito público e, por conseguinte, a busca pela efetivação de direitos e garantias aos cidadãos. A Constituição deixou de figurar como uma mera carta política passando a atuar no centro da sistemática jurídica. Fato esse que resultou, sem prejuízo de outros aspectos, no fenômeno da constitucionalização do Direito Privado.

É factível que a interpretação da legislação infraconstitucional deve ser realizada em coadunância com o texto constitucional. Todavia, a taxatividade normativa estabelecida pela Lei nº 9.610/98 (LDA), ocasionou entraves às novas práticas de utilização do conhecimento e propagação cultural.

Diante desse cenário, o controle normativo sobre as criações intelectuais, outrora aplicável exclusivamente em meio analógico, se demonstra ineficaz em um ambiente virtual. Essas dificuldades impulsionam constantemente o jurista a analisar as questões da *internet* e eventuais limites ou balizas, quando possíveis e lícitas, direcionadas à garantia do acesso aos bens culturais na rede, sem violar os interesses autorais e conexos.

Apresenta-se a problemática acentuada no presente construto: Como conciliar os interesses autorais sobre as criações intelectuais materializadas em mídias digitais disponibilizadas na *internet* com o direito à cultura, harmonizando-os, na apreciação e resolução do caso concreto submetido à apreciação jurisdicional, à luz da função social dos direitos autorais?

A propriedade autoral, em convergência com os preceitos fundamentais norteadores de nosso Estado Democrático de Direito, deve ser destinada ao cumprimento da função social a qual se destina (artigo 5º, da CRFB/88, entre outros). Esse intento passou a ser vislumbrado quando da convergência entre os anseios sociais e a tutela dos interesses legítimos resguardados ao criador da obra imaterial.

Como escopo geral do trabalho, demonstra-se que o uso alternativo ou autorizado das criações intelectuais (artigo 46, da Lei nº 9.610/98), com o auxílio de instrumentos contratuais, institutos, contribuições teóricas inovadoras na matéria ou do Poder Judiciário, na procura de soluções efetiva que melhor conciliem os interesses autorais e coletivos envolvidos no caso

concreto. Com isso, funcionaliza-se o direito autoral sobre as criações intelectuais disponibilizadas em meio físico ou digital, efetivando os direitos fundamentais autorais e culturais.

Os objetivos específicos coadunam-se com a disposição das seções desse estudo. Em primeiro momento, evidencia-se a interação entre direito, propriedade intelectual e sociedade, analisando o processo evolutivo do direito autoral à modernidade. Destaca-se a prevalência do patrimonialismo e as mudanças de perspectivas proporcionadas com o advento da sociedade da informação, conduzindo à (re)personalização ou humanização do direito de autor.

Posteriormente, na segunda seção, analisa-se a dogmática jurídica internacional e nacional (constitucional e infraconstitucional) sobre a matéria. Em princípio, destaca-se a relevante atuação da OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) na disciplina jurídica autoral internacional prevista na Convenção de Berna (1886), Convenção de Roma (1961), Convenção Universal Sobre Direitos de Autor (1975), Convenção de Washington (1975), Tratado Sobre Direito de Autor (1996), Tratado Sobre Intérpretes ou Executantes de Fonogramas (1996), e outros diplomas. No plano nacional, evidencia-se a trajetória de proteção dos direitos autorais nas Constituições nacionais e legislações infraconstitucionais (Código Civil de 1916, Leis nº 5.988/73 e Lei nº 9.610/98).

No terceiro momento, ratifica-se a fundamentalidade dos direitos autorais e culturais. Demonstra-se a previsão dos direitos autorais na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em seu artigo 27. Ademais, sobre o direito de autor também paira o fundamento axiológico constitucional da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição Federal de 1988. Ele se harmoniza, quando possível, com os direitos culturais, dos quais decorrem. Dessa forma, efetiva-se a função social dos direitos autorais no plano jurídico nacional e internacional.

Em última análise bibliográfica e jurisprudencial, apresenta-se soluções jurídicas que versem para a funcionalização dos direitos autorais, explicitando o tratamento jurisprudencial sobre a temática. Ressalta-se os instrumentos lícitos que possibilitam o uso alternativo das obras intelectuais (v. g. *creative commons*, *fair use*, *copyleft*), em conformidade com os instrumentos negociais que melhor coadunem os interesses do autor e da coletividade (os direitos culturais, por exemplo).

No plano metodológico, utilizar-se-á os tipos de pesquisa: bibliográfica e jurisprudencial. O levantamento bibliográfico é essencial para compreensão dos principais marcos teóricos do direito autoral, desde o seu momento histórico de formação até os dias atuais. Corrobora-se com diversas contribuições doutrinárias nacionais e internacionais sobre a temática objeto de estudo, em um estudo bibliográfico, de caráter descritivo.

A fim de ilustrar o instituto do *fair use* ou uso justificável das criações intelectuais, admitido no artigo 46, da Lei nº 9.610/98, explicita-se acórdão do Superior Tribunal de Justiça sobre a temática. Vale ressaltar que o referido julgado não encerra a discussão sobre a matéria, pelo contrário, fomenta sua relevância social e jurídica. Atualmente, no plano jurisprudencial, ainda se deve dialogar muito sobre os novos caminhos para a problemática dos direitos autorais no ambiente virtual, sem renegar seu processo histórico à sociedade informacional, âmbito no qual o bem intelectual assume sua nítida dimensão social faticamente demonstrada.

Ressalta-se que a junção de ambos os tipos de pesquisa é essencial ao cumprimento do objetivo do presente estudo. A pesquisa jurisprudencial fornecerá subsídios para comprovação empírica dos novos rumos pelo qual o direito autoral tem versado, tendo em vista a realidade da sociedade informacional. Nesta, busca-se tutelar o direito de autor, assim como resguardar à coletividade o acesso à cultura, através da disponibilização das criações intelectuais no ambiente virtual.

Como forma de subsunção dessa realidade fática à disciplina legal, corrobora-se pela inserção de instrumentos jurídicos efetivos na gestão dos direitos patrimoniais do autor em nosso ordenamento jurídico, como as licenças *creative commons*. Evidencia-se os diversos aspectos jurídicos a serem considerados pelo legislador, visto que, em razão das tecnologias digitais, a licitude das ações dos usuários, sobretudo na rede, passa a ser questionada.

A incidência de novas perspectivas permite repensar a sistemática autoral vigente, e, portanto, condicionar o pensamento jurisdicional, considerando outros aspectos relativos à obra intelectual. No que tange à atuação judicante, torna-se imprescindível à conciliação entre os interesses dos criadores das obras intelectuais e os da coletividade.

É latente a necessidade de se romper com esta lógica patrimonialista, ao passo que o direito autoral não pode ser concretizado sem considerar o caráter humanista que lhe é pertinente. Esse fato é ratificado a partir da interação entre a tecnologia e as novas ações envolvendo a propagação de obras intelectuais, sobre as quais deve incidir uma nova disciplina autoral.

O incentivo ao avanço da disciplina autoralista reclama a adoção de inúmeras medidas a serem aplicadas quando da busca por soluções as problemáticas ainda presentes. Por essas razões, os instrumentos alternativos suscitados coadunam-se com os próprios fundamentos principiológicos insculpidos em nossa Carta Magna, sem prejuízo da necessidade latente de adequação do nosso sistema autoral a esses preceitos essenciais.

A efetivação da função social da propriedade intelectual deve figurar como uma meta normativa a ser trilhada em consonância à realidade de compartilhamento das obras intelectuais,

partindo de uma perspectiva humanista, na qual se reconhece o homem como foco central de investigação.

Operou-se uma evolução no tocante a interação entre os indivíduos, assumindo novas feições no cerne do *ciberespaço*, de modo que o acesso ao conhecimento, outrora estanque, torna-se democratizado. Assim, com uma maior difusão das criações intelectuais, salvaguarda-se à inteligência coletiva, passando os indivíduos a atuarem como produtores e consumidores de conteúdo.

## 2. O DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E A SOCIEDADE: DA CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS AUTORAIS À ATUALIDADE

Em primeiro momento, cumpre elencar a evolução histórica pela qual perpassou o direito autoral, não como mero formalismo, mas com o fim de possibilitar a compreensão das relações socioeconômicas na modernidade. Período marcado pela revolução tecnológica e, por conseguinte, maior facilidade de produção e disseminação das criações intelectuais na *internet*.

Antes de adentrar na historicidade do direito de autor, faz-se necessário elucidar alguns aspectos da revolução da tecnologia da informação, a qual proporcionou inúmeras mudanças no plano econômico, social e cultural<sup>1</sup>. Desde o final do século XVIII e XIX, a sociedade tem passado por uma série de transformações sobre diversos aspectos, como ocorreu no tocante ao trabalho, sua divisão social, e a mercantilização das relações econômicas, conforme se vislumbra na obra de Adam Smith<sup>2</sup>. Com o passar dos anos e relevantes avanços tecnológicos, especialmente entre os séculos XX e XXI, a Revolução Industrial (séculos XVIII a XX) permitiu inovações como, por exemplo: computadores, celulares, fax, dentre outras. Revolucionou-se os setores da computação, telecomunicações e radiodifusão, compreendidas como tecnologias da informação.

O mundo, ao se tornar digital<sup>3</sup>, transformou diferentes tipos de informação, tais como as criações intelectuais, em *bits*<sup>4</sup>, estas, passaram a transitar em um universo cujos limites transcendem à noção literal de tempo e espaço, qual seja, a *internet*. Como já previa Nicholas Negroponte, as obras intelectuais, outrora limitadas ao meio físico, seriam transformadas em dados eletrônicos, movendo-se constantemente e se tornando acessível a um número indeterminado de pessoas conectadas na rede mundial de computadores.<sup>5</sup> Essa maior facilidade de realização de cópias digitais das obras e sua disponibilização na *internet* conduz à legislação autoral vigente no país, representada pela Lei 9.610/98, repensar seu tratamento jurídico à luz desses novos fatos.

Nesse sentido, André-Jean Arnaud preleciona que “os juristas podem encontrar no paradigma da globalização uma nova maneira de colocar problemas considerados sem solução, e até mesmo de superar a crise permanente na qual o Direito se encontra mergulhado”<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Paz e Terra. 2007. p. 46.

<sup>2</sup> SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. Vol. 1. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Editora Nova Cultura Ltda., 1996.

<sup>3</sup> NEGROPONTE, Nicholas. **Being digital**. Nova York: Alfred A. Knopf, 1995.

<sup>4</sup> **Ibidem**, p. 138. Conforme o autor, *bit* define-se como o menor elemento atômico no DNA da informação.

<sup>5</sup> **Ibidem**. p. 10.

<sup>6</sup> ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização**. Lições de Filosofia do Direito e do Estado. Tradução de Patrice Charles Wuillame. RJ: Renovar, 1999. p. 3.

Epistemologicamente, o vocábulo “global”, “globalização” ou “mundialização”, como preferem os franceses, originou-se nos Estados Unidos da América (EUA), no início dos anos 80, nas escolas americanas de administração de empresas localizadas em Harvard, Columbia, Stanford, etc. Foi popularizado na imprensa econômica e financeira dos países de língua inglesa, e incorporado ao pensamento político neoliberal. Ocorreram dificuldades na introdução do termo de origem francesa “mundialização” (*mundialisation*), em razão da prevalência da língua inglesa e dos conceitos norte-americanos vinculados ao capitalismo<sup>7</sup>.

A globalização associa-se à noção de “modernidade” ou “pós-modernidade”. Antes da análise dessa relação, cumpre destacar alguns aspectos semânticos. A ideia de modernidade, filiada ao pensamento filosófico ocidental, refere-se ao modo de pensar e estar no tempo e espaço. Apresenta como fundamentação teórica clássica as obras de Baudelaire e Max Weber, ao analisar a modernidade burocrática<sup>8</sup>, referindo-se a ela como processo de racionalização da vida social, em meados do século XVII e início do século XVIII, o qual possibilitou a industrialização, a modernização global do Ocidente e o desenvolvimento tecnológico<sup>9</sup>.

A partir do século XX, com o advento da sociedade de consumo e dos meios de comunicação de massa (*mass media*) surge a ideia de pós-modernidade, representando as mudanças socioculturais ocorridas no período pós-industrial<sup>10</sup>, ou, para alguns teóricos, consiste na fase pós-industrial da sociedade de consumo, na qual a produção de bens e serviços se modifica conforme as novas tecnologias digitais da informação, sendo marcada pela ascensão dos serviços, agora, homogêneos, o declínio das atividades industriais e a mercantilização das relações humanas<sup>11</sup>. A expressão “pós-modernismo” refere-se aos movimentos realizados pelas diversas comunidades acadêmicas e intelectuais ou como algo negativo no cerne da cultura contemporânea, popularizado, sobretudo, na classe média. Além de sua utilização no âmbito acadêmico, o vocábulo foi impulsionado por diversos movimentos artísticos, intelectuais e culturais.<sup>12</sup>

Além disso, o fenômeno global foi disseminado por diversas comunidades científicas norte-americanas, denominadas *think tanks*. Suas concepções atuam como paradigmas, os quais, conforme o pensamento de Thomas Kuhn, atuam como representações e interpretações

---

<sup>7</sup> CHESNAIS, François. **A mundialização do capital**. São Paulo: Xamã, 1996. p. 23-24.

<sup>8</sup> Vide WEBER, Max. **A lógica protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Livraria Pioneira, 1985.

<sup>9</sup> LEMOS, André. **Cibercultura: tecnologia e vida social na cultura contemporânea**. Porto Alegre: Sulina, 2013. p. 61.

<sup>10</sup> **Ibidem**, p. 64.

<sup>11</sup> BELL, Daniel. **A sociedade pós-industrial**. São Paulo: Cultrix, 1974. p. 149.

<sup>12</sup> FEATHERSTONE, Mike. **Cultura de consumo e pós-modernismo**. Tradução de Júlio Assis Simões. São Paulo: Studio Nobel, 1990. p. 17-18.

de mundo, reconhecidas universalmente, durante um período de tempo, por determinada comunidade científica<sup>13</sup>. Em razão de sua temporalidade, esses conceitos não são universais e absolutos, cabendo ao pesquisador analisar todos os elementos subjetivos (relativos à sua experiência pessoal) e objetivos (metodologia utilizada) presentes no caso concreto.

Tendo em vista que a evolução dos modos de produção e meios de comunicação, bem como os avanços tecnológicos, proporcionados pela Revolução Industrial, é indubitável a conexão entre a propriedade intelectual e o sistema econômico capitalista, diante da possibilidade de exploração econômica das obras. Os artistas, intelectuais e acadêmicos produzem bens intelectuais, culturais, aos quais se aplica a lógica de mercado (valor de troca), tratando-se do consumo e utilização social de bens em diversas esferas, tais como: atividades de lazer, arte e cultura<sup>14</sup>.

Desde o industrialismo (séc. XVIII), alicerçado no empirismo de David Hume (1711-1776) e no liberalismo econômico de Adam Smith (1723-1790), surgiram diversos inventos tecnológicos com diversos fins, dentre os quais: ampliar a produção e, por conseguinte, a geração de lucro; reduzir os custos; e, aumentar a comunicação entre os indivíduos. A título exemplificativo, destacam-se as seguintes invenções: a primeira calculadora mecânica, desenvolvida por Wilhelm Schickard (1623); a máquina a vapor, criada por James Watt (1765); o telefone, com autoria de Alexander Graham Bell (1876); a primeira locomotiva, criada pelo engenheiro inglês Richard Trevithick (1804); a criação da rede ARPANET, marco inicial da *internet*, em 1969; sem prejuízo de outras também relevantes, ocorridas no curso da história e responsáveis pelo progresso socioeconômico.

Hodiernamente, com o advento da *internet*, essa interação entre os bens intelectuais e a sociedade foi ampliada, através de um computador ligado à *web*, é possível acessar, baixar, ou disponibilizar uma série de músicas, filmes, imagens, dentre outras criações intelectuais. A *internet* atua como um meio de comunicação interativa, permitindo a troca de documentos de texto, áudio, vídeo, *software*, dentre outros que podem ser digitalizados. Ela incide em diversos âmbitos: nas redes horizontais de comunicação, as quais se relacionam com fotografias,

---

<sup>13</sup> KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1991. p. 13.

<sup>14</sup> **Ibidem**, p. 28-35.

músicas, filmes e seu compartilhamento *P2P*<sup>15</sup>; nos espaços sociais na *internet*, onde atuam as comunidades virtuais como: *myspace*; *facebook*; dentre outras<sup>16</sup>.

No universo social contemporâneo, as informações, como também as criações intelectuais (v. g. musicais, cinematográficas, literárias, etc.), podem ser traduzidas digitalmente ou digitalizadas, passando a integrar uma “realidade virtual”. Nela circulam inúmeros dados codificados através de instrumentos como o computador, sem prejuízo de outros suportes tecnológicos (v. g. *smartphones*, *tablets*), sendo àquele definido, conforme Pierre Lévy, como “uma montagem particular de unidades de processamento, de transmissão, de memória e de interfaces para entrada e saída de informações”.<sup>17</sup> Tem-se a interação entre estas redes informacionais, nas quais surgem relações e problemas que devem ser enfrentados pelo âmbito jurídico, legislativo e judiciário, ou seja, no momento de elaboração ou atualização da legislação e no julgamento de casos concretos submetidos à apreciação.

A partir do progresso científico e tecnológico, a sociedade industrial desloca-se para um plano social no qual atuam diversos riscos cuja distribuição não corresponde às diferenças sociais, econômicas e geográficas da modernidade. Tem-se uma reconfiguração da sociedade hodierna para uma sociedade (industrial) de risco<sup>18</sup>. No modelo social atual, busca-se a prevenção de inúmeros riscos na contemporaneidade: relacionados à natureza (questões climáticas, ambientais), à tecnologia (energia nuclear, telecomunicações), à ação organizada (terrorismo, guerras étnicas e nucleares), à desorganização do mercado (protecionismo, especulações)<sup>19</sup>. O direito, por sua vez, possui uma parcela de responsabilidade na regulação da ordem social, estabelecendo soluções que melhor coadunem os interesses envolvidos.

Esse universo digital, de grande repercussão no plano econômico, social e cultural, é compreendido, doutrinariamente, como *ciberespaço*<sup>20</sup>. A autoria desse termo atribui-se a William Gibson, em seu romance *Neuromancer*, no qual o caracteriza como “universo das redes digitais”<sup>21</sup>, conceituação também realizada por Pierre Lévy, quando o conceitua como “espaço

<sup>15</sup> Compartilhamento P2P ou *peer-to-peer* é um termo empregado ao processo de descentralização das funções convencionais vislumbradas no ambiente virtual, envolvendo a rede de computadores aos quais permanecem interligados uma pluralidade de pessoas (usuários). Assim, cada computador conectado realizará, ao mesmo tempo, funções de servidor e de cliente. Busca-se, através dele, transmitir arquivos musicais e de vídeo, através de programas como: *SoulSeek*, *eMule*, *LimeWire*, *Ares Galaxy*, *Shareaza*, *DreaMule*, *iMesh* e *Morpheus*.

<sup>16</sup> CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Paz e Terra. 2007. p. 21.

<sup>17</sup> LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 44.

<sup>18</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

<sup>19</sup> ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização**. Lições de Filosofia do Direito e do Estado. Trad. Patrice Charles Wuillame. RJ: Renovar, 1999. p. 5.

<sup>20</sup> **Ibidem**. p. 94.

<sup>21</sup> GIBSON, Willian. **Neuromancer**. Tradução de Márcia Men. São Paulo: Aleph Editora, 2016.

de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores”<sup>22</sup>. A *internet* figura como uma pequena parcela desse espaço, compreendido como ecossistema bioeletrônico universal, presente em todos os lugares onde há fios telefônicos, cabos coaxiais, linhas de fibra óptica ou ondas eletromagnéticas.<sup>23</sup>

Nesse ambiente da informação e comunicação atuam diversos suportes ou veículos comunicacionais, representados pelo termo “multimídia”, ao qual podem ser atribuídas diferentes acepções: a multimodalidade, na medida em que a informação processada pelos computadores não se limita a dados numéricos, mas também, a imagens e sons, tornando-se multimodal. Ademais, remete-se ao processo de digitalização, tradução ou “desmaterialização” das informações em números, pontos ou *pixels*, integrando as diferentes mídias (CD-ROMs, discos musicais, fotografias, cinema, televisão e outros)<sup>24</sup>.

No contexto de evolução da microinformática, cuja interatividade permite aos indivíduos assumirem uma posição ativa no processo comunicacional, em substituição à passividade relacionada à mera recepção das informações<sup>25</sup>, surge a *cibercultura*, responsável pela (re)leitura da realidade atual, traduzida pela linguagem digital, com a automatização das informações. Ela decorre do progresso matemática e das ciências a partir dos meados do século XVII, ou seja, no âmbito da modernidade, marcada pelo desenvolvimento de inúmeros domínios científicos, tais como: a cibernética (1948), a telemática (1950), a inteligência artificial (1956), dentre outros<sup>26</sup>. Conforme o pensamento de Norbert Wiener, a compreensão da sociedade informacional pressupõe a análise das trocas de informações entre os sujeitos, ao passo que sua vida (biológica e social) é estruturada a partir dos processos de comunicação<sup>27</sup>.

A relação entre tecnologia e os processos comunicacionais sociais contribuiu para a transformação da esfera midiática, proporcionando o surgimento das funções comunicacionais pós-massivas, as quais permitem aos sujeitos consumir, produzir e distribuição informação. Com isso, tem-se a liberação do pólo emissor, desvinculando o indivíduo apenas da função de mero receptor da informação. Reconfigura-se o sistema infocomunicacional global, em prol de uma *ciberdemocracia* planetária<sup>28</sup>.

<sup>22</sup> LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 94.

<sup>23</sup> DYSON, Esther; GILDER, George; KEYWORTH, George; Toffler, Alvin. *Cyberspace and the american dream: a magna carta for the knowledge age*. In: *The Information Society*, p. 295-308, 1996.

<sup>24</sup> LÉVY, Pierre, op. cit., p. 67.

<sup>25</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito de autor no *ciberespaço*. In: *Revista da EMERJ*, v. 2, n. 7, 1999, p. 21.

<sup>26</sup> LEMOS, André. *Cibercultura: tecnologia e vida social na cultura contemporânea*. Porto Alegre: Sulina, 2013. p. 99-100.

<sup>27</sup> WIENER, Norbert. *Cibernética e sociedade: o uso humano dos seres humanos*. São Paulo, Cultrix, 1973.

<sup>28</sup> LEMOS, André; LÉVY, Pierre. *O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária*. São Paulo: Paulus, 2010. p. 25-27.

Embora essa realidade mencionada esteja, hoje, presente em nosso cotidiano, nem sempre a comunicação entre os indivíduos ocorreu dessa forma. Inicialmente, na história da comunicação humana, os sujeitos interagiam apenas oralmente, de maneira rudimentar, a partir de gritos, expressão corporal, gestos, posturas. Posteriormente, o homem criou a representação gráfica, os hieróglifos, a transposição de imagens, a música, os símbolos abstratos, os escritos, utilizados pelo povo sumério (escrita cuneiforme) e egípcios (3.100 a. c.). No entanto, ainda não se falava em direitos autorais sobre essas criações intelectuais.

A fim de compreender e buscar soluções para a realidade atual de proteção jurídica sobre as obras, faz-se necessário compreender o percurso evolutivo do direito autoral, perpassando pela Grécia Antiga, Roma, a imprensa de Gutemberg, o *copyright* e a legislação inglesa, dentre outros marcos relevantes para o desenvolvimento do direito de autor até o presente momento.

## 2.1 Os direitos autorais e seu processo evolutivo: da antiguidade clássica à revolução informática

Inicialmente, é indispensável o estudo da evolução histórica de qualquer ramo jurídico não como mero saudosismo, atividade inútil ou supérflua, mas como elemento essencial para a melhor compreensão dos tempos atuais. É inverídica a afirmação que algo pretérito não se relaciona com o presente. Para compreender o Direito Autoral no seu atual momento, deve-se analisar o horizonte histórico pelo qual perpassou, à luz de suas diversas fases evolutivas<sup>29</sup>.

Os direitos autorais incidem sobre quase todas as atividades exercidas pelos indivíduos no mundo contemporâneo, sejam elas criativas – produções artísticas, manifestações culturais, científicas e publicitárias ou industriais – invenções, modelos de utilidade. Sua natureza jurídica controvertida sempre esteve presente, desde os primórdios, até os dias atuais<sup>30</sup>, como será demonstrado *a posteriori*. O direito de propriedade intelectual, sobretudo no campo autoral, foi alvo de inúmeras transformações até chegar a sua atual configuração. Portanto, é imprescindível compreendermos os fatos pretéritos relativos à evolução desse ramo da ciência jurídica.

O direito autoral surge como a síntese de interesses reais e da burguesia ascendente, representada pela classe de comerciantes de livros (livreiros ou editores), organizados em corporações, os quais, gradualmente, concediam, além dos privilégios<sup>31</sup>, direitos de reprodução. Ou seja, compreende-se, num primeiro momento, um direito do editor sobre as obras literárias e escritos em geral, além de gravuras e outras criações intelectuais<sup>32</sup>.

Na antiguidade, a noção de autoria era desconhecida pela maioria dos povos, como também não se falava em direitos do autor sobre as criações intelectuais. No oriente médio, as narrativas épicas, religiosas, tragédias, poesias, dentre outros gêneros literários, referiam-se a lendas. Suas autorias eram atribuídas a figuras mitológicas, deuses ou heróis divinizados, ou ainda, se tornavam anônimas. A paternidade da obra não era atribuída ao seu legítimo criador, e sim, aos deuses cultuados pelos povos antigos<sup>33</sup>. Antes do surgimento da imprensa, as criações

---

<sup>29</sup> MORAES, Rodrigo. **Os direitos morais do autor**: repersonalizando o direito autoral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 31.

<sup>30</sup> GANDELMAN, Henrique. **De Gutemberg à internet**: direitos autorais na era digital. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 23-24.

<sup>31</sup> Os privilégios atuam como direitos de natureza econômica, não autoral, utilizados, inclusive, para o controle das vendas pelos livreiros, um instrumento político e de censura, conforme preceitua FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito autoral**: da antiguidade à *internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 48.

<sup>32</sup> **Ibidem**, p. 47.

<sup>33</sup> BARROS, Carla Eugênia Caldas. **Manual de direito da propriedade intelectual**. Sergipe: Evocati, 2007, p. 467.

intelectuais eram acessíveis a um número restrito de pessoas letradas e mais abastadas, inexistindo a exata noção de “autoria”<sup>34</sup>.

Na Grécia antiga, a cultura era fomentada pela produção oral e rítmica. No entanto, o surgimento da escrita revolucionou as relações sociais, proporcionando a gravação daquilo que era pronunciado. A civilização grega, a partir da introdução das letras (700 a. c.), teve sua natureza cultural modificada diante do letramento estabelecido. A alfabetização da população urbana, nesse período, as proporcionou diferentes experiências, sendo possível reproduzir, por escrito, novos pensamentos<sup>35</sup>.

Em Roma, as obras eram produzidas pelos copistas, por meio de cópias manuscritas. Esses profissionais eram remunerados por seu trabalho, entretanto, os autores, nada recebiam, sendo-lhes apenas reconhecidas a glória e as honras, devendo ser resguardadas a paternidade e a fidelidade à obra originalmente produzida<sup>36</sup>. No direito romano não se vislumbra nenhuma disposição sobre o direito dos autores em relação às suas criações. Contudo, a consciência de que esses bens incorpóreos<sup>37</sup> deveriam ser reconhecidos aos seus autores. Embora não sancionados legalmente, o direito de vincular o nome do autor à obra (direito de nomeação) e o de paternidade (direito de reivindicar a autoria da obra), já existiam na antiguidade e no ambiente romano<sup>38</sup>. Em razão disso, destacam-se algumas autorias clássicas:

[...] como era sabido na sua época, que Antígona, Édipo Rei e Electra são obras de Sófocles [...] Por isso também que, mesmo tendo desaparecido, afirma-se que a estátua de Zeus Olímpico é de Fídias, como dele é a de Atena, a despeito de ter ele vivido mais de 400 anos antes de Cristo<sup>39</sup>.

No ambiente greco-romano, embora prevalece um direito costumeiro, inexistindo norma legal que estabelecesse algum tipo de punição contra as violações àquilo que seria compreendido como direito dos autores, sempre prevalecendo a sanção moral. Em razão dessa modalidade punitiva, o contrafator era repudiado publicamente, sendo desonrado e

<sup>34</sup> MORAES, Rodrigo. **Os direitos morais do autor**: repersonalizando o direito autoral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 34.

<sup>35</sup> HAVENLOCK, Eric. **A revolução da escrita na Grécia e suas consequências culturais**. Tradução de Oderp J. Serra. São Paulo: Paz e Terra/UNESP, 1994. p. 81-86.

<sup>36</sup> GANDELMAN, Henrique. **De Gutemberg à internet**: direitos autorais na era digital. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 25.

<sup>37</sup> Os bens incorpóreos, ao contrário dos corpóreos, não possuem existência física, concreta, a exemplo dos direitos autorais, da vida, liberdade, e outros bens jurídicos tutelados pelo direito.

<sup>38</sup> FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito autoral**: da antiguidade à *internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 50-51.

<sup>39</sup> MANSO, Eduardo J. Vieira. **O que é direito autoral**. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 8.

desqualificado dos meios intelectuais. Não haviam efeitos jurídicos pessoais (v. g. a prisão) e patrimoniais<sup>40</sup>.

O vocábulo plagiário tem origem no latim *plagiarius*, sendo considerado plagiário, na Roma antiga, aquele que roubava escravos ou escravizava indivíduos livres. Esse termo foi utilizado na lei romana intitulada *Lex Fabia ex plagiariis* (séc. II a. c.). Com isso, é possível vislumbrar que “desde o mundo romano, os plagiários eram mal vistos pela opinião pública”<sup>41</sup>. Contudo a violação aos direitos de autor não possuía sanção institucionalizada, permanecendo no plano moral. Naquela época já se reconhecia a prática do plágio, embora sua punição se limitasse a verberação do prejudicado e a condenação pela opinião pública<sup>42</sup>. Na legislação criminal brasileira, o plágio é tipificado no art. 149. Ele é referenciado como crime de redução análoga à de escravo.

No plano literário, o termo analisado foi utilizado pelo poeta Marco Valério Marcial (38 a 104 d. c.), em latim, *Marcus Valerius Martialis*, na escrita de epigrama 30, livro I, ao comparar os plagiadores àqueles que cometiam o furto de pessoas, maculando sua liberdade. O autor comparou o roubo dos versos de suas poesias por Fidentino a uma criança sequestrada, ou seja, privada de sua liberdade.

Também há referência do plágio no Tratado de Architectura, do arquiteto romano Marcos Vitruvius Polião, no séc. I, a. c. Nesta obra, o plágio é apresentado em uma situação fática, qual seja a realização de um concurso literário em Alexandria, no qual foi premiada uma obra intelectual por ter provado que todas as demais eram cópias servis de obras pré-existentes, conduzindo à punição de seus autores pelo delito de furto, além de serem expulsos da cidade<sup>43</sup>. Sem prejuízo de outras ocorrências delituosas na antiguidade:

Philóstrato de Alexandria acusava Sófocles de ter se aproveitado de Ésquilo.  
A Ésquilo, de ter feito o mesmo com Frínico.  
A Frínico, de agir assim com seus antecessores.  
Platão censurava Eurípedes pela reprodução literal em seus coros da filosofia de Anaxágoras.  
Aristófanes, em “As rãs”, não poupa Eurípedes, e propõe que se coloque num prato da balança apenas os seus versos, e no outro, Eurípedes, mulher e filhos e Cephisophon (amigo e colaborador de Eurípedes) com todos os seus livros.  
Aristófanes não ficou imune à acusação de haver se aproveitado de Crátinos e Eupólis, o que o levou a qualificar este último de “miserável plagiário” de sua obra *Les Chevaliers* (“As nuvens” – verso 553)<sup>44</sup>

<sup>40</sup> MANSO, Eduardo J. Vieira. **O que é direito autoral**. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 9.

<sup>41</sup> MORAES, Rodrigo. **Os direitos morais do autor**: repersonalizando o direito autoral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 31.

<sup>42</sup> CHAVES, Antônio. **Criador da obra intelectual**. São Paulo: LTr, 1995. p. 39.

<sup>43</sup> REBELLO, Luiz Francisco. **Introdução ao direito de autor**. Lisboa: Dom Quixote, 1994. p. 29.

<sup>44</sup> ROCHA, Daniel. **Direito de autor**. São Paulo: Irmãos Vitale, 2001. p. 15.

A legislação autoral em vigor proíbe o plágio, ao passo que, conforme preceitua o artigo 27, da Lei nº 9.610/98, os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis, não sendo permitido se valer de obra alheia sem resguardar sua autoria. A única possibilidade de gestão incide sobre os direitos patrimoniais, os quais podem ser alienados, nos termos da lei.

Durante a Idade Média, em razão da exclusividade monástica, havia o monopólio do saber ou elitização do conhecimento. O ato de escrever possuía elevado custo, sendo uma atividade lenta e dispendiosa. Os escritos, até meados do século XV, eram manuscritos pelos copistas. A representação dessa realidade pode ser vislumbrada no filme “O Nome da Rosa”, de 1986, inspirado no romance homônimo do escritor italiano Umberto Eco<sup>45</sup>, lançado em 1980. Os monges, conforme descrito na obra, transcreviam os manuscritos para as suas bibliotecas, contribuindo para o aprimoramento cultural da sociedade<sup>46</sup>.

A Idade Média é marcada pela tradição das cópias realizadas pelos escribas. Diante da possibilidade de impressão e difusão dos textos, havia presença de atitudes individualistas, com ascensão de privilégios e patentes, não obstante condutas coletivistas também fossem vislumbradas<sup>47</sup>. O conceito de autoria, em sua compreensão semântica, não se assemelha à noção atual. Anteriormente, inexistia a preocupação dos escritores em mencionar a autoria da obra. O advento da tipografia, no período renascentista<sup>48</sup>, iniciado na Itália entre os séculos XV e XVI, foi de grande importância para o aprimoramento científico e sociocultural, com destaque para o campo das artes, filosofia, e, propriedade intelectual<sup>49</sup>.

A concretização do direito autoral como disciplina regulamentada surge na Idade Moderna (séculos XV-XVIII), a partir da invenção da imprensa ou prensa por tipos móveis, idealizada pelo inventor alemão Johannes Gutenberg (1398-1468). Desde então, fixou-se definitivamente a escrita e as ideias puderam ser disseminadas em larga escala (industrial). Nesse momento, intensifica-se a problemática da proteção jurídica do direito autoral, sobretudo no tocante à remuneração dos autores e os direitos de reprodução e utilização das criações intelectuais. Os governantes detinham o controle dos privilégios sobre as obras, os quais podiam

---

<sup>45</sup> ECO, Humberto. **O nome da rosa**. Rio de Janeiro: Record.

<sup>46</sup> HAMMES, Bruno Jorge. **O direito de propriedade intelectual**. São Leopoldo/RS: Unisinos, 2002. p. 20.

<sup>47</sup> BURKE, Peter. **Uma história social do conhecimento: de Gutenberg à Diderot**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 139-140.

<sup>48</sup> O renascimento, sobretudo no plano artístico, também possui incidência no plano intelectual, na medida em que foi relevante para o aprimoramento econômico, social e cultural. Consagrou o humanismo, ou seja, o homem alocado no epicentro do universo, como se preceitua no plano da filosofia moral.

<sup>49</sup> MCLUHAN, Marshall. **A galáxia de Gutenberg: a formação do homem tipográfico**. Tradução de Leônidas Gontijo de Carvalho e Anísio Teixeira. São Paulo: Nacional, 1977. p. 184.

ser revogados conforme os interesses dos próprios concedentes, e resguardados, na maioria das vezes, aos editores, em detrimento dos autores<sup>50</sup>.

Os privilégios eram monopólios de exploração que o governante outorgava aos impressores e livreiros, por um determinado período de tempo, desde que a censura o tenha aprovado. Havia o controle político daquilo que era reproduzido, impedindo-se a disseminação de algumas obras contrárias aos interesses da época<sup>51</sup>. Ou seja, permissões concedidas pelo poder público, evitando-se a concorrência de outros editores. Esse monopólio real impossibilitava que outro editor imprimisse ou vendesse a obra objeto de privilégio. Além disso, tinham fins políticos e religiosos, na medida em que atuavam como instrumentos de censura prévia a publicação dos gêneros proibidos, por ofenderem valores morais e religiosos da época (período absolutista – Antigo Regime)<sup>52</sup>. Havia o controle da imprensa pelo Estado, através do registro das obras, o qual era obrigatório, limitando-se o fluxo de informações.

Durante todo período renascentista, a remuneração em razão das obras intelectuais produzidas era salvaguardada ao editor. Excepcionalmente, admitia-se a proteção autoral, quando da concessão de privilégios. O primeiro privilégio foi concedido pelo Senado da República de Veneza a Giovanni Spira, em 1449, para edição das cartas de Cícero<sup>53</sup>. Ademais, na França, o primeiro privilégio real data de 1507, conferido por Luís XII, para edição das epístolas de São Paulo. Em 1618, os privilégios eram salvaguardados na França, limitando-se às obras novas ou cuja publicação ainda não ocorrera, enquanto que os livros já publicados caíam sob o domínio público<sup>54</sup>.

Com o progresso tecnológico, ocorreu a disseminação das criações intelectuais, ao passo que ampliou a possibilidade de propagação das obras à coletividade. Os livros puderam ser impressos em larga escala, com reduzido custo. Isso conduziu à sociedade a clamar pela regulamentação do direito autoral, demandando-se novas modalidades de proteção normativa<sup>55</sup>.

No entanto, não se pode afirmar que o surgimento do direito autoral, como disciplina normativa, ocorre apenas com o advento da imprensa. Isso porque, deve-se vislumbrar os fatos pretéritos relevantes para a formação desse ramo jurídico, como os casos de plágio,

---

<sup>50</sup> GANDELMAN, Henrique. *De Gutemberg à internet: direitos autorais na era digital*. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 26.

<sup>51</sup> LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: UNESCO, 2001. p. 30.

<sup>52</sup> MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor: repersonalizando o direito autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 37.

<sup>53</sup> JESSEN, Henry. *Derechos intelectuales de los autores, artistas, productores de fonogramas y otros titulares*. Tradução de Luis Gres Zuloaga. Editorial Jurídica de Chile, 1970. p. 21.

<sup>54</sup> FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito autoral: da antiguidade à internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 47-48.

<sup>55</sup> MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor: repersonalizando o direito autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 35.

vislumbrados na antiguidade greco-romana. Durante um longo período, a proteção autoralista vem sendo reconhecida, a partir dos privilégios concedidos aos autores e editores<sup>56</sup>. Não obstante sejam tutelados os méritos do surgimento da imprensa para a regulamentação desse direito. O plágio, por exemplo, já estava presente bem antes do século XV.

No tocante ao caráter patrimonialista, até a invenção da escrita, o ato de escrever não possuía finalidade lucrativa. Com a tipografia, começaram a surgir relações patrimoniais envolvendo as criações intelectuais. Escrever tornou-se uma prática não apenas lúdica, como também comercial, com potencial econômico, na sociedade capitalista. Como disposto anteriormente, as obras são produtos culturais, valoradas pela sociedade informacional como bens jurídicos relevantes ao progresso socioeconômico e cultural.

Sua autoria deve-se à Rainha Ana I, da Grã-Bretanha, com o intento de resolver as disputas envolvendo autores e editores no tocante às criações autorais. Entre essas demandas, destaca-se o conflito entre as livrarias de Paris e as das províncias, em razão daqueles terem obtido um decreto real salvaguardando-lhes o direito exclusivo de publicação de novas obras de escritores da atualidade, enquanto que os livreiros das províncias ficavam limitados a editar clássicos e a revender edições parisienses<sup>57</sup>.

Esse diploma normativo autoral foi vislumbrado como a primeira codificação do direito de autor, consolidando e modificando princípios e práticas anteriores. Ademais, no ambiente anglo-saxão, começa-se a reconhecer formalmente o sistema *copyright*<sup>58</sup>, ou direito de cópia ou de reprodução, conferido aos autores e editores das obras intelectuais, com prazo de exclusividade de 14 anos. O Estatuto surge a partir da convergência de interesses financeiros da burguesia, sobretudo dos impressores e livreiros ingleses<sup>59</sup>. Os monarcas, anteriormente concedentes de direitos aos editores, discutiam os privilégios tutelados, limitando-se esses direitos a partir da legislação em vigor.

Vale ressaltar que, antes desse diploma normativo suscitado, já havia proibição da impressão de qualquer livro que não estivesse devidamente registrado ou licenciado. Não se pode deixar de compreender a finalidade política desse ato, visto que só eram concedidos

---

<sup>56</sup> BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. São Paulo: Bookseller, 2000. p. 452.

<sup>57</sup> PIMENTA, Eduardo. **Princípios de direitos autorais: um século de proteção autoral no Brasil (1898-1998)**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 5.

<sup>58</sup> O sistema inglês *copyright*, adotado em vários países anglo-saxões (v. g. Reino Unido e EUA), além de Israel e África do Sul, voltado à proteção dos direitos patrimoniais do autor, será estudado em momento oportuno do presente trabalho, no tópico 1.1.1.

<sup>59</sup> FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito autoral: da antiguidade à internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 52.

licenciamentos de livros que não contrariassem os interesses dos licenciadores<sup>60</sup>. Isso demonstra que os privilégios dos editores, em detrimento dos autores, não tinham sido abolidos, e sim, limitados aos interesses do poder público e da igreja.

Somente com o advento da Revolução Francesa, em 1789, período de intensa agitação política e social na França, com a efervescência dos direitos individuais de liberdade, igualdade e fraternidade, foi reconhecida a primazia do autor sobre a criação intelectual. A partir de então, a França veio se manifestando no sentido de proteção autoral em diversos momentos: na publicação da lei, pela Assembleia Constituinte, que regulamentou a representação pública das obras nos teatros franceses, em 1791 e na sua reprodução, em 1793, ampliando esse direito para todas as categorias de obras existentes à época<sup>61</sup>.

No momento histórico elencado, o regime de privilégios começou a ser combatido, sobretudo às práticas de contrafação (reprodução não autorizada). O liberalismo econômico e político, oriundo da classe em ascensão (burguesia), proporcionou a supressão dos monopólios reais sobre as criações intelectuais. Com a tomada da Bastilha, em 04 de agosto de 1789, os privilégios de autores e editores foram abolidos<sup>62</sup>, marcando o radicalismo revolucionário francês, voltado à convicção de um novo mundo, em detrimento do antigo, com destruição de alguns bens intelectuais (monumentos históricos e obras de arte), durante a revolução<sup>63</sup>.

Com o passar dos anos, no final da década de 1960, em pleno século XX, o mundo perpassou por diversas transformações no plano econômico e sociocultural. Nesse período, ocorreu o surgimento da *internet*, inicialmente denominada de ARPANET, ou ainda, em sua acepção mais popular, rede mundial de computadores<sup>64</sup>. Esse poderoso instrumento permitiu a interligação entre os computadores, criando-se um verdadeiro banco de dados ao qual sempre se inclui mais informações, acessível à coletividade<sup>65</sup>. O ambiente da *internet* é caracterizado pelo *ciberespaço*, como elencado anteriormente, no qual circulam diversos computadores interligados.

A partir dessa realidade da sociedade informacional, o direito autoral é chamado a disciplinar relações jurídicas envolvendo a utilização das obras intelectuais na *internet*. Vale

---

<sup>60</sup> GANDELMAN, Henrique. **De Gutemberg à internet: direitos autorais na era digital**. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 27.

<sup>61</sup> MANSO, Eduardo J. Vieira. **O que é direito autoral**. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 14.

<sup>62</sup> MORAES, Rodrigo. **Os direitos morais do autor: repersonalizando o direito autoral**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 39.

<sup>63</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 126.

<sup>64</sup> GANDELMAN, Henrique. **De Gutemberg à internet: direitos autorais na era digital**. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 176.

<sup>65</sup> DORIA, Pedro. **Manual para a internet**. Rio de Janeiro: Revan, 1995. p. 33.

ressaltar que todas as criações do espírito, sejam elas graficamente impressas, vídeos, filmes, fotografias, programas de TV, obras de artes plásticas, gravações sonoras (envolvendo músicas, intérpretes, produtores fonográficos), ou ainda, no âmbito do *ciberespaço*, àquelas digitalizadas ou transformadas em *bits*, são tuteladas pelo ramo jurídico estudado. Em ambos os casos, deve-se observar determinadas características pertinentes às criações do intelecto, a saber: originalidade, não figurando como cópias de outras obras; fixadas em algum suporte, físico ou virtual; e, dotadas de criatividade, não constituindo mera descrição de fatos comuns ou de domínio público<sup>66</sup>.

Diante da relevância dos períodos mencionados para evolução do direito autoral no mundo, até chegar aos dias atuais, cumpre destacar alguns aspectos relativos ao sistema anglo-saxão de proteção dos direitos de autor (*copyright*) e o francês (*droit d'auteur*), a partir do qual se reconhecesse, além dos patrimoniais, os direitos morais do autor, relativos ao ineditismo, à paternidade e à integridade da obra.

---

<sup>66</sup> GANDELMAN, *op. cit.*, p. 178.

### 2.1.1 O sistema francês (*droit d'auteur*) e inglês (*copyright*) dos direitos de autor

À ótica do período revolucionário francês, de 1789, surge o sistema denominado *droit d'auteur*. Naquele período, até então, somente eram reconhecidos direitos os direitos patrimoniais de autor, não amparando os direitos morais, os quais passaram a ser considerados, pela jurisprudência francesa, no início do século XIX. Ele se apresenta como um sistema de concepção jurídica latino-germânica, inspirado nos decretos da Assembleia Constituinte Francesa (1791-1793). Versa para o reconhecimento do autor e sua criação intelectual, como instrumento de sua propriedade.

Nesse cenário europeu, sobretudo na França, foram abolidos os privilégios concedidos aos editores, livreiros e autores. O direito de autor passou a ser tutelado por diversas legislações. Além dos direitos patrimoniais, versa-se para o reconhecimento dos direitos morais sobre as criações intelectuais. O sistema francês também é compreendido como continental ou unionista. Seus princípios serviram de fundamentos para a Convenção de Berna (1886), também compreendida como Convenção para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas. Em seu âmbito, os países unionistas comprometem-se a estabelecer, nos seus respectivos territórios, legislações nacionais coadunantes aos seus fundamentos.

O sistema *copyright*, adotado pelos países anglo-saxões, especialmente o Reino Unido, além dos Estados Unidos da América (EUA), Israel, África do Sul, entre outros. Ele se fundamenta no âmbito patrimonial dos direitos autorais, ou seja, em seu caráter econômico, no qual se destaca a autorização do autor para reprodução das criações intelectuais no plano físico ou virtual. Salva-se o direito de cópia nos países de língua inglesa, como, por exemplo, os EUA, desde o século XVIII. Esse direito permanece disciplinado na Constituição norte-americana (1787) e no *Copyright Act* (1790).

Nesse sistema, privilegia-se a materialidade do objeto da proteção (o exemplar da obra e sua reprodução). No entanto, a existência desse direito não é presumida, exigindo-se a realização do registro formal da obra para sua existência. Desconsidera-se o aspecto imaterial da obra, não obstante outros sistemas, como o nosso, influenciado pelo *droit d'auteur*, salvaguardem o ato de criação como caracterizador do direito, independentemente do cumprimento de quaisquer exigências formais, as quais possuem valor meramente declaratório<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> BARROS, Carla Eugênia Caldas. **Manual de direito da propriedade intelectual**. Sergipe: Evocati, 2007, p. 471.

O *copyright* antecede os direitos de autor e são mais limitados que estes, referindo-se apenas aos direitos de exploração econômica das criações intelectuais. Ele versa para proteção de toda e qualquer criação intelectual, não apenas às que apresentem conteúdo literário, sem prejuízo daquelas salvaguardadas pelas convenções internacionais ou pelas leis locais dos países que o adotam. Sua origem associa-se ao evento já estudado neste capítulo, qual seja, a invenção da imprensa, no século XV.

No tocante à fundamentação teórica dos sistemas elencados, é factível que o *copyright* se baseia na perspectiva utilitarista, destacando-se os aspectos comerciais. Foi elaborado a fim de possibilitar a reprodução das obras intelectuais, por meio de cópias autorizadas. Os EUA, inicialmente, divergiam dos preceitos insculpidos na Convenção de Berna, a qual consagrava também dos direitos morais do autor. Somente em 1952, aderiu a Convenção de Genebra ou Convenção Universal dos Direitos de Autor (revista em Paris em 1971). Esse documento pugna pelo princípio da formalidade mínima indispensável, exigindo-se o registro da obra, a referência ao símbolo do *copyright* ©, além da menção do nome do titular do direito de autor, seguido do ano da primeira publicação.

O direito de autor (*droit d'auteur*) fundamenta-se no jusnaturalismo, com fulcro no autor e suas criações intelectuais, ao qual se consagra o direito natural sobre os frutos do intelecto. Em sentido contrário à exigência de formalidades do *copyright*, o sistema em comento dispensa maiores formalidades e estabelece limitações menores, reconhecendo a autoria apenas às pessoas físicas, além da tutela dos direitos morais do autor, indisponíveis e inalienáveis.

O utilitarismo, ao qual se filia o *copyright*, surgiu como uma doutrina ético-filosófica apresentada, sobretudo, pelos teóricos Jeremy Bentham (1748-1832) e John Stuart Mill (1806-1873). À luz do pensamento de Bentham, o qual desprezava profundamente a ideia dos direitos naturais, o mais relevante objetivo a ser atingido consiste em maximizar a felicidade, salvaguardando o prazer dos indivíduos em detrimento da dor. A utilidade é caracterizada como algo que traga prazer ou felicidade e evite a dor ou o sofrimento, devendo-se essa máxima ser buscada pelos cidadãos e legisladores<sup>68</sup>. *A posteriori*, no século XIX, Mill versou para conciliação entre os direitos individuais com a filosofia utilitarista, defendendo a liberdade do indivíduo e não interferência governamental<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 48.

<sup>69</sup> MILL, John Stuart. **On liberty**. Cambridge Texts in the History of Political Thought: Cambridge University Press, 2005.

Por sua vez, a teoria do direito ou jusnaturalismo foi consagrada por diversos autores, tais como: São Tomás de Aquino (1225-1274), Francisco Suárez (1548-1617), Richard Hooker (1554- 1600), Samuel Pufendorf (1632-1694), John Locke (1632-1704), Jean-Jacques Burlamaqui (1694-1748) e Jean-Jacques Rousseau (1712-1778). Por força de seus aspectos teóricos, as opções humanas devem ser avaliadas com o fim de atuar de modo razoável e bom<sup>70</sup>, o que se espera a partir da consideração dos princípios de direitos naturais, universais e imutáveis. Essa corrente filosófica influenciou o racionalismo jurídico do século XVIII, capitaneado pelo filósofo prussiano Immanuel Kant (1724-1804), consoante o qual o pensamento não se adquire empiricamente, sendo produzido pela razão<sup>71</sup>.

Hodiernamente, não obstante às diferenças pontuais teóricas, os dois sistemas mencionados se aproximam. Muitas formalidades resguardadas pelo *copyright* foram abolidas pela Convenção de Berna (1886). Além disso, no âmbito do sistema anglo-saxão, tutela-se, ainda que em menor intensidade, os direitos morais do autor, sem prejuízo da maior relevância atribuída aos elementos patrimoniais, servindo de estímulo ao desenvolvimento econômico.

Os sistemas *copyright* e *droit d'auteur* harmonizam-se em diversos aspectos, apresentando dissonâncias associadas, principalmente, às estratégias mercatórias e ao desenvolvimento tecnológico, devido às diferentes fundamentações jurídico-filosóficas às quais se filiam. Sendo assim, cabe ressaltar que “ainda existem muitas arestas a serem aparadas para que se possa afirmar que está, ao menos, havendo um processo de uniformização de procedimentos dos dois sistemas de proteção”<sup>72</sup>.

Tendo em vista que alguns países salvaguardam apenas a perspectiva patrimonial do direito de autor, enquanto que outros também reconhecem a existência de direitos morais resguardados ao criador intelectual, por força de sua legislação vigente, cumpre destacar alguns aspectos relativos à natureza dúplice dos direitos autorais. Assim, em conformidade com a legislação autoral brasileira (Lei nº 9.610/98), tutela-se os direitos de cunho moral (artigo 24) e patrimonial do autor (artigo 29), como será explicitado no tópico seguinte.

---

<sup>70</sup> FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 31.

<sup>71</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

<sup>72</sup> MALLMANN, Querino. A natureza jurídica do direito da propriedade intelectual: o direito de autor. *In: Revista do Mestrado em Direito da UFAL (Universidade Federal de Alagoas)*, v. 2, n. 3, 2008. Maceió: Edufal, 2008. p. 224.

## 2.2 O caráter *sui generis* dos direitos autorais: direitos morais e patrimoniais

O direito autoral possui natureza jurídica híbrida, dúplice ou *sui generis*. Ao autor reconhece-se dois feixes de direitos. Um deles diz respeito aos direitos cunho moral ou pessoal (personalíssimos), consagrados no artigo 24, da Lei nº 9.610/98 e ligados à relação do autor com a elaboração, divulgação e titulação de sua própria obra. O outro âmbito refere-se aos direitos patrimoniais (artigo 29, da referida lei)<sup>73</sup>, relativos à exploração econômica das obras juridicamente tuteladas<sup>74</sup>.

Esse ramo jurídico envolve relações complexas, de caráter pessoal, relativo à personalidade do autor. Além disso, abrange aspectos patrimoniais, ao passo que a obra intelectual é compreendida legalmente, ao mesmo tempo, como um bem jurídico, passível de exploração econômica devidamente autorizada<sup>75</sup>.

Os direitos autorais surgiram e evoluíram à luz de distintas colocações, em diversas épocas. Em razão do viés patrimonialista prevalente historicamente, sobretudo nos institutos de direito privado, os direitos autorais ingressaram, no plano legislativo, como direitos de ordem patrimonial. No tocante ao aspecto moral, inicialmente compreendido como objeto de proteção na caracterização do delito de contrafação (sistema alemão), o seu reconhecimento doutrinário e jurisprudencial ocorreu no século passado, integrando-se ao âmbito normativo a partir da Convenção de Roma (1928), a qual reconheceu a dualidade de perspectivas, à luz dos ensinamentos de Josef Kohler, como estrutura intrínseca dos direitos autorais<sup>76</sup>.

Eles surgem com a criação da obra, manifestando-se alguns com a simples materialização e produzem efeitos perenes, mantendo o liame com o criador<sup>77</sup>. Nas lições de Eliane Yachouh Abrão, esses direitos caracterizam-se como “aqueles que unem indissolúvelmente o criador à obra criada. Emanam da sua personalidade e imprimem um estilo a ela”<sup>78</sup>. Tutela-se a subjetividade do criador intelectual, conservando sua personalidade

<sup>73</sup> Não obstante haja previsão dos direitos morais e patrimoniais do autor na legislação autoral brasileira, é factível a sua conformidade com a legislação internacional. Nesse sentido, a previsão desses aspectos relativos ao direito de autor também encontra azo, por exemplo, na Convenção de Berna, em seus artigos 6 *bis*, 9, a ser estudado em momento oportuno, tópico 2.1.1 desse estudo.

<sup>74</sup> BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Direitos autorais: princípios gerais. In: **Roteiro de Curso da Fundação Getúlio Vargas 2008.2**. Rio de Janeiro: FGV, 2008. p. 13.

<sup>75</sup> CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da propriedade industrial** – Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 112.

<sup>76</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 67.

<sup>77</sup> **Ibidem**, p. 69.

<sup>78</sup> ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p. 74.

criativa, manifestada na obra, cuja proteção jurídica pode ser requerida, a qualquer tempo, em favor dos legítimos interesses do autor, de ordem não patrimonial<sup>79</sup>.

Os direitos mencionados, ao reconhecerem definitivamente o caráter psicológico de seu criador, revestindo-se de aspectos intrínsecos à personalidade humana<sup>80</sup> gozam de características próprias, a saber: pessoalidade, perpetuidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade.

À luz da qualificação desses direitos, compreendem-se como direitos de natureza pessoal, de ordem personalíssima; perpétuos ou perenes, não extinguíveis, embora essa característica seja discutida doutrinariamente, compreendendo alguns que ela perdura apenas durante a vida do autor, e outros a consideram transmissível aos herdeiros do autor<sup>81</sup>; inalienáveis ou não comercializáveis, isto é, mesmo ocorrendo a cessão dos direitos patrimoniais (alienação material), o autor conserva seus direitos morais, insuscetíveis de transferência a terceiros; imprescritíveis, podendo ser reclamados judicialmente, a qualquer tempo; impenhoráveis ou inexpropriáveis, não admitindo constrição judicial (artigos 27 e 49, inciso I, da LDA c/c artigo 649, do Código de Processo Civil).

Esses direitos salvaguardam faculdades positivas (exercício pelo autor) e negativas (exercidas pela coletividade), as quais abrangem o direito de inédito (de publicar, ou não, a obra); arrependimento (retirar a obra de circulação); paternidade (ligar o nome à obra); nomeação (atribuir nome à obra); integridade (alterar a obra); retirada de circulação; e outros<sup>82</sup>, os quais são enumerados legal e doutrinariamente, conforme será demonstrado.

O direito à paternidade da obra intelectual, consagrado nos artigos 24, inciso I, da Lei nº 9.610/98 e 6 *bis*, da Convenção de Berna (1886), salvaguarda ao criador a prerrogativa de ter reconhecida sua qualidade de autor, podendo, a qualquer tempo e lugar, anunciar-se como criador, reivindicando a paternidade sobre sua obra<sup>83</sup>. Através desse direito, além do reconhecimento da autoria intelectual, é conferido ao autor o direito de fazer cessar qualquer utilização abusiva da sua criação<sup>84</sup>.

O direito à menção da designação ou ao nome está disciplinado nos artigos 12, 24, inciso II, da Lei nº 9.610/98 e 6 *bis*, da Convenção de Berna (1986). Ele tutela o direito do autor

<sup>79</sup> MENEZES, Elisângela Dias. **Curso de direito autoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 67.

<sup>80</sup> GUEIROS JÚNIOR, Nehemias. **O direito autoral no *show business***: tudo o que você precisa saber. vol. 1 – A música. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005. p. 57.

<sup>81</sup> JESSEN, Henry. ***Derechos intelectuales: de los autores, artistas, productores de fonogramas y otros titulares***. Tradução de Luis Grez Zuloaga. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970. p. 51.

<sup>82</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 70.

<sup>83</sup> MENEZES, Elisângela Dias. **Curso de direito autoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 71.

<sup>84</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 76.

de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado como sendo o do autor, na utilização da obra. Compreende o poder de gozo do nome, isto é, o poder de utilizá-lo para a realização da qual ele serve<sup>85</sup>. Além disso, se manifesta nas situações em que, embora o autor não possa evitar a utilização da obra, proíba que o seu nome seja associado a uso não autorizado<sup>86</sup>. Esse direito também se denomina direito ao crédito, ou seja, a prerrogativa resguardada ao autor de ver essa qualidade anunciada junto à obra, ou ainda, de reivindicá-la a qualquer tempo<sup>87</sup>.

O direito ao inédito, ao ineditismo, à conservação ou destruição de obras inéditas encontra respaldo legal no artigo 24, inciso III, da Lei nº 9.610/98. Resguarda-se o direito do autor de não publicar a obra, em conformidade com a sua vontade, havendo transmissibilidade *post mortem* desse direito, o qual passa a ser exercido pelos herdeiros do autor, mesmo que a obra tenha sido descoberta após sua morte<sup>88</sup>. Em regra, cabe ao autor decidir pela conveniência e oportunidade de comunicar a obra ao público, devendo seus sucessores cumprir sua vontade, publicando-a ou mantendo-a inédita<sup>89</sup>.

O direito em comento pode suscitar alguns aspectos controvertidos. A problemática incide quando o autor manifesta sua vontade no sentido de que seja distribuída a obra após a sua morte. Vários autores já se manifestaram nesse sentido: o poeta Virgílio, Franz Kafka, dentre outros. Vislumbra-se distintas soluções no direito francês e alemão. Os franceses corroboram que os herdeiros do autor devem cumprir sua vontade. Os alemães, por sua vez, compreendem que o direito moral pertence aos herdeiros, aos quais incube decidir se a obra será ou não publicada<sup>90</sup>.

O direito à integridade da obra está previsto nos artigos 24, inciso IV, da LDA e 6 *bis*, da Convenção de Berna (1986). Através dele, confere-se ao criador a prerrogativa de opor-se a quaisquer modificações ou práticas de atos prejudiciais à obra ou à reputação do autor. Busca-se conservar a obra, sua inteireza, coerência e originalidade, não podendo haver alteração, substituição, edição ou remodelação, sem a devida autorização do autor<sup>91</sup>. Vale ressaltar que

---

<sup>85</sup> CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana, 2004. p. 194-195.

<sup>86</sup> ASCENSÃO, **op. cit.**, p. 74.

<sup>87</sup> ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p. 75.

<sup>88</sup> CIRIO, Nathália Zdanski. **Os direitos autorais e o plágio musical**. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2010. p. 19.

<sup>89</sup> LEITE, Eduardo Lycurgo. **Direito (moral) de inédito**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 123.

<sup>90</sup> HAMMES, Bruno Jorge. **O direito de propriedade intelectual: subsídios para o ensino**. São Leopoldo: UNISINOS, 2001. p. 79.

<sup>91</sup> MENEZES, Elisângela Dias. **Curso de direito autoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 72.

não são todas as modificações consideradas violações à integridade da obra, mas apenas às prejudiciais à obra, bem como às que atentem contra a honra ou reputação do autor<sup>92</sup><sup>93</sup>.

Além dos aspectos morais, a proteção jurídica da integridade da obra também guarda conexão com os direitos patrimoniais (artigo 29, da LDA), visto que depende de prévia e expressa autorização do autor a prática de atos como, por exemplo, a edição da obra, adaptação, tradução e utilização em uma série de hipóteses. Ou seja, em regra, qualquer modificação sobre a obra deve ser autorizada pelo autor. Ademais, mesmo havendo autorização, pode ocorrer a violação desses direitos morais, nos casos em que haja prejuízo à honra do autor, ou ainda, nas situações em que a obra já esteja em domínio público<sup>94</sup>.

O direito de modificar a obra, antes ou depois de difundida (mediante publicação, representação e demais formas de utilização previstas no artigo 29, da LDA) encontra-se disciplinado no artigo 24, V, da LDA. Tutela-se ao autor, enquanto legítimo titular da obra, o direito de alterá-la a qualquer momento e da maneira que melhor lhes aprouver. Ele não se confunde com o direito de assegurar à integridade da obra (artigo 24, IV, da LDA), enquanto àquele veda modificações externas, esse direito salvaguarda a exata correlação entre a ideia e o resultado da criação, entre pensamento e obra criada, autorizando o autor, e somente ele, modificar a obra, mesmo depois de utilizada publicamente<sup>95</sup>.

O direito de arrependimento ou de retirar a obra de circulação possui disciplina legal no artigo 24, VI, da LDA. Refere-se à faculdade do autor de retirar a obra de circulação ou suspender sua utilização, mesmo autorizada, quando implicar afronta à sua reputação e imagem, ressalvados os direitos de terceiros que tenham investido na divulgação da obra (editores, produtores fonográficos, locadoras e outros), as quais deverão ser previamente indenizadas<sup>96</sup>. O autor pode, determinado momento, considerar negativamente a difusão da obra, por alteração de concepções éticas, estéticas ou qualquer outra razão<sup>97</sup>.

No tocante ao direito mencionado no parágrafo anterior, são diversos os motivos do arrependimento do autor, não sendo necessário indicá-los previamente. Dentre as razões, elenca-se: a obra não corresponde mais ao modo de pensar do autor; a produção intelectual

---

<sup>92</sup> Ao dispor sobre a honra e reputação do autor, o artigo 24, IV, da LDA, refere-se, respectivamente, à honra subjetiva (dignidade do sujeito), ou seja, o juízo de valor que o indivíduo possui de si mesmo e, por conseguinte, à honra objetiva (reputação social), relacionada ao juízo de valor que a sociedade faz do autor. O autor deverá ser resguardado em ambos os aspectos, conforme disciplina legal.

<sup>93</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 77.

<sup>94</sup> BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. A natureza jurídica dos direitos autorais. *In: Civilística.com*, a. 2, n. 2, 2013. p. 15-16.

<sup>95</sup> ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p. 75.

<sup>96</sup> MENEZES, Elisângela Dias. **Curso de direito autoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 74.

<sup>97</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 80.

pode estar lhe causando constrangimentos insuportáveis, como, por exemplo, perseguições políticas governamentais<sup>98</sup>.

A título ilustrativo do exercício desse direito, destaca-se o caso do artista plástico russo Marcus Rothkovitch (1903-1971), cujo nome artístico é Mark Rothko. Ele recebeu uma proposta milionária de USD 2.000.000,00 (dois milhões de dólares americanos) para fazer nove pinturas (murais), colocados no restaurante *Four Seasons*, localizado no Edifício *Seagram, Park Avenue*, em Nova Iorque (EUA). No entanto, ao visitar o restaurante, arrependeu-se, devolvendo o dinheiro recebido como remuneração pelas obras e recuperando as imagens. Dentre os motivos alegados, tem-se o fato que as pessoas não iriam conferir à devida atenção aos quadros, relegados à segundo plano<sup>99</sup>.

O direito de ter acesso a exemplar único e raro da obra expressa-se no artigo 24, VII, da LDA. Esse direito permite ao titular acessar exemplar raro de sua obra, a qual se encontre legitimamente em poder de outrem, a fim de, mediante processo fotográfico, audiovisual ou assemelhado, resguardar sua memória, indenizando o legítimo possuidor de qualquer dano ou prejuízo causado. Vale salientar que esse acesso não pode ser realizado de qualquer forma, devendo-se respeitar o direito de propriedade (artigo 5º, XXII à XXXI, da Constituição Federal) e a inviolabilidade do domicílio (artigo 5º, X à XII, da CRFB/88). Além disso, a utilização posterior do material preservado restringe-se ao arquivamento e manuseio pessoal das cópias, imagens e/ou fotos pelo autor em sua esfera privada, não incidindo na exploração comercial<sup>100</sup>.

O direito em tela suscita determinadas situações em que o exemplar da obra intelectual seja apenas raro, existindo mais de uma criação. Dentre esses casos, elenca-se: o exemplar de um livro cuja edição encontra-se esgotada; o exemplar de uma litografia que teve poucas cópias, dentre outros<sup>101</sup>. Em se tratando de única obra, o proprietário deverá conceder ao autor a possibilidade de adquiri-la, destruí-la ou realizar cópia, não sendo transferível o exercício desse direito aos seus sucessores, nos termos do artigo 24, §1º, da LDA<sup>102</sup>.

No plano terminológico, critica-se a denominação legal e doutrinária “direitos morais”. Compreende-se o qualificativo “moral” como impróprio e incorreto, adotando-se a

---

<sup>98</sup> HAMMES, Bruno Jorge. **O direito de propriedade intelectual**: subsídios para o ensino. São Leopoldo: UNISINOS, 2001. p. 79.

<sup>99</sup> MALLMMAN, Querino. Os direitos morais do autor no mundo informático, mercado editorial e globalizado pelo mundo digital. In: **Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição (PIDCC)**, Aracaju, Ano IV, Edição Nº 08/2015, fev. 2015. p. 285-286.

<sup>100</sup> MENEZES, Elisângela Dias. **Curso de direito autoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 76.

<sup>101</sup> MALLMMAN, Querino. Os direitos morais do autor no mundo informático, mercado editorial e globalizado pelo mundo digital. In: **Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição (PIDCC)**, Aracaju, Ano IV, Edição Nº 08/2015, fev. 2015. p. 288.

<sup>102</sup> HAMMES, Bruno Jorge. **O direito de propriedade intelectual**: subsídios para o ensino. São Leopoldo: UNISINOS, 2001. p. 78-79.

designação direito pessoal ou direitos personalíssimos. A inadequação da expressão reside no fato de que não há setores não éticos no direito autoral, além de ser incorreto, pois consiste em um termo importado, sem tradução da língua francesa<sup>103</sup>.

Aliada à discussão supramencionada, tem-se o debate sobre a consideração dos direitos morais do autor como personalíssimos. Para os autores que assim o consideram, eles se distinguem dos demais direitos da personalidade (por exemplo, imagem, privacidade, honra, integridade física e psíquica, etc) na medida em que, diferentemente desses direitos, cuja proteção ocorre a partir do nascimento com vida, pressupõem a ocorrência de um evento externo (fator exógeno) para gozar da tutela jurídica. Não se configura, pois, como um direito inato, surgindo após um ato de criação intelectual, fazendo-se necessário possuir a qualidade de autor<sup>104</sup>.

Sem prejuízo dos demais aspectos relacionados aos direitos morais, não se pode deixar de mencionar que os direitos de autor também possuem uma natureza patrimonial, cuja essência se encontra na exploração econômica da obra, ou seja, utilizações que visem o lucro direto ou indireto<sup>105</sup>. Em razão disso, admite-se, conforme será demonstrado, a cessão total ou parcial de algumas prerrogativas inicialmente resguardadas ao criador intelectual, nos termos legais.

Os direitos patrimoniais referem-se à utilização econômica da obra intelectual. Eles salvaguardam uma série de prerrogativas de cunho pecuniário, as quais surgem com a criação da obra e se manifestam, em concreto, com a sua comunicação ao público<sup>106</sup>. Atuam como direitos de fruição e de disponibilização exclusivos do autor ou titular da obra criada e fixada em suporte mecânico, considerando-a, para os efeitos legais, bens móveis<sup>107</sup>. Referem-se à comunicação e à circulação das obras intelectuais no grande mercado, as quais podem ser objeto de exploração econômica através de todos os processos técnicos existentes, ou que venham a ser inventados no futuro<sup>108</sup>.

Em conformidade com sua textura, esses direitos decorrem da prerrogativa exclusiva resguardada legalmente ao autor (artigo 28, da LDA) para exploração econômica de sua obra (utilização, fruição e disposição). A exclusividade no exercício desses direitos decorre do fato de que dependem de prévia e expressa autorização do autor ou de seu representante legal, para

---

<sup>103</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 71.

<sup>104</sup> CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana, 2004. p. 27.

<sup>105</sup> ASCENSÃO, **op. cit.**, p. 84.

<sup>106</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 71.

<sup>107</sup> ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p. 80.

<sup>108</sup> GUEIROS JÚNIOR, Nehemias. **O direito autoral no show business: tudo o que você precisa saber**. vol. 1 – A música. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005. p. 59.

que possam ser reproduzidos, exibidos, expostos publicamente, transmitidos por meios mecânicos, eletrônicos ou digitais, dentre outros usos<sup>109</sup>.

Os direitos patrimoniais estão consagrados, em rol exemplificativo (não taxativo), no artigo 29, da Lei nº 9.610/98, o qual dispõe acerca da necessidade de autorização prévia e expressa do autor para a fruição dessas prerrogativas, dentre as quais, elenca-se: a reprodução total ou parcial da obra; a edição; a adaptação; a tradução; a distribuição; e demais usos legalmente autorizados.

No tocante às características básicas dos direitos patrimoniais, explicita-se que: são direitos de cunho real ou patrimonial; assumem o caráter de bens móveis, nos termos do artigo 3º, da LDA; alienáveis, admitindo-se o seu ingresso no comércio jurídico (artigos 29 e 49, da LDA), e a transmissão por via contratual ou sucessória; a temporaneidade, ao passo que os direitos patrimoniais não são perpétuos, havendo limitação temporal, conforme os artigos 41 e 96, da LDA; a penhorabilidade, sendo possível haver constrição judicial, visto que são direitos disponíveis; a prescritibilidade, ou seja, a perda da ação por inércia, após o transcurso do prazo legal. Além disso, são independentes entre si, por força do princípio da divisibilidade dos direitos patrimoniais, consagrado no artigo 31, da LDA, podendo cada um deles ser utilizado à vontade do criador e negociados com pessoas distintas.

Quanto à enumeração dos direitos patrimoniais, elencados (não taxativamente) no artigo 29, da LDA, destacam-se algumas peculiaridades relativas a essas modalidades. Eles abrangem à comunicação da obra ao público, diretamente, de forma incorpórea ou imaterial, através dos direitos de representação (execução, radiofusão, etc) e, indiretamente, de modo corpóreo ou material, por meio dos direitos de reprodução (cinematográfica, impressa, etc), nos moldes da legislação autoral.

O direito de reprodução (artigos 5º, VI e 29, I, da LDA) decorre da comunicação indireta da obra, ou seja, de sua fixação material, por: impressão, desenho, gravação, fotografia, gravação mecânica, cinematográfica ou magnética, dentre outras formas<sup>110</sup>. Consiste no direito de cópia, o qual compreende a extração de exemplares idênticos, a partir de uma matriz já materializada (suporte de fixação). É uma das fases essenciais para disponibilização da obra ao público, sendo ilícita a reprodução não autorizada, configurando crime de contrafação ou pirataria (artigo 5º, VII, da LDA).

O direito de edição (artigo 29, II, da LDA) abrange uma série de procedimentos técnicos e criativos, antes de colocar a obra em circulação, variáveis conforme o tipo de criação

---

<sup>109</sup> ABRÃO, *op. cit.*, p. 80.

<sup>110</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 72.

intelectual. Nestas situações, os elementos originais submetem-se a cortes, divisão em capítulos, regravações, efeitos sonoros, dentre outros processos complexos.

O direito de adaptação ou transformação (artigo 29, III, da LDA) diz respeito à conversão da obra intelectual em outra, de gênero distinto, atribuindo-lhes uma nova linguagem ou dimensão. Na adaptação, estão presentes todos os traços originários da obra original (titularidade, autoria, etc), incidindo em diversas modalidades: musical, cinematográfico, dentre outras<sup>111</sup>.

O direito de tradução (artigo 29, IV, da LDA) engloba as transformações da obra originária, por escrito, para o idioma nacional ou a versão para idioma estrangeiro. Sua patrimonialidade decorre da possibilidade de inserção da obra em outros mercados, rendendo dividendos ao autor da obra originária e ao tradutor, também considerado autor, para todos os efeitos legais, ao passo que produz obra nova e derivada da criação original.

O direito de inclusão em fonograma ou produção audiovisual está disposto no artigo 29, V, da LDA. Ele pressupõe a autorização prévia do autor da obra a ser incluída, para fins de fixação posterior em outro fonograma ou produção audiovisual, como, por exemplo, as músicas de fundo de filmes e novelas. Preserva-se a integridade e individualidade da obra original, não obstante a obra incluída passa a ser apenas uma parte dentro da obra maior.

Os direitos de distribuição estão consagrados no artigo 29, VII, da LDA. Entende-se por distribuição a colocação da obra original ou sua cópia à disposição do público, mediante venda, locação ou transferência de propriedade ou posse, nos termos do artigo 5º, IV, da LDA. Eles abrangem os direitos de comercialização das obras intelectuais, os quais podem ser cedidos ou licenciados, de maneira exclusiva ou não, sendo necessária a concessão do autor ou titular originário, negociando os suportes mecânicos a serem utilizados.

Sem desconsiderar os demais aspectos relativos aos direitos patrimoniais, os quais suscitam inúmeras peculiaridades, analisadas à luz das situações fáticas, é relevante ponderar que esses direitos trazem à baila discussões no tocante à sua natureza. Não obstante alguns doutrinadores corroborem em sentido contrário, atribuindo-lhes o caráter de propriedade (direito real), outros não vislumbram adequado esse enquadramento<sup>112</sup>.

Muitas teorias são apresentadas, as quais caracterizam os direitos patrimoniais como: direito da coletividade; direito real de propriedade; emanção do direito de personalidade;

---

<sup>111</sup> ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p. 83.

<sup>112</sup> Nesse sentido, destaca-se: CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da propriedade industrial – Vol. I**. Rio de Janeiro: Forense, 1982; BARBOSA, Cláudio R. **Propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009; CHAVES, Antônio. **Direito de autor**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

direito especial de propriedade, tendo por objeto um valor imaterial; direito *sui generis*; direito de clientela; direito dúplice de caráter real, pessoal e patrimonial; direito pessoal de crédito; e, direito privativo de aproveitamento<sup>113</sup>.

Alguns doutrinadores distinguem o direito de autor da propriedade material, em razão do modo de aquisição originário e derivado, quanto à duração, à extensão, dentre outros fatores, inexistindo uma efetiva transferência, ao passo que o autor permanece vinculado à obra, em razão da esfera personalíssima<sup>114</sup>. Também se qualificam como direitos objeto de monopólio<sup>115</sup>, ao tornar exclusiva a exploração econômica da obra<sup>116</sup>. Atuam como um direito absoluto, compreendido, pelos pensadores clássicos, como uma propriedade sagrada, justificando-o ideologicamente e evitando sua violação. Entende-se a obra literária, artística ou científica como insuscetível de apropriação exclusiva, visto que, uma vez divulgada, comunica-se a todos<sup>117</sup>.

No que tange à vigência dos direitos patrimoniais, eles perduram durante o lapso temporal conferido pela legislação autoral, qual seja, 70 (setenta) anos, contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao falecimento do autor, nos termos do artigo 41, da LDA, extinguindo-se quando a obra cai em domínio público (pertence à coletividade). Além disso, podem ser objeto de cessão integral e definitiva ou parcial, para fins de exploração econômica pelo cessionário. No entanto, os direitos patrimoniais não podem ser cedidos *ad perpetum*, tendo em vista que a proteção legal conferida às criações intelectuais se extingue no tempo<sup>118</sup>.

Por força dessa natureza dúplice (moral e patrimonial) atribuída aos direitos de autor, foram vislumbradas divergências, no âmbito doutrinário, no tocante à essa concepção teórica. Diante disso, surgiram duas teorias: monista e dualista. A primeira considera o direito autoral como uno e indivisível, atuando como expressão da personalidade do criador, além da possibilidade de exploração econômica. A corrente dualista, por sua vez, reconhece a hibridez desse ramo jurídico, apresentado direitos de natureza moral, personalíssimos e patrimoniais. Os principais aspectos dessas teorias serão explicitados no tópico seguinte.

---

<sup>113</sup> CHAVES, Antônio. **Propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 9-16.

<sup>114</sup> CHAVES, Antônio. **Propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 16.

<sup>115</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 49.

<sup>116</sup> BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 25.

<sup>117</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 604-606.

<sup>118</sup> ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p. 80-81.

### 2.2.1 Teorias monista e dualista do direito de autor: uma convergência entre aspectos morais e patrimoniais

Como foi demonstrado anteriormente, o direito autoral possui uma natureza jurídica *sui generis*, a qual suscita inúmeras questões, fazendo-se necessária uma melhor compreensão da matéria e de suas peculiaridades. Essa hibridez resguardada aos direitos autorais demonstra a existência de duas faces, uma de caráter extrapatrimonial (direitos morais) e outra econômica (direitos patrimoniais).

Sob o enfoque ontológico do direito de autor, destaca-se o *corpus mysticum*, representado pelo fenômeno da criação, inato ao seu criador, o qual surge como ideia ou expressão manifestada em sua mente e o *corpus mechanicum*, pertinente à transposição da obra da mente do criador para o mundo físico para o seu devido suporte material, por qualquer processo de fixação<sup>119</sup>. A criação deve ser exteriorizada no mundo físico para que seja considerada obra intelectual, estando presente nessa relação espírito-material.

Diante da natureza jurídica controvertida do direito autoral, muitos teóricos se debruçaram no estudo de seus principais aspectos, surgindo algumas correntes teóricas. A teoria monista sustenta que o direito de autor é uno, embora expresso em duas vertentes: morais e patrimoniais. O âmbito dualista, por sua vez, o compreende como um direito híbrido, misto ou dúplice, com duas origens ou naturezas, qual seja: os direitos morais e patrimoniais<sup>120</sup>.

Os monistas<sup>121</sup> consideram o direito autoral como um tronco do qual emanam seus galhos dotados de inúmeras prerrogativas de ordem moral e patrimonial. Para eles, os direitos morais e patrimoniais constituem um único direito do autor sobre a criação intelectual, da qual emanam esses feixes. Ao considerarem os direitos morais inalienáveis e irrenunciáveis, os monistas aplicam tais características aos direitos de cunho patrimonial. Além disso, a autorização para exploração econômica da obra é obtida pela concessão de direito de uso e não transferência<sup>122</sup>.

---

<sup>119</sup> FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito autoral: da antiguidade à internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 43.

<sup>120</sup> CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. **Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil**. Tese – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2008. p. 67.

<sup>121</sup> Entre outros autores que adotam a concepção dualista dos direitos de autor, destacam-se: Eugen Ulmer, Bruno Jorge Hammes e Heinrich Hubmann.

<sup>122</sup> HAMMES, Bruno Jorge. **Elementos básicos do direito de autor brasileiro: com exame especial da questão da isenção de formalidades, uma apresentação comparativa**. São Leopoldo: Unisinos, 1995, p. 7.

Em contrapartida, os dualistas ou pluralistas<sup>123</sup>, corroborado pela maioria dos doutrinadores e países<sup>124</sup>, com reflexos em seus ordenamentos jurídicos, não obstante reconhecem a existência de dois direitos que integralizam o conteúdo autoral: morais e patrimoniais, admitem a transferência dos direitos de cunho econômico. Embora existam situações nas quais o direito moral se sobrepõe ao patrimonial, a título ilustrativo elenca-se o direito de arrependimento, consagrado no artigo 24, VI, da Lei nº 9.610/98. Possibilita-se ao autor retirar a obra de circulação, ainda que publicada, desde que a circulação ou utilização ocasione danos à sua reputação e imagem. São diversas as razões de seu arrependimento, conforme preleciona Bruno Jorge Hammes:

Os motivos podem ser os mais diversos [...]. Não é preciso que o autor indique as razões de seu arrependimento. Isso se justifica pela experiência histórica. É comum, nos regimes ditatoriais, a perseguição dos escritores que não sintonizam com a cartilha do regime. São muitos os autores que manifestam opiniões que após um golpe, são tidas como contrárias ao regime [...]. O regime proíbe a divulgação, mas o editor sabe que a obra proibida se vende até melhor. Deverá o autor continuar a ser perseguido e suportar a ulterior divulgação só pelo fato de haver um contrato que favoreça o editor? Muitos antes de Hitler mandar matar os judeus, mandou queimar seus livros. Por essa razão o direito de arrependimento pode ser exercido sem indicação dos motivos.<sup>125</sup>

Nas situações elencadas salvaguarda-se à devida indenização por danos morais e/ou patrimoniais ocasionados à terceiros de boa-fé, responsáveis pela produção, publicação e divulgação da obra, conforme dispõe o artigo 24, VII, da Lei nº 9.610/98. Não obstante existam países, como a Alemanha, que desprezem o conteúdo indenizatório nas ocasiões em que o autor não possua condições financeiras para o adimplemento da obrigação<sup>126</sup>.

No plano internacional, muitos países vêm incorporando a teoria dualista em seu ordenamento jurídico protetivo dos direitos de autor. No Brasil, também é efetivamente adotada, conforme se vislumbra no capítulo II – Dos Direitos Morais do Autor e III – Dos Direitos Patrimoniais do Autor e de sua Duração, da legislação autoral em vigor. Ademais, no âmbito doutrinário essa corrente é reverberada quando se admite a absorção, pelo direito brasileiro, da existência de dois direitos de naturezas distintas: pessoal (intransferível e

---

<sup>123</sup> Conforme denomina Bruno Jorge Hammes em: HAMMES, Bruno Jorge. **O direito de propriedade intelectual**: subsídios para o ensino de acordo com a lei 9.610 de 19.02.1998. São Leopoldo: Unisinos, 2000, p. 66.

<sup>124</sup> Destaca-se alguns adeptos dessa corrente: Henry Desbois, René Savatier, Ricardo Antequera Parilli, Delia Lipszyc, entre outros.

<sup>125</sup> HAMMES, Bruno Jorge. **O direito de propriedade intelectual**. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 77.

<sup>126</sup> **Ibidem**, p. 78.

irrenunciável) e patrimonial (negociável), nascidos simultaneamente, em razão da obra intelectual<sup>127</sup>.

Vale ressaltar que essas não são as únicas correntes que investigam a natureza jurídico-autoral, destacando-se outras que vislumbram o direito de autor como personalíssimo, ao passo que se filia à personalidade do seu criador, com ênfase nos direitos morais. Outros compreendem o direito de autor como de propriedade, corroborando com o pensamento de John Locke (1632-1704) sobre esse instituto jurídico, o qual, para ele, seria o caminho para os direitos civis e humanos. Não obstante o filósofo considerasse que os frutos provenientes das criações intelectuais, uma vez disseminados publicamente, não estariam sujeitos à posse exclusiva de nenhum indivíduo, sendo de uso livre para todos<sup>128</sup>.

Diante da natureza jurídica do direito de autor, com todas as suas peculiaridades em razão da dualidade de proteção conferida aos aspectos morais e patrimoniais, faz-se necessário demonstrar a prevalência dos direitos de cunho econômico nas diferentes legislações autoralista. Para tanto, cabe elencar algumas ocasiões históricas que justificam esse aspecto prevalente. Embora, hodiernamente, sejam necessárias modificações na legislação autoral a fim de se adequar aos ditames constitucionais, consagrando, além dos direitos de autor, os direitos culturais, assim como às mudanças proporcionadas pela sociedade da informação.

---

<sup>127</sup> COSTA NETO, José Carlos. **Direito autoral no brasil**. In: BICUDO, Hélio (org.). Coleção juristas da atualidade. São Paulo: FTD, 1998, p. 50.

<sup>128</sup> LEITE, Eduardo Lycurgo. **Direito de autor**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 163-193.

### 2.3 Do patrimonialismo ao humanismo: perspectiva antropocêntrica dos direitos de autor na sociedade da informação

Antes de adentrar nos aspectos atuais do direito de autor, cumpre destacar alguns eventos, durante seu processo evolutivo, que demonstram o caráter patrimonial das criações intelectuais, relativo à exploração econômica das obras, como linha prevalente na história dos direitos autorais. Isso decorre da inclinação pelos aspectos econômicos, com maior ênfase na sociedade capitalista, monetarizada e impulsionada à obtenção do lucro, ainda que, para tanto, necessite-se despir de valores éticos. Essa visão materialista consagra o ser em detrimento do ter<sup>129</sup>.

A lógica economicista supracitada também repercute sobre o direito autoral. O mundo do *show business* é marcado pela monetarização das relações jurídico-autorais. O cenário capitalista, ao vislumbrar as criações intelectuais como objeto de troca na interação entre os indivíduos, acaba por rebaixar o autor à condição de mero coadjuvante quando, na verdade, deveria figurar no epicentro das atenções, reconhecido em sua dignidade. Esse rumo histórico percorrido pelo direito autoral justifica-se a partir de algumas considerações, especialmente no plano legislativo, a nível internacional e nacional.

No mundo romano, como demonstrado anteriormente, a produção literária era possível, ainda que de forma rudimentar. No entanto, não havia proteção jurídica específica sobre as criações intelectuais no âmbito legislativo, assim como não se encontravam condições econômicas viáveis para a referida tutela. Embora não se deva desprezar a existência de sanções morais aos plagiadores, desonrados e banidos do convívio social. Nesse período ainda não era possível a produção em larga escala das criações intelectuais. A difusão das obras ocorria de forma limitada, ao passo que eram manuscritas. Mesmo assim, já se falava em exploração econômica da obra. Os livros eram produzidos e comercializados desde o século II a. c. no Mediterrâneo e no interior da França.

Posteriormente, emergiu uma nova classe de trabalhadores para auxiliar na difusão das criações do espírito, eles eram denominados copistas e os *librarius*, quando cumulava funções de copista, livreiro e encadernador<sup>130</sup>. Ademais, salvaguardava ao autor obter a propriedade do suporte físico sobre o qual a obra é expressa, denominado como instituto da acessão. Portanto, é indubitável a existência de proteção autoral em Roma.

---

<sup>129</sup> MORAES, Rodrigo. **Os direitos morais do autor**: repersonalizando o direito autoral. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 50.

<sup>130</sup> LEITE, Leni Ribeiro. **O universo do livro em Marcial**. Tese (Doutorado em Letras Clássicas) – Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Rio de Janeiro, 2008.

Na Era Moderna, marcada pela invenção da imprensa, por Johannes Gutemberg (1400-1468), em 1436, tornou-se possível a reprodução dos livros em larga escala, ampliando o número de leitores no período renascentista. Surgiram os impressores e livreiros, além dos privilégios concedidos pelo monarca à essa última classe. Começava-se a acumulação de capital decorrente da exploração econômica das criações intelectuais.

O caráter patrimonial é latente em se tratando dos privilégios reais mencionados, estabelecidos com o intuito de indenizar os editores dos custos gerais de publicação e dos ricos comerciais inerentes à atividade desenvolvida. Foram suspensos, em 1578, àqueles incidentes sobre obras antigas, consideradas de domínio público, permitindo-se apenas para obras novas. Eram concentrados, em sua maioria, nas mãos dos livreiros parisienses, os quais apoiavam a monarquia, opondo-se aos livreiros de outras regiões da França<sup>131</sup>. Com a Revolução Francesa, em 1789, todos os privilégios dos autores e livreiros foram extintos. Ocorria o reconhecimento efetivo dos direitos autorais, compreendido, inicialmente, como direito natural proveniente do intelecto humano.

No Brasil também se constatou a reverberação das raízes patrimonialistas na construção da proteção jurídica autoral. A primeira disposição normativa autoral foi estabelecida pelo Decreto Imperial de 1827, responsável pela criação dos cursos jurídicos em nosso país, salvaguardando, em seu artigo 7º, privilégios exclusivos de exploração da obra aos Lentes, por um período de 10 anos. A essas figuras eram resguardados os direitos patrimoniais pela criação das obras utilizadas nos cursos jurídicos. Ainda em âmbito nacional, foi criada, em 1830, a proteção penal dos direitos autorais, conforme dispõe o artigo 261, do Código Criminal, datado do mesmo período.

Em nosso país, o direito autoral esteve consagrado, por um longo período, no Código Civil de 1916. Reduzia-se à condição de direito real, sendo reconhecida sua autonomia somente em 1973, com o advento da Lei nº 5.988/73. O aspecto monetário sempre esteve presente na legislação autora pátria. Nesse sentido, preleciona Rodrigo Moraes:

O Direito Autoral está moldado em função quase que exclusivamente de critérios de rentabilidade. Desde a entrada em vigor de sua primeira lei, em 1710, priorizou o aspecto monetário, em detrimento do elemento moral. Preocupou-se muito mais com a dimensão do ter que com a do ser. A proteção sempre foi muito mais direcionada a investimentos de grupos econômicos que à pessoa do autor. A tutela sempre esteve muito mais a serviço do dinheiro que a serviço da vida.<sup>132</sup>

---

<sup>131</sup> SOUZA, Allan Rocha de. **Direitos autorais**: a história da proteção jurídica. In: **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VI, n. 7, dez. Rio de Janeiro, 2005. p. 14.

<sup>132</sup> MORAES, Rodrigo. **Os direitos morais do autor**: repersonalizando o direito autoral. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 51.

No entanto, diante da realidade autoral, no século XXI, é mister romper com essa lógica patrimonialista, consagrando à lógica existencial, direcionada à tutela da dignidade da pessoa humana. A vocação humanista é inerente ao direito autoral e da qual não pode se dissociar. Salvaguarda-se a visão antropocêntrica do indivíduo ao qual se reconhece a capacidade de autodeterminação, ou seja, agir conforme seu livre arbítrio<sup>133</sup>. Essa noção jurídica da dignidade se associa ao pensamento desenvolvido por Immanuel Kant (1724-1804). Para ele, o ser humano deve ser considerado um fim em si mesmo, e não meio. Sendo facultado ao homem determinar a si mesmo e agir conforme à lei<sup>134</sup>.

Como será demonstrado no tópico 1.5, a repersonalização reverberada sobre o Direito Civil, também possui reflexos no Direito Autoral, o qual, em razão da constitucionalização do direito, fenômeno a ser estudado também em momento oportuno, deve observância aos ditames insculpidos na Carta Magna de 1988. O diploma constitucional consagra a dignidade da pessoa humana em seu artigo 1º, III, como fundamento da República Federativa do Brasil. A Lei nº 9.610/98 deve ser interpretada à luz da Constituição Federal. Os direitos morais do autor são iluminados pelo fundamento elencado, estando intimamente ligados.

É imprescindível a reconstrução da disciplina autoral à luz dessa perspectiva autoralista contemporânea, voltado à tutela da dignidade do autor, valor supremo do regime democrático. Todavia, muitos caminhos ainda devem ser traçados, tendo em vista que, nas legislações autorais de inúmeros países ainda se destaca o aspecto patrimonial, tutelando-se muitas vezes o investimento em detrimento do criador<sup>135</sup>. O direito autoral não pode se dissociar das relações vislumbradas na sociedade informacional, conforme será demonstrado no tópico seguinte.

---

<sup>133</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 32.

<sup>134</sup> KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. *In: Os Pensadores – Kant (II)*, Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980. p. 134-135.

<sup>135</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da internet e da sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 130-132.

## 2.4 As mudanças paradigmáticas na sociedade da informação: o compartilhamento das criações intelectuais na *internet*

Com a evolução do conhecimento humano e científico, impulsionado pelo desenvolvimento tecnológico, sobretudo no setor informático e de telecomunicações, a ciência jurídica não pode ficar inerte, fazendo-se necessário evoluir progressivamente, adaptando-se aos dispositivos legais e atribuindo-lhes interpretações jurídicas coerentes com essa nova realidade<sup>136</sup>. Dentre os ramos jurídicos atingidos, destaca-se o direito autoral, na medida em que a *internet* proporcionou uma maior facilidade de acesso e difusão das criações intelectuais e o surgimento de novos usos, não abrangidos pela legislação autoral.

No mundo virtual, atuam novos intermediários culturais<sup>137</sup>, direcionados à manipulação dos bens intelectuais, artísticos e culturais, conferindo-lhes elevado valor de troca, em razão de sua exploração comercial, e, por conseguinte, modificando a lógica do consumo<sup>138</sup>. A *internet* salvaguardou uma maior interatividade virtual entre os indivíduos em detrimento dos meios físicos tradicionais, repensando a noção de cidadania e espaço público<sup>139</sup>.

As tecnologias da informação e comunicação (TIC)<sup>140</sup> proporcionam a integração do mundo (bens e sujeitos) em redes globais de instrumentalidade. Os computadores revolucionaram a comunicação entre os indivíduos, gerando uma série de comunidades virtuais<sup>141</sup>. Operou-se a remodelação do sujeito na sociedade, na qual emergiram novas formas de armazenamento, processamento e distribuição das informações por meios eletrônicos, intensificando as relações socioeconômicas, em diversos contextos<sup>142</sup>.

Essas novas relações sociais, econômicas e culturais estruturam-se no âmbito da sociedade da informação. As primeiras considerações sobre esse tipo societário foram

<sup>136</sup> EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. Sociedade da informação e o direito na era digital. In: **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 44, jul., 2007. p. 01.

<sup>137</sup> BOURDIEU, Pierre. *Distinction: a social critique of the judgment of taste*. Cambridge: Harvard University Press, 1984.

<sup>138</sup> FEATHERSTONE, Mike. **Cultura de consumo e pós-modernismo**. Tradução de Júlio Assis Simões. São Paulo: Studio Nobel, 1990. p. 28.

<sup>139</sup> **Ibidem**, p. 64-67.

<sup>140</sup> As novas tecnologias da informação e comunicação (TIC) surgiram no contexto da revolução informacional ou telemática, desenvolvida, sobretudo, na década de 1990. Elas facilitam a captação, transmissão e distribuição das informações nas redes telemáticas, atuando em diversos âmbitos (comercial, industrial, educacional, etc). Enquadram-se nessa terminologia, os computadores pessoais, o correio eletrônico, a *internet*, dentre outras tecnologias e métodos.

<sup>141</sup> CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Paz e Terra. 2007. p. 57.

<sup>142</sup> REIS, Jorge Renato dos; DIAS, Felipe da Veiga. A constitucionalização do direito privado brasileiro: a perspectiva do direito autoral. In: REIS, J. R.; BOFF, S. O.; DIAS, F. V.; PELLEGRINI, G. K. F.; TOLOTTI, S. M. (Organizadores). **Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo**. Curitiba: Multideia, 2011. p. 29.

apresentadas por autores como o sociólogo estadunidense Daniel Bell<sup>143</sup>, Sally Burch<sup>144</sup>, dentre outros. Foram atribuídas designações distintas para caracterizar essa mudança social, tais como: sociedade informática<sup>145</sup>, sociedade pós-capitalista ou do conhecimento<sup>146</sup>, sociedade da pós-informação ou digital<sup>147</sup>, sociedade informacional<sup>148</sup>. Embora haja uma pluralidade de termos, ambos convergem à identificação da sociedade na contemporaneidade.

Hodiernamente, esse estágio vivenciado pela sociedade é vislumbrado como o modo de desenvolvimento socioeconômico, responsável por salvaguardar a aquisição, o armazenamento, o processamento, a valorização, a transmissão, a distribuição e a disseminação das informações, satisfazendo a necessidade dos indivíduos e desempenhando um relevante papel na atividade econômica e qualidade de vida dos cidadãos. Como traços característicos da sociedade informacional, destacam-se a desmaterialização dos suportes informacionais, os quais transcendem o meio físico e a globalização das fontes e da acessibilidade da informação, convergindo o plano das telecomunicações e o setor informático<sup>149</sup>.

O novo paradigma técnico-econômico suscitado, dotado de elevado potencial transformador das atividades sociais, políticas e econômica<sup>150</sup>, ocasionou a ruptura das fronteiras físicas, eliminando as distâncias entre os sujeitos e bens. A noção temporal desvinculou-se do espaço físico, como obstáculo intransponível, sendo possível a conexão entre os indivíduos, nas mais diversas localidades do globo<sup>151</sup>. Esse fenômeno motivou-se, sobretudo, em razão da evolução da informática, culminando no surgimento da *cibercultura*, a qual tornou possível a leitura da realidade, traduzida pela linguagem digital, automatizando a informação<sup>152</sup>.

Não se pode olvidar que o direito, oriundo do meio social e sobre o qual incide, disciplinando-o, deve ficar atento à evolução dos meios tecnológicos, os quais trazem à baila uma série de implicações jurídicas. O ramo autoral, por abranger as criações intelectuais

<sup>143</sup> BELL, Daniel. **O advento da sociedade industrial**: uma tentativa de previsão social. São Paulo: Cultrix, 1978. Ele caracterizou a sociedade pós-industrial como informacional, à luz de uma revolução técnico-científica, reconhecendo a produção de outros tipos de bens, de natureza intelectual, por exemplo.

<sup>144</sup> BURCH, Sally. Sociedade da informação / sociedade do conhecimento. In: AMBROSI, A.; PEUGEOT, V.; PIMENTA, D. **Desafios das palavras**. Ed. VECAM, 2005.

<sup>145</sup> SHAFF, Adam. **A sociedade informática**: as consequências sociais da segunda revolução industrial. São Paulo: UNESP; Brasiliense, 1996.

<sup>146</sup> DRUCKER, Peter Ferdinand. **Sociedade pós-capitalista**. São Paulo: Pioneira, 1994.

<sup>147</sup> NEGROPONTE, Nicholas. **A vida digital**. São Paulo, 1995.

<sup>148</sup> CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

<sup>149</sup> CORREIA, Miguel Pupo. Sociedade de informação e direito. In: **Revista de Derecho Informático**, n. 12, 2009. p. 04-08.

<sup>150</sup> TAKAHASHI, Tadao (org.). **A sociedade da informação do Brasil Livro Verde**. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000. p. 05.

<sup>151</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. p. 85-86.

<sup>152</sup> LEMOS, André. **Cibercultura**: tecnologia e vida social na cultura contemporânea. Porto Alegre: Sulina, 2013. p. 99.

passíveis de compartilhamento no âmbito virtual, também se influencia por essas questões. Em razão disso, os direitos de autor não podem representar um empecilho ao desenvolvimento socioeconômico, flexibilizando sua regulação de tal forma que os interesses do autor e da coletividade sejam prejudicados<sup>153</sup>. Faz-se necessário encontrar um ponto de encontro razoável entre o progresso tecnológico e os princípios básicos do direito, concebidos no mundo analógico e linear<sup>154</sup>.

Um ambiente que merece atenção especial dos juristas, tendo em vista suas diversas implicações sobre os direitos autorais, consiste na *internet*. Inicialmente, ela foi estruturada, em 1957, a fim de permitir a interligação de redes de computadores nos Estados Unidos da América (EUA), para fins militares, capitaneados pelo ARPA (*Advanced Research Projects Agency*), agência governamental direcionada para o desenvolvimento de projetos avançados de pesquisa. Isso ocorreu no contexto da Guerra Fria (1945-1991), período no qual haviam disputas estratégicas e conflitos indiretos entre os EUA e a União Soviética, com o intento de conquistar a hegemonia política, econômica e militar, em âmbito mundial.

Quanto aos seus aspectos conceituais, são várias as definições encontradas para a *internet*. Em geral, compreende-se como um instrumento através do qual se permite a interligação de milhares de redes de computadores, convergentes, adotando-se os mesmos padrões de transmissão de dados e informações<sup>155</sup>. Outros autores a compreendem como um grande banco de dados ao qual sempre incluímos mais informações e, uma salvaguardado o acesso à *internet*, nos conectamos a ele<sup>156</sup>. Ou seja, atua como uma rede a qual congrega outras redes de computadores, pessoas e informações, sendo um meio de comunicação que possibilita “a comunicação de muitos com muitos, num momento escolhido, em escala global”<sup>157</sup>.

Com o passar dos anos, a *internet* deixou de possuir fins exclusivamente militares e governamentais, expandindo-se pelas universidades e laboratórios de pesquisas. Na década de 1990, surgiram consideráveis avanços nessa seara, a partir das contribuições do cientista britânico Timothy John Berners-Lee, mais conhecido como Tim Berners-Lee. Ele foi o

---

<sup>153</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 39.

<sup>154</sup> PARDO, Julián Rodríguez. *El derecho de autor em la sociedad de la información*. In: **Comunicación y sociedad**, vol. XIV, n. 01, 2001, p. 125-153.

<sup>155</sup> EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. Sociedade da informação e o direito na era digital. In: **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 44, jul., 2007. p. 5.

<sup>156</sup> DORIA, Pedro R. **Manual para a internet**. Rio de Janeiro: Revan, 1995. p. 33.

<sup>157</sup> CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 08.

responsável por permitir o acesso às informações na rede, por meio de hipertextos, criando o *World Wide Web (WWW)*<sup>158</sup>, sendo possível a conexão ente clientes e servidores, via *HTTP*<sup>159</sup>.

A explosão na utilização da *internet* como sistema comunicacional fez com que, em 1995, 16 milhões de usuários estivessem conectados; 2001, mais de 400 milhões; 2005, 01 bilhão de usuários; 2010, aproximadamente 02 bilhões de internautas. Inúmeras atividades econômicas, sociais, políticas e culturais estruturam-se através da rede mundial de computadores, intensificando as relações entre os indivíduos<sup>160</sup>.

O ambiente virtual, desprovido de fronteiras físicas ou territoriais revelou mudanças e situações inimagináveis. O direito autoral, como vislumbrado no início desse estudo, foi concebido em uma época na qual inexistiam ferramentas tecnológicas voltadas ao compartilhamento de criações intelectuais. Atualmente, os juristas são desafiados a repensar os direitos autorais face às novas circunstâncias jurídicas. Muitas questões relativas à territorialidade e à soberania são trazidas à baila nas relações privadas envolvendo os diversos usos (compartilhamento, edição, readaptação) das obras intelectuais na *internet*.

Sobre a aplicabilidade das normas jurídico-autorais na *internet* faz-se necessário, primeiro, compreendê-la como meio ou veículo de comunicação e não como lugar ou território, dotado de jurisdição e território próprios. Como meio, pode ser usada por inúmeras pessoas, em diversas localidades. Tendo em vista as dificuldades de controle prévio sobre eventuais violações autorais, é imprescindível a adoção de mecanismos, princípios e institutos jurídicos que padronizem os usos das criações intelectuais, resguardando os interesses autorais e coletivos.

A *internet*, instituição de comunicação de massa, à luz do pensamento Habermasiano, configura um relevante elemento constitutivo dos sistemas democráticos<sup>161</sup>, visto que, em seu ambiente, se desenvolvem inúmeras relações sociais. Muitas delas têm como objeto criações intelectuais protegidas. A problemática se intensifica quando os sistemas jurídicos envolvidos são diversos. Por isso, demanda-se a adoção de instrumentos capazes de permitir o acesso aos

---

<sup>158</sup> O *World Wide Web (WWW)* atua como um conjunto de padrões e tecnologias que permitem a utilização da *internet* por meio dos programas navegadores (*browsers*), valendo-se dos hipertextos e da multimídia. Isso proporciona ao usuário maior facilidade na utilização da *internet* e permite a obtenção de resultados mais precisos, sobretudo no tocante ao acesso à informação na rede, conforme EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. Sociedade da informação e o direito na era digital. In: **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 44, jul., 2007. p. 5.

<sup>159</sup> *HTTP (Hypertext Transfer Protocol)* ou protocolo de transferência de hipertexto, permite a comunicação entre sistemas de informação e a transferência de dados entre redes de computadores. Esse protocolo permite a transferência de páginas *HTML (HyperText Markup Language)* – linguagem utilizada para produção de páginas na *web*, do computador para a *internet*.

<sup>160</sup> CASTELLS, **loc. cit.**, p. 08.

<sup>161</sup> HABERMAS, Jürgen. *História y crítica de la opinión pública*. Barcelona: G. Gili, 1994.

bens culturais disponíveis, bem como meios de impedir atos que não sejam autorizados pelo titular dos direitos autorais ou de direitos conexos.

Com a popularização da *internet*, novas práticas lícitas e ilícitas são vivenciadas pelos usuários na rede, reverberando sobre o universo jurídico. Na seara autoral, constata-se essa realidade, por exemplo, nas situações envolvendo o compartilhamento de arquivos em redes *P2P* (*peer-to-peer*)<sup>162</sup>, as quais facilitaram a circulação e o acesso das criações intelectuais (músicas, filmes, fotografias, etc) a um número indeterminado de pessoas. Todavia, muitas dessas condutas envolvendo a troca de arquivos autorais na *internet*, nos moldes restritivos da legislação autoral vigente, caracterizam-se como práticas ilegais, não obstante incidam corriqueiramente e, muitas vezes, com fins justificáveis.

Muitas práticas de compartilhamento de arquivos utilizando as redes *P2P* são mundialmente enquadradas como violações aos direitos autorais, ao passo que disponibilizam arquivos (obras intelectuais), sem a expressa autorização dos seus titulares. A título ilustrativo, destaca-se o *Napster*. Criado em 1999, por Shawn Fanning e Sean Parker, proprietários da *Rhapsody International Inc.*, permitia que os usuários realizassem o *download* de arquivos diretamente do computador de outros indivíduos, de maneira descentralizada. Essa ferramenta foi alvo de inúmeras ações judiciais propostas por artistas e empresas, alegando-se a violação aos direitos autorais sobre as obras disponibilizadas, o que resultou no encerramento de suas atividades, em 2001.

Faz-se necessário destacar os principais aspectos relativos ao compartilhamento de arquivos na *internet*, diante da sua relevância para o tratamento jurídico a ser conferido aos direitos autorais. Isso porque, esses *bits* disseminados na rede contêm criações intelectuais tuteladas pelo direito de autor.

---

<sup>162</sup> *Peer-to-peer* é uma expressão em língua inglesa que significa par-a-par, caracterizando-se como uma arquitetura de redes de computadores, na qual cada um dos pontos da rede atua como cliente e servidor, permitindo o compartilhamento de músicas, vídeos, imagens, dados, dentre outros arquivos digitais, sem a intermediação de um servidor central.

#### 2.4.1 O compartilhamento *P2P* (*peer-to-peer*) das criações intelectuais na rede e suas implicações jurídicas

As relações sociais envolvendo a utilização das criações intelectuais na *internet*, desenvolvidas na sociedade da informação, conforme demonstrado, suscitam soluções jurídicas legislativas e/ou judiciárias, ao passo que, em seu âmbito, pairam direitos morais e patrimoniais resguardados ao autor. Além disso, também se reconhece, a partir da disseminação cada vez maior das obras no meio virtual, sejam elas músicas, imagens, filmes, programas de computador, entre outras, a necessidade de harmonização com o direito à cultura, em seu caráter fundamental, resguardado à coletividade a partir do acesso às produções do intelecto humano.

Com o advento da *internet* ampliou-se a possibilidade de compartilhamento das criações intelectuais, agora transformadas em *bits*, com o auxílio de tecnologias desenvolvidas com esse intento. Entre esses instrumentos, destaca-se a tecnologia *peer-to-peer*, do inglês par-a-par ou ponto-a-ponto, compreendido como uma arquitetura de redes de computadores, na qual cada um dos pontos conectados atua com dupla função de servidor e cliente, possibilitando a distribuição de informações sem o comando de um servidor central. Ela é utilizada para compartilhar músicas, vídeos, imagens, dados, ou qualquer informação exteriorizada em meio digital. Os integrantes dessa rede são denominados *peers*. Eles são os usuários dos computadores conectados, executando funções distribuídas em pares, em que cada computador se responsabiliza por uma parcela dos recursos da rede, operando-se em benefício coletivo.

Tratam-se de manifestações de cunho tecnológico que permitem a digitalização de dados, textos, imagens, sons, e mensagens de todos os tipos, no ambiente do *ciberespaço*. Tem-se um novo modo de comunicação, pensamento e trabalho nas sociedades humanas. Há uma reunião das telecomunicações, informática, imprensa, edição, televisão, cinema e jogos eletrônicos, na indústria unificada da multimídia, decorrente da revolução digital. Em razão disso, conforme o pensamento de Pierre Lévy, demanda-se a adoção de “novos procedimentos de pensamento e negociação que possam fazer emergir verdadeiras inteligências coletivas”<sup>163</sup>. Parte-se para criação de um espaço de saberes, desprovido de fronteiras geográficas, nos quais circulam conhecimentos voltados ao aprimoramento intelectual da coletividade.

Esse modelo de informação em rede, baseado em mecanismos de participação colaborativa, denominado pelo professor da *Harvard Law School*, Yochai Benkler, de

---

<sup>163</sup> LÉVY, Pierre. **A inteligência coletiva**. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015. p. 9-13.

*commons-based peer production*<sup>164</sup>. A noção de *commons* ou, do português, comum, refere-se a uma forma específica de estruturação dos direitos de acesso, uso e controle de recursos, a qual, em sentido diverso ao direito de propriedade, não admite que nenhuma pessoa singular possua o controle exclusivo sobre o uso e a disposição dos recursos, os quais podem ser utilizados e dispostos por qualquer pessoa. Não se opera uma exclusão assimétrica, e sim, o compartilhamento, livre ou condicionado, para todos utilizarem conforme suas necessidades. A produção se opera por pares, ou seja, pressupõe ações individuais autosselecionadas e descentralizadas e não hierarquicamente atribuídas pelo governo e setores privados<sup>165</sup>.

Tendo em vista a descentralização das ações nas redes, através da tecnologia em comento, faz-se necessário analisar a forma como os grupos societários realizam a tomada de decisões. Nesse sentido, Cass Robert Sustain destaca a existência, no ambiente virtual, do “*information cocoons*” ou “casulo de informações”, os quais atuam como universos de comunicação onde são utilizadas apenas as informações escolhidas pelos usuários e compartilhadas conforme seus interesses. No entanto, a deliberação pode não conduzir às melhores decisões, em razão das influências externas ou pressões sociais que fazem com que as pessoas omitam suas verdadeiras opiniões com o receio de serem rejeitadas por seus pares e supervisores. Essa situação pode ser resolvida através do “julgamento estatístico”, por meio do qual a resposta majoritária se apresenta como a mais correta, desde que sob condições identificáveis, sem nenhuma tendência sistemática que conduza ao erro<sup>166</sup>.

Através da produção *peer-to-peer* é possível produzir informação, conhecimento e cultura por meio de relações sociais desenvolvidas na rede sem necessariamente está atrelado ao mercado<sup>167</sup>. Salva-se a distribuição e o compartilhamento das mídias digitais, composta por diversos veículos e aparelhos de comunicação, nos quais circulam obras intelectuais escritas, sonoras e visuais. Esses instrumentos se popularizaram no século XX, a partir da introdução de inúmeros programas de computador, tais como: *Napster*, *eDonkey2000*, *Pirate Bay*, *Bitorrent*, *Ares*, *eMule*, *Kazaa*, *Gnutella* e *Gnutella2*, entre outros.

O *Napster* e o *eDonkey2000* integram a primeira geração dos sistemas de arquitetura de rede *P2P*, os quais pressupõem a existência de um servidor central ao qual ficam vinculados,

<sup>164</sup> BENKLER, Yochai. *Coase's penguin, or, linux and the nature of firm*. In: **Code: collaborative ownership and the digital economy**. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology Press, 2005.

<sup>165</sup> BENKLER, Yochai. **The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom**. New Haven and London: Yale University Press, 2006.

<sup>166</sup> SUSTAIN, Cass Robert. **Infotopia: how many minds produce knowledge**. New York: Oxford University Press, 2006. p. 9-16.

<sup>167</sup> CARBONI, Guilherme. **Direito autoral e autoria colaborativa: na economia da informação em rede**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 133.

além de sua vulnerabilidade. Em contrapartida, com o desenvolvimento dos produtos midiáticos, programas como o *Kazaa*, *Gnutella* e *Gnutella2*, pertencentes à segunda geração, podem atuar de forma autônoma, sem a presença de um servidor principal, além de conferirem maior segurança.

Estima-se que 70 milhões de pessoas utilizam o compartilhamento *online* de arquivos<sup>168</sup>. Ademais, 70% das pessoas com idades entre 18 e 29 anos, são favoráveis a essa prática, conforme pesquisa realizada nos EUA, pela *CBS News*<sup>169</sup>. No âmbito norte-americano surgiram e se desenvolveram os referidos instrumentos tecnológicos, sem prejuízo de sua mundialização posteriormente, sendo acolhidos por diversos países, dentre os quais se destaca o Brasil. Nesse sentido, após pesquisa realizada pelo *Solutions Research Group*, constatou-se que 32 milhões de americanos, com idade acima de 12 anos, já tinham realizado o *download* de pelo menos um filme na *internet*, sendo 80% desse montante composto por usuários dos programas de compartilhamento *P2P*<sup>170</sup>. Na Europa, 20% de sua população já era usuária das redes de compartilhamento *PSP*, conforme matéria veiculada pela *BBC News*, em 3 de julho de 2008<sup>171</sup>.

No Brasil, há uma popularização dessa prática, embora, diante da natureza restritiva atribuída aos negócios jurídicos envolvendo direitos autorais (artigo 4º, Lei nº 9.610/98), muitas condutas sejam enquadradas como ilegais.

A fim de ilustrar a temática apresentada, elenca-se os casos envolvendo os programas de compartilhamento de arquivos *P2P* – *The Pirate Bay* e *Napster*. Opera-se a judicialização de contendas envolvendo os direitos autorais, sobretudo no tocante ao compartilhamento de conteúdo multimídia na *internet*, através de tecnologias específicas para esse fim.

O *The Pirate Bay* é um site que possibilita o *download* de filmes, músicas, jogos, softwares, entre outras obras, disponibilizadas na *internet*. Ele foi criado em setembro de 2003 pela organização sueca anti-*copyright* *Piratbyrå* (*The Piracy Bureau*). Em 17 de abril de 2009, os suecos Fredrik Neij, Gottfrid Svartholm e Peter Sunde, fundadores do *site*, foram considerados culpados de violação de direitos autorais e sentenciados a um ano de prisão e pagamento de multa no valor de 30 milhões de SEK (*Swedish Krona*), aproximadamente 4,2 milhões de dólares. A Suécia o acusou, através do promotor público Hakan Roswall, “de

<sup>168</sup> DELGADO, Ray. *Law professors examine ethical controversies of peer-to-peer file sharing*. Stanford Report, 2004.

<sup>169</sup> COSGROVE-MATHER, Bootie. *Poll: young say file sharing OK*. In: *CBS News*, 2003.

<sup>170</sup> GROUP, Solutions Research. *Movie file-sharing booming: study*. Disponível em: <<http://www.srgnet.com/pdf/Movie%20File-Sharing%20Booming%20Release%20Jan%2024%2007%20Final.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2017.

<sup>171</sup> *BBC News*. *Technology: Warning letters to 'file-sharers'*. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/7486743.stm>>. Acesso em: 18 set. 2017.

cumplicidade e conspiração para violar leis de direito autoral, o que poderia resultar em multas ou sentença de até dois anos de prisão”<sup>172</sup>, em razão da prática, considerada ilegal, distribuição de conteúdo protegido por direito autoral, via *internet*. Todavia, o *site*, em sua defesa, alega que apenas arquivos *torrent* são salvos no servidor. Ou seja, nenhum conteúdo com direitos autorais (*copyright*) ou ilegal é armazenado<sup>173</sup>.

Outro caso de bastante relevo, envolvendo a disponibilização de conteúdo *online*, envolveu a empresa norte-americana *Napster*, fundada por Shawn Fanning, John Fanning e Sean Parker, em junho de 1999. Esse programa permitiu o compartilhamento *PSP* de arquivos musicais (*MP3*) com outros usuários. A organização sofreu inúmeros processos sob o argumento de violação aos direitos autorais das obras disseminadas.

Dentre as demandas contra a empresa suscitada, destaca-se à realizada pela banda *Metallica*, em 13 de março de 2000, ao descobrir que sua música, *I Disappear*, circulava pela rede antes de seu lançamento oficial e sem autorização dos seus titulares. Além disso, no mesmo ano, a cantora estadunidense *Madonna* também processou o *site* em razão do vazamento de sua música *Music*. Outras contendas judiciais também foram vislumbradas, como, por exemplo, àquela realizada pela a companhia americana de gravação musical *A & M Records*, juntamente com várias outras empresas de gravação, através da *Recording Industry Association of America (RIAA)*, processou a *Napster* por infração aos direitos autorais (*copyright*), nos termos do *US Millennium Digital Copyright Act (DMCA)*.

Diante do exposto, é indubitável que o direito autoral representa um estímulo às criações do intelecto humano, conforme preceitua o artigo 216, §3º, da Constituição Federal<sup>174</sup>. Esse direito gera um custo social, o qual se justifica em razão de sua função social, voltada ao desenvolvimento cultural e econômico<sup>175</sup>. No entanto, cabe vislumbrar se essa repercussão social dos direitos autorais “[...] de fato vem se prestando ao desenvolvimento cultural, econômico e tecnológico”<sup>176</sup>.

As demandas mencionadas servem para ilustrar o longo caminho pela qual o direito autoral ainda deverá percorrer, buscando-se adaptar as novas exigências sociais, direcionadas à colaboração mútua entre os sujeitos na sociedade informacional. Deve-se focar no ser enquanto

<sup>172</sup> REUTERS. **Suécia quer processar *Pirate Bay* por violar direitos autorais**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Tecnologia/0,,MUL277010-6174,00.html>>. Acesso em: 18 set. 2017.

<sup>173</sup> BAY, The Pirate. *About*, 2008. Disponível em: <<http://thepiratebay.org/about>>. Acesso em: 18 set. 2017.

<sup>174</sup> Esse dispositivo salvaguarda a necessidade de serem estabelecidos incentivos, não apenas fiscais, como também relativos aos usos das criações intelectuais, para a produção de bens e valores culturais.

<sup>175</sup> ASCARELLI, Tullio. *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Lezioni di diritto industriale*. Milano: Guiffirè, 1957. p. 245.

<sup>176</sup> CARBONI, Guilherme. **Direito autoral e autoria colaborativa: na economia da informação em rede**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 134.

criador intelectual, tarefa motivada pelos recursos tecnológicos, os quais, utilizados de maneira correta e legal, contribuem para efetivação, além do direito de autor, do acesso à cultura, fundamento constitucionalmente consagrado pela ordem jurídica nacional e internacional.

Essa constitucionalização e repersonalização do direito de autor à luz dos ditames constitucionais revela a necessidade de atualização normativa e adoção de decisões judiciais que melhor coadunem os interesses do autor e da coletividade. Vivemos em uma sociedade que muda constantemente, cabendo ao direito adaptar-se a essas transformações, conferindo o adequado tratamento aos seus institutos jurídicos, no âmbito do direito privado, em especial, na seara do direito autoral.

## 2.5 A repersonalização do direito autoral: uma análise à luz do direito privado

Partindo de uma perspectiva tradicional, a ordem jurídica privada foi construída historicamente à luz da dicotomia envolvendo Direito Público *versus* Direito Privado. O movimento pela codificação influenciado pelos ideários da Revolução Francesa (1789), de caráter estritamente positivista, reverberou a ideia de que a completude do Direito seria atingida a partir da atuação do Legislador.

Nesse contexto, o Direito Autoral também fora analisado, em atenção à lógica patrimonialista prevalente no curso evolutivo deste ramo jurídico. Este foi vislumbrado como um privilégio salvaguardado aos criadores da obra<sup>177</sup>. Logo, o caráter patrimonialista suscitado perdurou durante anos e fez com que a tutela normativa das criações intelectuais se apresentasse em uma perspectiva cada vez mais limitadora<sup>178</sup>.

Durante um longo período operava-se uma privatização das informações a um número restrito de pessoas, como forma de acúmulo de poder, erigindo, deste modo, uma sistemática autoralista voltada à tutela do “ter” e não do “ser”, enquanto criador da obra intelectual. Não vislumbrávamos uma perspectiva mais humanista sobre os direitos autorais, deixando de resguardar os demais interesses coletivos que permeiam as produções imateriais.

As regras privadas demonstraram sua insuficiência em disciplinar os novos conflitos provenientes das relações socioculturais surgidas, conduzindo à evolução do direito público e, por conseguinte, a busca pela efetivação de direitos e garantias aos cidadãos. A Constituição deixou de figurar como uma mera Carta Política passando a atuar no centro da sistemática jurídica vigente, ou seja, como instrumento disciplinador da atuação estatal, assim como da sociedade de maneira geral<sup>179</sup>. Fato este que resultou, sem prejuízo de outros aspectos, no fenômeno da constitucionalização do Direito Privado.

O fenômeno da Constitucionalização do Direito, cujo fim precípua é “a irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito”<sup>180</sup>, trouxe expressivas modificações na perspectiva civilista, em diversos de seus institutos. Por sua vez, as legislações autorais, não obstante pautadas na maior proteção aos aspectos patrimoniais do

---

<sup>177</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 10.

<sup>178</sup> RÊGO, Sidney da Silva. **Do patrimonialismo à repersonalização do direito autoral**: harmonização dos direitos fundamentais à informação, cultura e educação e o uso alternativo das obras protegidas. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas (UFAL), Maceió, 2010. p. 14.

<sup>179</sup> SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 42.

<sup>180</sup> SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 38.

direito autoral, passaram a reconhecer o ser, enquanto criador intelectual, dotado de prerrogativas de cunho moral.

Operou-se “a restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, a qual é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais”<sup>181</sup>. Não mais se concebe a patrimonialização das relações jurídicas vislumbradas na ordem cível ao passo que valores como a dignidade da pessoa (art. 1º, III, da CRFB/88) se tornaram essenciais à repersonalização dos institutos do Direito Privado. Novos interesses e condutas dos sujeitos demandam novas regulamentações e compreensão destes como seres coletivos, em uma ruptura substancial dos padrões jurídicos outrora presentes<sup>182</sup>.

O Direito Autoral, a partir da sua repersonalização, passou a ser vislumbrado como um instrumento de tutela jurídica do ser, enquanto sujeitos criadores e receptores das obras intelectuais. O que ocorre à luz de uma visão antropocêntrica, a qual considera a pessoa humana no centro do plano jurídico<sup>183</sup>.

Dentre os diversos fatores que ensejaram esta reformulação da sistemática autoral vigente, podemos destacar as novas relações socioculturais difundidas no cerne da sociedade da informação, por intermédio das quais os indivíduos se veem livres para contribuir mutuamente com a introdução de práticas arraigadas em raízes democráticas.

O Direito Autoral, hodiernamente, deve resguardar o homem como ponto central, considerando seus respectivos interesses, isto é, adotando-se uma visão antropocêntrica, o criador da obra intelectual deve ser vislumbrado como pessoa humana merecedora de proteção jurídica<sup>184</sup>. A partir do momento em que os aspectos relativos aos direitos do autor são reanalisados juntamente com as perspectivas direcionadas à tutela do ser enquanto criador da obra intelectual e receptor da mesma, incide o caráter social atribuído aos direitos autorais.

---

<sup>181</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, jan./mar. 1999. p. 103.

<sup>182</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 224.

<sup>183</sup> MORAES, Rodrigo. **Os direitos morais do autor**: repersonalizando o direito autoral. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 50.

<sup>184</sup> MORAES, **Ibidem**, p. 34.

### 2.5.1 A dicotomia entre direito público *versus* direito privado: uma análise à luz do direito autoral

Esta dualidade histórica envolvendo o Direito Público e Privado merece destaque no presente construto a fim de se demonstrar que, assim como a lógica patrimonialista percorreu tradicionalmente o Direito Civil, o Direito Autoral perpassou por essa sistemática de prevalência do ter sobre o ser (o autor). Para tanto, a historicidade se faz relevante a fim de se demonstrar os reflexos da reformulação do Direito Privado no plano autoral.

O movimento pela codificação, de raízes positivistas, foi impulsionado em diversas sociedades e contextos. Assim, sua construção foi pautada em dois alicerces – de um lado, a propriedade privada e a autonomia de vontade das partes; em sentido contrário, as Constituições essencialmente políticas, voltada ao estabelecimento de normas de condutas impostas ao Estado para consecução dos fins públicos<sup>185</sup>.

Na Alemanha, o movimento predecessor do positivismo jurídico foi a Escola Histórica do Direito<sup>186</sup>, a qual buscou desconstituir o caráter sagrado atribuído ao direito natural, ocasionando o rompimento com as perspectivas da filosofia *jusnaturalista*. Em seguida, o positivismo jurídico, fulcrado no dogma da onipotência do legislador e corroborado por grandes codificações surgidas entre os séculos XVIII e XIX, foi influenciado por pensadores iluministas os quais, ao criticarem o direito consuetudinário, corroboravam com a necessidade de substituição do conjunto de normas consuetudinárias por um direito fundado em normas jurídicas organizadas de forma sistemática<sup>187</sup>.

Na França, a codificação foi influenciada pelo pensamento iluminista oriundo da segunda metade do séc. XVIII e séc. XIX. Ademais, se materializou, sobretudo, pelos Códigos – *Corpus Juris Civilis, Digesto* (Justiniano) e Código Napoleônico. Houve inspiração em concepções jurídico-filosóficas pertinentes ao iluminismo, as quais foram difundidas e corroboradas pela Revolução Francesa. Com isso, a Escola da Exegese<sup>188</sup> se voltou à interpretação passiva e mecânica do Diploma de Napoleão, também influenciada pela prevalência da vontade do legislador, extraída diretamente da norma jurídica, limitando-se o

---

<sup>185</sup> RÊGO, Sidney da Silva. **Do patrimonialismo à repersonalização do direito autoral**: harmonização dos direitos fundamentais à informação, cultura e educação e o uso alternativo das obras protegidas. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas (UFAL), Maceió, 2010. p. 90.

<sup>186</sup> Este movimento, oriundo da escola histórica do direito, foi difundido na Alemanha, entre o fim do séc. XVIII e início do séc. XIX, tendo como principal expoente Friedrich Karl von Savigny.

<sup>187</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 45-55.

<sup>188</sup> Surgida na França, no século XIX, se pautou na interpretação mecanicista do Código Napoleônico, em contraponto à Escola Científica, direcionada à autonomia dos conceitos jurídicos, extraídos autonomamente do Diploma suscitado.

operador do Direito a aplica-la ao caso concreto, em um procedimento meramente subsuntivo<sup>189</sup>.

Toda esta tradição e apego pela codificação condicionou a estruturação do Direito Privado, em nosso País, inicialmente representado pelo Código Civil de 1916, fundado em um conjunto de regras disciplinadoras das relações entre particulares. Estas se desenvolviam autonomamente, ou seja, com fulcro na autonomia de vontade das partes, sem levar em consideração outros elementos axiológicos<sup>190</sup>. Tais perspectivas, difundidas nos países de tradição romano-germânica, permaneciam pautadas no caráter absoluto da lei como expressão literal da vontade do legislador.

No entanto, esta diferenciação entre o aspecto público e privado do Direito já não se demonstrava mais adequada, tendo em vista as dificuldades em delimitar o que estaria no âmbito das liberdades e interesses particulares daquilo apresentado como interesse público. Na sociedade hodierna, tais contornos não são facilmente vislumbrados de forma isolada, visto que os liames entre o público e o privado interagem cada vez mais<sup>191</sup>. A preocupação atual com a tutela dos interesses coletivos conduziu o Estado a considerar valores socioculturais que demandaram a interferência deste, em contraponto a sistemática oitocentista, a qual perdurou por um longo período.

Anteriormente ao fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, a ser explicitada em momento oportuno, ocorreu a publicização deste ramo jurídico. Esta é pautada pela atuação do Estado, incidente sobre o Poder Legislativo, principalmente a partir do advento do Estado Social ou Providencial (século XX), voltada à efetivação das prestações sociais, por meio da atividade legiferante. A preocupação com a autonomia privada foi reduzida a partir da proteção conferida aos fins públicos. A atuação do legislador se destinou a atribuir caráter público a matérias outrora disciplinadas exclusivamente pelo Código Civil<sup>192</sup>.

Vale ressaltar que a submissão dos institutos privados à sistemática do Direito Público, no cerne do Estado Social – *welfare state*, se limitou a permitir uma ruptura com a distinção tradicionalmente elencada, havendo, em algumas situações, a simbiose entre os interesses públicos e privados. Este é caracterizado pela simples intervenção do legislador infraconstitucional no cerne das relações privadas, publicizando-as. No entanto, esta atuação

---

<sup>189</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 63-89.

<sup>190</sup> MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 13.

<sup>191</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 52-53.

<sup>192</sup> LÓBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, jan./mar. 1999. p. 100.

não atribui natureza de Direito Público a tais âmbitos<sup>193</sup>. A efetiva submissão destes a sistemática constitucional, nos moldes como compreendemos hodiernamente, ocorreu somente com o fenômeno da constitucionalização do Direito Privado.

Diante disso, não há uniformidade, por parte dos doutrinadores, em considerar superada a dicotomia apresentada. Alguns corroboram por sua relativização, outros, advogam pela superação desta histórica distinção<sup>194</sup>. Há estudiosos que atestam uma convergência entre os dois ramos supracitados, sendo o Direito Civil arraigado no cerne social e integrante de um único ordenamento<sup>195</sup>. Em sentido contrário, pode ser sustentada a distinção entre tais âmbitos, sem, contudo, radicalizar em prol de eventual dicotomia ou uniformização<sup>196</sup>.

---

<sup>193</sup> **Ibidem**, p. 101.

<sup>194</sup> ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas, benefícios coletivos**: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008. p. 34.

<sup>195</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 55.

<sup>196</sup> LUDWIG, Marcos de Campos. Direito Público e Direito Privado: a superação da dicotomia. MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *In: A Reconstrução do Direito Privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: RT, 2002. p. 106.

### 2.5.2 A constitucionalização do direito privado e seus reflexos no direito autoral

Com o surgimento de nossa Carta Magna foram efetivamente consagrados inúmeros dispositivos tuteladores de direitos e garantias fundamentais, não obstante a referência de alguns destes em Constituições anteriores. A partir de então, coube à observância aos efeitos horizontais produzidos pelos direitos fundamentais quando das relações entre particulares, não apenas levando em consideração a incidência direta destes, como também analisando as disposições infraconstitucionais, no caso, a Lei de Direitos Autorais<sup>197</sup>. Houve a necessidade de adaptação de todo o ordenamento infraconstitucional ao novo modelo instituído pelas normas constitucionais, dotadas de superioridade hierárquica<sup>198</sup>.

A Constitucionalização dos Direitos faz com que a harmonia de nosso sistema jurídico seja corroborada por força da adequação dos dispositivos normativos aos fundamentos insculpidos na Constituição Federal. Desta forma, a Lei Maior atua como “o referencial ético e valorativo reconhecido por toda nação. Os demais instrumentos devem estar de acordo com o texto constitucional”<sup>199</sup>.

Não se concebe hodiernamente um distanciamento entre as disposições infraconstitucionais e a Lei Maior, na medida em que esta passa a figurar, a partir do fenômeno da constitucionalização do Direito Privado, no centro do sistema jurídico, fazendo-se necessária a coadunância e consecução das disposições constitucionais por todos os ramos jurídicos, inclusive o Direito Autoral.

Embora existam autores que discordem desta adjetivação atribuída ao Direito Civil, visto que, não obstante se busque a manutenção da autonomia dogmática e conceitual deste ramo jurídico, a expressão é inadequada. Seria desnecessário conferir este adjetivo, na medida em que a alteração incide sobre o âmbito civilista, modificando-o completamente e não somente acrescentando-lhes outros elementos<sup>200</sup>.

Sem prejuízo de tais objeções, em atenção ao fenômeno ora analisado, a dogmática privada é (re)estruturada a partir do surgimento dos Diplomas Constitucionais posteriores à Segunda Guerra Mundial, destacando-se, na realidade jurídica brasileira, a Carta Magna de

---

<sup>197</sup> MIZUKAMI, Pedro Nicoleti. **Função social da propriedade intelectual**: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2007. p. 405-406.

<sup>198</sup> ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas, benefícios coletivos**: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008. p. 54-55.

<sup>199</sup> VITALIS, Aline. A função social dos direitos autorais: uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade da informação. In: **Direito Autoral** – Coleção Cadernos de Políticas Culturais, v. 1. Brasília: Ministério da Cultura, 2006. p. 177.

<sup>200</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 22.

1988. Esta passa a figurar como o parâmetro hermenêutico essencial para compreensão dos demais ramos jurídicos, conduzindo a uma verdadeira filtragem constitucional de forma que “[...] toda ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados”<sup>201</sup>.

Há o reconhecimento da supremacia da Constituição, na qual são tutelados os valores e interesses sociais. O Estado, em outro momento, liberal e inerte, passa a cumprir os comandos constitucionais que pugnam pela efetivação das prestações sociais salvaguardadas aos cidadãos. Os direitos sociais, de cunho prestacional, demandam a atuação estatal, por meio, sobretudo, da atividade legiferante, no sentido de salvaguardá-los.

A constitucionalização do direito privado fez com que as normas constitucionais deixassem de ser meramente organizacionais, de cunho político, efetivando instrumentos de realização da justiça social. Na Constituição Brasileira de 1988 se inserem normas constitucionais norteadoras do Estado Democrático de Direito, bem como disposições de direito privado<sup>202</sup>. Altera-se o paradigma dogmático jurídico, com fulcro na positivação de elementos axiológicos que reconhecem a dignidade da pessoa humana como valor estruturante da ordem jurídica, materializado no artigo 1º, III, da Constituição Federal, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

A repersonalização do direito privado reconduz o indivíduo ao centro da sistemática jurídica de tutelada constitucionalmente<sup>203</sup>. O caráter patrimonialista cede espaço, nos dias atuais, a um direito de autor em total consonância com a Constituição Brasileira e a função social salvaguardada em seu âmbito<sup>204</sup>. A repersonalização do Direito Autoral é essencial no sentido de fazer com que o autor seja recolocado no centro da esfera protetiva, em atenção, também, a coletividade.

No constitucionalismo contemporâneo, o Direito de Autor apresenta particularidades que o identificam com o instituto da propriedade, sendo relevantes os aspectos que corroboram

---

<sup>201</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 225, jul./set. 2001. p. 34.

<sup>202</sup> RÊGO, Sidney da Silva. **Do patrimonialismo à repersonalização do direito autoral**: harmonização dos direitos fundamentais à informação, cultura e educação e o uso alternativo das obras protegidas. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas (UFAL), Maceió, 2010. p. 92.

<sup>203</sup> REIS, Jorge Renato dos. O direito de autor no constitucionalismo contemporâneo: considerações acerca de sua função social. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo (coord.). **Propriedade Intelectual em Perspectiva**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 154.

<sup>204</sup> SILVA, Rosane Leal da; RUE, Letícia Almeida de La. A constitucionalização do direito de autor e as potencialidades da internet para a difusão da cultura. In: **Revista de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza**, v. 19, Fortaleza, 2014. p. 293.

com a sua funcionalidade<sup>205</sup>. Assim, “com o desfazimento da moldura individualista, a concepção de propriedade vem apanhando feição normativa com ares coletivos sendo expressamente recepcionada pela Constituição Brasileira de 1988, no artigo 5º<sup>206</sup>. A supremacia das normas constitucionais passa a ser concebida como o caminho necessário a tutela dos interesses coletivos, visto que não há razão para existência de um Estado inculcado em ideários democráticos, sem considerar a sociedade em todas as suas particularidades.

O Direito Autoral, cujo viés patrimonialista perdurou ao longo da história, direciona-se a tutela valorativa – axiológica. O indivíduo retorna ao plano central de proteção do Direito, assumindo uma postura antropocêntrica, por meio da qual a dignidade é colocada em relevo frente ao patrimônio<sup>207</sup>. Isto pode ser constatado, dentre outros fatores, a partir das novas práticas socioculturais de aquisição e propagação de bens intelectuais vislumbrados na sociedade da informação.

---

<sup>205</sup> REIS, Jorge Renato dos. O direito de autor no constitucionalismo contemporâneo: considerações acerca de sua função social. *In*: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo (coord.). **Propriedade Intelectual em Perspectiva**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 151.

<sup>206</sup> ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; OLIVEIRA, Paula Cristina Koerig de. Pra não dizer que não falamos de espinhos: a constitucionalização do direito civil e a difícil concretização da ideia de repersonalização em ações de direitos reais nos tribunais brasileiros. *In*: **Revista de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul**, nº 32, jul./dez. 2009. Santa Cruz do Sul: Ed. UNISC, 2009. p. 57.

<sup>207</sup> MORAES, Rodrigo. **Os direitos morais do autor**: repersonalizando o direito autorial. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. p. 47.

### 3 A DOGMÁTICA JURÍDICA INTERNACIONAL E NACIONAL (CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL) DE TUTELA DOS DIREITOS AUTORAIS

Para melhor compreensão da propriedade intelectual na contemporaneidade, com destaque para a disciplina jurídica nacional e internacional dos direitos autorais, cumpre demonstrar a relevância da proteção autoral nos processos de produção decorrente do intelecto humano, responsável pelo progresso econômico e tecnológico mundial. Esse tratamento jurídico sobre as criações do espírito demonstra-se presente há tempos, tuteladas em Convenções e Tratados Internacionais, como será demonstrado adiante.

No plano epistemológico, a análise da dogmática jurídica, atitude predominante na ciência jurídica<sup>208</sup>, pressupõe a análise de seu efetivo papel, desempenhado na sociedade moderna, a fim de manter a estabilidade política e o controle do poder<sup>209</sup>. Com o auxílio desse instrumento, o jurista pode realizar o estudo sistemático do ordenamento jurídico, compreendendo as normas e princípios aplicáveis ao caso concreto<sup>210</sup>. No plano dos direitos autorais, vislumbra-se a dogmática jurídica autoral, composta por normas jurídicas que salvaguardam as obras intelectuais e seus autores.

A dogmática jurídica apresenta como dogma prefixado a norma jurídica, buscando-se adequar as situações fática ou concretas às normas jurídicas consagradas no ordenamento jurídico. Baseia-se no pensamento sistemático, sem prejuízo de possibilitar a revisão ou atualização das regras em conformidade com os limites estabelecidos na legislação, associando modos de interpretação e integração da norma ao fato<sup>211</sup>. Ela não deve ser vislumbrada como algo que aprisione o jurista à norma jurídica, e sim, permitir uma maior liberdade no entendimento da realidade em constante mudança<sup>212</sup>.

O pensamento jurídico-dogmático é relevante para a análise do meio social diversificado no qual se inserem os indivíduos atualmente, distribuído em seguimentos desigualmente dotados de poder, originando conflitos intersubjetivos que demandam soluções jurídicas adequadas a essa realidade diversificada, ponderando os interesses presentes no caso concreto. A dogmática, aplicada ao âmbito jurídico, atua na decidibilidade das contendas. No

---

<sup>208</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

<sup>209</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 173.

<sup>210</sup> REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 322.

<sup>211</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 175.

<sup>212</sup> FERRAZ JÚNIOR, **op. cit.**, p. 96.

entanto, o direito positivo não é estável e perpétuo, assumindo constantes mudanças no mundo moderno<sup>213</sup>.

A dogmática jurídica também se preocupa com o elemento social, na medida em que seleciona as variáveis jurídicas aplicáveis às situações fáticas submetidas à apreciação do jurista, controlando a consistência das decisões<sup>214</sup>. Para tanto, analisa-se valorativamente os fundamentos do direito, salvaguardando os interesses da coletividade. Faz-se necessário vislumbrar os fatores presentes no meio social, os quais devem coadunar com os princípios fundamentais insculpidos no direito positivo interno e internacional dos países, em prol da supremacia da ordem pública e da dignidade da pessoa humana.

A aplicação da noção de modernidade ao âmbito jurídico, sem prejuízo de sua ampla função semântica, traz à baila o debate sobre a organização do direito como instrumento regulador das condutas humanas. O direito, em diversas legislações, assumiu um maior grau de complexidade, incidente sobre as relações sociais atualmente. Um Estado moderno, a fim de dogmatizar o direito vigente, se vale de alguns pressupostos. Busca-se a positivação do direito, mantendo o monopólio estatal na produção das normas jurídicas. Além disso, privilegia-se as fontes estatais em detrimento das fontes espontâneas e extraestatais do direito, assim como a emancipação da ordem jurídica sobre as demais ordens normativas, definindo aquilo que é juridicamente relevante<sup>215</sup>.

O direito dogmático caracteriza-se, conforme leciona Tércio Sampaio Ferraz Júnior, pela inegabilidade dos pontos de partida, ou seja, o argumento jurídico é aceitável quando se fundamenta em uma norma jurídica consagrada no sistema, compreendida como dogma<sup>216</sup>. Os fatos jurídicos ou versões linguísticas sobre eventos<sup>217</sup> se apresentam como dogmáticos quando a norma jurídica assim os define. Ademais, sobre o Estado recai a obrigatoriedade de solucionar o conflito incidente no caso concreto, mesmo diante da complexidade jurídica vivenciada hodiernamente, marcada por materiais axiológicos diversos e antagônicos<sup>218</sup>. Isso não seria diferente para os direitos de autor.

---

<sup>213</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da Dogmática Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 200.

<sup>214</sup> DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 704-705.

<sup>215</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 199-201.

<sup>216</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da Dogmática Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 95 e s.

<sup>217</sup> **Idem**, 1988, p. 253.

<sup>218</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 209-210.

Os direitos autorais, ramo jurídico que conquistou sua autonomia ao longo dos anos, como demonstrado na primeira parte desse estudo, possui ampla disciplina normativa em âmbito nacional e internacional. No entanto, merece constante atenção da dogmática jurídica autoral, ao passo que as relações sociais envolvendo a utilização das criações intelectual na atualidade se apresentam complexas, dotadas de aspectos controvertidos, cabendo ao jurista analisar e solucionar as problemáticas existentes.

Para tanto, o operador do direito deve se valer do tratamento jurídico conferido aos direitos autorais em Tratados e Convenções Internacionais, bem como, nas legislações (constitucional e autoral) brasileiras, as quais disciplinam inúmeros aspectos do direito da propriedade intelectual, seja no plano industrial ou dos direitos autorais sobre as criações intelectuais (músicas, filmes, imagens, entre outras). Assim, *a priori*, cumpre tecer algumas considerações sobre o sistema jurídico internacional de tutela dos direitos autorais.

### 3.1 Sistema jurídico internacional de proteção dos direitos autorais

O desenvolvimento das relações econômicas gerou profundos reflexos sobre as relações interpessoais e as que envolvem a troca de bens materiais e intelectuais. A lógica de mercado atribui valor de troca às criações imateriais produzidas pelos artistas, intelectuais e acadêmicos. Tem-se a intensificação da cultura de consumo, incidente, conforme dispõe Mike Featherstone, sobre as atividades de lazer, arte e cultura, impulsionada pela lógica do capital, aliada ao progresso econômico e tecnológico<sup>219</sup>. Referindo ao direito de autor, esse processo foi acelerado a partir do advento da *internet*, tendo em vista que propiciou uma maior facilidade de difusão das criações imateriais.

O desenvolvimento tecnológico, especialmente nos setores da informática e comunicação, tem suscitado maior atenção na produção de normas internacionais de proteção autoral. Pleiteia-se uma disciplina jurídica inovadora, debruçando-se sobre às relações envolvendo obras fixadas em diversos suportes, inclusive, virtuais. Isso ocorre diante da viabilidade técnica e econômica de reprodução das obras por meios eletrônicos. Amplia-se a tensão entre “o direito à informação e o direito de reprodução; entre o direito dos autores e outros titulares e os interesses públicos [...]”<sup>220</sup>.

No plano dos direitos de autor, operou-se um intenso movimento de internacionalização. Hodiernamente, vislumbra-se diversos Tratados e Convenções voltados à harmonização entre os diversos sistemas jurídicos existentes, com destaque para os dois grandes sistemas do *Copyright* e *Droit d’Auteur*, adotado pelo Brasil, sem prejuízo da influência de doutrinas e da legislação anglo-saxônica para as novas perspectivas jurídicas atribuídas aos direitos autorais.

A fim de salvaguardar os interesses transnacionais, os Estados devem manter sua soberania, sobretudo nas relações com os demais. Para tanto, faz-se necessária a observância a um conjunto de normas e procedimentos relativos ao direito internacional público e privado. No ramo do direito da propriedade internacional, essa relação harmônica entre os sistemas jurídicos não se demonstra uma tarefa fácil. No entanto, ao jurista contemporâneo é atribuído o encargo de buscar soluções dogmáticas que coadunem os interesses envolvidos e consagrados pela legislação pátria (constitucional e infraconstitucional) e internacional (Tratados e Convenções Internacionais).

---

<sup>219</sup> FEATHERSTONE, Mike. **Cultura de consumo e pós-modernismo**. Tradução de Júlio Assis Simões. São Paulo: Studio Nobel, 1990. p. 32-33.

<sup>220</sup> FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito autoral: da antiguidade à internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 74.

Em âmbito internacional, entre os organismos internacionais disciplinadores dos direitos da propriedade intelectual, abrangidos o plano industrial e autoral, elenca-se a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), órgão responsável pela gestão das Convenções internacionais na área elencada. A OMPI é uma das 16 agências especializadas da Organização das Nações Unidas (ONU), criada em 1967, com sede em Genebra, na Suíça. Possui como intento primordial a constante atualização e proposição de padrões internacionais de proteção às criações intelectuais em âmbito mundial.

O direito internacional autoral decorre da projeção dos interesses econômicos e culturais das nações, além dos limites territoriais. A sociedade moderna ou líquida, conforme nomeia Zygmunt Bauman, estabelece uma nova noção envolvendo o tempo e espaço. A noção temporal relaciona-se às questões que envolvem velocidade, flexibilidade e expansividade, em detrimento da permanência e durabilidade das relações sociais na contemporaneidade. O tempo se tornou instável, desvalorizando o espaço, cujas barreiras transcendem o espaço físico<sup>221</sup>. Isso se intensificou, sobretudo, a partir do surgimento da rede mundial de computadores, no século XX, a qual possibilitou a ampla difusão das criações imateriais e, por conseguinte, o acesso à informação, à cultura e ao conhecimento.

Em determinadas situações, opera-se, também, a internacionalização dos interesses, usos e costumes de determinada nação ou grupo de nações, através de Tratados e Convenções internacionais. No plano político e econômico, as nações impõem seus interesses ou concepções, como ocorre, por exemplo, no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), da Organização Mundial do Comércio (OMC), da Organização Internacional do Trabalho (OIT), do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), do Tratado de Livre Comércio da América ou *North American Free Trade Agreement (NAFTA)*, e da União Europeia (UE)<sup>222</sup>.

À luz de seu processo evolutivo, o direito de autor, no plano internacional, surgiu em razão do fomento, pelos países desenvolvidos, na produção de obras artísticas e literárias, com o intento de salvaguardar aos autores nacionais a proteção jurídica internacional, reconhecendo-se, *a posteriori*, os direitos conexos<sup>223</sup>. O direito de autor fundamenta-se nos princípios internacionais da personalidade e da territorialidade, delimitando as fronteiras territoriais do

---

<sup>221</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

<sup>222</sup> FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito autoral: da antiguidade à internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 71-72.

<sup>223</sup> FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito autoral: da antiguidade à internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 72.

exercício estatal soberano<sup>224</sup>. Internacionalmente, a disciplina autoral ocorreu a partir dos conflitos legislativos entre os sistemas jurídicos nacionais do *copyright* e *droit d'auteur*, além das questões jurisdicionais, envolvendo a necessidade de definição da competência territorial dos tribunais nacionais para solução de conflitos autorais<sup>225</sup>.

Com o advento da *internet*, intensificaram-se os conflitos autorais, demandando-se soluções jurídicas internacionais homogêneas, considerando os diversos sistemas jurídicos nacionais. No plano jurisdicional, a maior parte dos Tratados e Convenções internacionais consagram normas jurídicas específicas para a solução de controvérsias. Nesse sentido, dispõe a Convenção de Berna (1886), em seu artigo 33, sobre a necessidade de submissão à Corte Internacional de Justiça (Haia), aplicável aos países que a aderiram ou ratificaram.

Foram inúmeros os fatores que impulsionaram a criação de normas de proteção internacional dos direitos autorais. Em princípio, buscou-se salvaguardar igual proteção aos autores nacionais de vários países, conforme o princípio do tratamento nacional. Para tutela jurídica autoral, no plano internacional, utiliza-se os instrumentos jurídicos – Convenções e Tratados bilaterais e multilaterais, conferindo-se um regime legal uniforme para os países conveniados.

Antes de adentrar na análise específica das Convenções e Tratados internacionais disciplinadores dos direitos autorais, cumpre explicitar algumas considerações sobre o órgão internacional de tratamento da propriedade intelectual, qual seja, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) ou *World Intellectual Property Organization (WIPO)*, agência especializada da Organização das Nações Unidas (ONU), dedicada à padronização da proteção conferida às criações intelectuais.

---

<sup>224</sup> A soberania já foi analisada, no século XVI, pelo jurista renascentista francês Jean Bodin (1530-1596), o qual a compreendeu como o poder absoluto e perpétuo atribuído a uma nação, a qual é salvaguardado o direito exclusivo de exercer sua autoridade em determinado âmbito territorial. Para maiores questões, recomenda-se: BODIN, Jean. **Os seis livros da república**. Tradução de José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011.

<sup>225</sup> FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito autoral: da antiguidade à internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 72-73.

### 3.1.1 Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI): a disciplina jurídica autoral internacional nas Convenções e Tratados

Inicialmente, cumpre estabelecer algumas considerações sobre as Convenções e Tratados Internacionais, em matéria autoral. Esses diplomas legais surgiram como Tratados bilaterais. O primeiro foi o Tratado de Comércio estabelecido entre França e Holanda, no qual àquela adotou suas disposições em outros acordos com 46 países<sup>226</sup>. Posteriormente, os países europeus, diante do desenvolvimento econômico, tecnológico e, por conseguinte, da produção intelectual, adotaram Convenções multilaterais, abrangendo um número cada vez maior de adeptos.

A globalização econômica, iniciada, sobretudo, com o advento do capitalismo, obrigou as nações mundiais a aderirem a sistemas internacionais de normatização de suas relações, no âmbito industrial, comercial, e na troca de bens intelectuais, facilitada pela *internet*. A hegemonia econômica ocasiona o controle das esferas artística, literária, científica e tecnológica. Isso tem suscitados interesses protecionistas por países que, por um longo período, sofreram a influência cultural direta de suas metrópoles. A partir da segunda metade do século XX, marcada pelo advento da *internet*, os Estados Unidos da América (EUA) tornaram-se uma grande potência mundial exportadoras de bens culturais e influenciadoras de outras culturas, sobretudo no âmbito musical e cinematográfico<sup>227</sup>.

A inserção dos países em uma ordem jurídica internacional no plano dos direitos autorais fez-se necessária para a preservação das produções intelectuais nacionais. Fenômeno intensificado em razão da *internet* e do desenvolvimento de novas tecnologias de comunicação, voltadas à disseminação das criações artísticas, literárias e científicas em escala planetária<sup>228</sup>.

À luz desse caráter imperativo de integração comercial em escala planetária, operou-se a adesão dos Estados Unidos da América (EUA) à Convenção de Berna (1886), a ser estudada posteriormente. Muitos autores corroboram que os EUA foram pressionados para aderir à Convenção, em razão de inúmeros fatores, entre os quais se destaca o crescimento da indústria cinematográfica do país, ocasionado a produção, em larga escala, das criações intelectuais. Tendo em vista o desenvolvimento tecnológico, especialmente no meio digital, muitos países,

---

<sup>226</sup> JESSEN, Henry. *Derechos intelectuales de los autores, artistas, productores de fonogramas y otros titulares*. Tradução para o espanhol de Luis Gres Zuloaga. Editorial Jurídica de Chile, 1970. p. 77.

<sup>227</sup> FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito autoral: da antiguidade à internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 78.

<sup>228</sup> FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito autoral: da antiguidade à internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 79.

a exemplo da União Europeia, Japão e EUA, promoveram estudos e negociações com o fim de harmonizar a legislação internacional.

Não se pode negar que, em razão da hegemonia de muitas potências econômicas mundiais, a prevalência de seus interesses se operou e continua a incidir, obstando a convergência entre as diversas tradições jurídicas adotadas em cada um dos países. Identificam-se fatores expressivos que relevam essa problemática, com destaque para inexistência de leis nacionais harmônicas, assim como a coexistência de sistemas distintos (*copyright* e *droit d'auteur*)<sup>229</sup>, o primeiro voltado à prevalência dos aspectos econômicos incidentes sobre as criações imateriais, enquanto outro, além dos patrimoniais, salvaguarda os direitos morais do autor.

Entre as entidades internacionais voltadas à proteção das criações intelectuais, em escala global, evidencia-se a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) ou *World Intellectual Property Organization (WIPO)*. Esse organismo mundial foi criado em Genebra, na Suíça, no ano de 1967, integrante do Sistema da Organização das Nações Unidas (ONU). Tem como objetivo primordial promover a propriedade intelectual (industrial e autoral) pelo mundo, com o auxílio da cooperação entre os Estados soberanos.

A OMPI atualmente é composta por 179 Estados-membros, os quais administram diversos tratados internacionais, como, por exemplo, o Tratado de Marraquexe, assinado em 28 de junho de 2013. Busca salvaguardar a cooperação entre os Estados e organismos internacionais, adotando-se medidas voltadas ao aprimoramento da tutela da propriedade intelectual, entre outros fins.

O órgão mencionado centraliza a administração de diplomas jurídicos internacionais de proteção dos direitos de autor, tais como: Convenção de Berna (1886), Convenção de Roma (1961), Convenção de Genebra (1971), Convenção de Genebra (1971), Convenção Universal Sobre Direitos de Autor (1975), Convenção de Washington (1975), Tratado Sobre Direito de Autor (TODA), de 1996 e Tratado Sobre Intérprete ou Executantes de Fonogramas (TOIEF), do mesmo ano.

---

<sup>229</sup> FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito autoral**: da antiguidade à *internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 81.

### 3.1.1.1 Convenção de Berna (1886) para proteção das obras literárias e artísticas e sua adesão à legislação pátria

A Convenção de Berna (1886) ou Convenção Unionista de Berna (CUB) foi firmada em 09 de setembro de 1886, sendo adotada, hodiernamente, por 151 países. Além disso, passou por diversas revisões e complementações em Paris (1986), Berlim (1908), Berna (1914), Roma (1928), Bruxelas (1948), Estocolmo (1967) e Paris (1971). Todas as atualizações normativas se fizeram necessárias em razão do desenvolvimento tecnológico e, por conseguinte, do direito autoral, ocorridos ao longo dos anos, conforme demonstrado anteriormente.

O seu contexto histórico de surgimento é marcado pela quebra dos privilégios concedidos aos impressores e editores, no século XVIII, durante o período revolucionário francês. A partir de então, foi reconhecida a devida relevância aos bens imateriais, em âmbito mundial, na medida em que as obras intelectuais passaram a circular entre os diferentes países do globo. A exploração comercial da obra intelectual exigiu a atualização normativa para atender às novas exigências de mercado, sem violar os interesses do autor. A CUB, leciona Carla Eugênia Caldas Barros, “reforça a ideia de um sistema multilateral de proteção à propriedade intelectual, ao serem prescritas regras práticas e comuns inerentes ao assunto”<sup>230</sup>.

Ela se apresenta entre os diplomas internacionais administrados pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), relativa à proteção das obras literárias e artísticas. Originou-se como fruto do esforço exercido pelas entidades privadas de autores ou sociedades de autores, destacando-se a sociedade francesa intitulada *Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques*, fundada pelo artista francês Victor Marie-Hugo (1802-1885), bem como a *Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM)*, criada em 1851, responsável pela gestão, coleta e distribuição dos direitos dos autores, compositores e editores musicais<sup>231</sup>.

A Convenção de Berna (1886) consiste em um tratado multilateral que salvaguarda o maior nível de proteção ao direito de autor, se propõe a uniformizar as legislações nacionais protetivas dos direitos autorais<sup>232</sup>. Ela surgiu em razão dos estudos realizados pela Associação Literária e Artística Internacional ou *Association Littéraire et Artistique Internationale* (1878).

---

<sup>230</sup> BARROS, Carla Eugênia Caldas. **Manual de direito da propriedade intelectual**. Sergipe: Evocati, 2007, p. 78-79.

<sup>231</sup> FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito autoral: da antiguidade à internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 84.

<sup>232</sup> Conferência proferida pelo Dr. António Maria Pereira no II Congresso Ibero-Americano do Direito de Autor e Direitos Conexos, realizada em Lisboa, Portugal, no ano de 1994.

Anteriormente à sua existência, as nações não reconheciam alguns direitos, como àqueles atribuídos às obras estrangeiras.

Esse diploma internacional fundamenta-se em quatro princípios propostos pela ordem jurídica portuguesa, através do Código do Direito de Autor e dos Conexos (CDA). O primeiro consiste no princípio do tratamento nacional, da assimilação do unionista ao nacional, ou ainda, da territorialidade ou exclusividade da proteção, consagrado em inúmeros dispositivos internacionais, tais como: o referido Código, em seu artigo 5º, alínea 1 e 63; na Convenção da União de Paris, artigo 2º, assim como na própria Convenção de Berna, artigo 5º, alínea 4. Salvaguarda-se o gozo, por parte dos países membros, das mesmas proteções e vantagens conferidos pela legislação nacional.

Assim, cada país signatário deve reconhecer como protegidos, pelo direito de autor, os trabalhos criados por nacionais de qualquer dos outros países signatários, ou que tenham publicado pela primeira vez sua obra num dos países signatários, da mesma forma que protege os direitos de autores dos nacionais desse mesmo país. Nesse sentido, João Henrique da Rocha Fragoso explica que “os autores de um país unionista gozam de todos os direitos conferidos aos autores de outros países da União, em seus territórios”<sup>233</sup>.

Ademais, destaca-se a proteção automática, consagrada no artigo 5º, alínea 2, da CUP, e artigo 12, do CDA. Por força desse dispositivo, o gozo e exercício dos direitos de autor não estão subordinados ao cumprimento de nenhuma formalidade. Sendo assim, o país signatário, para gozo de sua proteção, não dependerá da observância de requisitos formais que o legitimem. Associado a esse fundamento, elenca-se o princípio da independência da proteção, também resguardado no referido dispositivo, em razão do qual, o gozo e fruição dos direitos autorais independem de proteção no país de origem, regulando-se, exclusivamente, pela proteção conferida no âmbito da legislação pátria.

A tutela no local onde se origina a obra também deve ser observada, conforme preceitua o artigo 5º, alínea 3, da CUP, possibilitando ao autor que não figura como nacional no país de origem da obra, receber a mesma proteção jurídica conferida ao nacional.

A CUP garante a exclusividade dos direitos de utilização das obras literárias e artísticas, essencial à exploração dos direitos patrimoniais do autor. Entre esses direitos, destacam-se a representação, execução pública musical, recitação pública, transfusão ou radiodifusão de obras literárias e artísticas, exposição de obras de arte e a construção de obras de arquitetura, preceitua seu artigo 3º, alínea 3.

---

<sup>233</sup> FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito autoral**: da antiguidade à *internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 89.

Sem prejuízo de outras garantias, tutela-se, como criações originais, as traduções, adaptações e arranjos musicais. Além de salvaguardar o direito moral do autor, extensível mesmo após a sua morte, de reivindicar a paternidade da obra e opor-se a qualquer modificação, mutilação, deformação, ou qualquer dano à criação, maculando à sua honra e reputação, conforme dispõe o artigo 6 *bis*, da CUP. É possível ao autor, em caso de violação aos direitos autorais, opor-se a qualquer atentado contra sua obra, maculando, além dos patrimoniais, seus direitos personalíssimos.

Sua adesão à legislação pátria brasileira ocorreu em 4 de janeiro de 1913, através da Lei nº 2.738, promulgada em 1922 (Decreto nº 15.530). Ademais, o Brasil também aderiu aos textos das Revisões da CUP, ocorridas em Berlim (1908), Roma (1928), Bruxelas (1948), Estocolmo (1967) e Paris (1971).

Em decorrência da crescente valorização dos intérpretes ou executantes, consagrou-se a eles direitos conexos ao do autor no plano internacional, por intermédio da Convenção de Roma (1961), a ser estudada no próximo tópico. Com o auxílio desse instrumento normativo, iniciou-se a proteção desses sujeitos, nas relações envolvendo fonogramas e organismos de radiodifusão, conferindo-lhes a mesma proteção resguardada ao autor da obra intelectual.

Por força dos direitos conexos tutela-se, para além dos autores, os sujeitos também relevantes no seu processo de elaboração e disseminação, como se vislumbra na atuação dos intérpretes ou executantes de obras musicais, cinematográficas, entre outras. Eles mantêm uma aproximação com os direitos atribuídos aos autores, mas com eles não se confundem. São denominados, pelos franceses, de *droit voisins*; para os italianos, *diritti connessi*; os espanhóis e países de linha hispânica se referem como *derechos vecinos*, *afines* ou *conexos*<sup>234</sup>.

---

<sup>234</sup> FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito autoral**: da antiguidade à *internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 237.

### 3.1.1.2 Convenção de Roma (1961)

A Convenção Internacional Sobre a Proteção de Artistas, Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão, também denominada de Convenção de Roma, foi firmada na cidade de Roma, Itália, em 26 de outubro de 1961. Foi impulsionada em razão da necessidade de proteção dos intérpretes ou executantes, conforme já disciplinado em legislações nacionais pretéritas, como, por exemplo, a lei alemã de 1901, primeira legislação a dispor sobre o direito à execução, resguardado aos artistas e demais profissionais envolvidos na criação intelectual<sup>235</sup>.

Analisando o contexto histórico que culminou nessa regulamentação internacional, constata-se que o referido diploma surgiu da preocupação, por parte dos Estados, com a expansão da reprodução não autorizada das criações intelectuais, ocasionando prejuízos aos interesses dos autores, artistas, intérpretes ou executantes e produtores fonográficos, em conformidade com a atuação da Organização das Nações Unidas (ONU), em defesa da educação, ciência e cultura, e da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI).

Adota-se o princípio do tratamento nacional, explicitado anteriormente, garantindo uma proteção uniforme envolvendo autores nacionais e estrangeiros. No tocante aos sujeitos tutelados, em seu artigo 3º, apresenta um rol de artistas e profissionais que laboram nessa seara, a saber: artistas ou executantes, compreendidos os atores, cantores, músicos, dançarinos, e outras pessoas que representem, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem, por qualquer forma, obras literárias ou artísticas, conforme preceitua a alínea a, do referido dispositivo. Ademais, destacam-se os produtores fonográficos, correspondentes à pessoa física ou jurídica responsável pela fixação de sons de uma execução ou outros sons, em determinado suporte material.

O diploma também confere aos artistas, intérpretes ou executantes, o direito de impedir a radiodifusão<sup>236</sup>, a comunicação pública<sup>237</sup> e a reprodução de suas execuções, fixadas em suporte material, quando essas atividades forem realizadas sem o seu prévio e expresso consentimento, dispõe o artigo 7º, da CUP. Além de resguardar, ao produtor fonográfico, a reprodução, direta ou indireta, dos seus fonogramas, conforme preceitua o artigo 10, da CUP.

---

<sup>235</sup> MORAES, Walter. **Artistas, intérpretes e executantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 3.

<sup>236</sup> Consiste na transmissão de ondas de radiofrequência moduladas e propagadas eletromagneticamente através do espaço ou *cyberespaço*, no contexto da sociedade da informação.

<sup>237</sup> Representa a disponibilização da obra intelectual à coletividade, através de televisores e equipamentos de som, ou seja, qualquer instrumento transmissor de sinais, sons ou imagens, além da realidade virtual vivenciada, hodiernamente, em razão da *internet*.

Outrossim, estabelece-se a remuneração pela execução pública de fonogramas radiodifundidos ou comunicados publicamente por qualquer processo, paga aos intérpretes ou executantes e aos produtores fonográficos. Nesses termos, o artigo 12, da CUP, salvaguarda que havendo um fonograma publicado com fins comerciais ou sua reprodução pela radiodifusão ou qualquer comunicação ao público, o utilizador pagará uma remuneração equitativa e única aos artistas intérpretes ou executantes, aos produtores de fonogramas ou a ambos. Na falta de acordo entre eles, a legislação nacional poderá determinar as condições de repartição desta remuneração.

O Brasil aderiu através do Decreto nº 57.125, de 19 de outubro de 1965, sendo adotada por diversos países, entre os quais, Reino Unido, Canadá e Austrália. No entanto, os EUA nunca corroboraram com essa Convenção. Sua proteção perdura por 20 anos, podendo o Estado-membro estabelecer, na sua legislação nacional, exceções à proteção concedida pela Convenção, nas situações em que a utilização seja para uso privado, tratem-se de curtos fragmentos da realidade, em caso de fixação efêmera realizada por um organismo de radiodifusão, pelos seus próprios meios e para as suas próprias emissões, além da utilização destinada exclusivamente ao ensino ou à investigação científica, corrobora o artigo 15, da CUP.

No contexto Europeu, continuou-se a desenvolver normas protetivas dos direitos autorais, coadunantes, por exemplo, aos fundamentos principiológicos do *copyright*, sistema anglo-saxão de tutela dos direitos de autor, conforme estudado anteriormente. Como exemplo desse movimento normativo ocorrido no século XX, destaca-se a Convenção Universal Sobre Direitos de Autor, a qual reconhece os direitos do criador sobre suas obras, observados os requisitos legais, como a menção de reserva, destacando-se o símbolo do *copyright* (©), conforme preceitua seu artigo 3º.

Além disso, o diploma a ser explicitado no tópico seguinte, tem como objetivo primordial conferir proteção suficiente e eficaz dos direitos dos autores e de quaisquer outros titulares dos mesmos direitos sobre as obras literárias, científicas e artísticas, tais como: escritos, obras musicais, dramáticas, cinematográficas, pinturas, gravuras e esculturas. Melhores considerações sobre seus principais aspectos serão dispostas a seguir.

### 3.1.1.3 Convenção Universal Sobre Direitos de Autor (1975)

A Convenção Universal Sobre Direitos de Autor foi realizada e aprovada em Genebra, na Suíça, em 1952, sem prejuízo de sua revisão, ocorrida em Paris, em 24 de julho de 1971, simultaneamente à Revisão da Convenção de Berna, efetivada na mesma localidade. Os EUA se valeram dos instrumentos consagrados nesse diploma internacional a fim de se adequarem aos princípios de Berna, embora não abrisse mão do sistema jurídico por ele adotado, denominado *copyright*.

Esse diploma legal resguarda o direito dos autores e de quaisquer outros titulares dos mesmos direitos (*copyright proprietors*), compreendidos não apenas os herdeiros, como também os sucessores, a qualquer título, os licenciados e cessionários. O artigo IV *bis*, da Convenção, compreende como direitos fundamentais àqueles que assegurem a proteção dos interesses econômicos do autor, em especial, o direito exclusivo de autorizar a reprodução, representação, execução pública e radiodifusão das criações intelectuais, revelando a prevalência legislativa pelos aspectos patrimoniais do direito de autor, nada dispondo sobre os morais ou personalíssimos.

Em plano semântico, o artigo VI, da referida Convenção, atribuí sentido ao termo publicação, caracterizando-o como a reprodução material e a colocação, à disposição do público, de exemplares da obra que permitam lê-la ou tomar dela conhecimento visual. Fica claro que a legislação se restringe à reprodução física de livros e demais obras visualmente perceptíveis, como, a título ilustrativo, a reprodução de obras de artes plásticas e outras sob suporte audiovisual, excluindo-se a exibição cinematográfica e a reprodução fonográfica<sup>238</sup>.

Em se tratando de litígios envolvendo dois ou mais Estados contratantes, relativos à interpretação ou aplicação da Convenção e não dirimidos extrajudicialmente, por via negocial, seu artigo XV estabelece a necessidade de submissão à Corte Internacional de Justiça, principal órgão judiciário da Organização das Nações Unidas (ONU), para que esta decida, a menos que os Estados interessados acordem outra solução para o problema.

Com o intento de manter a harmonia entre os sistemas *copyright* norte-americano e o *droit d'auteur* foi elaborada a Convenção de Washington, a qual, não obstante abandonada pelos países, possui relevância histórica para a construção dos direitos de autor. Sua motivação ocorreu a partir do importante papel desempenhado pelos EUA, entre os anos de 1930 e 1940, do século XX, durante e após a Segunda Guerra Mundial, no tocante à produção e exportação

---

<sup>238</sup> FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito autoral**: da antiguidade à *internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 98-99.

de bens culturais filiados à indústria musical e cinematográfica, decorrente de sua hegemonia econômica e militar. Em razão disso, faz-se mister mencionar seus principais aspectos, conforme se verá no tópico seguinte.

### 3.1.1.4 Convenção de Washington (1975)

A Convenção Interamericana de Washington foi impulsionada por força da necessidade de convergir os principais aspectos do *copyright* e *droit d'auteur*, diante da realidade de intensa produção e disseminação de criações intelectuais nas Américas. Antes de adentrar em suas disposições, cumpre elucidar o contexto histórico de surgimento do referido diploma internacional.

Os Estados Unidos da América (EUA), com o passar dos anos e seu expressivo desenvolvimento, se tornou uma grande potência mundial, especialmente, no setor econômico e militar. Fatores de destaque para sua vitória na Segunda Guerra Mundial (1939-1945), no bloco dos aliados, compreendidos, além desse, a União Soviética, o Império Britânico e a China.

Nesse período, ocorreu uma intensa produção intelectual no ambiente norte-americano, exportando-se bens intelectuais musicais e cinematográficos, sendo indubitável que as grandes produções cinematográficas impulsionaram a produção cultural dos EUA. Em seu ambiente musical, sobretudo a partir dos anos de 1940 e 1950, surgiram inúmeras bandas, envolvendo diversos estilos musicais. A literatura foi marcada por nomes como o do teatrólogo Eugene O’Neil (Prêmio Nobel de 1936), os romancistas William Faulkner (Prêmio Nobel de 1949), Ernest Hemingway (Prêmio Nobel de 1954), Gertrude Stein (1874-1946), Scott Fitzgerald (1896-1940), Henry Valentine Miller (1891-1980), o poeta T. S. Eliot (Prêmio Nobel de 1948)<sup>239</sup>.

Ainda no âmbito da música, muitos outros artistas se destacaram no cenário norte-americano, europeu e mundial, como: Coleman Hawkins (1904-1969), Charlie Parker (1920-1955), Benny Carter (1907-2003), Bill Coleman (1904-1981), Count Basie (1904-1984), Louis Armstrong (1901-1971) e outros. Entre os artistas brasileiros exportados para os EUA, destacam-se: Dick Farney (1921-1987), Maria do Carmo Miranda da Cunha, popularmente conhecida como Carmen Miranda (1909-1955), Heitor Villa-Lobos (1887-1959), Eleazar de Carvalho (1912-1996) e Camargo Guarnieri (1907-1993)<sup>240</sup>.

A indústria cinematográfica também se destacou no ambiente norte-americano, desde o século XX, existindo grandes produções como: “E o vento levou” (1939), “Adeus às armas” (1932), “Gilda” (1948), envolvendo diversos atrizes e atores famosos, entre os quais: Frederick

<sup>239</sup> FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito autoral**: da antiguidade à *internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 92.

<sup>240</sup> ZAHAR. **Dicionário de música**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1985.

Austerlitz, mais conhecido como Fred Astaire (1899-1987), John Barrymore (1882-1942), Greta Garbo (1905-1990), Rita Hayworth (1918-1987) e Henry Fonda (1905-1982)<sup>241</sup>.

Em razão da intensa troca de bens culturais no continente americano, surgiram associações voltadas à defesa dos direitos autorais, em especial: a Associação Brasileira de Compositores e Autores, transformada, posteriormente, em União Brasileira de Compositores (UBC), a *American Society of Composers, Authors and Publishers (ASCAP)*, objetivando a administração recíproca dos repertórios americanos e brasileiros, nos seus respectivos territórios.

O Brasil somente aderiu à Convenção em 22 de junho de 1946, promulgando-a em 18 de maio de 1949, através do Decreto nº 26.675, período no qual havia uma efervescência cultural em ambos os países (EUA e Brasil). Na realidade, a produção de bens culturais nos EUA, Europa e América Latina, foi influenciada pela cultura musical e cinematográfica norte-americana, em razão de sua hegemonia econômica pós Segunda Grande Guerra, culminando na elaboração da presente Convenção.

Seus principais aspectos estão relacionados às tentativas, pelos EUA, de conciliar os sistemas jurídicos mencionados, fundamentando-se no princípio da reciprocidade formal, já mencionado anteriormente, através do qual o autor de um país gozaria da mesma proteção conferida aos autores de outros países, onde a proteção estivesse sendo reclamada. Pela Convenção, é imprescindível a autorização para reprodução de obras publicadas em jornais, revistas e periódicos, com as devidas ressalvas legais, não obstante inexistam formalidades especiais para o reconhecimento dos direitos dos autores.

Além disso, a Convenção inovou ao estabelecer o princípio de distintividade e inconfundibilidade do título, adotado pelo Brasil. Dessa forma, nos casos em que ele seja de notoriedade internacional e possua um caráter distintivo que o identifique, não poderá ser reproduzido em outra obra sem autorização do autor original, salvo se utilizado em criação de gênero diverso, sendo impossível confundi-las.

Ainda no plano dos Tratados administrados pela OMPI ou *WIPO*, destacam-se outros que versam para a tutela dos direitos de autor, das interpretações ou execuções fonográficas. Nessa conjuntura, durante a Conferência Diplomática Sobre Certas Questões de Direito de Autor e Direitos Conexos foram assinados dois Tratados: o Tratado Sobre Direito de Autor (TODA) e o Tratado Sobre Intérpretes ou Executantes e Fonogramas (TOIEF), melhor estudados a seguir.

---

<sup>241</sup> FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito autoral**: da antiguidade à *internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 94.

### 3.1.1.5 Tratado Sobre Direito de Autor (1996)

Esse diploma normativo internacional caracteriza-se como um instrumento administrado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), responsável por salvaguardar os programas de computador, também conhecidos como *softwares*. Além disso, estabelece a possibilidade de direito de aluguel para utilização dos *softwares*, obras cinematográficas e fonogramas.

Consagrou o direito de colocação da obra à disposição do público, no artigo 8º, da Convenção, permitindo o seu acesso, por qualquer meio de comunicação, por fio ou sem fio, incluindo-se a *internet* e a disponibilização das criações intelectuais no ambiente do *cyberespaço*. Essa disposição também encontra azo na Lei de Direitos Autorais (LDA), aplicável em âmbito nacional, representada pela Lei nº 9.610/98, em seu artigo 29, VII e 30. Ao autorizar ou não a colocação da obra, o autor exerce um novo direito sobre ela, decorrendo daí outros direitos, como o de reprodução e distribuição, doutrinariamente vislumbrados como direitos conexos.

Ele foi responsável por elevar a *internet* à condição de instrumento tecnológico promotor do desenvolvimento econômico e cultural. Reflete o acordo internacional firmado a fim de resguardar os direitos de autor e conexos, na conjuntura atual vivenciada na sociedade da informação, fomentada pelo constante desenvolvimento de tecnologias digitais. Salvaguarda aos países uma gama de direitos fundamentais no sentido de permitir aos criadores ou receber uma compensação pelos vários modos de utilização de suas obras por terceiros. Ratifica a proteção dos direitos, mesmo após a disponibilização da obra, através das novas tecnologias e sistemas comunicacionais como a *internet*<sup>242</sup>.

Diversos interesses (autores e coletividade) são trazidos à baila após a disseminação da obra intelectual, em meio físico ou virtual, cabendo à dogmática jurídica manter o equilíbrio equitativo entre os interesses dos titulares de direitos e do público em geral. Como mecanismo de tutela preventiva ou repressiva, os países podem estabelecer exceções ou limitações a direitos no meio digital, assim como permitir a utilizações de interesse público, como as educacionais e sem fins lucrativos<sup>243</sup>.

Inovando em alguns aspectos na seara autoral, não suscitados por legislações anteriores, tais como: a Convenção de Roma (1961) e a Lei de Direitos Autorais (1998), vigente

---

<sup>242</sup> MARIOT, Gilberto. **Os direitos autorais na internet segundo os Tratados Internacionais**. p. 7-8. Disponível em: < [http://mbek.com.br/artigos/Os\\_Direitos\\_Autorais\\_na\\_Internet.pdf](http://mbek.com.br/artigos/Os_Direitos_Autorais_na_Internet.pdf)>. Acesso em: 29 set. 2017.

<sup>243</sup> MARIOT, Gilberto. **Os direitos autorais na internet segundo os Tratados Internacionais**. p. 7-8. Disponível em: < [http://mbek.com.br/artigos/Os\\_Direitos\\_Autorais\\_na\\_Internet.pdf](http://mbek.com.br/artigos/Os_Direitos_Autorais_na_Internet.pdf)>. Acesso em: 29 set. 2017.

no Brasil, firmou-se o Tratado Sobre Intérpretes ou Executantes e Fonogramas, retratando, por exemplo, uma nova disciplina e reconhecimento dos direitos morais do intérprete, no sentido de permanecer vinculado seu nome às suas interpretações, garantindo-se a integridade da obra e evitando qualquer modificação que ocasione máculas à reputação do intérprete. Melhores considerações sobre esse importante diploma para disciplina dos direitos conexos ao do autor, bem como dos aspectos personalíssimos de ambos, serão expressas no tópico seguinte.

### 3.1.1.6 Tratado Sobre Intérpretes ou Executantes de Fonogramas (1996)

Também submetido à administração da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), o Tratado Sobre Intérpretes ou Executantes de Fonogramas, firmado em 1996, inicialmente, em seu artigo 2º, alínea f, dispôs sobre a emissão de radiodifusão, compreendida, nos termos da Convenção de Roma, em seu artigo 3º, alínea f, como a transmissão sem fio de sons e/ou imagens, representações, para recepção pelo público, via cabo, satélite ou outro meio, e a transmissão por sinais codificados e decodificados por meios fornecidos pelas empresa de radiodifusão.

Ademais, em seu artigo 5º, parágrafo 2º, preceitua que os países integrantes da Convenção, desprovidos de disposição expressa sobre os direitos morais do intérprete (direito conexo ao do autor), em sua legislação, após a morte daquele, deixe de ser salvaguardado o aspecto personalíssimo, admitindo-se, inclusive, sua revogação. Para alguns autores, essa disposição busca não contrariar os interesses hegemônicos dos Estados Unidos da América (EUA), principalmente àqueles vinculados à indústria fonográfica norte-americana<sup>244</sup>.

No tocante aos direitos morais de integridade e paternidade, resguardados ao intérprete, a LDA, em seu artigo 92, salvaguarda algumas operações técnicas, possíveis, mesmo após a cessão dos direitos patrimoniais, como: redução, edição, compactação e dublagem da obra que tenha participado, desde que não desfigurem a interpretação do artista.

Além disso, estabelece-se o direito dos intérpretes e produtores fonográficos, de autorizar o aluguel de suas interpretações fixadas fonograficamente, convergindo a lei autoral brasileira no mesmo sentido, em seu artigo 93, inciso II. Podem ainda colocar à disposição do público suas interpretações para acesso em qualquer lugar e por qualquer meio de comunicação, com fio ou sem fio.

Nessas situações anteriormente elencadas, os fonogramas são considerados como se tivessem sido publicados para fins comerciais. No entanto, não há presunção absoluta ou *jure et de jure* no sentido de serem consideradas de uso livre, ou, em raras situações, de domínio público, os fonogramas reproduzidos na *internet*, salvo disposição expressa do titular, em sentido contrário. Isso não impede que o autor permite a terceiros utilizarem de sua criação intelectual, desde que observados, pelo usuário, regras básicas e limites pré-fixados, como ocorre ao se utilizar o sistema do *creative commons*, a ser posteriormente estudado.

---

<sup>244</sup> FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito autoral**: da antiguidade à *internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 106.

Tecidas as considerações sobre os diplomas internacionais geridos e salvaguardados pela OMPI, diante da natureza fundamental conferida aos direitos de autor, reconhecimento presente em toda ordem jurídica mundial, é importante considerar o tratamento estabelecido pela Organização das Nações Unidas (ONU), no tocante aos direitos humanos fundamentais, materializando-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 10 de dezembro de 1948. Destaca-se, em especial, o direito à cultura, responsável por tutelar a participação cultural da coletividade no âmbito científico e das artes (artigo XXVII, 1) e a proteção dos interesses morais e patrimoniais decorrentes produções científicas, literárias ou artísticas (XXVII, 2).

### 3.1.2 Aspectos jurídicos e econômicos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio: *GATT, OMC, ADPIC/TRIPS*

Entre o final do século XX e início do século XXI ocorreram mudanças significativas no tocante à propriedade intelectual como instrumento essencial à promoção do desenvolvimento econômico e tecnológico, especialmente em razão do advento da *internet*. A produção industrial se intensificou em vários países do globo, sobretudo nos setores voltados à pesquisa e à inovação. Em razão da massificação econômica vivenciada pelas nações, surgiram inúmeras tensões envolvendo países desenvolvidos e “emergentes”, relacionadas, por exemplo, à pirataria das criações intelectuais.

Diante dessa problemática suscitada, o direito é acionado para encontrar soluções jurídicas que melhor coadunem os interesses envolvidos nessas relações sociojurídicas e culturais vivenciadas na sociedade da informação. Vislumbrou-se uma intensa relação entre o comércio internacional e os direitos de propriedade intelectual, fazendo-se necessária sua adequação à realidade, ensejando na eficaz proteção jurídica aos direitos de propriedade intelectual (autorais e industriais).

Essa realidade ensejou no surgimento de acordos internacionais como o Acordo dos Direitos de Propriedade Intelectual relativos ao Comércio (ADIPIC) ou *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)*<sup>245</sup>. Fez-se necessário harmonizar as legislações nacionais, no tocante aos métodos de ação, punição e proteção, em sentido diverso à maior preocupação das Convenções de Berna (1988) e a Convenção de Genebra (1971), no sentido de salvaguardar às legislações internas dos países e suas soberanias<sup>246</sup>.

Surgiram inúmeros organismos internacionais preocupados em disseminar os fundamentos resguardados nas Convenções mencionadas, como, por exemplo, a Organização Mundial do Comércio (OMC), criada com o intento de fiscalizar e permitir o comércio internacional, surgindo em razão do Acordo de Marraquexe, firmado na referida cidade, em Marrocos, no dia 15 de abril de 1994, em substituição ao Acordo Geral de Tarifas e Comércio ou *General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)*, estabelecido em 1947. Buscou-se harmonizar as políticas aduaneiras dos Estados signatários, entre os quais destacam-se: África do Sul, Austrália, Bélgica, Brasil, Canadá, Ceilão, Chile, China, Cuba, Checoslováquia, Estados

---

<sup>245</sup> FREIDRICH, Tatyana S.; FONSECA, Karla C. Regulamentação da propriedade intelectual: uma análise crítica. In: **Propriedade Intelectual**: estudos em homenagem à Professora Maristela Basso. CARVALHO, Patrícia L. de (coord.). Curitiba: Juruá, 2005. p. 64-65.

<sup>246</sup> ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p. 49.

Unidos, França, Holanda, Índia, Líbano, Luxemburgo, Nova Zelândia, Noruega, Paquistão, Reino Unido, Rodésia do Sul e Síria.

Nesse cenário, muito se discutiu sobre os direitos de propriedade intelectual e o comércio de bens intelectuais, o qual se intensificou nos últimos anos em razão do progresso econômico e tecnológico. A partir da Rodada Uruguai, iniciada em setembro de 1986 a abril de 1994, foram apresentadas discussões sobre a temática, na cidade de *Punta del Este*, no Uruguai, culminando na criação da OMC e elaboração do mencionado Acordo, entre outros. A OMC, desvinculada à ONU, disciplina o mercado internacional de bens intelectuais, com o auxílio do *GATT*.

A criação do ADIPIC/*TRIPS*, acordo internacional responsável pela disciplina da propriedade intelectual relacionada ao comércio, foi impulsionada pelo aumento da tutela conferida aos direitos imateriais no âmbito mundial. As obras intelectuais, de caráter estético, artístico e cultural, figuravam como objetos de troca, permeabilizadas pela lógica do mercado, aplicável em escala global<sup>247</sup>.

Analisando o contexto histórico do surgimento desse acordo, vislumbra-se um intenso *lobby* exercido pela indústria cinematográfica norte-americana, com o apoio da União Europeia, Japão e outras nações desenvolvidas. Os EUA buscaram estabelecer padrões internacionais relacionados à propriedade intelectual

No Brasil, sua promulgação ocorreu por meio do Decreto nº 1.355, de 1994, anexando-se ao Acordo de Marraquexe, substituto do *GATT*, na disciplina da OMC. Sua entrada em vigor operou-se quatro anos após ser promulgado e cumpridos os prazos legais previstos no mesmo. Norteia-se através de quatro princípios fundamentais: tratamento nacional, tratamento da nação mais favorecida, prevenção de abusos, exaustão de direitos, obrigatoriedade ou adesão sem reservas e a cooperação técnica e financeira.

O tratamento nacional está consagrado em seu artigo 3º, consoante o qual aos nacionais dos Estados-membros conceder-se-á os mesmos direitos e tratamento conferido aos seus próprios nacionais. Além disso, à luz do princípio do tratamento da nação mais favorecida, o artigo 4º preceitua que qualquer vantagem, privilégio ou imunidade concedido por um Estado-membro aos seus nacionais reverbera imediatamente sobre os nacionais dos demais países.

No tocante às medidas repressivas, o artigo 8º, 2, faculta aos Estados-membros aplicarem medidas voltadas à prevenção de abusos dos direitos intelectuais por seus próprios

---

<sup>247</sup> ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p. 50.

titulares ou coibir as práticas que limitem, injustificadamente, o comércio de bens intelectuais ou inviabilizem a transferência internacional de tecnologia.

A liberdade comercial, fundamento salvaguardado pela OMC, está consagrada no artigo 6º, ao dispor que o gozo da propriedade intelectual ocorre até a primeira utilização pública consentida. Transcorrido o prazo, o titular não mais poderá impedir que terceiros, a partir de então, explorem a criação intelectual, resguardado, ao autor, os direitos patrimoniais sobre a obra. Ademais, a adesão do Estado à Convenção, sem reservas, é um requisito essencial à integração do país à OMC, conforme elenca o artigo 2º, itens 2 e 3 da Ata Final. Tudo isso para salvaguardar a unidade do sistema.

Em nome da cooperação técnica e financeira entre os países signatários da Convenção. Nesse sentido, em seu artigo 67, corrobora que os países desenvolvidos devem prestar assessoria na prestação de leis e preservação de abusos envolvendo criações intelectuais, sem prejuízo do suporte técnico e financeiro necessário à criação ou ampliação de escritórios e entidades nacionais.

No plano autoral, o ADIPIC/TRIPS, em seu âmbito, no artigo 9.1, desprezou os direitos morais do autor. Essa motivação decorreu do fato dos EUA desconsiderá-los em seu ordenamento jurídico, de forma que o acordo evitou contrariar os interesses norte-americanos, potência hegemônica na produção musical e cinematográfica. A exclusão dos direitos morais no âmbito dos EUA, provém de sua filiação ao sistema *copyright*, conforme já vislumbrado, o qual privilegia os aspectos econômicos em detrimento dos morais ou personalíssimos tutelados ao autor.

A partir da necessidade de harmonizar os direitos de autor com os conexos, no ambiente da sociedade da informação, a Europa, através do Parlamento e o Conselho Europeu, também incidiu na regulamentação legal internacional direcionada ao estímulo, ao desenvolvimento e a produção de produtos e serviços na sociedade da informação. Essa disciplina jurídica foi vislumbrada na Diretiva 2001/29/CE, da União Europeia, cujos principais aspectos serão abordados no tópico seguinte.

### 3.1.3 Directiva 2001/29/CE da União Europeia sobre o direito de autor e direitos conexos na sociedade da informação

A Directiva 2001/29/CE foi elaborada pelo Parlamento e Conselho Europeu, em 22 de maio de 2001, versando para a harmonização de alguns aspectos do direito de autor e conexos, diante das relações sociojurídicas vislumbradas, a partir do século XX, na sociedade da informação. Objetivou-se a implementação das liberdades do mercado interno e observância aos direitos de propriedade autoral e industrial, à luz de sua função social, resguardando-se à dignidade da pessoa humana, a liberdade de expressão e o interesse público, conforme preceitua seu artigo 3º, embora seja nítida a prevalência dos aspectos econômicos permeados no mercado global.

Inicialmente, estabelece-se um mercado interno e um sistema capaz de salvaguardar a lealdade da concorrência em seu âmbito. Para tanto, elenca, em seu artigo 1º, a necessidade de convergir as legislações dos Estados-membros no tocante à disciplina autoral. O enquadramento legal do direito de autor e conexos consagra uma maior segurança jurídica às legislações internas dos países, representando um estímulo à criatividade e à inovação, investindo no fornecimento de conteúdos e tecnologias da informação, nos diversos setores industriais e culturais, nos termos do artigo 4º, da Directiva.

Em seu artigo 5º, corrobora que o desenvolvimento tecnológico ampliou a criação, produção e exploração da criação intelectual, cabendo, às legislações atuais, adaptar-se à realidade econômica atual, na qual se vislumbra novas formas de exploração. Sendo assim, é indelével o enquadramento jurídico adequado para proteção jurídica do direito de autor e conexos, pleiteando-se à convergência das disposições nacionais internas em matéria autoral, nas diretrizes do seu artigo 7º. Para realizar essa harmonização, cabe resguardar a máxima proteção ao autor e à coletividade, contribuindo para a manutenção e o desenvolvimento da atividade criativa dos autores, intérpretes ou executantes, produtores, consumidores, bem como o fomento à cultura, nos ditames do artigo 9º.

Em sentido contrário ao *droit d'auteur*, a Directiva não abrange os direitos morais do autor, de forma que serão exercidos, conforme o artigo 19, à luz do disposto na legislação dos Estados-membros e diplomas internacionais como, por exemplo: a Convenção de Berna (1886) o Tratado Sobre Direito de Autor (TODA) e o Tratado sobre Intérpretes ou Executantes de Fonogramas (TOIEF). Essa preceituação encontra-se disposta no artigo 19, da Directiva.

Também há tutela dos programas de computador e das bases de dados, sem prejuízo das inúmeras limitações à propriedade intelectual, observados determinados requisitos. A título exemplificativo destaca-se as reproduções temporárias, as quais prescindem de prévia

autorização do autor, desde que figurem como parte integrante do processo tecnológico, de uso legítimo e possibilite a transmissão numa rede entre terceiros, destituindo-se de qualquer finalidade lucrativa<sup>248</sup>.

O seu artigo 5º, 2, estabelece um rol de exceções e limitações aos direitos autorais. Em especial, apresenta-se o caráter excepcional atribuído ao direito de reprodução, também compreendido como “regra dos três passos”, de forma que o principal intento da obra não seja a reprodução, não prejudique a normal exploração da obra, e seja realizada sem gerar prejuízos aos interesses do autor.

Nessa perspectiva de disciplina jurídica dos direitos autorais, adequando-os às novas relações sociais, culturais e econômicas, evidencia-se a legislação norte-americana sobre direitos de autor, intitulada *Digital Millennium Copyright Act (DMCA)*, aprovada em 12 de outubro de 1998 e sancionada pelo presidente Bill Clinton, em 28 de outubro de 1998, o *DMCA* alterou a legislação dos Estados Unidos da América (EUA), a fim de ampliar o alcance dos direitos de autor. Além disso, limitou a responsabilidade dos prestadores de serviços na *internet*, diante das violações de direitos autorais cometidas por seus usuários. Mais esclarecimentos sobre esse documento serão explicitados no tópico seguinte.

---

<sup>248</sup> ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p. 56.

### 3.1.4 *Digital Millennium Copyright Act (DMCA): a proteção norte-americana das obras intelectuais nas redes de informação*

Trata-se de uma legislação norte-americana sobre direitos autorais, aprovada em 12 de outubro de 1998, pleno século XX, período no qual a informática surgiu e não parou de se desenvolver, como vivenciamos hodiernamente, no século XXI. Foi promulgada e assinada pelo presidente dos EUA, na época, Bill Clinton, em 28 de outubro de 1998. Buscou-se ampliar a proteção dos direitos de autor, bem como limitar a responsabilidade dos prestadores de serviços *online* no tocante às violações aos direitos autorais cometidas pelos usuários.

Objetivou-se atualizar a legislação autoral norte-americana, incluindo e regulando os meios digitais de armazenamento de informações, a *internet* e seus desdobramentos legais, de forma a coibir a pirataria existente em todas as grandes corporações modernas. Ocorreu um maior controle sobre essa prática delituosa presente nos tempos em que a tecnologia começava a se desenvolver cada vez mais.

Embora se identifique, nas disposições legais, a prevalência dos interesses hegemônicos norte-americanos, em detrimento das demais nações, detentoras de soberania em suas esferas territoriais. É factível a existência de inúmeras condenações estabelecidas pelos tribunais estadunidenses, contrariando outras decisões de Cortes e Organismos Internacionais (HAIA, *WIPO*, *GATT*, OMC, entre outros) relevantes para manutenção da convivência harmônica entre os países e seus interesses.

Muitas organizações, como, por exemplo, a *Electronic Frontier Foudation (EFF)*, organização sem fins lucrativos sediada em San Francisco, Califórnia, EUA, analisando os efeitos das medidas adotadas legalmente no ambiente norte-americano, através do DMCA, dispôs que a legislação macula a liberdade de expressão e o uso justo das criações intelectuais, além de coibir seu uso legítimo, a concorrência e a inovação.

Em razão disso, atualmente, o Congresso dos EUA tem conferido esforços no sentido de modificar a referida lei, considerando os interesses de outros sujeitos envolvidos no processo comunicacional, especialmente, os consumidores proativos das obras intelectuais na *internet*. Isso porque, além de receber conteúdo, também produzem e disseminam suas criações.

Outra discussão de bastante relevo no ambiente norte-americano e mundial, envolvendo a regulação dos provedores de serviços na *internet*, diz respeito à *WikiLeaks*. Consiste em uma organização transnacional, sem fins lucrativos, sediada na Suécia. Ela é responsável pela publicação, em sua página, de postagens de fontes anônimas, documentos, fotos e informações confidenciais, vazadas de governos ou empresas, sobre assuntos sensíveis.

Valendo-se de seu objetivo primordial, o mencionado organismo divulgou documentos secretos do exército dos EUA, referindo-se à morte de milhares de indivíduos na guerra do Afeganistão, ocorrida em duas fases, uma entre os anos de 1979 e 1989, enquanto a outra ocorreu no dia 7 de outubro de 2001. O seu fundador, Julian Assage, corroborou pela confidencialidade do material disponibilizado, ratificando a autoria dos crimes por tropas de diversas nacionalidades, sobretudo, as estadunidenses, durante sua ocupação militar naquele país.

Essa situação fática mencionada desencadeou a necessidade de ampliação da esfera protetiva dos direitos de autor nos EUA, estabelecendo novas legislações e acordos multilaterais, diretamente incidentes sobre os provedores de serviços na *internet*, adequando-se aos padrões internacionais. Esse país, através da legislação em comento, repudiou a produção e distribuição de tecnologia capaz de driblar a efetiva tutela dos direitos autorais<sup>249</sup>.

Assim, a fim de controlar a atuação dos usuários na rede no ambiente norte-americano, impedindo eventuais violações, efetivou-se a tecnologia *Digital Rights Management (DRM)*, direcionada à gestão dos direitos digitais, criando medidas tecnológicas para tutela dos direitos de autor, impedindo usos não autorizados e possibilitando o gerenciamento de informações.

Em relação à limitação das responsabilidades dos prestadores de serviços *online*, são elencadas, na seção 512, do DMCA, o qual apresenta as disposições de “porto-seguro”, aplicáveis aos casos de violações praticadas pelos usuários na rede. Através delas, os prestadores de serviços na *internet* gozam de proteção, sendo obrigados a indenizar monetariamente terceiros devido aos atos ilegais praticados através de seu serviço.

Para cumprir tais medidas, os EUA, através do DMCA, adotaram procedimentos eficientes de notificação e retirada de materiais juridicamente tutelados, além de suspender imediatamente o acesso ao conteúdo, em caso de denúncia por violação de direitos autorais. Não obstante, também se resguarde o usuário de boa-fé que comprove a inexistência de conduta ilícita<sup>250</sup>. Nessa situação, inverte-se a lógica da presunção de inocência, conferindo ao acusado o ônus *probandi*, ou seja, o dever de provar a veracidade daquilo por ele alegado, conforme aduz a professora Maristela Basso<sup>251</sup>.

---

<sup>249</sup> LEAL, Ondina Fachel; SOLAGNA, Fabrício; SOUZA, Rebeca Hennemann Vergara de. As políticas globais de governança e regulamentação da privacidade na *internet*. In: **Revista Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, a. 20, n. 41, jan./jun. 2014. p. 144.

<sup>250</sup> LEAL, Ondina Fachel; SOLAGNA, Fabrício; SOUZA, Rebeca Hennemann Vergara de. As políticas globais de governança e regulamentação da privacidade na *internet*. In: **Revista Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, a. 20, n. 41, jan./jun. 2014. p. 149.

<sup>251</sup> BASSO, Maristela. **Propriedade intelectual na era pós-OMC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

No mais, realizadas essas considerações sobre os principais diplomas internacionais reguladores dos direitos autorais e conexos, em escala mundial ou regional, como a legislação norte-americana, o estudo da dogmática jurídica autoral se complementa, além disso, com exposições sobre os principais contornos da legislação constitucional e infraconstitucional brasileira protetiva desses direitos.

Para cumprir tal intento, faz-se mister relatar a disciplina autoral nas Constituições brasileiras, traçando seu percurso histórico à atual Carta Magna, perpassando por sua disciplina jurídica inicial no Código Civil de 1916 e nas legislações específicas sobre a matéria: Lei nº 5.988/73 e Lei nº 9.610/98.

À luz dos aspectos sociojurídicos que permeiam a sociedade informacional, sobretudo as utilizações das criações intelectuais na rede, também se demonstra relevante elencar as principais disposições do diploma nacional regulamentador da *internet* no Brasil, qual seja: a Lei nº 12.965/14, popularmente conhecida como Marco Civil da *Internet*. Todas essas informações serão esmiuçadas no tópico seguinte.

### 3.2 Sistema jurídico nacional (constitucional e infraconstitucional) de proteção dos direitos autorais

Sem prejuízo das relevantes disposições internacionais protetivas dos direitos de autor, é interessante dispor sobre a sua trajetória legislativa nacional. O direito autoral trilhou longos caminhos até chegar à sua atual disciplina jurídica. Inicialmente, serão tecidas algumas abordagens sobre a evolução da proteção constitucional (Carta Magna) desses direitos, cujo texto reconheceu seu caráter fundamental. Posteriormente, tratar-se-á da tutela dos direitos de autor no âmbito das legislações ordinárias, destacando-se, entre outras: o Código Civil de 1916 e 2002, a Lei nº 5.988/73, a Lei nº 9.610/98 e a Lei nº 12.965/14.

Como foi demonstrado no primeiro momento desse estudo, o direito de autor possui dois modelos de proteção jurídica: o modelo anglo-saxão ou *copyright* e o francês *droit d'auteur*. A dogmática jurídica nacional relativa ao direito autoral corrobora com o *droit d'auteur*, não obstante também resguarde algumas disposições do sistema inglês, sobretudo no tocante à exploração econômica da criação intelectual.

Em razão dessa interação com o sistema francês, o direito de autor, na órbita jurídica nacional, é compreendido em sua natureza híbrida ou dúplice, na medida em que engloba dois feixes de direitos: morais e patrimoniais. A consagração dos primeiros decorre da adesão nacional ao *droit d'auteur*, responsável pelo reconhecimento dos direitos morais e sua natureza personalíssima dotada de perpetuidade e inalienabilidade. Enquanto que o caráter econômico da obra se filia ao pensamento disseminado no sistema inglês, voltado aos aspectos patrimoniais dos direitos autorais.

Embora já se vislumbrasse avanços na proteção dos direitos autorais no âmbito das diversas nações europeias e nos EUA, existindo inúmeras discussões sobre a matéria, as quais resultaram em Leis, Tratados e Convenções, no Brasil, os sistemas de privilégios, representante da disciplina arcaica dos direitos de autor, foram mantidos, mesmo após a Declaração de Independência, em 7 de setembro de 1822. Sua extinção somente ocorreu em 15 de novembro de 1889, com a Proclamação da República Brasileira. A partir de então, o país evoluiu na disciplina jurídica autoral, conforme será demonstrado no próximo tópico.

### 3.2.1 O direito autoral nas Constituições brasileiras: breve percurso histórico à Carta Magna de 1988

De início, o primeiro texto constitucional nacional foi a Constituição Imperial, promulgada em 25 de março de 1824, também compreendida como Constituição Política do Império do Brasil. Esse documento foi importante para manutenção da estabilidade e independência política do país, representado, na época, pelo Imperador D. Pedro I.

Sem deixar de reconhecer sua relevância histórica, é factível que ela não adotava, em seu âmbito, uma proteção efetiva dos direitos de autor, salvaguardados aos criadores das obras literárias, artísticas ou científicas. Somente no seu artigo 179, § 26, conferia aos inventores à propriedade sobre suas criações, conferindo-lhes um privilégio exclusivo temporário da utilização econômica da obra, sem prejuízo de eventual indenização por perdas e danos.

No período colonial, anterior ao mencionado, muitas limitações eram estabelecidas ao acesso à informação, havendo a prática de censura sobre a imprensa. Havia resistência por parte do Imperador D. Pedro II em conceder aos autores outra proteção senão àquela proveniente do sistema de privilégios adotado no país<sup>252</sup>. O ato adicional de 1837 também nada dispôs sobre essa matéria.

A Proclamação da República trouxe grandes contribuições para a configuração jurídica atual do país. Em 1889, instaurou-se a forma republicana federativa presidencialista de governo no Brasil, em detrimento da monarquia constitucional parlamentarista do Império do Brasil e pondo fim à soberania do imperador D. Pedro II. Posteriormente, esse movimento culminou na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, racionalizando a elaboração do diploma constitucional, voltado à consecução de uma sociedade livre e plural.

No Brasil, o diploma constitucional republicano foi inspirado pelo positivismo jurídico<sup>253</sup>, consagrando as principais características do Estado brasileiro contemporâneo: o modelo presidencialista e federativo, o voto direto (ainda que masculino e não secreto) para representantes do executivo e legislativo, a separação entre Estado e religião (laicidade) e a independência entre os três Poderes, o fim de instituições monárquicas, como o Poder

---

<sup>252</sup> HAMMES, Bruno Jorge. **O direito de propriedade intelectual**. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 21.

<sup>253</sup> Esse conceito associa-se à formação do Estado moderno, a partir da dissolução da sociedade medieval, passando a ser estruturado, o modelo social, em uma perspectiva monista, na qual o Estado concentra todos os poderes, responsável, dessa forma, pela produção do direito. Esse, por sua vez, é compreendido pelos positivistas como um conjunto de regras obrigatórias incidentes em determinada sociedade, cuja violação pressupõe a intervenção de um terceiro, sob a égide estatal, a fim de solucionar a controvérsia. Para maiores considerações vide: BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 26-27.

Moderador e o Conselho de Estado. Manteve sua estabilidade até a Revolução (ou Golpe Militar) de 1930, movimento armado que resultou no golpe de Estado de 1930. Suas disposições foram alteradas apenas através das Emendas Constitucionais de 1926.

No plano dos direitos autorais, a Constituição Republicana representou o primeiro arcabouço constitucional a salvaguardar os direitos autorais. No Título IV – Dos Cidadãos Brasileiros, Seção II – Declaração de Direitos, em seu artigo 72, § 26, corrobora que “aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico”.

Ainda salvaguardou, no § 24, do mencionado dispositivo, o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual ou industrial. Isso motivou, vale ressaltar, a Rodada Uruguai (1986-1994), realizada na cidade de Punta del Este, no Uruguai. Ela culminou na criação da Organização Mundial do Comércio (OMC) e incorporação do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (conhecido como GATT), sendo de grande importância para a disciplina autoral no plano mundial.

A Constituição de 1934, promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte, em 16 de julho, do referido ano, buscou organizar um regime democrático, que assegure à Nação, diversos fundamentos: a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, conforme dispõe seu preâmbulo. Resultou da Revolução Constitucionalista (1932), em razão do expressivo desenvolvimento industrial dos países, entre eles, o Brasil, ratificando o reconhecimento dos direitos autorais. Nesse sentido, o seu artigo 113, § 20, salvaguarda aos autores de obras literárias, artísticas e científicas o direito exclusivo de reproduzi-las, sendo esse, transmissível aos seus herdeiros.

O texto constitucional brasileiro de 1937, popularmente conhecido como “Constituição Polaca”, foi outorgado pelo Presidente da República, na época, Getúlio Dornelles Vargas (1882-1954), em 10 de novembro, do referido ano, estabelecendo o Estado Novo, marcado pela centralização do poder, nacionalismo, anticomunismo e autoritarismo. Em seu âmbito, não se vislumbrou nenhuma disposição em matéria autoral. Esse modelo estatal, em razão do seu caráter autoritário e censor, preconizava a liberdade de manifestação de pensamento por escrito, impressa ou por imagens, nos termos do seu artigo 122, item 15<sup>254</sup>.

Na realidade, havia uma supressão do direito à liberdade, excluindo-se, por conseguinte, os direitos autorais, também propulsores da liberdade artística, científica e cultural dos indivíduos. Não obstante o Código Civil de 1916 permanecesse com sua disciplina jurídica

---

<sup>254</sup> ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p. 63.

do direito de propriedade literária, artística e científica. Desse modo, existia uma proteção infraconstitucional dos direitos de autor, embora estivessem desprovidos de seu caráter fundamental e constitucional.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil foi promulgada em 18 de setembro de 1946, sendo composta por 218 artigos e mais 36 dispositivos no âmbito das disposições constitucionais transitórias. Foi elaborada pelo então presidente Eurico Gaspar Dutra (1883-1974), consagrando o direito fundamental à liberdade de expressão ou livre manifestação do pensamento, anteriormente resguardado na Constituição de 1934, embora suprimido em 1938.

Os direitos autorais também se encontraram presentes na Constituição da República de 1946, salvaguardados no artigo 141, § 19, o qual dispõe que “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”.

Outrossim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, elaborada no cerne do regime militar nacional, através do Ato Institucional Nº 4<sup>255</sup>, foi responsável por legitimar o período ditatorial no Brasil, decorrente do Golpe de Estado de 1964. Ampliou o poder conferido ao Executivo sobre o Legislativo e Judiciário. Além disso, no tocante aos direitos autorais, os manteve no mesmo patamar protetivo anteriormente conferido pela Constituição de 1946.

Atualmente, a disciplina constitucional autoral é exercida pela Carta Política de 1988. Foi aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte, em 22 de setembro de 1988, e promulgada, em 5 de outubro de 1988. Em seu âmbito protetivo, conferiu aos direitos de autor à devida fundamentalidade, por intermédio do artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII. Nesse sentido, preceitua o Diploma Constitucional:

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

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

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

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

---

<sup>255</sup> Os Atos Institucionais, em geral, atuavam como normas e decretos elaborados no período militar brasileiro, entre os anos de 1964 a 1969. Eram editados pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica ou pelo Presidente da República, com o aval do Conselho de Segurança Nacional. Todas estas normas estavam acima de todas as outras, e até mesmo, da Constituição.

Em razão da proteção constitucional resguardada aos direitos de autor, insculpidos em diversos diplomas constitucionais, ao longo dos anos, é indubitável que as legislações infraconstitucionais se coadunem aos dispositivos da Carta Magna. O fenômeno de constitucionalização do direito privado e seus reflexos no campo autoral, permitiu essa irradiação das normas constitucionais para as demais legislações que compõem o arcabouço legal pátrio.

Isso demonstra a necessidade de se debruçar, no tópico seguinte, em alguns aspectos do direito de autor, presentes nas legislações ordinárias, também compreendendo sua trajetória histórica à realidade atual vivenciada na sociedade da informação. A disciplina jurídica autoral evoluiu e deve continuar atualizada, de forma a atender aos anseios sociais de acesso às criações intelectuais, sem violar os direitos de autor. Assim, além de tutelá-lo, tem-se a efetivação do direito fundamental à cultura, a ser esmiuçado em momento oportuno.

### 3.2.2 A proteção autoral nas legislações ordinárias ou infraconstitucionais

Como mencionado anteriormente, embora muitos países do globo já avançassem em matéria autoral, o Brasil permanecia arcaico no sentido de se vincular, inicialmente, ao antigo sistema de privilégios exclusivos temporários. Como exemplo fático legislativo que ilustra esses institutos, destaca-se a Lei de 11 de agosto de 1827, responsável pela criação dos cursos jurídicos no Brasil ou, conforme preleciona, “crêa dous Cursos de sciencias Juridicas e Sociaes, um na cidade de S. Paulo e outro na de Olinda”. Ela dispôs, pela primeira vez, ainda que de maneira reflexa, sobre os direitos autorais.

A primeira instituição criada foi a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP), popularmente conhecida como Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Foi criada em 1827, poucos anos após a proclamação da Independência do Brasil. Atuava como principal instrumento científico do Império, destinando-se a formar governantes e administradores públicos capazes de estruturar e conduzir o país recém-emancipado. Ademais, em 11 de agosto de 1827 também foi fundada a Faculdade de Direito de Olinda, por lei criada pelo imperador D. Pedro I. Hodiernamente, encontra-se vinculada à Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

A legislação em comento, dispõe, em seu artigo 7º, que:

Os Lentes<sup>256</sup> farão a escolha dos compêndios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, contanto que as doutrinas estejam com o sistema jurado pela nação, estes compêndios, depois que aprovados pela congregação, servirão inteiramente, submetendo-se, porém, à aprovação da Assembleia Geral, e o Governo os fará imprimir e fornecer às escolas, competindo aos autores o privilégio exclusivo da obra, por dez anos. (grifo nosso).

Os Lentes, assim mencionados pela legislação suscitada, foram os primeiros sujeitos salvaguardados com a exclusiva exploração das suas criações intelectual, por um período de tempo fixado legalmente. Embora fosse tutelada com a forma de privilégio e não com o caráter de direito, fato somente ocorrido posteriormente<sup>257</sup>. O professor Allan de Souza Rocha critica essa disposição legislativa, na medida em que evidencia o atraso jurídico vivenciado naquela

---

<sup>256</sup> Antigo título acadêmico originalmente conferido aos professores da Universidade de Coimbra, em Portugal. O Brasil, em razão de sua colonização portuguesa, foi influenciado por esse termo adotado na legislação do período imperial analisada.

<sup>257</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do direito de autor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 90.

época, em razão da concessão de privilégios, instituto já superado pela doutrina e dogmática jurídica internacional<sup>258</sup>.

O avanço na regulamentação dos direitos autorais no Brasil somente ocorreu com a disciplina jurídica do Código Criminal de 1830. Ele, em seu artigo 261, criminaliza a contrafação e estabelece as devidas sanções penais quando da prática dessa conduta. Situado no Título III – Dos crimes contra a propriedade, Capítulo I – Furto, elenca como fato típico:

Art. 261. Imprimir, gravar, litografar, ou introduzir quaisquer escritos, ou estampas, que tiverem sido feitos, compostos, ou traduzidos por cidadãos brasileiros, enquanto estes viverem, e dez anos depois da sua morte, se deixarem herdeiros.

Penas - de 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 trespobro 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.

A partir da legislação criminal supracitada, opera-se a criação, ainda que indiretamente, de um direito autoral de reprodução a partir de um tipo incriminador que vedava a reprodução, em diversas modalidades, de escritos e estampas feitos, compostos ou traduzidos por cidadãos brasileiros<sup>259</sup>.

O primeiro estatuto civil a regular os direitos autorais, em âmbito nacional, foi a Lei nº 496, de 1º de agosto de 1898, decorrente do projeto de autoria do advogado e político brasileiro Augusto Montenegro (1867-1915). Essa legislação é popularmente conhecida como Lei Medeiros e Albuquerque.

A aprovação dessa legislação ocorreu posteriormente à Convenção de Berna (1886), salvaguardando, no artigo 3º, § 1º, o direito de autor como um privilégio a ser exercido no lapso temporal de 50 anos, após o dia 1º de janeiro do ano subsequente ao da publicação, desde que cumprida a exigência legal, qual seja: o depósito na Biblioteca Nacional, dentro do prazo de 2 anos, sob pena de perda do direito. A disciplina jurídica atual dos direitos de autor, exercida, sobretudo, pela Lei nº 9.610/98, a ser estudada em momento oportuno, consagra a proteção autoral independentemente do registro, conforme preceitua seu artigo 18.

<sup>258</sup> ROCHA, Allan de Souza. Direitos autorais: a história da proteção jurídica. In: **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, a. VI, n. 7, dez. 2005. p. 21.

<sup>259</sup> MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. **Função social da propriedade intelectual**: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2007. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7613/1/Pedro%20Nicoletti%20Mizukami.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2017. p. 287.

Além disso, salvaguardava, ao autor, o direito de fazer ou autorizar traduções, representações ou execuções, no prazo de 10 anos, aduz o artigo 3º, § 2º. O crime de contrafação também foi caracterizado, em seu artigo 19, como “todo atentado doloso ou fraudulento contra o direito de autor”.

Não se pode deixar de reconhecer que a legislação de 1898 inovou ao proibir as modificações não autorizadas e instituir o direito de denominação, já tratando desse direito moral atribuído ao autor, embora não usasse essa expressão em seu texto. Todavia, não obstante seu caráter progressista, o ordenamento jurídico nacional se demonstrava conservador e copiador, de forma que o tempo de duração da Lei em comento foi limitado, embora fomentasse a ideia de codificação dos direitos privados<sup>260</sup>.

Durante esse período, especificamente no século XIX, o Brasil elaborou diversas legislações e aderiu a inúmeros acordos envolvendo os direitos de autor. Nesse sentido, elenca Allan de Souza Rocha:

Em nove de setembro de 1889 assinou com Portugal declaração prevendo a igualdade dos direitos dos nacionais dos dois países, em matéria de direitos autorais. O Decreto nº 10.353, de 14 de setembro de 1889, manda executar o ajuste, validando-o no país. O mesmo foi feito com a França, pois em 15 de dezembro de 1913, Brasil e França estabelecem um acordo, que foi aprovado pelo Decreto nº 2.966, em 5 de fevereiro de 1915. Em 17 de janeiro de 1912, foi promulgada a Lei nº 2.577, que estendeu a proteção dos direitos autorais às obras publicadas em países estrangeiros, desde que membros das convenções internacionais, assim o Brasil entra definitivamente no plano de proteção internacional das obras criativas.

Na órbita cível, o projeto primitivo do Código Civil, elaborado por Clóvis Beviláqua (1859-1944), dedicou boa parte da exposição de motivos aos direitos autorais<sup>261</sup>, corroborando com o pensamento do filósofo alemão Caspar Rudolph Ritter von Jhering (1818-1892). Para ele, o direito autoral possui caráter jusnaturalista, como expressão direta do espírito pessoal do autor e a ele inerente<sup>262</sup>. Doutrinariamente, critica-se esse tratamento conferido ao direito de autor, inserido na categoria de direito das coisas, como desdobramento do direito de propriedade, devendo ser tratado fora do direito comum, civil ou penal<sup>263</sup>. O direito autoral somente recebeu tratamento jurídico específico, como ramo autônomo, em momento ulterior.

Outras considerações sobre a legislação cível serão explicitadas no tópico seguinte. Inicialmente, no Código de 1916, a matéria é efetivamente tratada, em capítulo próprio, sob o

<sup>260</sup> AZEVEDO, Philadelpho de Barros. **Direito moral do escritor**. Rio de Janeiro: Alba, 1930. p. 94-148.

<sup>261</sup> ROCHA, Allan de Souza. Direitos autorais: a história da proteção jurídica. In: **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, a. VI, n. 7, dez. 2005. p. 29.

<sup>262</sup> IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2000.

<sup>263</sup> DUVAL, Hermano. **Direitos autorais nas invenções modernas**: doutrina, jurisprudência e legislações comparadas. Rio de Janeiro: Andes, 1956. p. 7.

título “Da Propriedade Literária, Científica e Artística”, nos artigos 649 a 673, prevalecendo a orientação no sentido de considerar o direito autoral como propriedade. Além de salvaguardar toda forma de utilização econômica da obra criativa, literária, artística ou científica, por reprodução ou representação.

### 3.2.2.1 Código Civil de 1916 e 2002: o tratamento jurídico dos direitos autorais na legislação cível nacional

O primeiro projeto de codificação cível, apresentado em 1916, pelo jurista cearense Clóvis Beviláqua (1859-1944), além de considerar os direitos autorais como propriedade imaterial de caráter jusnaturalista, ampliou a proteção dos direitos de autor para 60 anos após a morte do autor, reconhecendo sua perpetuidade. Isso gerou inúmeras objeções por parte de autores que ponderavam os interesses sociais frente aos bens culturais.

Muitas modificações foram propostas pela comissão revisora do referido projeto, a qual alterou diversos artigos e incluiu novos acerca dos privilégios de invenção e marcas de fábrica, embora não tenham sido aprovados. A nomenclatura, anteriormente utilizada (direito autoral) foi substituída pela expressão propriedade literária, artística e científica, termo criticado doutrinariamente<sup>264</sup>.

O projeto retrocedeu em alguns aspectos, se comparado às garantias autorais estabelecidas na Lei Medeiros e Albuquerque. Mesmo diante da evolução vivenciada no campo autoral, sobretudo na jurisprudência francesa e de outros países europeus, reconhecendo, inclusive, o direito moral do autor, o estatuto cível nacional limitou-se à estruturação da codificação francesa, conferindo-os o caráter de propriedade, com prevalência dos aspectos patrimoniais relacionados à exploração econômica da criação intelectual, por meio de sua reprodução ou representação<sup>265</sup>.

A legislação cível de 1916 estabelecia algumas limitações aos direitos autorais, em razão de interesses coletivos, como, a título ilustrativo: autoriza a execução de obras musicais em público durante concertos beneficentes, festas populares, entre outros eventos que não demandem contribuição pecuniária. Desapropriava-se o direito imaterial em prol da coletividade, em diversas situações elencadas no artigo 666:

Art. 666. Não se considera ofensa aos direitos de autor:

I – a reprodução de passagens ou trechos de obras já publicadas e a inserção, ainda integral, de pequenas composições alheias no corpo de obra maior, contanto que esta apresente caráter científico, ou seja compilação destinada a fim literário, didático, ou religioso, indicando-se, porém, a origem, de onde se tomarem os excertos, bem como o nome dos autores.

II – a reprodução, em diários ou periódicos, de notícias e artigos em caráter literário ou científico, publicados em outros diários, ou periódicos, mencionando-se os nomes dos autores e os dos periódicos, ou jornais, de onde forem transcritos.

III – a reprodução, em diários e periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas, de qualquer natureza.

<sup>264</sup> AZEVEDO, Philadelpho de Barros. **Direito moral do escritor**. Rio de Janeiro: Alba, 1930. p. 140.

<sup>265</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 33-97.

IV - a reprodução de todos os atos públicos e documentos oficiais da União, dos Estados e dos Municípios.

IV – a reprodução dos atos públicos e documentos oficiais da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

V – a citação em livros, jornais ou revistas, de passagens de qualquer obra com intuito de crítica ou polêmica.

VI – a cópia, feita à mão, de uma obra qualquer, contanto que se não destine à venda.

VII – a reprodução, no corpo de um escrito, de obras de artes figurativas, contanto que o escrito seja o principal, e as figuras sirvam somente para explicar o texto, não se podendo, porém, deixar de indicar os nomes dos autores, ou as fontes utilizadas.

VIII – a utilização de um trabalho de arte figurativa, para se obter obra nova.

IX – a reprodução de obra de arte existente nas ruas e praças.

X – a reprodução de retratos ou bustos de encomenda particular, quando feita pelo proprietário dos objetos encomendados. A pessoa representada e seus sucessores imediatamente podem opor-se à reprodução ou pública exposição do retrato ou busto<sup>266</sup>.

Vale ressaltar que o rol de situações fáticas elencadas não se esgota no presente dispositivo legal, sendo meramente ilustrativo. Além disso, foi revogado pela Lei 9.610/98, responsável pela atual disciplina jurídica dos direitos de autor, a qual também salvaguarda uma série de limitações aos direitos autorais, em seu artigo 46, melhor trabalhado *a posteriori*.

O desenvolvimento tecnológico possibilitou o surgimento de novas formas de execução, reprodução e armazenamento de informações, demandando-se a adoção de outras proteções aos titulares das obras intelectuais. Muitas dessas condutas inovadoras, em matéria autoral, efetivaram-se nas legislações posteriores.

Nesse liame, foram editadas diversas legislações autorais no país, como, por exemplo, o Decreto nº 4.790, de 2 de janeiro de 1924, responsável por caracterizar os direitos de autor, bem como estabelecer prerrogativas em favor dos titulares a fim de tutelar os usos não autorizados. Ademais, o Decreto nº 5.492, de 16 de julho de 1928, disciplinou a organização das empresas de diversão pública e locação de serviços teatrais. Essa legislação foi relevante para salvaguardar os artistas e intérpretes, detentores, em seguida, dos direitos conexos<sup>267</sup>.

O Diploma de 1916 perdurou por um longo período, dedicando-se à disciplina da propriedade literária, artística e científica. No entanto, suas disposições foram revogadas pelas legislações autorais posteriores, em especial, pela Lei 9.610/98, a ser estudada em outro momento.

<sup>266</sup> BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil**. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 6 out. 2017.

<sup>267</sup> ROCHA, Allan de Souza. Direitos autorais: a história da proteção jurídica. In: **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, a. VI, n. 7, dez. 2005. p. 35.

### 3.2.2.2 Lei nº 5.988, de 14 de setembro de 1973: antiga legislação de tutela dos direitos de autor

Em pleno século XX, por volta dos anos de 1960 e 1970, foram apresentados muitos projetos no Congresso Nacional na tentativa de criar um Código Nacional de Direitos de Autor e Direitos Conexos. Seu fomento ocorreu em razão de inúmeros fatores, entre os quais: a necessidade de consolidação dos dispositivos esparsos em matéria autoral, assim como o descrédito apresentado pelos usuários de obras musicais em face das entidades de arrecadação e distribuição de direitos autorais como: a Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música (SBACEM), a Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes (AMAR), entre outras já existentes na época.

Naquele período, o Ministro da Justiça, Mem de Sá (1500-1572), designou o Desembargador Milton Sebastião Barbosa (1919-1977) para atualizar a legislação autoral brasileira sobre direitos autorais e conexos. Isso resultou na confecção de um Anteprojeto do Código do Direito de Autor e Direitos Conexos, constituído por 351 artigos, publicado no Diário Oficial da União (DOU), em 16 de junho de 1967.

Em maio do referido ano, o então Ministro da Justiça, Luiz Antônio da Gama e Silva (1913-1979), nomeou uma Comissão encarregada de realizar a revisão do Anteprojeto, ocorrendo, no entanto, divergências de opiniões. O presidente da Comissão Revisora era o antigo Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Cândido da Mota Filho (1897-1977), o qual ofereceu um substitutivo de 98 artigos, preservando os critérios tradicionais. Os demais membros, o Desembargador Milton Sebastião Barbosa e o doutrinador autoral Antônio Chaves (1818-1889) ofereceram um Projeto, contendo 198 artigos, distribuídos em três partes: Direito de Autor, Transmissão e Defesa<sup>268</sup>.

Ambos os projetos supramencionados não prosperaram, de modo que outros novos foram apresentados ao Congresso Nacional. O primeiro de caráter mais conservador, mantendo os critérios tradicionais elencados na antiga legislação cível. O outro foi de iniciativa do jurista José Carlos Moreira Alves, então Procurador-Geral da República e, posteriormente, Ministro do Supremo Tribunal Federal, inserindo algumas emendas no Anteprojeto<sup>269</sup>.

Em decorrência disso, surgiu a Lei nº 5.988, promulgada em 14 de dezembro de 1973. Ela vigorou por 25 anos seguintes à sua publicação, sendo composta por 134 artigos, distribuídos em 9 títulos: I – Disposições preliminares, II – Das obras intelectuais, III – Dos direitos do autor, IV – Da utilização de obras intelectuais, V – Dos direitos conexos, VI – Das

---

<sup>268</sup> COSTA NETTO, José Carlos. **Direito autoral no Brasil**. São Paulo: FTD, 2008. p. 66.

<sup>269</sup> *Ibidem*, p. 66-67.

associações de titulares dos direitos de autor e direitos que lhes são conexos, VII – Do conselho nacional de direito autoral, VIII – Das sanções à violação dos direitos do autor e direitos que lhes são conexos e VIX – Disposições finais e transitórias.

Ela foi revogada pela Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, a ser estudada no tópico seguinte, permanecendo em vigor os §§ 1º e 2º, do artigo 17. Esse dispositivo autoriza o autor, a fim de salvaguardar seu direito, registrar a criação intelectual, conforme sua natureza, na Biblioteca Nacional, na Escola de Música, na Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, no Instituto Nacional do Cinema ou no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia.

Esse diploma autoral apresentou avanços em relação à disciplina cível, vislumbrando-se, por exemplo, em seu artigo 4º, 12 termos e expressões relevantes nessa seara, definindo: publicação, editor, contrafação, transmissão, produtor cinematográfico, produtor fonográfico, artista, videofonograma, entre outros<sup>270</sup>. Foram superados diversos obstáculos jurídicos e preenchidas as lacunas no ordenamento pátrio, em relação à matéria.

Muitos doutrinadores, entre eles, Antônio Chaves e Carlos Alberto Bittar, elencam alguns aspectos positivos da legislação em comento: primeiro, destaca-se a sistematização, concentração e atualização da matéria, inclusive os direitos conexos; tem-se o estabelecimento, reconhecimento e diferenciação dos direitos morais e patrimoniais resguardados ao autor, conferindo-lhes regulamentação própria; possibilidade de cessões de direitos autorais; criação do Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA); constituição do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), bem como, fixação de sanções civis e administrativas em razão da violação dos direitos autorais<sup>271</sup>.

Com o advento da legislação em comento, a regência dos direitos autorais foi atribuída ao Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA) e a centralização da arrecadação confiada ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), ambos constituídos posteriormente, entre 1976 e 1977.

Num período em que o direito autoral no país não possuía um órgão superior responsável pela administração dos direitos autorais<sup>272</sup>, o artigo 116, da referida lei, criou o CNDA, incumbindo-o das funções de fiscalização, consulta e assistência, dotado de poderes

---

<sup>270</sup> BARROS, Carla Eugênia Caldas. **Manual de direito da propriedade intelectual**. Sergipe: Evocati, 2007, p. 495.

<sup>271</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do direito de autor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 70. Assim como, preceitua CHAVES, Antônio. **Direito de autor: princípios fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 12-13.

<sup>272</sup> CHAVES, Antônio. Desenvolvimento do direito de autor no Brasil após a Lei n. 5.988/73. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 16, n. 61, p. 230, jan. - mar. 1979. p. 231.

normativos e de intervenção perante o ECAD e associações. No tocante à sua estruturação, compunha-se de especialistas em direito de autor e dividia-se em câmaras especializadas em razão da matéria, responsáveis pela tomada de decisões e julgamento dos recursos.

O mencionado órgão foi responsável pela implementação do ECAD, em 1976, instituindo normas determinando a extinção das sociedades arrecadoras existentes. Além disso, concentrou a cobrança e distribuição dos direitos autorais em um escritório central. Ele iniciou sua atuação em 1977, criado em conformidade com o artigo 115, da legislação supracitada, direcionando-se à execução musical, mediante a instituição de um sistema de processamento eletrônico das pontuações e dos pagamentos, centralizados na Caixa Econômica Federal.

O artigo 93 da legislação de 1973 instituiu o pagamento de direitos autorais sobre a obra caída em domínio público<sup>273</sup>, retrocedendo juridicamente ao dispor que, após o transcurso do prazo, as obras não mais pertencentes ao autor seriam patrimônio estatal e não público ou coletivo.

Obrigou-se, o Estado, a tutelar as obras caídas em domínio público, a fim de resguardar sua natureza, embora tenha estabelecido um regime de tarifação para utilização das criações intelectuais, conferindo prevalência aos aspectos patrimoniais em detrimento dos morais. O âmbito personalíssimo privilegia o uso justo das criações intelectuais, como será exposto em outro momento.

O domínio público consagra a livre utilização das obras intelectuais, desde que, por óbvio, não viole os direitos do autor, em conformidade com a doutrina norte-americana do *fair use*, estudada posteriormente. Atuando como mecanismo de promoção da cultura e do desenvolvimento social. Entretanto, não deveria figurar nos moldes como se apresentava, ou seja, remunerado. O reconhecimento de sua legitimidade pressupõe a gratuidade e o livre acesso por todos os indivíduos no meio físico e virtual.

Essa legislação, embora tenha possibilitado inúmeros avanços em matéria autoral, também trouxe diversos retrocessos em sua regulamentação, em desconforto com a legislação internacional e inexistindo critérios válidos para a distribuição dos direitos patrimoniais. Um

---

<sup>273</sup> Condição jurídica em razão da qual uma obra é salvaguardada à coletividade, sem restrições de uso, qual seja, conforme dispõe o artigo 41, da Lei 9.610/98, duram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao falecimento do autor ou do último coautor, caso uma obra tenha sido produzida entre mais de uma pessoa. Além das obras em que o prazo de proteção aos direitos excedeu, pertencem ao domínio público também: as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores; as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal para os conhecimentos étnicos e tradicionais.

longo caminho foi percorrido até chegar à legislação autoral de 1988, apresentada no tópico seguinte.

### 3.2.2.3 Lei nº 9.610 de 1998: direitos autorais, limitações e propostas de atualização

Os avanços tecnológicos vivenciados no século XX e, posteriormente, no século XXI, sobretudo na seara da tecnologia da informação, impulsionaram novos olhares para o direito da propriedade intelectual, em especial, os direitos autorais. Permitiu-se a interligação entre os indivíduos na rede mundial de computadores, em uma interação quase instantânea no ambiente do *cyberespaço*, o não se coaduna à noção tradicional de tempo e espaço. No cenário capitalista atual, em que há uma constante troca de bens materiais e imateriais, os espaços de compra e consumo, aduz Zygmunt Bauman, “são de fato templos para os peregrinos”<sup>274</sup>.

Hodiernamente, a disciplina autoral no Brasil é realizada pela legislação infraconstitucional denominada de Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, também conhecida como Lei de Direitos Autorais (LDA). Em conformidade com seu artigo 7º, salvaguarda a proteção das “criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro [...]”.

Percorreram muitos anos até a apresentação do projeto inicial visando à elaboração de um novel diploma autoral. Em razão disso, a legislação permaneceu desatualizada em alguns aspectos, diante das novas técnicas de reprodução das obras intelectuais, assim como se evidenciou o surgimento de outras formas de distribuição das criações do espírito à coletividade, através da *internet*.

Muitos doutrinadores corroboram que o diploma mencionado deveria ter acolhido questões cruciais existentes atualmente no mundo jurídico, as quais têm sido objeto de discussões legislativas, jurisprudenciais e acadêmicas. O legislador deveria ter explorado melhor essas questões, em atenção aos progressos tecnológicos que afetam diretamente os direitos autorais, em seus aspectos morais e patrimoniais, reconhecidos pela própria lei<sup>275</sup>.

A referida legislação inovou ao salvaguardar, em conformidade com os preceitos corroborados pelo *droit d’auteur*, os direitos morais, previstos no seu artigo 24 e os patrimoniais, resguardados no seu dispositivo 46.

O primeiro contempla inúmeras acepções explicitadas doutrinariamente, sendo caracterizados, pelo doutrinador Carlos Alberto Bittar, como “vínculos perenes que unem o criador à sua obra, para a realização da defesa de sua personalidade”. Ou seja, tutela-se o autor em suas relações pessoais, permanecendo intrinsecamente ligado à sua obra. Os direitos patrimoniais conferem ao autor a possibilidade de salvaguardar a outrem o direito de utilizar,

---

<sup>274</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 126.

<sup>275</sup> CABRAL, Plínio. **A nova lei de direitos autorais**: comentários. São Paulo: Ed. Harbra, 2003. p. 12.

fruir e dispor da sua obra literária, artística e científica, nos termos do artigo 28, da LDA. Em contrapartida, possuem sua existência limitada ao período de 70 anos, contados da sua morte, aduz o artigo 41, desse diploma legal. Transcorrido esse período, a obra cai em domínio público.

A LDA elencou, em seu âmbito, especialmente no artigo 5º, diversos conceitos incidentes na seara autoral, como às definições relacionada à publicação, transmissão ou emissão, comunicação ao público, reprodução, contrafação, entre outros. O que não se pode corroborar é o engessamento desses institutos jurídicos, ao passo que o direito, em razão de sua natureza evolutiva, legitima seus valores em processos sociais de adaptação, conforme leciona Francisco Cavalcante Pontes de Miranda<sup>276</sup>.

Por consagrar a natureza personalíssima do direito de autor como influência do sistema francês *droit d'auteur*, o registro da obra, em sentido diverso ao prescrito pelo *copyright*, não representa a natureza constitutiva do direito do autor. Pelo contrário, ele permanece resguardado desde à exteriorização da obra, em meio físico ou virtual. O gozo desse direito, independe de qualquer formalidade do autor.

Não obstante, a atual legislação autoral, em seus artigos 19 a 21, resguarde a possibilidade do autor registrar sua criação intelectual na Biblioteca Nacional, na Escola de Música, na Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), no Instituto Nacional do Cinema ou no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia. Essa disposição já estava elencada na antiga lei nacional sobre direitos de autor (Lei nº 5.988 de 1973), nos artigos 17 a 20.

As limitações aos direitos de autor<sup>277</sup> figuram como situações excepcionais, nas quais, por diversos fins justificáveis, o uso do bem imaterial se torna possível, ponderando-se os interesses apresentados nos casos concretos. Ou seja, “as limitações aos direitos do autor constituem *numerus clausus*, cuja interpretação não comporta flexibilização [...]”<sup>278</sup>.

O artigo 46, da LDA, salvaguarda a possibilidade de livre utilização das criações intelectuais, desde que as mesmas sejam direcionadas ao cumprimento de fins sociais, pedagógicos e/ou culturais. O dispositivo elencado aduz:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:  
I - a reprodução:

<sup>276</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Sistema de ciência positiva do Direito**. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

<sup>277</sup> Em âmbito nacional, essas limitações ou exceções aos direitos de autor convergem com a doutrina norte-americana do *fair use*, a qual consagra a utilização legítima das criações do espírito, levando-se em consideração os interesses sociais. Seus principais aspectos serão abordados no último momento do presente estudo.

<sup>278</sup> GALVÃO, José Walter Queiroz. **A crise de identidade da lei autoral brasileira**. Disponível em: <<http://www.awgalvaofilhos.adv.br/sites/400/435/00000134.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2017.

- a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;
- b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;
- c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;
- d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários;
- II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;
- III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;
- IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;
- V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização;
- VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;
- VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;
- VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores<sup>279</sup>.

Dessa forma, o inciso I estabelece que a reprodução de forma total ou parcial de obras impressas, dentre estas, produções literárias, não constitui uma conduta violadora dos direitos autorais resguardados aos seus criadores. Pelo contrário, têm-se tutelados os interesses do autor, assim como ocorre quando da utilização das licenças *creative commons*, explicitadas posteriormente.

O inciso II disciplina a possibilidade de realização de cópias de pequenos trechos pertinentes a obras intelectuais, direcionadas ao uso privado, ou seja, desprovidas de fins lucrativos. Salvaguarda-se à utilização privada e destituída de finalidade comercial de obras imateriais, no entanto, demandando maiores aprimoramentos na redação do dispositivo.

Quanto ao inciso III, o mesmo refere-se à realização de citações no cerne dos diversos meios de comunicação ou até mesmo com finalidades pedagógicas, desde que sejam resguardadas a autoria e origem das criações intelectuais.

<sup>279</sup> BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. **Lei de Direitos Autorais (LDA)**. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 8 out. 2017.

O inciso IV preleciona sobre a possibilidade de utilizar as lições ministradas em estabelecimentos de ensino, com a devida autorização daqueles que as ministraram.

O inciso V, do dispositivo em comento, permite o uso de produções intelectuais em estabelecimentos comerciais. Resguarda-se o trabalho intelectual utilizado apenas com fins de divulgação ao público consumidor.

Interessa dispor ainda que o referido dispositivo tutela a ampla liberdade de divulgação e acesso à cultura. Como também, se coaduna com a atual realidade digital, visto que as produções intelectuais podem ser compartilhadas livremente na rede, fomentando a aproximação dos indivíduos aos bens intelectuais que lhes são disponibilizados.

Em relação ao inciso VI, ele salvaguarda a exibição de obras teatrais e musicais com finalidades meramente didáticas, sem qualquer intento lucrativo.

O inciso VII, do artigo mencionado anteriormente, vem a dispor acerca dos elementos probatórios utilizados nos procedimentos judiciais ou administrativos. As produções intelectuais, sejam obras literárias, artísticas ou científicas, podem ser utilizadas como provas nos termos supracitados, sem que isto configure violação autoral.

O inciso VIII salvaguarda a reprodução de trechos de obras já existentes ou de sua integralidade, no cerne de quaisquer criações intelectuais.

Possibilita-se à divulgação das produções culturais aos mais variados públicos, desde que tal prática esteja destituída de qualquer finalidade lucrativa. Assim, os interesses dos autores das obras intelectuais não serão maculados, sem prejuízo de também serem resguardados direitos fundamentais elencados em nossa Carta Magna, entre os quais destaca-se o acesso à cultura.

Tais intentos não apenas legislativos, como também sociais, revelam a intenção de que as novas práticas legítimas vislumbradas no cerne da sociedade da informação sejam normatizadas. Vale ressaltar, no entanto, que essas limitações aos direitos de autor devem acompanhar os anseios sociais, não mais permanecendo estanques. É imprescindível convergir a legislação e o aplicador da norma, sobretudo, quando da submissão dos casos concretos ao Poder Judiciário. A hermenêutica jurídica deve ser resguardada quando da análise dos usos justos das criações intelectuais, sempre tendo em vista os interesses da coletividade, assim como dos autores das produções imateriais.

O caráter fundamental atribuído aos direitos de autor e à cultura, fomenta a necessidade de harmonização desses interesses, presentes nas situações fáticas apresentadas ao Poder Judiciário. Para tanto, cumpre destacar relevantes considerações sobre os direitos humanos fundamentais, em especial, os direitos autorais e culturais, como corolários da dignidade da

pessoa humana, fundamento basilar da República Federativa do Brasil, disposto no artigo 1º, III, da Carta Magna.

Uma vez observados os fundamentos constitucionais relativos aos direitos autorais, corroborar-se-á com a função social também resguardada à propriedade imaterial, aplicando-se, na seara da propriedade intelectual, o disposto no artigo 170, III, da Constituição Federal. Tutela-se o progresso social, econômico e tecnológico do país, a partir da fruição das criações intelectuais, bens culturais, pela coletividade, em um universo cujas fronteiras físicas não mais se demonstram intransponíveis, diante da realidade virtual vivenciada na sociedade da informação.

#### **4 A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS AUTORAIS NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E SUA EQUALIZAÇÃO COM OS DIREITOS CULTURAIS**

Diante dos contornos atuais do direito de autor na sociedade da informação, incitou-se uma revitalização do sistema jurídico autoral à luz dos ditames constitucionais envolvendo os direitos humanos fundamentais positivados no ordenamento jurídico vigente. A proteção jurídica constitucional das criações do intelecto humano, nos campos da arte, literatura, ciência, e outros domínios relacionados à pesquisa e ao desenvolvimento tecnológico, fomentou a adequação da legislação ordinária, como reflexo do processo de constitucionalização do direito privado, ilustrado anteriormente.

A tutela das produções intelectuais, evolutivamente, acompanhou a expansão quantitativa e qualitativa dos processos de criação e desenvolvimento<sup>280</sup>. Incitou-se a noção de escassez, aplicável, inicialmente, aos bens materiais. A informação assumiu novas feições, atuando como um bem público cujo consumo por determinado indivíduo não a torna menos acessível a outra. A mesma concepção se aplica ao ramo autoral, na medida em que as criações intelectuais são disseminadas na rede, sem esgotar sua fruição, tutelando-se seu acesso à coletividade.

Em nível internacional, a propriedade intelectual é reconhecida como direito fundamental expressamente previsto ou por via reflexa, ao passo que os direitos autorais se filiam ao direito fundamental à cultura. Entre os diplomas que a tutelam, destacam-se: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), entre outros instrumentos já mencionados anteriormente.

O caráter fundamental da propriedade intelectual (direitos autorais e industriais) está consagrado, em plano nacional, na Constituição Federal, incisos XXVII, XXVIII e XIX. O primeiro, em especial, salvaguarda-se os direitos de autor, conferindo-os o direito exclusivo de utilizar, publicar e reproduzir suas obras literárias, artísticas, científicas e de comunicação. O direito autoral, em razão de seu fundamento constitucional, pode sofrer interferências estatais, sendo, inclusive, limitado, quando não houver o cumprimento de sua função social.

O progresso tecnológico facilitou o compartilhamento dos bens intelectuais, aumentando a litigiosidade envolvendo os interesses suscitados. O direito de autor é dotado de natureza flexível, demandando do intérprete e aplicador da norma jurídica, seja para ampliar ou

---

<sup>280</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; KRETSCHMANN, Ângela. Os direitos do autor como direitos fundamentais? *In: Revista Jurídica do CESUCA*, v. 1, n. 1, jul., 2013. p. 2.

restringir sua fruição no caso concreto. O constitucionalismo contemporâneo o identifica como direito fundamental, em seu aspecto formal. Não obstante figurem como direitos humanos, por serem resguardos os indivíduos, seu caráter fundamental é atribuído pelo legislador constitucional.

Ratifica-se sua materialidade por ter sido objeto de escolha pelo constituinte, inserindo-o no catálogo constitucional de direitos fundamentais. Isso não isenta a ordem jurídica de eventuais conflitos envolvendo os modos de utilização das criações intelectuais, como se vislumbra empiricamente no cerne do Poder Judiciário, melhor elucidados posteriormente. A convergência dos direitos do autor demanda a observância dos interesses da coletividade, especialmente o direito à cultura.

Necessário se faz adaptar o direito autoral à realidade vivenciada em razão do desenvolvimento tecnológico. Nela, as restrições de acesso à informação permanecem infrutíferas tendo em vista à prevalência das digitalizações das criações intelectuais em detrimento da exteriorização por meio físico<sup>281</sup>. Na sociedade informacional, os usuários conectados à rede, além de leitores e consumidores de bens materiais e imateriais, assumem um papel ativo na produção de conteúdo intelectual. O direito de autor deve ser compreendido em concomitância aos direitos fundamentais basilares de nosso ordenamento jurídico, entre os quais se destaca o direito à cultura.

No plano da fundamentalidade em sentido formal, o direito autoral deve coadunar com princípio da dignidade da pessoa humana, voltado a salvaguardar às “[...] necessárias condições que devem ser oferecidas para que a pessoa possa desenvolver seu potencial de autonomia”<sup>282</sup>. Não obstante, esse fundamento deve ser analisado com as devidas cautelas, visto que inexistente convergência absoluta com todos os direitos fundamentais positivados pela ordem jurídica. Muitos deles, quando analisados no caso concreto, não correspondem, em seu conteúdo, às exigências dignidade humana.

Em nome desse fundamento constitucional, repudia-se qualquer ato que reduza o indivíduo, sujeito de direitos e deveres, à condição de objeto<sup>283</sup>. Para Ingo Wolfgang Sarlet, a

---

<sup>281</sup> EPSTEIN, Jason. *Publishing: the revolutionary future*. New York: In: **The New York Review of Books**, 2010. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2010/mar/11/publishing-the-revolutionary-future/>>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>282</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; KRETSCHMANN, Ângela. Os direitos do autor como direitos fundamentais? In: **Revista Jurídica do CESUCA**, v. 1, n. 1, jul., 2013. p. 6.

<sup>283</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

dignidade da pessoa humana não configura como um direito natural metapositivo, e sim, uma concretização constitucional dos direitos fundamentais, norteador sua aplicação<sup>284</sup>.

O jurista alemão Peter Häberle a compreende como como princípio constitutivo basilar, entendido como valor social e pretensão de respeito por parte dos homens. Dele, resulta a proibição de fazer dos homens "meros objetos do Estado ou de expô-los a tratamento que coloque em causa, em princípio, sua qualidade de sujeito", restando reforçadas a referência e a vinculação comunitária da pessoa humana, mas também sua individualidade<sup>285</sup>.

A finalidade da dignidade da pessoa humana consiste em possibilitar que todos os indivíduos sejam tratados em igualdade, conforme suas manifestações, decisões ou intenções. Assim, é imprescindível o respeito às escolhas individuais e suas liberdades, sem deixar de observar às necessidades coletivas, a fim de salvaguardar o desenvolvimento individual (intelectual) e social à coletividade.

Entre os seus princípios basilares, destacam-se: a liberdade, igualdade e solidariedade, compreendidos criticamente no âmbito dos direitos humanos fundamentais. Os indivíduos são livres para escolher suas ações, determinando seu destino. No plano autoral, cada sujeito criador possui livre disposição de sua inteligência, a fim de produzir bens materiais e intelectuais. O acesso a esses bens culturais não pode ser obstado pelo Estado e, na órbita privada, pelos indivíduos.

A propriedade autoral não deve obstar o crescimento individual e coletivo, consagrado pelo princípio em comento, vértice axiológico da ordem jurídica que privilegia os valores existenciais da pessoa humana em detrimento dos patrimoniais<sup>286</sup>. O direito de propriedade, inclusive, autoral, não goza de caráter absoluto, podendo sofrer eventuais limitações, em situações excepcionais, a fim de consagrar determinados valores constitucionais.

A Carta Magna possibilita a concordância prática do sistema de direitos fundamentais, iluminado pela dignidade da pessoa humana, resguardada, como fundamento da República Federativa do Brasil, em seu artigo 1º, inciso III. Configura-se como um fim a ser atingido pelo

---

<sup>284</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 29.

<sup>285</sup> HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

<sup>286</sup> SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais. *In*: **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas (UFAL)**, v. 1, n. 1, dez. 2005. Maceió: Nossa Livraria, 2005. p. 115.

Estado e sociedade, evidenciado os direitos liberdades e garantias pessoais, assim como os direitos econômicos, sociais e culturais, fundados eticamente no valor em comento<sup>287</sup>.

O reconhecimento do estrato moral dos direitos autorais é essencial para sua caracterização como direito preceito fundamental<sup>288</sup>. Todavia, embora muitos doutrinadores corroborem com o seu reconhecimento na ordem jurídica vigente, os legisladores ainda privilegiam os aspectos patrimoniais relativos ao direito de autor. A título exemplificativo dessa disciplina legal, analisando os artigos 29, I (direitos patrimoniais) e 46, II (limitações aos direitos de autor), é vedada a reprodução integral das obras intelectuais, mesmo que para uso privado do copista e sem intuito de lucro.

Pragmaticamente, argumenta-se sobre os elevados investimentos dispendidos para a editoração dos livros, por exemplo, sendo o autor o menos beneficiado em razão da cessão ou licenciamento dos direitos patrimoniais de sua obra, além de não ser resguardado em seus direitos morais ou personalíssimos<sup>289</sup>. Relega-se os direitos morais do autor na atualidade, prevalecendo os ditames comerciais. Para sua tutela, cabe primar pela observância dos postulados da dignidade da pessoa humana.

O reconhecimento do direito de autor como instrumento propulsor do desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico, permite a consecução de diversos interesses norteadores das relações sociais contemporâneas. Além de salvaguardar ao autor o direito exclusivo para a utilização e exploração das obras intelectuais, por determinado período<sup>290</sup>, findo o qual, a obra se torna livremente disponível à coletividade.

Esse incentivo à produção e difusão intelectual revela o caráter funcional conferido ao direito autoral, em razão das atuais exigências sociais cujas mudanças guardam relação com as transformações dos sistemas culturais de um povo. Visa-se estimular a atividade criativa humana, conformando os interesses presentes no caso concreto. Nesse sentido, conclui Guilherme Carboni:

As transformações sociais advindas, principalmente, das novas tecnologias, levaram a uma mudança de função do direito de autor: de mecanismo de estímulo à produção intelectual, ele passou a representar uma poderosa ferramenta da indústria dos bens

---

<sup>287</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 2000. p. 132-133.

<sup>288</sup> BARBOSA, Denis Borges. Bases constitucionais da propriedade intelectual. In: **Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI)**, n. 59, p. 16-39, jul./ago. 2002. p. 18.

<sup>289</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de autor e desenvolvimento tecnológico: controvérsias e estratégias. In: **Revista de Direito Autoral**, a. 1, n. 1, ago. 2004. p. 14.

<sup>290</sup> Conforme dispõe o artigo 41, da Lei nº 9.610/98, não obstante à perpetuidade resguardada aos direitos morais, os direitos patrimoniais possuem sua existência limitada temporalmente, pelo prazo de 70 anos. Transcorrido esse período, a obra cai em domínio público.

intelectuais para a apropriação da informação enquanto mercadoria, ocasionando uma redução da esfera da liberdade de expressão e se transformando em obstáculo a formas mais dinâmicas de criação e circulação de obras intelectuais<sup>291</sup>.

Aplica-se à função social incidente sobre a propriedade em sentido material e intelectual, cuja configuração se demonstra flexível, à luz do caso concreto submetido ao jurista<sup>292</sup>. Atualmente, não se admite pensar o direito de autor em caráter unitário, dotado de exclusividade, adotando-se uma concepção individualista de direito subjetivo absoluto. A observância ao interesse social, ao desenvolvimento econômico e tecnológico do país está consagrada no artigo 5º, inciso XXIX, da Carta Magna, em harmonia com os limites aos direitos autorais, também compreendidos como seus usos justos<sup>293</sup>.

Diante do exposto, reconhece-se a relevância do estudo do constitucionalismo contemporâneo, em virtude seu papel na efetivação dos direitos e garantias fundamentais, entre os quais se identifica, além do autoral, o direito à cultura. Neste viés, antes de adentrar na funcionalização dos direitos autorais, cumpre tecer algumas considerações prévias sobre os direitos humanos fundamentais, identificando seus conceitos, percurso histórico, dimensões (objetiva e subjetiva). Destacando-se, por conseguinte, os direitos econômicos, sociais e culturais.

---

<sup>291</sup> CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 229.

<sup>292</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 280.

<sup>293</sup> MORAES, Rodrigo. **A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias**. Ministério da Cultura: Brasil, 2004. p. 30-31.

#### 4.1 Os direitos humanos fundamentais no Brasil e no mundo: algumas considerações

Os direitos humanos tiveram seu reconhecimento tardio na órbita jurídica nacional e internacional. Foram necessárias muitas transformações e atualizações legislativas para adaptação da ordem jurídica aos ditames constitucionais dos vários Estados do globo. Muitos elementos históricos foram relevantes para o estabelecimento da noção atual sobre os direitos humanos fundamentais.

Antes de iniciar as disposições sobre a doutrina dos direitos humanos fundamentais, cumpre tecer algumas considerações sobre seu aspecto semântico. Busca-se compreender seu verdadeiro sentido, a fim de superar eventuais preconceitos e desvirtuamentos. Todas as pessoas humanas são titulares de direitos e garantias fundamentais, reconhecidos em liberdade, igualdade e dignidade, ainda que diante de inúmeros fatores socioculturais inconstantes<sup>294</sup>.

Esses direitos são dotados de fundamentalidade, sem os quais inexistem os indivíduos, impossibilitando-os de desenvolver e participar plenamente da vida. Aos indivíduos devem ser resguardadas, desde o seu nascimento, as condições mínimas responsáveis por trazer contribuições úteis à humanidade e receber os benefícios da vida em sociedade. São direitos correspondentes às necessidades essenciais da pessoa humana. Como, por exemplo, os direitos à vida, cultura, educação, entre outros direitos fundamentais sem os quais a pessoa não existe.

Faz-se necessário o respeito à individualidade das pessoas, na medida em que cada grupo social se filia a uma cultura própria, resultante de suas condições naturais e coletivas. Existem diferentes costumes e relações sociais que devem ser vislumbrados pelos juristas, especialmente na contemporaneidade, sendo a cultura um elemento essencial nessa observação. As características naturais dos indivíduos, dotados de inteligência, consciência e vontade, revelam sua dignidade, a qual deve ser tutelada em caráter igualitário, proporcionando progressos econômicos, materiais e culturais positivos à coletividade<sup>295</sup>.

Os seres humanos, inobstante suas distinções biológicas e culturais, devem gozar de igual respeito. Reconhece-se, universalmente, os indivíduos, em razão de sua igualdade, não sendo admissível que nenhum indivíduo, em razão do gênero, classe social, grupo religioso ou nação, venha afirmar-se superior aos demais<sup>296</sup>.

---

<sup>294</sup> DALARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 2004. p. 12.

<sup>295</sup> **Ibidem**, p. 14-15.

<sup>296</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1.

O reconhecimento da igualdade essencial entre os homens ocorreu durante o período histórico axial<sup>297</sup>. Embora, tenham sido necessários vinte e cinco séculos para o surgimento do primeiro organismo internacional responsável por salvaguardar os direitos humanos, a título exemplificativo, se destaca a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), consagrando, em seu âmbito, no artigo 1º, que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos [...]”. Preceitua o jurista brasileiro Fábio Konder Comparato que a humanidade é essencial para a compreensão de que todos os seres humanos devem ser igualmente tutelados, filiando-se à legislação essencial para manutenção de uma sociedade organizada<sup>298</sup>.

Na análise das fontes e antecedentes históricos dos direitos humanos fundamentais, o primeiro momento de sua internacionalização iniciou na segunda metade do século XIX e findou na Segunda Guerra Mundial (1939-1945), incidindo em alguns setores, tais como: o direito humanitário, a luta contra a escravidão e a disciplina jurídica do direito do trabalho<sup>299</sup>.

Esse período bélico, marcado pela primazia do estado totalitário, ofereceu uma proposta de organização social voltada à completa dominação dos indivíduos, com a eliminação da liberdade e espontaneidade, através do isolamento e da desolação, como preceitua Celso Lafer. O valor atribuído à pessoa humana surgiu como conquista histórico-axiológica, cuja expressão jurídica se manifesta através do reconhecimento doutrinário e normativo dos direitos fundamentais do homem. Esse valor integra a tradição jurídica da humanidade, interrompido pelas atrocidades do fenômeno totalitário<sup>300</sup>.

Analisando o contexto histórico e social desse movimento, responsável por inúmeras consequências negativas aos indivíduos, Hanna Arendt (1906-1975) compreendeu que todos os indivíduos eram atraídos pelo ímpeto da propaganda totalitária. O governo era formalmente constituído sob à égide dos ditames constitucionais. Além disso, o totalitarismo, empregou sua violência e doutrinação a fim de realizar suas ideologias e falácias utilitárias. Rechaçava-se muitos intelectuais contrários ao regime, considerando-os desprovidos de intelecto, além dos homicídios de crianças em prol da manutenção da “raça germânica”<sup>301</sup>.

Além dos impactos sociojurídicos, o período mencionado reverberou consequências econômicas relevantes. Na análise realizada pelo filósofo e economista austríaco Friedrich

---

<sup>297</sup> Também compreendido, pelo filósofo alemão Karl Jaspers, como Era Axial, foi vislumbrado entre o ano de 800 a.c. e 200 a.c., envolvendo a Índia, China e os povos do Ocidente. Para maiores considerações vide: JASPERS, Karl. *Vom Ursprung und Ziel der Geschichte*. München: Piper Verlag, 1949.

<sup>298</sup> COMPARATO, loc. cit., p. 12.

<sup>299</sup> Ibidem, p. 54.

<sup>300</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 117-118.

<sup>301</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 474-475.

Hayek (1899-1992), o regime totalitarista exercia o controle econômico, ou seja, sobre a produção de riquezas, materiais e intelectuais. A economia passou a ser regida por um único grupo, cujos atos e interesses não puderam ser submetidos ao crivo dos processos democráticos. Muitos fatores econômicos influenciaram a atuação do poder público, empregando esforços para a consecução de diversos fins<sup>302</sup>.

Como exemplo totalitário destaca-se o nacional-socialismo, o qual, alerta Hayek, não deve ser compreendido como “um movimento irracional sem antecedentes intelectuais”. Pelo contrário, gerou uma efervescência doutrinária no pensamento europeu. Ele é vislumbrado como movimento coletivista<sup>303</sup>, diverso do individualismo, rechaçando a liberdade privada e voltado à consecução dos interesses de determinados grupos sociais<sup>304</sup>.

Antes disso, muitos pensadores já se debruçavam no estudo dos direitos humanos fundamentais. Seu surgimento, embora com grande repercussão jurídico-doutrinária nos séculos XVIII, XIX e XX, remonta à doutrina jusnaturalista, despontada na Antiguidade (4.000 a.c. a 3.500 a.c.). Acreditava-se na existência de um Direito superior, não estabelecido pelos homens, e sim, atribuídos pelos Deuses. Pensamento disposto nas doutrinas de São Tomás de Aquino (1225-1274) e, posteriormente, Thomas Hobbes (1588-1679), no século XVII.

Existiam precedentes históricos legislativos, praticados a partir da segunda metade da Idade Média (séculos X e XV). Os primeiros, embora não representem um efetivo registro de direitos humanos, resguardam as comunidades locais, através de forais ou cartas de franquia, outorgados pelos senhores feudais, com aval da monarquia, para que sempre fossem conhecidos e respeitados.

A Magna Carta, de 21 de junho de 1215, representou um acordo realizado entre a monarquia e os barões ingleses. No ambiente inglês também se destacou o *rule of law*, responsável pela sujeição de todos, inclusive, autoridades, ao Estado de Direito, o qual limitou seus poderes, fundamentados no sistema *common law*<sup>305</sup>. Ele conduziu à ausência de poder estatal arbitrário, a igualdade de todos perante à lei e a tutela dos direitos individuais pelos ditames constitucionais. Posteriormente, incorporou-se ao liberalismo, deflagrando a primeira

---

<sup>302</sup> HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 101.

<sup>303</sup> O socialismo representa uma forma de coletivismo, adotando, àquele, um discurso retórico em prol dos ideais de justiça social, maior igualdade e segurança, abolindo-se à iniciativa e propriedade privada dos meios de produção. A perspectiva coletiva atua como elemento cultural básico da natureza humana, contrário ao individualismo, direcionada à coesão no seio dos grupos sociais. Para maiores considerações, vide: HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 163-174.

<sup>304</sup> HAYEK, **loc. cit.**, p. 163.

<sup>305</sup> Sistema jurídico desenvolvido em alguns países anglo-saxões, fundamentado nas decisões proferidas por seus tribunais, valendo-se dos chamados precedentes, vinculativos das decisões posteriores.

geração dos direitos fundamentais, marcada pelo fomento às liberdades públicas, os direitos econômicos, sociais e culturais, entre outros<sup>306</sup>.

Embora muitos reconheçam como expressões sinônimas, cabe ressaltar alguns aspectos semânticos, já explicitados pelo constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho, o qual compreende os direitos do homem como válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista). Os direitos fundamentais, por sua vez, são direitos do homem, jurídico-institucionalmente tutelados e limitados espaço-temporalmente. A inviolabilidade, intertemporalidade e universalidade, recai sobre os direitos humanos, cuja fundamentalidade lhes confere a possibilidade de atuar numa ordem jurídica concreta<sup>307</sup>.

Os direitos humanos fundamentam-se na doutrina jurídico-filosófica jusnaturalista, cujo ápice foi marcado pela ascensão da classe burguesa, reivindicando-se maior liberdade entre os indivíduos, bem como uma maior representatividade política, frente à nobreza e ao clero. Os iluministas, precursores do jusnaturalismo moderno, exerceram forte influência sobre as revoluções liberais, ocorridas nos séculos XVII e XVIII, sobretudo, a Revolução Inglesa (1668), Norte-Americana (1776) e Francesa (1789), marcos históricos que trouxeram relevantes contribuições para a estruturação dos textos normativos dos países ocidentais.

O desenvolvimento dos direitos do homem perpassou por três fases, elenca Norberto Bobbio: a afirmação dos direitos de liberdade, em face do Estado; os direitos políticos e as liberdades positivas; e os direitos sociais, expressão do amadurecimento de novas experiências e novos valores, como o bem-estar dos indivíduos e as liberdades resguardadas através ou por meio do poder público<sup>308</sup>.

O triunfo dos direitos fundamentais ocorreu no final do século XVIII, com as revoluções liberais. Reconheceu-se as liberdades públicas, ou seja, as esferas de autonomia dos indivíduos em face do poder estatal. O indivíduo foi vislumbrado no epicentro do sistema jurídico internacional.

Por razões políticas, ocorreu a superação do liberalismo, a partir do fenômeno da socialização, ocasionada em razão do progresso tecnológico. Nesse momento, a sociedade estratificou-se em grupos, sendo o Estado cada vez mais solicitado a intervir na vida privada.

---

<sup>306</sup> FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 29-33.

<sup>307</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 393.

<sup>308</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992. p. 33-34.

A compreensão da sociedade foi baseada na análise das ações praticadas pelos homens, em uma perspectiva plural, a qual merece ser respeitada<sup>309</sup>.

A evolução social ampliou-se por diversos países, produzindo inúmeros reflexos na estrutura jurídica anteriormente existente. Produto do desenvolvimento científico e tecnológico<sup>310</sup>, a sociedade informacional<sup>311</sup>, de comunicação<sup>312</sup> ou de risco<sup>313</sup>, apresenta uma capacidade “[...] ilimitada de conhecimento, armazenamento e transferência de dados informativos”, essencial ao convívio socioeconômico de todos os países, sejam os desenvolvidos ou àqueles que caminham nesse sentido<sup>314</sup>.

Doutrinariamente, para melhor compreensão didática da matéria constitucional, apresentam-se as gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. Primeiramente, cumpre dispor sobre algumas questões terminológicas. Muitos doutrinadores se filiam à segunda classificação, ou seja, à teoria dimensional, a qual melhor elucida o caráter cumulativo do processo evolutivo e a natureza complementar dos direitos fundamentais, demonstrando a sua trajetória dogmática<sup>315</sup>. A outra, no entanto, limita-se à sucessividade temporal, introduzindo uma noção de exclusão dos períodos anteriores por seus sucessores, o que não se realiza na prática.

Paulo Bonavides compreende que “o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade de direitos das gerações antecedentes”<sup>316</sup>. Na prática todos esses fundamentos convergem democraticamente, no âmbito da sociedade globalizada constitucionalmente.

---

<sup>309</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 51-58.

<sup>310</sup> Conforme preceitua o filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas, a técnica e a ciência figuram como fatores essenciais na determinação do progresso, operando-se, para Daniel Bell, uma revolução permanente, na qual os direitos fundamentais interagem com as diversas questões da vida privada, sobretudo no plano tecnológico. Outros aspectos, vide: HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência enquanto ideologia**. São Paulo: Abril Cultural, 1980 e BELL, Daniel. **O advento da sociedade pós-industrial: uma tentativa de previsão social**. São Paulo: Abril Cultural, 1976.

<sup>311</sup> CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução de Ronide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

<sup>312</sup> ANDRADE, **loc. cit.**, 2004.

<sup>313</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2012.

<sup>314</sup> ANDRADE, **op. cit.**, p. 62-63.

<sup>315</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 55.

<sup>316</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 571-572.

Em primeiro momento, na análise das dimensões dos direitos fundamentais, adota-se as perspectivas (filosófica ou jusnaturalista, estadual ou constitucional, universalista ou internacionalista), explicitadas pelo constitucionalista português José Carlos Vieira de Andrade.

Partindo de uma perspectiva filosófica ou jusnaturalista os direitos fundamentais foram estruturados. Como revela o autor, “antes de figurarem como um instituto no ordenamento positivo ou na prática jurídica nas sociedades políticas, foram uma ideia no pensamento dos homens”<sup>317</sup>. Associavam-se ao direito natural, sendo apresentados, desde já, pelos estoicos, noções de valores como dignidade e igualdade. Os direitos fundamentais eram reconhecidos, em sua dimensão natural, como absolutos, imutáveis e atemporais.

O plano estadual ou constitucional revelou a necessidade de atuação dos poderes públicos na tutela de determinados direitos ou liberdades. Essa luta por direitos foi vislumbrada no cerne das revoluções, as quais resultaram em diversos documentos como a Magna Carta de 1215, por meio da qual o monarca se obrigava a respeitar os inúmeros direitos e liberdades fundamentais, tais como: o direito à vida, à administração da justiça, à liberdade de circulação e comércio, à propriedade, entre outros. Operava-se à concessão de privilégios a determinados estamentos sociais (nobreza, igreja, entre outros segmentos). A França revolucionária, no século XVIII, propôs, à luz de uma razão universal<sup>318</sup>, uma Carta de direitos fundamentais<sup>319</sup>.

Para o jurista paraibano Paulo Bonavides, o primeiro lema revolucionário abrange os direitos fundamentais de primeira geração. Eles foram, nas lições do autor, “esculpidos pelo gênio político francês [...] profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade”<sup>320</sup>. No século XX, surgiram os direitos fundamentais de segunda geração, ou seja, os direitos sociais, econômicos, culturais e coletivos, inseridos no plano constitucional por meio do Estado social, consagrados, por exemplo, na Constituição social-democrática de Weimer, oficialmente denominada de *Verfassung des Deutschen Reichs*<sup>321</sup>.

---

<sup>317</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 15.

<sup>318</sup> Também explicitada pelo filósofo estadunidense John Rawls (1921-2002) como “razão pública”, em sua teoria da justiça. Para ampliar o conhecimento sobre a matéria, vide: RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

<sup>319</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 20-22.

<sup>320</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 562.

<sup>321</sup> *Ibidem*, p. 564.

As demais gerações, apresentadas por Bonavides (terceira e quarta)<sup>322</sup>, revelam o caráter humanista e universal assumido pelos direitos humanos fundamentais. Os de terceira dimensão, cristalizados no final do século XX, se destinam à proteção do gênero humano, como valor reconhecido em razão de sua existencialidade, entre eles, destacam-se: o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio cultural imaterial e o direito de comunicação<sup>323</sup>.

Os direitos de quarta dimensão consagram à dupla dimensão dos direitos fundamentais. Eles não constituem apenas direitos dotados de subjetividade, por figurarem como direitos individuais essenciais à uma vida livre e digna, como também gozam de caráter objetivo, materializado pelos deveres e obrigações resguardados ao Estado e à coletividade, a fim de efetivação das posições jurídicas subjetivas<sup>324</sup>.

O processo de universalização ou internacionalização resultou na consagração de uma gama dos direitos de grupos minoritários, religiosos, culturais, entre outros, no curso e em momento posterior à Segunda Grande Guerra. Fazia-se necessária a atuação estatal para efetiva tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos, principalmente após as experiências negativas vivenciadas em razão da guerra e dos totalitarismos, os quais, conforme demonstrado, ameaçam a ordem social, a paz, a dignidade, e demais direitos fundamentais<sup>325</sup>.

Os eventos históricos mencionados, assim como as contribuições doutrinárias explicitadas, revelam sua importância para a elaboração de documentos internacionais protetivos dos direitos humanos fundamentais, entre os quais se destaca a Declaração Universal dos Direitos (DUDH), adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, em momento posterior às atrocidades aos direitos humanos vivenciadas na Segunda Guerra Mundial. Esse Diploma foi relevante para a efetivação de inúmeros direitos fundamentais como o direito de autor e o direito à cultura, também reconhecidos pela ordem jurídica nacional.

---

<sup>322</sup> Vale ressaltar que elas não se esgotam nas doutrinariamente referenciadas. Os direitos humanos fundamentais, em razão de sua relação intrínseca com o indivíduo, estão em constante mutação, a fim de atender aos ditames constitucionais, sem violar os interesses dos cidadãos.

<sup>323</sup> BONAVIDES, loc. cit., p. 569.

<sup>324</sup> **Ibidem**, p. 572.

<sup>325</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 25-26.

#### 4.1.1 Os direitos autorais na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948): o reconhecimento do direito fundamental à propriedade intelectual

O movimento de internacionalização, suscitado anteriormente, possibilitou a tutela jurídica, em nível global, dos direitos humanos fundamentais. Eles foram, além dos limites estatais, resguardados em diplomas internacionais. A título ilustrativo e corroborando com a sua relevância para a proteção desses direitos, inclusive, na seara autoral, surgiu a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948.

Esse documento foi adotado pela Organização das Nações Unidas (ONU), com fulcro nos ideais manifestados pela Revolução Francesa de 1789: liberdade, igualdade e fraternidade, compreendidos doutrinariamente, como visto no tópico anterior, como direitos fundamentais de segunda dimensão. Em seu artigo 1º, salvaguarda a liberdade e igualdade dos indivíduos, reconhecidos em dignidade e direitos, os quais devem atuar em harmonia com os demais, consagrando o espírito de fraternidade. Direitos esses, fomentados pela Revolução Francesa de 1789, vislumbrados como inegociáveis e indisponíveis.

No contexto histórico de seu surgimento, esse diploma internacional emergiu num cenário de ações atentatórias aos direitos humanos, legitimadas pela Segunda Guerra Mundial, conflito bélico ocorrido entre os anos de 1939 a 1945. Versou-se para a construção de novos pilares jurídico-ideológicos a fim de resguardar a harmonia e o respeito aos direitos e às garantias fundamentais dos indivíduos, independentemente da sua nacionalidade.

Esse diploma normativo foi assinado pelo Brasil, no ano de sua publicação, em 1948, como ideal comum a ser atingido por todas as nações, salvaguardando os cidadãos por meio do respeito a esses direitos e liberdades. Voltou-se à adoção de instrumentos progressivos de caráter nacional e internacional, a fim de garantir seu reconhecimento e sua observância pelos Estados e pela coletividade<sup>326</sup>.

No mesmo sentido, a professora Carla Eugênia Barros esclarece sobre a importância desse documento na seara autoral, ao considerar seus institutos e relação com o direito à informação, os quais gozam de fundamentalidade, reconhecida expressamente pela ordem jurídica<sup>327</sup>. Nesse liame, prescreve a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 27:

1. Toda a pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar no progresso científico e de seus benefícios.

<sup>326</sup> AVANCINI, Helenara Braga. O paradoxo da sociedade da informação e os limites dos direitos autorais. In: ROVER, Aires J. (org.). **Direito e informática**. Barueri: Manole, 2004. p. 359.

<sup>327</sup> BARROS, Carla Eugênia Caldas. **Manual de direito da propriedade intelectual**. Aracaju: Evocati, 2007. p. 478.

2. Todos têm direito à proteção dos interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

O direito da propriedade intelectual é um ramo jurídico responsável pelo estudo e proteção das criações provenientes do intelecto humano, sejam elas, literárias (escritos, poemas, romances, contos), artísticas (pinturas, esculturas, fotografias) ou científicas (relatos, teses, dissertações).

Também compreende os direitos industriais, em razão do seu âmbito de aplicabilidade e relevante aspecto econômico. Eles, por sua vez, abrangem as invenções, responsáveis por sua contribuição inovadora e aplicável industrialmente, assim como os modelos de utilidade, as marcas, os desenhos industriais, entre outras criações tuteladas pela Lei nº 9.279/96, responsável pela disciplina jurídica da propriedade industrial no Brasil.

Por razões de corte epistemológico, o presente estudo volta-se à análise dos direitos autorais, implantados, preceitua Antônio Chaves, observando-se as “[...] necessidades primordiais da civilização, da cultura e do progresso, que transcendem os estreitos limites das legislações internas [...] lançando suas raízes na própria Declaração Universal dos Direitos do Homem”<sup>328</sup>.

Ademais, o direito de autor é resguardado pela legislação constitucional interna (Carta Magna de 1988), em seu artigo 5º, XXVII, o qual aduz que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”.

Atribui-se à propriedade intelectual o caráter de direito fundamental, ao passo que as criações imateriais são inerentes aos indivíduos, vedando-se qualquer ato contrário à sua proteção, como ocorre nas cópias não autorizadas pelo autor, para fins comerciais, a prática da pirataria e do plágio. Por essas e outras razões justifica-se o estudo dos direitos de autor, no constitucionalismo contemporâneo, na órbita dos direitos humanos fundamentais.

As transformações tecnológicas influenciaram e continuam a agir sobre a disciplina autoral no Brasil e no mundo. O direito de autor guarda relação com a liberdade de expressão e manifestação do pensamento, quando suscitada, por exemplo, a criação de dispositivos codificados<sup>329</sup>, que obstam à reprodução das criações intelectuais<sup>330</sup>. Além disso, guarda relação

<sup>328</sup> CHAVES, Antônio. **Direito de autor: princípios fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 3-4.

<sup>329</sup> Como exemplo desses mecanismos, destaca-se a tecnologia estadunidense *DRM (Digital Rights Management)* ou Gestão Digital de Direitos. É utilizada por grandes empresas e associações mundiais (por exemplo, a *Microsoft*), em conteúdos digitais, a fim de controlar a criação de cópias não autorizadas. Alguns documentos, por exemplo, não podem ser copiados ou convertidos, enquanto outros possuem uma quantidade limitada de execuções.

<sup>330</sup> Sobre esses mecanismos, recomenda-se a leitura de CARBONI, Guilherme. **O direito de autor na multimídia**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

com os direitos fundamentais à informação e à cultura, reconhecendo-se sua coletividade, a fim de proporcionar o desenvolvimento do intelecto humano<sup>331</sup>.

Os direitos humanos fundamentais devem ser compreendidos à luz de seu conteúdo em dignidade. Ele é um fundamento tutelado pela ordem jurídica, desde os primórdios, intensificando-se sua esfera protetiva na contemporaneidade, diante das novas relações econômicas e socioculturais firmadas entre os indivíduos, embora submetidos à apreciação estatal. Faz-se resguardar a autonomia dos indivíduos, sem violar os aspectos plurais presentes na vida política humana.

---

<sup>331</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; KRETSCHMANN, Ângela. Os direitos do autor como direitos fundamentais? *In: Revista Jurídica do CESUCA*, v. 1, n. 1, jul., 2013. p. 1-3.

#### 4.1.2 A dignidade da pessoa humana: contextualização histórica, caracterização e interação com os direitos autorais

Inicialmente, a dignidade da pessoa humana foi compreendida como um valor intrínseco ao indivíduo, sendo fundada em ideais do cristianismo. O homem era vislumbrado como a imagem e semelhança de Deus, devendo ser igualmente tutelados<sup>332</sup>.

Na antiguidade clássica, a noção de dignidade esteve associada à posição social ocupada pelos indivíduos e ao grau. Existiam pessoas mais dignas e menos dignas. À luz do pensamento estóico, a dignidade era compreendida como uma qualidade pertencente somente aos seres humanos, sendo o elemento distintivo em relação aos demais seres vivos<sup>333</sup>.

No período renascentista, operava-se uma visão antropocêntrica do indivíduo, ao qual se reconhecia a capacidade de autodeterminação, ou seja, agir conforme seu livre arbítrio<sup>334</sup>. Essa noção se associava ao pensamento Kantiano, fundado no reconhecimento da autonomia ética do ser humano como elemento basilar ou fundamento de sua dignidade, não podendo ser tratado, por ele ou por outrem, como mero objeto, e sim, como meio<sup>335</sup>.

Immanuel Kant (1724-1804) considera a natureza racional do ser humano, no tocante à sua autonomia de vontade, ou seja, a “faculdade do homem de determinar a si mesmo e agir conforme a representação de certas leis”<sup>336</sup>. Em contrapartida, o idealismo filosófico alemão considera a dignidade como uma qualidade a ser conquistada. O homem não nasce digno, ele adquire essa qualidade quando assume sua condição de cidadão<sup>337</sup>. Nesse sentido, filiam-se autores como Niklas Luhmann (1927-1998) e Hegel (1770-1831).

Alguns autores criticam o racionalismo abstrato adotado por Kant, em razão da excessiva abstração e consideração de juízos meramente formais, fomentada, sobretudo, pelo movimento de codificação intitulado positivismo jurídico, sendo necessária a tutela do sujeito real, à luz das relações concretas de coexistencialidade<sup>338</sup>.

No tocante à caracterização doutrinária da dignidade da pessoa humana, vislumbra-se a inexistência de um conceito único ou fixista, devendo-se considerar suas inúmeras dimensões. Isso assemelha-se ao ramo autoral, no qual também não se constata uniformidade de

<sup>332</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 29.

<sup>333</sup> **Ibidem**, p. 30.

<sup>334</sup> **Ibidem**, p. 32.

<sup>335</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980. p. 134-135.

<sup>336</sup> **Ibidem**, p. 134-135.

<sup>337</sup> SARLET, **op. cit.**, p. 36.

<sup>338</sup> FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *In: Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, vol. 35, Rio de Janeiro: PADMA, 2008. p. 102-106.

compreensão sobre seus principais aspectos, principalmente, na realidade jurídica inconstante vivenciada atualmente. Assim, reconhece ao fundamento em comento uma função dúplice, direcionada à tutela defensiva e prestacional.

A doutrina majoritária se filia ao pensamento Kantiano sobre a categoria analisada, compreendendo como elemento nuclear a autonomia e capacidade de autodeterminação do sujeito, em sentido abstrato, independentemente de sua realização no caso concreto. Em razão disso, os incapazes, ou seja, sem possibilidade de autodeterminação, também são considerados dignos.

Tem-se o reconhecimento da função dúplice atribuída à dignidade da pessoa humana. Ela atua como limite à atuação estatal e da coletividade, em sua função defensiva (negativa), bem como deve ser efetivada pelo poder público e nas relações entre particulares, corroborando com sua função prestacional, fazendo-se necessária a manutenção de condições que salvaguardem o seu pleno exercício ou gozo<sup>339</sup>.

Sem prejuízo da dimensão ontológica da dignidade, suscitada anteriormente, também se considera sua dimensão social ou comunitária, corroborada pela Declaração Universal de 1948. À luz desse plano sociocultural pertinente à dignidade, corrobora Ronald Dworkin que cada sociedade estabelece seus padrões sobre o que considera digno ou indigno, sendo categorias variáveis no tempo e espaço<sup>340</sup>.

Ingo Wolfgang Sarlet apresenta sua definição acerca da dignidade da pessoa humana, a qual merece ser transcrita, *in verbis*:

qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos<sup>341</sup>.

No plano de seu *status* jurídico-normativo, a dignidade da pessoa humana também é resguardada pela ordem constitucional brasileira. No cerne do constitucionalismo pátrio, se apresenta como fundamento do Estado Democrático de Direito, conforme disposto no artigo 1º, inciso III, da CRFB/88. Encontra-se previsto no título VII (Da Ordem Econômica e Financeira)

---

<sup>339</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 47.

<sup>340</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martin Fontes, 1998. p. 305.

<sup>341</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 60.

– artigo 170, *caput*, o qual dispõe acerca sobre a ordem econômica, a qual deve salvaguardar a todos uma existência digna. No artigo 226, § 6º, salvaguarda os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável como fundamentos do planejamento familiar; e, a tutela da dignidade à criança e ao adolescente, no artigo 227, *caput*.

Em relação ao seu *status* jurídico-normativo, a dignidade da pessoa humana é compreendida como norma-princípio e valor fundamental, reconhecendo-se seu caráter principiológico (deontológico) e valorativo (axiológico). Como princípio, incide como um mandamento de otimização, o qual ordena que algo deva ser realizado na medida do possível, consoante as possibilidades fáticas e jurídicas presentes no caso concreto<sup>342</sup>.

Também se reconhece sua função integradora e hermenêutica, atuando como parâmetro direcionado à aplicação, interpretação e integração dos direitos e garantias fundamentais, ou melhor, do ordenamento jurídico como um todo<sup>343</sup>. Esse fundamento desempenha um relevante papel na arquitetura constitucional, sendo uma fonte jurídico-positiva de direitos fundamentais<sup>344</sup>.

Maria Celina Bodin de Moraes, ao analisar o substrato axiológico e normativo da dignidade da pessoa humana, reconhece o seu desdobramento em quatro postulados: o sujeito moral (ético), reconhecedor de outros sujeitos merecedores de igual proteção, o respeito à integridade psicofísica do indivíduo, a livre vontade e autodeterminação das pessoas, para agir e dispor de seus bens materiais e imateriais, desde que não violem os direitos de outrem, e, por fim, o reconhecimento do sujeito como parte integrante do corpo social, devendo resguardar a solidariedade para com os demais indivíduos<sup>345</sup>.

Para o constitucionalista brasileiro Luís Roberto Barroso, “a dignidade da pessoa humana tornou-se, nas últimas décadas, um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental”. Está presente em diversos documentos normativos nacionais e internacionais, sendo, inclusive, relevante instrumento na interpretação jurídica. Possui natureza jurídica complexa, cujos contornos são delineados pelos poderes Legislativo e Judiciário, na concepção e compreensão das normas jurídicas<sup>346</sup>.

<sup>342</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 103-104.

<sup>343</sup> SARLET, **op. cit.**, p. 80.

<sup>344</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Fabris, 1996. p. 66-67.

<sup>345</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 119.

<sup>346</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. p. 1-3.

Esse fundamento reverberou expressamente sobre a ordem jurídica de muitos países democráticos ao redor do globo. Não obstante, alerta Ana Paula de Barcellos, deva ser aplicado com as devidas ressalvas, na análise e resolução do caso concreto submetido à apreciação, visto que inexistem consensos teóricos, no mundo contemporâneo, no que tange ao valor essencial do ser humano<sup>347</sup>.

No plano dos direitos econômicos, sociais e culturais, integrantes da segunda dimensão dos direitos humanos fundamentais e em constante interação com os direitos autorais, a dignidade da pessoa humana também resguarda, a esses direitos, um núcleo básico essencial e existencial, fundamental à consecução dos direitos e garantias norteadores da ordem jurídico-democrática<sup>348</sup>.

Feitas essas considerações, faz-se necessário salvaguardar, na ordem jurídica, o acesso às criações intelectuais, em consonância com o valor fundamental da dignidade da pessoa humana, consagrado em nossa Carta Magna, sem prejuízo dos diplomas internacionais. Esse fundamento surge como expressão dos direitos culturais, entre os quais se situam os bens intelectuais, tutelados pelo direito de autor, espécie do fundamento cultural.

---

<sup>347</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, jul./set. 2000. p. 159.

<sup>348</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 470.

## 4.2 O direito fundamental à cultura e o caráter funcional dos direitos autorais: o acesso legítimo aos bens intelectuais

Como demonstrado anteriormente, o direito autoral dialoga com outros direitos fundamentais insculpidos em nossa Carta Magna, além dos diplomas internacionais. Com eles, deve manter total harmonia. Em especial, destaca-se os direitos econômicos, sociais e culturais, tutelados, além do diploma constitucional, pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC), melhor explanado ainda nesse tópico.

Os direitos suscitados demandam, para sua efetivação, a realização de obrigações, cabendo ao Estado conceder prestações positivas à coletividade, como, por exemplo, salvaguardar o patrimônio cultural e artístico da comunidade. O Poder Público será responsável por prover os recursos necessários à consecução desses direitos. Muitos deles exigem do âmbito público algum tipo de regulação específica, sem a qual se torna impossível o exercício do direito tutelado. Sendo permitido, em muitas situações, estabelecer limites ou restrições aos indivíduos, no plano privado ou ainda serem impostas diversas obrigações.

Não obstante os direitos econômicos, sociais e culturais tenham sido consagrados em diversas Constituições e instrumentos normativos internacionais, seu reconhecimento universal pressupõe a superação dos obstáculos que impedem sua adequada judicialização. Assim, buscase à efetividade prestacional ao se demandar perante um juiz ou tribunal de justiça pleiteando, pelo menos, o cumprimento das obrigações decorrentes dos direitos humanos fundamentais. A efetiva judicialização dos desses direitos depende da identificação das obrigações mínimas do Estado em relação aos mesmos<sup>349</sup>.

Os autores Victor Abramovich e Cristian Courtis elencam alguns obstáculos para a judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais. Primeiro, elenca-se à falta de especificação concreta do conteúdo desses direitos, ou seja, há imprecisão na definição da medida exata das prestações ou abstenções devidas. Esses problemas decorrem do fato de que os direitos supracitados são consagrados em normas constitucionais ou no âmbito de tratados de direitos humanos. Essas normas jurídicas apresentam maior grau de generalidade. O âmbito normativo fundamental situa-se em uma “zona de penumbra”, de caráter amplo, sendo uma “zona de luz ou de sombra” quando demonstrar, respectivamente, os casos convergentes e contrários a ela<sup>350</sup>.

---

<sup>349</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Tradução de Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011. p. 47-49.

<sup>350</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Tradução de Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011. p. 155-156.

Não se pode deixar de reconhecer a relevância dos direitos suscitados, dotados de exigibilidade judicial direta e indireta<sup>351</sup>. Aborda-se, em especial, algumas questões relativas aos direitos culturais, diante da sua relação intrínseca com os direitos autorais, na medida em que, as criações intelectuais e industriais proporcionam o aprimoramento econômico e cultural da sociedade. Os bens culturais resultam do intelecto humano e permanecem intrinsecamente ligados e ele, mesmo após sua exteriorização em meio físico ou digital.

Para tanto, é essencial tecer algumas considerações sobre a cultura e os direitos que a resguardam, previstos no ordenamento jurídico pátrio e internacional. No tocante aos seus aspectos semânticos, faz-se necessário definir sua multiplicidade de acepções. Entre os mais diversos significados atribuídos ao vocábulo “cultura”, o doutrinador Francisco Humberto Cunha Filho enumera:

(1) aquele que se reporta ao conjunto de conhecimentos de uma única pessoa; mais utilizado para referir-se aos indivíduos escolarizados, conhecedores das ciências, línguas e letras, embora, ultimamente, também se direcione a focar o saber do dito ‘homem popular’; (2) um segundo que confunde expressões como ‘arte’, ‘artesanato’ e ‘folclore’, como sinônimas de cultura [...] (3) outro que concebe a cultura como o conjunto de crenças, ritos, mitologias e demais aspectos imateriais de um povo (4) mais um que direciona o significado de cultura para o desenvolvimento e acesso às mais modernas tecnologias (5) ainda o que distingue o conjunto de saberes, modos e costumes de uma classe, categoria ou de uma ciência [...] (6) outro vinculado à semiótica, retratador do conjunto de símbolos e signos das relações sociais (7) [...] àquele que se reporta a toda e qualquer produção material e imaterial de uma coletividade específica, ou até mesmo de toda a humanidade. (grifos nossos)<sup>352</sup>.

Reconhece-se a importância de todas essas noções, já previstas, desde os anos 50, pelos culturólogos norte-americanos Kroeber e Clyde Kluckhohn, ultrapassando, naquela época, cento e sessenta e quatro definições de cultura, existindo mais de duzentos e cinquenta, nos anos de 1970<sup>353</sup>. Não se pode olvidar que há associação entre os direitos de autor com a sétima noção cultural apresentada, na medida que todas essas concepções reverberam sobre a pessoa humana, e, em especial, as criações intelectuais, fomentando às relações interpessoais culturais<sup>354</sup>.

<sup>351</sup> A primeira caracteriza-se pela inovação de um direito social, econômico ou cultural. A outra, por sua vez, corrobora pela tutela de um direito social a partir de um direito diverso. Outras considerações, vide: ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Tradução de Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011. p. 163-206.

<sup>352</sup> CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 22.

<sup>353</sup> SAVRANSK, I. **A cultura e as suas funções**. Moscou: Edições Progresso, 1986. p. 5.

<sup>354</sup> CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 23.

A cultura também foi referenciada como sinônimo de civilização<sup>355</sup>, folclore<sup>356</sup>. Essa palavra de origem latina advém do verbo *colere*, que significa cuidar, tratar. Do âmbito material e funcional resguardado à cultura, emanam os direitos fundamentais culturais. Nas lições do jurista germânico Peter Häberle, sua definição é determinada em razão da distinção entre os âmbitos político, econômico e social<sup>357</sup>. Trata-se, conforme Cunha Filho, de “uma linha que costura e permeia todos os seres humanos e sua respectiva produção, unindo os mais distantes, tornando-os co-partícipes das vitórias e insucessos da humanidade”<sup>358</sup>. O jurista Miguel Reale a compreende como o comportamento do ser na sociedade e no mundo, com representação múltiplo, diante da natureza plúrima dos grupos sociais<sup>359</sup>.

A cultura nacional foi retratada, entre outros autores, pelo sociólogo Fernando de Azevedo (1894-1974). Ele se voltou à análise de inúmeros eventos ocorridos na história do Brasil, a partir dos quais concluiu que a cultura brasileira deve ser analisada considerando o corpo social, enquanto coletividade de sujeitos, a partir do reconhecimento e da explicação dos fatos sociais ocorridos. Ela foi influenciada pelas correntes religiosas, políticas e filosóficas do Ocidente, proclamando diversas manifestações e movimentos culturais<sup>360</sup>.

Os direitos culturais estão estampados, entre outros dispositivos, no artigo 215, *caput*, da Constituição Federal, prescrevendo que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”. Além disso, reconhece a importância do patrimônio cultural brasileiro, envolvendo bens de natureza material e imaterial, nos quais se incluem as criações do intelecto humano, consagrando todas as formas de expressão artística, científica e tecnológica.

Peter Häberle apresenta duas compreensões simultâneas atribuídas aos direitos culturais. A primeira, *stricto sensu*, compreende os direitos fundamentais culturais devem ser compreendidos restritivamente, em conjunto com outros direitos econômicos, sociais, entre outros. No plano *lato sensu*, o jurista alemão afirma que a cultura é a base de todos os direitos fundamentais, determinando suas exigências jurídico-sociais. Os direitos fundamentais

<sup>355</sup> Para Marilena Chuai, desde o século XVIII, a cultura era compreendida como sinônimo de civilização, ou seja, instrumento essencial para o progresso intelectual, espiritual e material da coletividade, como observa em: CHAUÍ, Marilena. **Cidadania cultural: o direito à cultura**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006. p. 129.

<sup>356</sup> A cultura como sinônimo de folclore abrange as festas, cerimônias tradicionais, lendas, crenças de um povo, assim como seu modo de falar, comer e vestir, analisa: SANTOS, José Luiz dos. **O que é cultura**. São Paulo: Brasiliense, 1996. p. 22.

<sup>357</sup> HÄBERLE, Peter. **Le Libertà Fondamentali Nello Stato costituzionale**. Roma: La Nuova Itàlia Sicientifica, 1993. p. 213.

<sup>358</sup> CUNHA FILHO, loc. cit., p. 26.

<sup>359</sup> REALE, Miguel. **Paradigmas da cultura contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1-3.

<sup>360</sup> AZEVEDO, Fernando de. **A cultura brasileira**. Rio de Janeiro: IBGE, 1958. p. 33.

expressam a cultura humana, estando, as liberdades jurídicas, inseridas num contexto de conexões culturais no cerne do Estado constitucional<sup>361</sup>.

Ainda para esse autor, a multiplicidade cultural é resguardada pelo direito constitucional, em respeito aos seus elementos, tais como: a liberdade cultural, o pluralismo e a divisão de poderes. A cultura deve ser compreendida abertamente, em atenção à diversidade cultural. Para sua tutela, cumpre observar todas as peculiaridades inerentes às manifestações culturais, em sua magnitude empírica e mutável<sup>362</sup>.

Os direitos culturais gozam de *status* fundamental visto que estão inseridos no texto constitucional, no rol dos direitos e garantias fundamentais. Ademais, são tutelados em face de eventual supressão do ordenamento jurídico e dotados de aplicabilidade imediata. Uma série de direitos culturais gozam da prerrogativa constitucional de cláusula pétrea, como, por exemplo, os direitos à liberdade de expressão artística (IX), autorais e conexos (XXVII e XXVIII), à proteção do patrimônio cultural (LXXIII), entre outros, consagrados no artigo 5º, da Carta Magna<sup>363</sup>.

O direito de autor figura no rol dos direitos culturais, inserido formalmente nos textos constitucionais mais antigos, conforme vislumbrado. Em seu aspecto patrimonial, decorre do direito fundamental à propriedade intelectual. Encontra-se no âmbito dos direitos e garantias fundamentais de países como o Brasil, Argentina, Bulgária, Cabo Verde, Chile, Coréia do Sul, Costa Rica, Guiné-Bissau, Paraguai, Portugal, Suécia, Uruguai, Venezuela. Todavia, não estão previstos em Constituições que não reconhecem o direito à propriedade, como são os casos de Cuba e da China<sup>364</sup>.

No constitucionalismo contemporâneo, considera-se as diversas formas de relações interpessoais. Essas interações culturais romperam com o paradigma da uniformidade e homogeneidade vivenciado, por um longo período, em escala global. Os direitos humanos, âmbito no qual se inserem os autorais, são definidos pelo jurista espanhol Joaquin Herrera Flores como produtos culturais, reconhecidos através de um processo de reconhecimento sociocultural, considerando às relações do sujeito com o mundo<sup>365</sup>.

---

<sup>361</sup> HÄBERLE, Peter. *Le Libertà Fondamentali Nello Stato costituzionale*. Roma: La Nuova Itàlia Sicientifica, 1993. p. 229.

<sup>362</sup> Idem, *Teoria de la Constitución como ciencia de la cultura*. Tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000. p. 31.

<sup>363</sup> CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 41-42.

<sup>364</sup> CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 89.

<sup>365</sup> FLORES, Joaquin Herrera. *Los derechos humanos como productos culturales*. Madrid: Catarata, 2005. p. 18.

Harmonizam-se os direitos autorais e culturais analisados, em atenção ao cumprimento de seu fim social, qual seja, possibilitar o desenvolvimento social, econômico e tecnológico da coletividade. No entanto, essa não é uma tarefa fácil para o jurista. Ele é submetido, cotidianamente, a uma série de situações fáticas envolvendo à utilização das criações intelectuais, as quais demandam maior atenção, a fim de conciliar os interesses envolvidos, a saber: os do autor e àqueles relacionados à coletividade, destacando-se os direitos culturais.

A utilização das criações literárias, artística e científicas demanda a adoção de instrumentos que legitimem os usos alternativos das criações intelectuais, os quais, entre outros, se amoldam ao disposto no artigo 46, da Lei nº 9.610/98, compreendido legislativamente como rol, não exaustivo, de limitações aos direitos de autor ou usos permitidos das obras intelectuais. Tudo isso, a fim de cumprir o caráter funcional atribuído à propriedade imaterial e sobre a qual pairam os ditames constitucionais.

#### 4.2.1 As colisões entre direitos autorais e culturais: um debate envolvendo princípios jurídicos

Em determinadas circunstâncias, os direitos fundamentais conflitam entre si. Entre as contendas se analisará, especialmente, às envolvendo direitos autorais e culturais. Antes disso, para melhor compreensão didática da matéria, cumpre dispor que esses fundamentos possuem a natureza de princípios jurídicos. Não se pode deixar de mencionar a clássica discussão doutrinária envolvendo princípios e regras jurídicas.

Inúmeros autores se debruçaram no estudo e distinção entre regras e princípios, entre os quais destacam-se no presente estudo: Ronald Myles Dworkin (1931-2013), Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992) e Robert Alexy.

O jurista norte-americano Ronald Myles Dworkin, no âmbito anglo-saxônico, estabeleceu inúmeras contribuições para definição dos princípios. Para esse doutrinador, eles atuam como um padrão a ser observado não por salvar algo que se almeja, e sim, por figurar como “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”<sup>366</sup>.

A distinção entre regras e princípios consiste em uma diferenciação de natureza lógica, embora versem para decisões particulares acerca de determinada obrigação jurídica em circunstâncias específicas, se diferenciam quanto à natureza de suas orientações. Assim, é factível que as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (*all-or-nothing*). Portanto, a partir da ocorrência dos fatos a serem disciplinados pela respectiva regra, ou se apresenta como válida ou não deve ser considerada<sup>367</sup>.

Os princípios são dotados de uma dimensão distinta das regras, qual seja, uma dimensão de peso ou importância. Com isso, caso sejam vislumbrados alguns princípios no caso concreto, o sujeito responsável por dirimir o conflito deve levar em consideração à força relativa que cada um possui<sup>368</sup>.

Robert Alexy, ao analisar a teoria normativo-material dos direitos fundamentais (*normative-materiale theorie*), também realizou a distinção entre regras e princípios jurídicos, a qual, “na essência, é a mesma de Dworkin”<sup>369</sup>. Para o autor, as regras e os princípios são espécies de normas jurídicas, expressando um juízo deontológico do dever ser. Em razão do

<sup>366</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

<sup>367</sup> **Idem**, p. 39.

<sup>368</sup> **Idem**, p. 42.

<sup>369</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 277.

fato de estarem reunidos sob o conceito de norma jurídica, “podem ser formulados por meio das expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição”<sup>370</sup>.

Para distingui-las utiliza-se, comumente, o critério da generalidade, consoante o qual os princípios atuam como normas dotadas de elevado grau de generalidade ou abstração, não obstante o das regras seja relativamente baixo. Os princípios atuam como “normas que ordenam algo que seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Em sentido contrário, as regras expressam, em seu âmbito, determinações sobre aquilo que seja fática e juridicamente possível, a serem cumpridas na exata medida do que se prescreve<sup>371</sup>.

Podem ocorrer colisões entre princípios e conflitos entre regras. O ponto comum entre eles diz respeito ao fato de que duas normas jurídicas, caso aplicadas isoladamente, conduziriam a resultados divergentes ou inconciliáveis, ou juízos concretos de dever-ser contraditórios, distinguindo-se em razão da forma adotada para solução do conflito<sup>372</sup>.

No conflito entre regras, necessita-se inserir no âmbito de uma das regras, uma cláusula de exceção direcionada a eliminar o conflito ou que, pelo menos, uma delas seja declarada nula. Em caso de colisão entre princípios, um destes terá que ceder, sem que isto implique em declaração de invalidade de um dos princípios ou introdução de cláusula de exceção. Um dos princípios precede o outro quando ocorrem determinadas condições<sup>373</sup>.

Por um longo período, Ronald Dworkin teceu inúmeras críticas a obra “O Conceito de Direito”, de Herbert Lionel Adolphus Hart. Ele apresenta o direito apenas como um conjunto de regras de *tudo ou nada* (*all-or-nothing*), desconsiderando os princípios jurídicos<sup>374</sup>. Para Hart existem, pelo menos, dois aspectos que diferenciam os princípios das regras. O primeiro diz respeito ao grau – os princípios são, em relação às regras, extensos, gerais ou não específicos, de forma que se distinguem das regras, sendo vislumbrados como expressões ou ilustrações de um único princípio<sup>375</sup>. Além disso, os princípios, por se referirem mais ou menos explicitamente a certo objetivo, finalidade, direito ou valor, são vislumbrados como desejáveis de manter ou ser objeto de adesão.

Diante da colisão entre os direitos fundamentais autorais e culturais, na qualidade de princípios jurídicos e à luz das concepções teóricas elencadas, é possível que um deles, por

<sup>370</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 87.

<sup>371</sup> **Idem**, p. 90.

<sup>372</sup> **Idem**, p. 92.

<sup>373</sup> **Idem**, p. 93.

<sup>374</sup> HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994. p. 321.

<sup>375</sup> **Idem**, p. 322.

exemplo, o direito autoral, em sua natureza exclusiva/restritiva, venha a ceder em face de outro (o direito à cultura), sem invalidá-los, existindo, apenas, uma relação de precedência no caso concreto.

Reconhece-se a dimensão de relevância dos direitos autorais e culturais, prevalecendo alguns deles, quando apreciado jurisprudencialmente. A prevalência dos aspectos morais do autor, herança do reconhecimento dos aspectos morais pelo *droit d'auteur*, adotado pelo Brasil. O caráter humanista autoral, cumprindo sua função social, demanda a conciliação jurisdicional entre os interesses latentes no caso concreto. Os bens intelectuais inserem-se em uma dimensão maior denominada cultura, tão volátil quanto às normas jurídicas produzidas pelo legislador.

#### 4.2.2 A harmonização judicial dos direitos autorais e culturais

A problemática apresentada no presente construto, quando analisada à luz da dogmática dos direitos fundamentais, traz à baila uma série de colisões possíveis envolvendo os direitos e interesses do criador e da coletividade<sup>376</sup>. Cumpre ao intérprete e aplicador da norma, se valer de técnicas que melhor equalizem os interesses colidentes, entre as quais se apresenta a ponderação. Analisa-se o grau de afetação dos direitos fundamentais (autorais e à cultura), em razão do exercício dos daqueles, sobretudo os voltados à execução e reprodução das criações, tendo em vista as limitações aos direitos de autor, elencadas na Lei 9.610/98<sup>377</sup>.

O jurista precisou recorrer a determinados elementos essenciais à construção do ônus argumentativo da decisão, expondo, conforme Fábio P. Schecaira e Noel Struchiner, “as razões em defesa de uma conclusão”, padronizando os argumentos a partir de premissas, a fim de chegar a uma conclusão<sup>378</sup>.

Entre essas técnicas, elenca-se, em princípio, a ponderação. Ela auxilia o jurista na construção da decisão jurídica, sobretudo em situações fáticas de difícil elucidação<sup>379</sup>, em relação aos quais o modelo subsuntivo<sup>380</sup> não se demonstra eficaz à solução do caso concreto<sup>381</sup>. Nessas ocasiões, diante da pluralidade de normas constitucionais e infraconstitucionais envolvidas – v. g. Constituição Federal e Lei 9.610/98, faz-se necessário considerar os diversos valores em conflito, sopesando-os e extraindo a máxima eficácia possível.

Quando houver a colisão entre princípios, ela deve ser solucionada considerando que “um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições”<sup>382</sup>. Cabe a análise das situações fáticas em que ocorrem as colisões entre as normas principiológicas,

<sup>376</sup> BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 98.

<sup>377</sup> MIZUKAMI, Pedro Nicoleti. **Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2007. p. 454-455.

<sup>378</sup> SCHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Contraponto, 2016. p. 11-13.

<sup>379</sup> Faz-se menção aos casos difíceis ou *hard cases*, em relação aos quais a mera subsunção do fato à norma jurídica não é suficiente para resolução do conflito submetido à apreciação jurisdicional.

<sup>380</sup> Processo silogístico de subsunção dos fatos à norma: a lei figurando como a premissa maior, os fatos representam a premissa menor e, a sentença, compreende a conclusão. Vide: BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

<sup>381</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 55.

<sup>382</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 93.

categoria na qual estão presentes no plano dos direitos fundamentais. Neste se inserem os direitos ligados ao processo criativo e produção cultural: direitos individuais do autor (art. 5º, incisos IV, IX, XXVII e XXVIII) e o direito à cultura (artigos 215 e seguintes), por exemplo, consagrados na Constituição Federal de 1988<sup>383</sup>.

A fim de realizar o sopesamento entre os princípios mencionados, tem-se a aplicação da máxima da proporcionalidade, considerando suas máximas parciais – adequação, necessidade (meio menos gravoso) e proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento propriamente dito). O caráter principiológico atribuído as normas fundamentais demanda a aplicação destes fundamentos pelos juristas, sempre que houver colisões entre os mandamentos de otimização<sup>384</sup>.

Não obstante eventuais imprecisões terminológicas e conceituais, muitos juristas como: Robert Alexy, Humberto Bergmann Ávila e Virgílio Afonso da Silva, expõem suas concepções sobre a máxima ou regra da proporcionalidade.

Para Alexy, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é necessária na medida em que os princípios atuam como mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas existentes. Em sentido *lato*, as máximas da necessidade e adequação decorrem da natureza dos princípios jurídicos na qualidade de mandamentos de otimização diante das possibilidades fáticas<sup>385</sup>.

Ávila utiliza a expressão dever ou postulado normativo de proporcionalidade, analisando a sua aplicabilidade, além dos demais elementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Ele considera a proporcionalidade como um “postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre o meio e o fim, não sendo possível sua aplicabilidade irrestrita”<sup>386</sup>.

Virgílio Afonso da Silva alerta que, embora existam essas discussões semânticas, o termo “princípio” foi atribuído para ratificar a relevância de ser praticada a proporcionalidade. Muitas vezes confunde-se à expressão princípio da proporcionalidade com à noção estabelecida por Robert Alexy sobre essa categoria de normas jurídicas. Também ressalva que proporcionalidade e razoabilidade não são sinônimos, conforme afirmam inúmeros teóricos. Esses termos são revestidos de ampla conotação técnico-jurídica, expressando construções

---

<sup>383</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 22.

<sup>384</sup> **Idem**, p. 116-118.

<sup>385</sup> **Idem**, p. 118.

<sup>386</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 162.

jurídicas diversas<sup>387</sup>. Para Suzana de Toledo Barros, “o princípio da proporcionalidade, [...] como uma construção dogmática dos alemães, correspondente a nada mais do que o princípio da razoabilidade dos norte-americanos”<sup>388</sup>.

Muitos autores, à luz do sistema romano-germânico, adotaram a regra da proporcionalidade, embora, em sua acepção, tratasse da razoabilidade. Elas se distinguem em sua gênese, estrutura e abrangência. A razoabilidade surgiu no direito anglo-saxônico, enquanto à proporcionalidade foi desenvolvida pelos germânicos. Os últimos são dotados de metodicidade, objetividade e organização. Os demais, por sua vez, são mais objetivos, exigindo menos subjetivismo do julgador<sup>389</sup>.

No plano autoral, tratando-se das situações fáticas envolvendo a necessidade de ponderação entre os interesses do autor e da coletividade, analisa-se o elemento da adequação à luz da fundamentação clássica dos direitos de autor<sup>390</sup>. Cumpre indagar se as restrições promovidas pelos direitos autorais a outros direitos fundamentais são adequadas. Além disso, deve-se vislumbrar a inexistência de outra medida aquedada e menos gravosa que harmonize os interesses do autor e da sociedade, realizando a efetiva ponderação de direitos e valores em conflito<sup>391</sup>.

A jurisprudência nacional, a fim de ilustrar os aspectos teóricos suscitados, apresenta decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sede de Recurso Especial, explanadas em momento oportuno. Nelas, o referido E. Tribunal analisou a temática envolvendo as limitações aos direitos autorais, em seus aspectos patrimoniais, conforme previsto no artigo 46, da Lei 9.610/98.

No plano argumentativo, considerou-se, empiricamente, o caráter social atribuído as criações intelectuais, efetivando o direito fundamental à cultura. Nos demais tópicos do trabalho, analisar-se-á as perspectivas do STJ sobre questões autorais, ou seja, colisões e

---

<sup>387</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *In: Revista dos Tribunais*, n. 798, 2002. p. 27-29.

<sup>388</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 57.

<sup>389</sup> SILVA, *op. cit.*, p. 27-28.

<sup>390</sup> Ela se apresenta sob um viés utilitarista, consoante a qual os direitos autorais, em sua dimensão patrimonial, são úteis a promoção da produção e publicação das criações intelectual; ou sob o fundamento jusnaturalista consoante o qual os direitos autorais seriam direitos de propriedade concedidos ao autor, aduz: MIZUKAMI, Pedro Nicoleti. **Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2007. p. 456.

<sup>391</sup> MIZUKAMI, Pedro Nicoleti. **Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2007. p. 454 e ss.

possíveis conciliações entre os direitos do autor e os conferidos à sociedade, como o direito à cultura.

## 5 ALGUMAS SOLUÇÕES NEGOCIAIS PARA UM DIREITO AUTORAL HUMANISTA: *FAIR USE*, *COPYLEFT* E *CREATIVE COMMONS*

Para que haja a disseminação das criações intelectuais à coletividade, cumprindo o fim social a que se destinam, faz-se necessária a celebração de contratos envolvendo os bens tutelados pelo direito autoral. Em diversas situações, o autor recorre a terceiros, autorizando-os contratualmente a utilizarem sua obra, e, monetizando, quando necessário<sup>392</sup>. Salva-se o acesso e disseminação das criações intelectuais, cuja dimensão se ampliou em razão do advento da *internet*, sem violar dos direitos de autor e beneficiando à sociedade informacional.

A gestão individual (titular de direitos autorais) ou coletiva (associações) dos direitos autorais patrimoniais justifica-se em razão do fato de se caracterizarem, legalmente, como bens móveis (artigo 3º, da Lei nº 9.610/98). Esses são definidos, nos termos do artigo 82, do Código Civil, como “suscetíveis de movimento próprio ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social”. Em razão dessa natureza, o autor pode dispor das criações intelectuais, consentido sua utilização por terceiros, sem violar o seu aspecto moral.

Vale ressaltar que a obra intelectual exteriorizada pelo autor não se confunde com o suporte material que a encerra. O meio físico é denominado *corpus mechanicum*<sup>393</sup>, enquanto que a obra nele materializada consiste no *corpus mysticum*. O primeiro pode ser legitimamente adquirido, nos moldes como se exerce o direito de propriedade, aplicando-se o disposto no artigo 1.226, do Código Civil, o qual dispõe sobre a forma de aquisição dos direitos reais sobre bens móveis – por meio da tradição. Entretanto, não se pressupõe a aquisição conjunta dos direitos autorais sobre o *corpus mysticum*, tutelado legalmente, exceto se houver previsão contratual expressa, visto que os negócios jurídicos nessa seara devem ser interpretados restritivamente, conforme o artigo 4º, da LDA<sup>394</sup>.

O uso das obras intelectuais tuteladas pelo direito de autor, para fins lícitos, pressupõe, nos termos do artigo 29, da LDA, a autorização prévia e expressa do titular dos direitos autorais sobre a criação. Sendo assim, conforme o artigo 49, do referido diploma legal, os direitos autorais patrimoniais podem ser, total ou parcialmente, transferidos a terceiros, de *per si* ou por

<sup>392</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 1987. p. 359.

<sup>393</sup> Enquadra-se como suporte material: livros, CDs, DVDs, CD-ROMs e outros meios físicos nos quais se materializam a obra intelectual. Alguns autores incluem, nesse rol exemplificativo, os bens intelectuais tutelados pelo direito autoral, adquiridos por meio de transferência eletrônica, embora não haja efetivamente a cessão do bem tangível. Essa transmissão também se compreende como legítima, adequando-se à realidade vivenciada hodiernamente, na qual se popularizou o *download* de arquivos na *internet*. Vide: BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 35.

<sup>394</sup> ASCENSÃO, *loc. cit.*, p. 31.

seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por seus representantes com poderes especiais, mediante licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em direito, obedecidos os limites legais.

A transmissão, por atos *inter vivos*, ocorre pela transferência da titularidade dos direitos autorais de um sujeito para outro, limitando-se ao seu conteúdo patrimonial, nos termos do artigo 49, da Lei nº 9.610/98. Faz-se necessário reunir os elementos essenciais para formação do ato jurídico: sujeitos capazes, objeto lícito e possível. Não é possível contratar com agentes incapazes, exceto se representados ou assistidos, como também, em caso de objeto ilícito – obras plagiadas, contrafeitas ou cujo conteúdo contrarie a moral ou os bons costumes<sup>395</sup>.

Como exemplo dessa transferência autoral destaca-se o artista plástico que concede sua obra para ser exposta em um museu. Nesse caso, a transmissão do direito de propriedade da obra não priva o criador do direito de defender sua criação e de auferir os resultados patrimoniais que sua exposição possa gerar, assim como de evitar sua utilização por terceiro, sob quaisquer modalidades, sem sua prévia e expressa autorização.

A legislação autoral elenca três modalidades específicas de instrumentos contratuais para a gestão dos direitos autorais, a saber: cessão, licenciamento e concessão (artigo 49, da LDA). Não obstante sejam admitidas outras formas contratuais juridicamente lícitas e possíveis, as quais, embora não expressamente previstas na lei, recebem proteção jurídica, quando firmadas entre as partes.

A cessão caracteriza-se pela transferência, a título oneroso ou gratuito, de um ou mais direitos patrimoniais sobre a sua criação intelectual. Ou seja, despoja-se o titular dos direitos autorais (autor ou sucessores), de um ou mais direitos exclusivos, de natureza patrimonial (direitos de reprodução, adaptação, edição, tradução, etc), pelos mais diversos processos<sup>396</sup>. Trata-se do ato, por meio do qual o detentor da titularidade sobre os direitos autorais patrimoniais os transfere, total ou parcialmente, em caráter definitivo, salvaguardando a subsequente utilização da criação intelectual por outrem<sup>397</sup>.

O instituto mencionado possui como traços característicos: seu objetivo, as condições de exercício do direito cedido, o tempo, o lugar e o preço. Em regra, sua validade se restringe

---

<sup>395</sup> FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito autoral**: da antiguidade à *internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 349.

<sup>396</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 96.

<sup>397</sup> MANSO, Eduardo Vieira. **Contratos de direito autoral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 21.

ao país de celebração do contrato, salvo disposição em sentido contrário, acordada entre as partes<sup>398</sup>.

A título exemplificativo, destacam-se, em âmbito acadêmico, os discentes que cedem seus direitos autorais patrimoniais sobre obra (monografias, artigos científicos, dissertações, teses, etc) de sua autoria à Instituição de Ensino Superior (IES) na qual está vinculado, por meio de um termo ou contrato de cessão de direitos patrimoniais, o qual pode ser total, parcial, a título universal ou singular.

A cessão total e a título universal está prevista nos artigos 49 e 50, da LDA. Ela incide sobre a totalidade dos direitos patrimoniais de autor e envolve todas as modalidades de utilização das criações intelectuais. Caracteriza-se por ser definitiva e sem limites territoriais, sobretudo nos tempos atuais, em que há o rompimento das fronteiras através da *internet*.

A cessão total e a título singular incide sobre todos os direitos patrimoniais, embora limite-se a uma ou algumas modalidades de utilização possíveis (uso fonográfico, audiovisual, cinematográfico, etc) não a todas. Especifica-se os usos permitidos pelo autor da obra, fazendo-se necessário avaliar cada situação concreta a fim de não confundir o direito com a sua modalidade de utilização.

Na cessão parcial e a título universal, cede-se apenas um ou alguns direitos, aplicáveis a todas as modalidades de utilização possíveis. Por exemplo, salvaguarda-se o direito de arranjar a obra musical, mas não de traduzi-la, permitindo-se todas as utilizações possíveis desse direito. Quando for realizada a título singular, a cessão incide sobre um ou alguns direitos patrimoniais e direciona-se à uma ou algumas modalidades de utilização existentes, como ocorre, a título ilustrativo, na adaptação de um texto literário para servir como roteiro cinematográfico.

Em análise de direito comparado, o jurista Bruno Jorge Hammes dispôs que a legislação autoral alemã, em sentido diverso, considera intransferível o direito de autor mediante negócio jurídico *inter vivos*. Sendo admissível após a morte do autor, por herança, disposição de última vontade e em partilha entre herdeiros<sup>399</sup>.

O licenciamento consiste na simples autorização de uso, sem ocorrer, por sua vez, a transferência de titularidade. Nas lições de Heitor Medrado de Faria, as licenças autorais estão resguardadas no ordenamento jurídico vigente sendo muito comuns nas aquisições de

---

<sup>398</sup> BARROS, Carla Eugênia Caldas. **Manual de Direito da Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro: Evocati, 2007, p. 530.

<sup>399</sup> HAMMES, Bruno Jorge. **O direito de propriedade intelectual**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002. p. 169.

*softwares*, produções fonográficas, etc<sup>400</sup>. A licença salvaguarda o uso, gozo ou fruição dos direitos autorais, a título oneroso (locação) ou gratuito (comodato), exclusivo ou limitado, cuja remuneração é calculada em *royalties*, através de um percentual incidente sobre o ganho econômico decorrente da utilização da criação intelectual. O direito patrimonial não é transferido à parte contratante, permanecendo vinculado ao autor, havendo apenas a permissão para exploração econômica da obra.

Faticamente, no plano dos novos negócios do mercado musical, destacam-se algumas empresas nacionais que utilizam o sublicenciamento de obras musicais anteriormente licenciadas pelos seus compositores, como por exemplo a *MSolutions* e a *ListenX*. Essas modalidades negociais geraram repercussões no mundo jurídico, sendo alvo de contendas judiciais. Ambas foram objeto de representação pelo ECAD.

Essas entidades privadas e seus respectivos processos perante o órgão responsável pela gestão coletiva dos direitos autorais no Brasil foram analisados pela Profa. Dra. Ana Frazão, em consultoria demandada pelo órgão mencionado sobre a legalidade dessas negociações no plano jurídico-autoral<sup>401</sup>.

A *ListenX* alegou, no âmbito da Ação nº 017822-04.2017.8.19.0001, que tramita na 4ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro/RJ, a inexistência de participação do ECAD no negócio jurídico firmado. Isso porquê a editora norte-americana *AudioSparx* é detentora dos direitos autorais patrimoniais dos compositores das obras musicais disponibilizadas, a partir do seu licenciamento. Essa pessoa jurídica, por sua vez, sublicenciou esses direitos a *ListenX*, a qual realiza novos sublicenciamentos para as empresas às quais presta serviços de rádios corporativas e musical *branding*.

O ECAD, embora não participe dessa negociação, merece ser notificado. Em regra, no procedimento mencionado é imprescindível o cumprimento de determinadas formalidades: em âmbito internacional, faz-se necessário que a pessoa física ou jurídica detentora dos direitos autorais patrimoniais sobre as obras licenciadas notifique a associação responsável pela gestão coletiva dos direitos do autor, para cessar a cobrança naquele local. A entidade deve notificar os parceiros internacionais a fim de suspender a cobrança em seus respectivos territórios. No Brasil, a notificação deve ser feita ao órgão legitimado para esse fim por força do disposto no artigo 99, da Lei nº 9.610/98.

---

<sup>400</sup> FARIA, Heitor Medrado de. **Licenças livres e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Brasport, 2011. p. 13.

<sup>401</sup> FRAZÃO, Ana. A gestão pessoal dos direitos autorais e os novos negócios do mercado musical. In: **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 14, p. 187-226, out./dez. 2017. p. 187-226.

Não obstante os exemplos fáticos mencionados sejam relevantes para a elucidação da matéria em comento, cumpre tecer algumas observações. Não se pode aplicar ou transpor, *ipsis litteris* e sem as devidas cautelas, o modelo de gestão coletiva de direitos autorais norte-americano ao sistema adotado pelo país, imerso no âmbito romano-germânico.

O *copyright* não reconhece, como autônomos, os direitos conexos de artistas intérpretes ou executantes. Quando são reconhecidos, eles resultam do desdobramento da parcela devida ao compositor. Nos EUA, em contramão ao Brasil, as associações responsáveis pela gestão coletiva dos direitos autorais não se organizam em torno de um escritório central. Sua legislação possui inúmeras peculiaridades: existem sociedades privadas que licenciam o direito à execução pública em nome do detentor do direito de autor; os licenciantes que controlam ou administram o *copyright* das obras também podem licenciar o direito supracitado; a gestão se opera mediante outorga ampla, genérica e abrangente do autor.

Sobre essas situações, a jurisprudência nacional suscitou controvérsia legal sobre a empresa norte-americana *ListenX*, em razão da sua inaplicabilidade em âmbito jurídico brasileiro. Há várias relações jurídicas inseridas em negociações dessa espécie, as quais envolvem, por exemplo, o compositor e a empresa responsável pela execução pública regidas sob os moldes de inúmeras licenças jurídicas internacionais pertinentes ao *copyright*.

Outro instituto utilizado na seara autoral consiste na concessão. Ela é uma figura típica do direito administrativo, quando se trata de serviços públicos. Em geral, refere-se a uma delegação contratual para prestação de determinadas atividades. Na seara autoral, esse instituto foi inserido pela LDA para se referir às hipóteses em que o autor ou titular dos direitos autorais patrimoniais sobre a obra concede uma delegação negocial direcionada à execução de serviços. Habilita-se o concessionário para agir em nome do detentor dos direitos de autor, nos limites do contrato de concessão. Isso ocorre, por exemplo, quando se admite os contratos de subedição, no âmbito da concessão – um editor original concede a outro o direito de traduzir e publicar a obra<sup>402</sup>.

Antes de adentrar especificamente nos contratos de direitos autorais, é relevante destacar alguns aspectos da teoria contratual. O direito dos contratos perpassou por inúmeras transformações ao longo do tempo, sobretudo em razão da importância atribuída à sua função social. O mundo moderno é regido por instrumentos contratuais que salvaguardam a dinâmica

---

<sup>402</sup> FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito autoral**: da antiguidade à *internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 363.

social e devem ser interpretados à luz de fundamentos principiológicos, não se limitando à autonomia da vontade, pilar da perspectiva contratual oitocentista<sup>403</sup>.

Hodiernamente, os contratos, em geral, como também os instrumentos negociais envolvendo os direitos patrimoniais de autor, são disciplinados por alguns princípios. *A priori*, destaca-se a ética nas relações contratuais, representada pela boa-fé objetiva, em conformidade com o artigo 422, do Código Civil. Ela não se refere ao estado mental (subjetivo) do agente, e sim, ao comportamento do agente na relação jurídica, estabelecendo obrigações positivas e negativas para os agentes. Possui diversas funções: atua como modelo interpretativo, cria deveres jurídicos e limita direitos<sup>404</sup>.

Outro princípio a ser observado diz respeito ao equilíbrio econômico nas relações contratuais, atuando como parâmetro para a avaliação de seu conteúdo e resultado, a partir da comparação das vantagens e encargos atribuídos a cada um dos contratantes.

Deve-se buscar o cumprimento da função social do contrato, fundamento amparado constitucionalmente no princípio da solidariedade. Em razão dele, exige-se que todos os envolvidos na relação contratual colaborem mutuamente, respeitadas as situações jurídicas constituídas.

Quando envolvem direitos autorais, conforme o disposto no artigo 4º, da LDA, os negócios jurídicos devem ser interpretados restritivamente. Assim, tudo que não estiver expressamente previsto no contrato, compreende-se não autorizado, sendo impossível atribuir efeito extensivo às cláusulas contratuais. Os contratos que versam sobre direitos autorais devem indicar os contornos do negócio jurídico que as partes desejam atingir<sup>405</sup>.

Por força do caráter restritivo pertinente aos contratos autorais, os quais abrangem direitos fundamentais (artigo 5º, XXVII, da Constituição Federal), delinea-se, doutrinariamente, suas fronteiras, com base em alguns limites. Em primeiro plano, devem abranger todas as obrigações intrínsecas à espécie contratual em comento. Ou seja, compreendem-se todas as faculdades justificadas pelo seu fim, enquanto que as injustificadas permanecem na seara de disposição do autor<sup>406</sup>.

Outra limitação contratual consiste em excluir do instrumento negocial tudo aquilo que não for essencial à sua eficácia, não obstante as partes possam convencionar obrigações adicionais, desde que não contrariem os princípios contratuais e a lei.

---

<sup>403</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 108.

<sup>404</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 20-21.

<sup>405</sup> ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p. 36.

<sup>406</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 52.

Ademais, na medida em que versam para a disposição de bens intelectuais tutelados por direitos autorais, em caso de cessão, concessão ou licenciamento, as partes devem indicar a modalidade de utilização da obra protegida, conforme sua vontade, consubstanciada nos usos escolhidos<sup>407</sup>.

Em regra, os contratos autorais caracterizam-se como sinalagmáticos ou bilaterais. Eles são definidos como contratos que geram obrigações recíprocas (para ambas as partes), como, por exemplo, compra e venda, locação, transporte, dentre outros<sup>408</sup>. Quanto à carga das obrigações assumidas pelas partes, essa espécie contratual traz à baila prestações recíprocas, de forma que cada um dos sujeitos por exigir do outro o cumprimento dos deveres avençados<sup>409</sup>.

A bilateralidade desses instrumentos perpassa por algumas noções. Na classificação do negócio jurídico quanto à sua formação, os contratos consagram as vontades das partes, criando vínculos jurídicos e deveres de boa-fé, diligência e cooperação. Quanto às prestações mencionadas no instrumento contratual, elas se apresentam como correspectivas, ou seja, assumidas e cumpridas por todos os sujeitos envolvidos no contrato, não obstante possam existir deveres atribuídos a uma das partes, sem retirar a natureza bilateral negócio jurídico<sup>410</sup>.

Vários são os instrumentos contratuais compatíveis com a utilização econômica de obras intelectuais, podendo incidir, em um mesmo contrato, cláusulas e condições de contratos típicos, observando o dinamismo das relações. Os contratos autorais mais comuns, elencados pela doutrina, são: os de edição, cessão de direitos, obra futura, produção, encomenda, representação e execução, os quais se amoldam aos meios próprios de comunicação das criações<sup>411</sup>.

O contrato de edição (gráfica, fonográfica, fotográfica, etc) consiste no instrumento firmado entre autor e o empresário, na divulgação da obra, conforme o artigo 53 e seguintes, da LDA, alcançando, além da reprodução da obra por processo gráfico, outros meios mecânicos que versem para a multiplicação da obra. Deve-se especificar: o número de exemplares, o prazo da edição, a remuneração do autor, a forma de pagamento, controle e demais obrigações correspondentes.

---

<sup>407</sup> BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. A natureza jurídica dos direitos autorais. In: **Civilística.com**, a. 2, n. 2, 2013. p. 146-147.

<sup>408</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume III – Contratos e Atos Unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 90.

<sup>409</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Volume III – Contratos em espécie. São Paulo: Atlas, 2001. p. 408.

<sup>410</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A importância da causa. In: **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Rio de Janeiro: Ed. Padma. Vol. 21, jan./mar. 2005. p. 95.

<sup>411</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 114.

Essa espécie contratual geralmente é utilizada pelos autores ao entregarem sua obra, especificando a forma pela qual editada, papel utilizado, formato da encadernação, entre outros elementos. Apresenta um duplo escopo. Faticamente, muitas demandas de edição visam, além do trabalho técnico, a difusão da edição ou do conteúdo intelectual objeto do contrato<sup>412</sup>.

No contrato de cessão de direitos, como elencando anteriormente, o autor transfere, a título oneroso ou não, a outrem, um ou mais direitos patrimoniais sobre a sua criação intelectual. Deve-se obedecer a forma escrita, presumindo-se onerosa a cessão (artigo 50, da LDA). Além disso, faz-se necessário indicar quais os direitos cedidos, sua extensão, destino, lugar e a duração da avença (artigo 50, §2º, da LDA). Os direitos patrimoniais podem ser cedidos total ou parcialmente, a título universal ou singular, pessoalmente ou por seu representante legal (artigo 49, da LDA), ressalvados os direitos morais, inalienáveis, em razão de sua natureza personalíssima<sup>413</sup>.

O contrato de obra futura é aquele por meio do qual o autor se compromete a ceder a um editor a sua produção futura, total ou parcial. Ela deve ocorrer obedecendo o prazo máximo de 05 (cinco) anos, obedecendo ao disposto no artigo 51, da LDA, sendo indeterminado ou superior o prazo convencionado, reduz-se, na devida proporção, a remuneração ajustada. Em suma, acorda-se a elaboração, sob encomenda, de determinado produto do intelecto humano, aferindo-se, em troca, uma retribuição monetária.

No contrato de produção (cinematográfica, televisiva, publicitária e outras), o autor confere ao empresário o direito de fixação da obra, pelos meios e reprodução possíveis, para sua exploração econômica. Essa modalidade negocial abrange diferentes aspectos do relacionamento entre autor, produtor, artistas, intérpretes, dentre outros. Deve conter: a remuneração devida pelo produtor aos demais coautores, artistas, intérpretes ou executantes; o tempo, lugar e forma de pagamento; o prazo de conclusão da obra; a responsabilidade do produtor para com os demais sujeitos partícipes do contrato (artigo 82, da LDA). No plano cinematográfico, por exemplo, a Agência Nacional do Cinema (ANCINE) validou alguns modelos de contratos criados pela Associação Brasileira da Produção de Obras Audiovisuais (APRO) e pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE)<sup>414</sup>.

O contrato de encomenda ou de comissão diz respeito ao negócio jurídico através do qual se incumbe a alguém a elaboração de certa obra, ou seja, a obra surge por iniciativa de

---

<sup>412</sup> DE MATTIA, Flávio Maria. **Estudos de direito de autor**. São Paulo: Saraiva, 1975.

<sup>413</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 116.

<sup>414</sup> Mais informações, vide: <<http://propmark.com.br/produtoras/ancine-valida-modelos-de-contratos-para-o-audiovisual>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

outrem que a sugere, solicita, orienta ou dirige, responsabilizando-se pela reprodução e divulgação. A encomenda engloba obras literárias, artísticas, científicas, fotográficas, publicitárias, entre outras. Isso ocorre, por exemplo, nas situações em que o ente público ou privado solicita a elaboração de determinada obra literária, artística ou científica.

Como fruto do desenvolvimento tecnológico, a *internet* trouxe necessários remodelamentos para institutos outrora existentes. Como exemplo, destacam-se os contratos eletrônicos, ou seja, celebrados com o auxílio da rede mundial de computadores, envolvendo dois ou mais sujeitos (internautas) a fim de realizar, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

No âmbito da sociedade informacional, as relações sociais e jurídicas se apresentam cada vez mais complexas, sobretudo quando possuem como objeto as criações intelectuais. Isso porque as obras são disseminadas no ambiente virtual, dificultando o controle do autor em relação àqueles que fazem uso de suas produções. Nesse contexto, além da gestão coletiva dos direitos autorais patrimoniais, mencionada no tópico inicial, diversos instrumentos contratuais são colocados à disposição do titular dos direitos autorais, para que possa realizar o gerenciamento dos aspectos patrimoniais, sem prejudicar a exploração econômica da obra.

Em âmbito mundial, foram adotados, pela indústria fonográfica, cinematográfica e de entretenimento, instrumentos como o *DRM (Digital Rights Management)* ou Gestão Digital de Direitos. São tecnologias utilizadas por grandes empresas e associações mundiais (por exemplo, a *Microsoft*), em conteúdos digitais, a fim de controlar a criação de cópias não autorizadas. Alguns documentos, por exemplo, não podem ser copiados ou convertidos, enquanto outros possuem uma quantidade limitada de execuções.

A *Microsoft*, em seu programa *Windows Media Player*, possui um verificador de direito de uso. Assim, qualquer usuário que tentar ouvir uma música não registrada, o *player* não a executa. Além disso, os arquivos baixados através dele não podem ser usados em outro lugar. A indústria do cinema também utiliza esse bloqueio. Sua presença é vislumbrada quando se realiza uma cópia de segurança (*backup*) de uma DVD. Essas mídias possuem um tipo de restrição intitulada *Content Scrambling System* (Sistema de Embaralhamento de Conteúdo, em livre tradução), ou simplesmente *CSS*.

Outro mecanismo utilizado é o *TPM (Technological Protection Measures)* ou Medidas de Proteção Tecnológica. A fim de restringir o uso das obras, preservando seu conteúdo e impedindo a sua reprodução, são criadas codificações que possibilitam ao titular dos direitos sobre a obra controlar o acesso do usuário ao conteúdo digital. Essas restrições ou chaves

criptográficas, obstam alguns usos sobre as criações intelectuais no ambiente virtual, controlando os usuários na rede.

As tecnologias suscitadas foram utilizadas em CDs, o que dificultou a sua execução em alguns aparelhos não programados para essa funcionalidade. A *Sony BMG Music Entertainment (Sony BMG)*, por exemplo, também se utilizou desses mecanismos em CDs, os quais instalavam automaticamente, nos computadores dos usuários, sem o seu consentimento, *softwares* que cediam a oferta de baixar músicas gratuitas. O uso desses instrumentos, pelas empresas, se tornou dispendioso, em razão dos custos de atualização dos códigos. Em decorrência disso, esses códigos se tornaram livres e acessíveis a todos os usuários<sup>415</sup>.

As soluções negociais mencionadas, quando devidamente utilizadas, trazem consequências positivas para os autores, seus direitos autorais e conexos. Entretanto, em muitas ocasiões, seus usos extrapolam as balizas conferidas pela legislação autoral em vigor, especialmente no tocante à arrecadação dos direitos autorais musicais. Muitos modelos jurídico-autorais estrangeiros, amparados no *copyright*, devem adequar-se à LDA. No plano internacional, em sentido oposto ao nacional, a gestão pública dos direitos autorais é descentralizada, legitimando a atuação de mandatários privados. No Brasil, as situações que ensejam a não incidência da cobrança de autorais estão bem delineadas e interpretação em sentido estrito, à luz do caso concreto e da dogmática jurídica.

Os institutos e considerações seguintes, não obstante sua origem norte-americana, fundada no *copyright*, merecem ser elucidados a fim de nortear o jurista nas situações contemporâneas envolvendo os usos das criações intelectuais em meio físico e virtual. Reconhece-se que muitos caminhos serão trilhados e sobre os quais recairão inúmeras críticas. O caráter analógico de compreensão dos direitos autorais, cujas soluções jurídicas foram direcionadas ao atendimento de sua realidade pretérita, deve assumir uma nova configuração em direção à realidade tecnológica e informacional. Sem “pré-moldar” soluções jurídicas, as próximas contribuições fomentam a discussão da problemática desse estudo.

---

<sup>415</sup> BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 105-111.

### 5.1 Os usos das criações intelectuais na *internet: fair use, copyleft e creative commons*

As transformações mundiais, sobretudo na esfera tecnológica, ocorridas a partir da década de 1990, fomentaram a aquisição e disseminação de novos conhecimentos, através da *internet*, ambiente social conectado pela informação, conforme vislumbrado no início do estudo. O jurista contemporâneo, à luz dessas peculiaridades, foi chamado para atuar nas diversas esferas de poder, especialmente no cerne do Legislativo (produção de leis autorais e/ou sua atualização normativa) e Judiciário (na análise e julgamento dos casos concretos, os quais devem considerar proporcionalmente os interesses autorais e coletivos envolvidos).

Hodiernamente, a informação e os novos conhecimentos são indispensáveis ao pleno desenvolvimento do país e dos indivíduos que o integram, ou seja, o povo, elemento estruturante da esfera política estatal. A riqueza de um Estado, da sociedade e da indústria, não se limita aos seus bens tangíveis e corpóreos. Pelo contrário, valoriza-se o conhecimento, a informação e a criatividade humana, como elementos essenciais à geração de riquezas e ao desenvolvimento do Estado-Nação<sup>416</sup>.

A *internet* traduz inúmeras possibilidades, sobretudo na aquisição do conhecimento. Em razão da inexistência de fronteiras, possibilita a circulação das obras intelectuais. Em razão disso, não obstante suas consequências positivas, o desenvolvimento tecnológico no setor informático gerou alguns problemas no que tange à proteção autoral. Surgiram inúmeras situações conflituosas envolvendo a pirataria ou a contrafação no meio digital.

O Estado é submetido a essa problemática, sendo o responsável por resolvê-la. No entanto, na maioria das vezes, demonstra-se inerte em relação ao controle no ambiente virtual, apresentando infraestrutura deficitária na vigilância dos conteúdos disponibilizados na rede. Muitos países totalitários nem sequer reconhecem os direitos autorais, além de violarem outros direitos e garantias fundamentais<sup>417</sup>.

Por essas razões, justifica-se o apoio da ordem jurídica nacional em contribuições externas, as quais, com as devidas adaptações jurídicas ao sistema romano-germânico adotado pelo Brasil, entre outros países, convergem para a harmonização entre os interesses autorais e sociais. Embora não apresentem uma solução absoluta para as agruras que estão por vir na seara

---

<sup>416</sup> VITALIS, Aline. A função social dos direitos autorais: uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade da informação. In: **Direito Autoral** – Coleção Cadernos de Políticas Culturais, v. 1. Brasília: Ministério da Cultura, 2006. p. 212.

<sup>417</sup> PLASCENCIA, David Ramirez. *Análisis Institucional del Ciberespacio: aplicación del pluralismo jurídico y neo-constitucionalismo en estudio de la regulación de Internet*. In: **Revista TEXTOS de la CiberSociedad**. 2008. Disponível em: <<http://www.cibersociedad.net/textos>>. Acesso em 21 out. 2017.

autoral, trilham novos caminhos para a efetivação dos direitos fundamentais de autor e à cultura, além das demais garantias essenciais à manutenção do Estado de Direito.

É indispensável a centralização do direito autoral na figura do autor, desde que não contrarie outros interesses também relevantes. Salvaguarda-se, ao criador, a prerrogativa de dispor livremente de suas obras, em razão da relevância atribuída à esfera moral de sua criação, a fim de contribuir para o desenvolvimento social, econômico, científico e cultural da população em geral.

Nesse liame, explicita-se, a seguir, alguns exemplos de usos alternativos, justificáveis ou aceitáveis das criações intelectuais disponibilizadas na *internet*, sem prejuízo de sua aplicação em meio físico. Ratifica-se a repersonalização dos direitos autorais a partir da concretização dos direitos fundamentais autorais e à cultura. Resguarda-se ao autor a prerrogativa de disponibilizar suas criações intelectuais, autorizando alguns usos e vedando outros, sem deixar o gerenciamento exclusivamente no poderio de grupos empresariais que dominam a regulação de mercado de bens intangíveis. Além da gestão pública dos direitos autorais, centralizada, no Brasil, na figura do ECAD.

### 5.1.1 A doutrina norte-americana do *fair use*: os usos justificáveis das criações intelectuais

Sem prejuízo do conjunto de prerrogativas de cunho moral e patrimonial legalmente resguardadas ao autor, conforme vislumbrado em outro momento, deve-se resguardar à coletividade o livre uso das criações intelectuais. Tutela-se a liberdade universal da circulação de ideias, seus usos e suas conseqüentes formas de aproveitamento, após exteriorizados, em suporte físico ou digital<sup>418</sup>.

Os avanços tecnológicos atuaram como um veículo propulsor de novas ferramentas de criação e compartilhamento digital. A partir do desenvolvimento da técnica, ocorreu o fomento à capacidade criativa dos indivíduos, auxiliados por novas modalidades de produção e divulgação das obras intelectuais, salvaguardando “a utilização de maneira justa e razoável da obra intelectual tutelada pela normatividade [...]”<sup>419</sup>.

Nesse contexto, o sistema jurídico norte-americano, respaldado pelo *common-law* e sob a perspectiva do *copyright*, passou a desenvolver a doutrina do *fair use* ou uso justo da criação intelectual. Assim, ela foi normatizada a partir do *Copyright Act (1976)*, possibilitando a utilização justa da obra imaterial tutelada pela proteção autoral, com vistas ao atendimento de uma finalidade legítima, ainda que sem a autorização do ator, mas resguardando os direitos morais que o mesmo possui sobre a obra.

Vale dispor que, para o efetivo enquadramento da obra intelectual ao amparo legal conferido por intermédio da doutrina em comento, faz-se necessário a observância e adequação a determinados fatores. Em primeiro lugar, temos a finalidade para a qual a obra está sendo direcionada, assim como a indicação da modalidade de utilização da mesma. São diversas as situações em que podemos identificar esse elemento, entre os quais destacamos a reprodução de criações literárias para fins exclusivamente didáticos e limitados ao ambiente acadêmico.

Além disso, para a caracterização do uso justo, é essencial que haja a definição da natureza pertinente à obra reproduzida; a quantidade, extensão e substancialidade da cópia em relação à criação original; e os efeitos econômicos do uso que porventura venham a incidir sobre o valor do trabalho intelectual.

Admite-se que os indivíduos se valham de uma parcela da respectiva obra com o intento de reproduzi-la, cabendo, ainda, analisar o caráter substancial da produção intelectual,

---

<sup>418</sup> FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito autoral**: da antiguidade à *internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 305.

<sup>419</sup> LIMA, J. A. A.; TENÓRIO FILHO, G. M. F.; FERREIRA, S. M. M. Recursos educacionais abertos: da ética colaborativa à base jurídica (neo)autoralista. In: ESCOLA, Joaquim José Jacinto et al. **Rumo à inclusão educacional e integração das TIC na sala de aula**. Santiago de Compostela: Andavira Editores, 2014. p. 680.

de forma que a utilização do mesmo não poderá afetar a valoração que os usuários atribuirão à obra original.

Nesse sentido, é indubitável que “as novas ferramentas digitais, impulsionadas pela dinâmica da sociedade contemporânea, incrementaram as formas de participação e compartilhamento de informações [...]”<sup>420</sup>. Os indivíduos são constantemente estimulados a produzir e compartilhar suas criações, as quais, hodiernamente, em razão dos recursos tecnológicos disponíveis, resultam de um conjunto de outras obras intelectuais ou tomam por base as mesmas.

Diante de tal quadro, a permissão para utilização razoável da obra intelectual se apresenta como uma realidade que deve ser fomentada pela normatividade. Em razão dos fatores mencionados, o estímulo à criação e, por conseguinte, à cultura, não devem ser obstados por meio de uma legislação restritiva e não adequada à realidade de criação intelectual na qual estamos inseridos.

O *fair use* surge como resposta aos constantes conflitos vislumbrados entre o criador da obra intelectual e sua utilização de forma justa, sem que isso venha afetar os interesses do autor. Isso demonstra que, aduz Eduardo Vieira Manso, os bens intelectuais não representam um privilégio absoluto de seus criadores, assegurando-se certos direitos de uso por todos, em determinadas circunstâncias, permitindo a sua livre circulação, em prol do interesse público. Toleram-se determinados usos de obras alheias, sem a autorização de seus autores, assim como não constituem violação de seus direitos autorais<sup>421</sup>.

Essa doutrina de origem estadunidense e adepta do *copyright* não está efetivamente consolidada em nosso país, embora existam inúmeros argumentos que justifiquem a realização de uma reforma na Lei nº 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais), os quais foram expostos na seção anterior.

O atual sistema jurídico autoral brasileiro revela-se mais fechado ou protecionista que o estadunidense. Esse, por sua vez, admite, ainda, a reprodução de obras por bibliotecas e arquivos, destinados à consulta de seus usuários; usos para fins religiosos e de caridade; além do armazenamento digital (reprodução) de obras protegidas, voltadas, por exemplo, para o ensino à distância. Exemplo dessas últimas tecnologias são os Recursos Educacionais Abertos (REA), os quais abrangem ferramentas, materiais, técnicas de ensino e pesquisa, suportados por uma mídia e sob domínio público ou licença livre, de forma a permitir sua utilização ou adaptação por terceiros.

---

<sup>420</sup> LEMOS, Ronaldo et al. **Direitos autorais em reforma**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2011. p. 53.

<sup>421</sup> MANSO, Eduardo Vieira. **Direito Autoral**. São Paulo: José Bushatsky Editora, 1980. p. 226.

As transformações nas formas de propagação do conhecimento se encontram cada vez mais incidentes, sobretudo, por força de uma ampliação do acesso da rede aos mais diversos usuários. Em razão disso, “[...] a elaboração e divulgação das obras culturais [...] se tonaram eventos cotidianos, que desafiam o modo como os direitos autorais foram estruturados, ao longo dos últimos dois séculos”<sup>422</sup>.

Existem condutas que apenas se direcionem à utilização da obra intelectual para fins pedagógicos; criativos; entre outros, sem violar os interesses autorais e demais direitos fundamentais. Nesses casos, corroborando com a própria esfera de proteção autoral, não se admite o uso da obra como forma de obtenção de vantagem econômica. Assim, corrobora Alessandra Tridente:

A doutrina do *fair use*, em sua formulação tradicional sustenta que as utilizações razoáveis de materiais protegidos devem ser consideradas legítimas quando presentes motivos de interesse social e quando tais condutas não infligirem danos inaceitavelmente graves ao titular do direito autoral<sup>423</sup> (grifos nossos).

Faz-se necessária à adequação de nosso sistema autoral, o qual possui raízes no *droit d’auteur*, com a doutrina supracitada. No entanto, ocorre que nossa legislação de direitos autorais estabelece, de forma bastante restritiva, as possibilidades de utilização justa das criações intelectuais, limitando-se às hipóteses que não figuram como violação de direitos autorais, elencadas no artigo 46, da Lei nº 9.610/98.

Esse fato demonstra a ineficiência da legislação autoral em acompanhar a evolução tecnológica, mais especificamente, das novas relações sociojurídicas estabelecidas no cerne da rede mundial de computadores. Como também, apesar de ser um diploma normativo recente, a evolução dos meios de comunicação e, por conseguinte, as trocas de informações ocorrem constantemente, demandando sua adequação à realidade da sociedade informacional.

Outro fator que merece destaque consiste no fato de que, diante da situação atual da lei de direitos autorais, os intérpretes e aplicadores da norma, sobretudo, o Poder Judiciário, quando da apreciação dos casos concretos, se direcionam aos mais variados entendimentos. A caracterização do uso justo das obras intelectuais, em contornos bem delineados, consiste no caminho a ser perseguido, em prol de um maior acesso ao conhecimento, sem que isso venha a macular os interesses do autor da produção imaterial.

---

<sup>422</sup> BRANCO, Sérgio; BRITTO, Walter. **O que é Creative Commons?** novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 165.

<sup>423</sup> TRIDENTE, Alessandra. **Direito autoral:** paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI. São Paulo: Campus, 2008. p. 68.

É comum a disponibilização de criações intelectuais na rede mundial de computadores. Esse costume vivenciado no ambiente virtual não confere licitude às práticas envolvendo as criações intelectuais na *internet*. As violações autorais estão presentes desde outrora, quando os olhares se limitavam ao meio analógico. As facilidades de disseminação das criações intelectuais na rede intensificaram a problemática em torno do controle e repressão em caso de condutas ilícitas praticadas. Isso não impede que institutos e soluções adotadas em outros países ventilem alternativas para se repensar a legislação autoral vigente e a atuação judicante, sem violar os direitos fundamentais autorais.

A doutrina do *fair use* está situada entre as limitações aos direitos autorais, as quais buscam resguardar os interesses dos autores das criações intelectuais, sem deixar de levar em consideração a coletividade. Corroborando com o disposto, a própria Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso XXIII, elenca a necessidade de se resguardar a função social da propriedade, inclusive dos bens imateriais.

A Convenção de Berna, integrante de nosso ordenamento jurídico por força do Decreto nº 75.699/75, sendo direcionada à proteção de obras de caráter artístico, literário e científico, direciona-se à tutela do *fair use*, em seu artigo 9º. Nesse sentido, elenca:

#### ARTIGO 9º

- 1) Os romances – folhetins, as novelas e todas as outras obras, quer literárias, quer científicas, quer artísticas, quaisquer que sejam os seus assuntos e os fins a que se destinem, publicados em jornais ou coleções periódicas em qualquer dos Países da União, não podem ser reproduzidos nos outros Países sem o consentimento dos autores.
- 2) Os artigos de atualidade de discussão econômica, política ou religiosa podem ser reproduzidos pela imprensa se a reprodução não estiver expressamente reservada. A origem, porém, deve sempre indicar-se claramente; as consequências da infração destes preceitos determinam-se pela legislação do país onde a proteção é reclamada.
- 3) A proteção da presente Convenção não se aplica as notícias do dia nem ao relato de acontecimentos diversos que tenham o caráter de simples informações de Imprensa<sup>424</sup>.

Essa regra expressa na referida Convenção materializa o teste dos três passos ou *three-step test*. Assim, é possível identificar se a reprodução está enquadrada nos casos especiais. Em plano jurídico nacional ou interno, verifica-se sua previsão no rol das limitações aos direitos autorais, previstas no artigo 46, da Lei nº 9.610/98. Além disso, não deve haver óbice à exploração normal da obra original e, por conseguinte, ocasionar prejuízos ao autor.

No entanto, nos moldes evolutivos pelos quais perpassa a sociedade informacional,

---

<sup>424</sup> BRASIL. **Decreto nº 75.699/75, de 06 de maio de 1975**. Brasília: Planalto, 1975. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1970-1979/D75699.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75699.htm)>. Acesso em: 19 out. 2017. p. 2.

sobretudo, diante dos novos usos das criações intelectuais no ambiente virtual, o modelo subsuntivo à legislação autoral interna se demonstra inócuo. O fundamento axiológico do uso justo ventila suas diretrizes para condutas sociais outrora não vislumbradas pelo legislador no momento da produção normativa. Isso não faz com que o jurista se limite ao pré-estabelecido, e sim, busque subsídios legais, doutrinários e jurisprudenciais nacionais ou estrangeiros que melhor conciliem os direitos fundamentais envolvidos nos casos concretos, a exemplo dos autorais e culturais.

Tutela-se o direito à cultura, quando se permite a utilização, de maneira razoável, das criações intelectuais. Não obstante faça-se necessário manter a proporcionalidade entre os interesses do autor, responsável pela exteriorização da criação imaterial e os da coletividade na qual está inserido, retirando daquela, elementos criativos por ele utilizados, para fins de aprimoramento cultural.

A Convenção de Berna, da qual o nosso país é signatário, versa por salvaguardar, em seu artigo 2º, uma série de criações intelectuais: obras literárias; artísticas; composições musicais; produções cinematográficas; obras coreográficas; dentre outras. Desse modo, são diversos os fatores socioculturais influenciadores da produção normativa em comento, a qual figura como importante diploma protetivo dos bens imateriais.

Não se pode negar que “o desenvolvimento tecnológico desempenha um papel determinante nos processos de expansão do direito autoral e de convergência entre os sistemas *copyright* e *droit d’auteur* no século XX.”<sup>425</sup>. Essa discussão está presente desde o surgimento do direito autoral, ao passo que a exteriorização da criação imaterial sempre acompanhou a evolução dos veículos de comunicação, de início, com a produção impressa, até a divulgação e compartilhamento da obra em meio virtual.

Os novos recursos tecnológicos não devem ser vislumbrados como entraves à propagação do conhecimento, em razão do estabelecimento de normas autorais rígidas. Pelo contrário, deve-se buscar resguardar o uso justo das criações intelectuais como mecanismo de estímulo à cultura, na medida em que as obras produzidas passam a ganhar uma maior notoriedade quando se torna possível a sua divulgação, sem que isto venha a macular os interesses do autor.

Por todo o exposto, podemos depreender que se fazem necessárias às adequações normativas supracitadas, sobretudo, no tocante ao artigo 46, da Lei 9.610/98, conforme será explicitado em momento oportuno. Não obstante, muitos progressos já possam ser constatados,

---

<sup>425</sup> TRIDENTE, Alessandra. **Direito autoral**: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI. São Paulo: Campus, 2008. p. 45.

como, a título ilustrativo, a possibilidade de utilização de produções audiovisuais com finalidades didáticas; a possibilidade de cópia da obra original, em determinadas situações; entre outros.

### 5.1.1.1 As restrições extrínsecas e intrínsecas aos direitos de autor e os usos justos das criações intelectuais à luz do artigo 46 da Lei nº 9.610/98

Em geral, os direitos fundamentais, em determinadas circunstâncias, podem sofrer eventuais restrições. O direito de autor, dotado de fundamentalidade, também é acometido de limitações, por diversas razões de interesse público. Tutela-se ao autor um direito exclusivo de uso, gozo e fruição da sua obra, por um período limitado temporalmente, tendo em vista os fins socioculturais que a criação intelectual imprime no meio social.

Nas lições do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho, as normas constitucionais, em sentido formal, são dotadas de unidade hierárquico-normativa, inexistindo superioridade entre elas, sendo resguardado, ao legislador constituinte, a prerrogativa de estabelecer exceções à disciplina normativa. Em muitas ocasiões, adverte o autor, os direitos fundamentais encontram-se em conflito com outros bens ou direitos tutelados pela Carta Magna. Nesses casos, faz-se necessário restringir o seu âmbito de proteção a fim de se obter uma concordância prática com outros direitos e garantias constitucionais<sup>426</sup>.

Vale ressaltar que as restrições aos direitos de autor não se extinguem nas hipóteses legais, abrangendo, também, a sua própria estrutura interna, na qual figuram o objeto e a duração da proteção autoral. Essas limitações são caracterizadas pelo autoralista Guilherme Carboni como “restrições intrínsecas”<sup>427</sup>.

O direito de autor não tutela o objeto da criação, de *per si*, as ideias, os planos, os métodos, entre outros que não gozam de proteção autoral, elencados no artigo 8º, da Lei nº 9.610/98. A esfera protetiva desses direitos, limita-se às formas de expressão das criações intelectuais, materializando-se a partir da passagem do *corpus mysticum* para o *corpus mechanicum*, admitindo-se, também, a comunicação oral e corporal, exaurindo-se no momento do ato criativo<sup>428</sup>.

Além disso, o direito autoral limita-se temporalmente. O prazo de duração da proteção autoral é exaurido a partir do momento em que a obra cai em domínio público, sendo possível sua exploração coletiva, desde que não viole os direitos do autor. No Brasil, a Lei nº 9.610/98, em seu artigo 41, ao tratar sobre os direitos patrimoniais, diante da perpetuidade dos morais, perduram por toda vida do autor e mais setenta anos a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua morte.

---

<sup>426</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1986. p. 118-476.

<sup>427</sup> CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2008.

<sup>428</sup> MANSO, Eduardo Vieira. **A informática e os direitos intelectuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 124.

A Lei nº 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais), em seu Capítulo IV, denominado “Limitações aos Direitos Autorais”, artigos 46 a 48, apresenta algumas situações em que os diversos usos das obras intelectuais, sem a autorização expressa de seus autores, não configuram violações aos direitos do autor. Elas compõem o rol de limitações de interesse público, decorrentes, considera Eduardo Vieira Manso, “da função social das obras, atendendo ao inafastável interesse público pelo desenvolvimento cultural”<sup>429</sup>.

Essas exceções ao direito de autor, autorizadas legalmente, fundamentam-se em inúmeros direitos fundamentais, elenca Carboni:

(a) o direito à reprodução de notícia; (b) o direito de imagem; (c) o direito dos deficientes visuais; (d) o direito à reprodução de pequenos trechos; (e) o direito de citação de passagens para fins de estudo, crítica ou polêmica; (f) o direito ao aprendizado; (g) o direito à demonstração da obra à clientela; (h) o direito à representação teatral e à execução musical em domicílio e para fins didáticos; (i) o direito de produzir prova judiciária ou administrativa (j) o direito de reproduzir pequenos trechos de obras preexistentes em obra maior; (l) o direito à paráfrase e à paródia e (k) o direito de reprodução das obras situadas em logradouros públicos.

As limitações aos direitos do autor são situações excepcionais, nas quais, por diversos fins justificáveis, o uso do bem imaterial se torna possível, ponderando-se os interesses apresentados nos casos concretos. Sem prejuízo da ampla esfera protetiva incidente sobre as produções intelectuais, as quais se apresentam, hodiernamente, das mais diversas formas, “as limitações aos direitos do autor constituem *numerus clausus*, cuja interpretação não comporta flexibilização [...]”<sup>430</sup>.

Constata-se que, há algum tempo, se tem corroborado pela necessidade de revisão da Lei 9.610/98. Tal atitude se faz presente diante da elevada rigidez pertinente à legislação em comento, o que, na maioria das vezes, não obstante busque salvaguardar o autor da criação imaterial, acaba por macular os demais interesses incidentes nas situações concretas, entre os quais destaca-se o direito à cultura.

O equilíbrio entre os interesses do autor e os pertinentes à coletividade, como o direito à cultura, é uma das finalidades pretendidas por meio da reforma supracitada. Não podemos deixar de dispor que os avanços tecnológicos convergiram com os ideários desta revisão autoral, fazendo-se repensar as formas de interação entre os indivíduos, assim como a divulgação e o acesso às informações.

A LDA deve ser interpretada restritivamente, sendo indubitável que as situações

<sup>429</sup> MANSO, Eduardo Vieira. Utilização de obras intelectuais alheias para organização de antologias e compilação justapostas à obra original. In: **Revista dos Tribunais**, v. 589, nov. 1984. p. 39.

<sup>430</sup> GALVÃO, José Walter Queiroz. **A crise de identidade da lei autoral brasileira**. Disponível em: <<http://www.awgalvaoeffilhos.adv.br/sites/400/435/00000134.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017. p. 16.

elencadas no cerne do mesmo figuram como limitações autorais. Neste viés, os interesses do criador da obra intelectual figuram na órbita protetiva do diploma normativo mencionado, como também no texto constitucional, artigo 5º, XXVII, situado no rol dos direitos e garantias fundamentais.

Em atenção ao disposto, verifica-se que a congruência entre os interesses autorais e demais bens jurídicos fundamentais tutelados, figura como um dos objetivos pertinentes à reforma supracitada. Assim, não apenas o legislador deverá buscar cumprir o intento mencionado, como também o Poder Judiciário, nos casos em que são submetidos à sua apreciação.

O artigo 46, da Lei 9.610/98, salvaguarda a possibilidade de utilização das criações intelectuais, desde que as mesmas sejam direcionadas ao cumprimento de fins sociais, pedagógicos, culturais. Tais destinações atribuídas à produção imaterial coadunam-se com os ideários da doutrina do *fair use*, explicitada anteriormente. O dispositivo elencado aduz:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I - a reprodução:

a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;

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

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

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

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

III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;

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

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

VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;

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

VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores<sup>431</sup>.

<sup>431</sup> BRASIL. Lei nº 9.610/98, de 19 de fevereiro de 1998. Brasília: Planalto, 1998. Disponível em:

O inciso I estabelece que a reprodução de forma total ou parcial de obras impressas, dentre estas, produções literárias, não constitui uma conduta violadora dos direitos autorais resguardados aos seus criadores. Pelo contrário, têm-se tutelados os interesses do autor, assim como ocorre quando da utilização das licenças *creative commons*, as quais foram explicitadas em momento anterior.

O inciso II disciplina a possibilidade de realização de cópias de pequenos trechos pertinentes a obras intelectuais, direcionadas ao uso privado, ou seja, desprovidas de fins lucrativos. Busca-se salvaguardar a utilização privada e destituída de finalidade comercial de obras imateriais, no entanto, demandando maiores aprimoramentos na redação do dispositivo.

O inciso III refere-se à realização de citações no cerne dos diversos meios de comunicação ou até mesmo com finalidades pedagógicas, desde que sejam resguardadas a autoria e origem das criações intelectuais.

O inciso IV preleciona sobre a possibilidade de se utilizar lições ministradas em estabelecimentos de ensino, desde que com a devida autorização daqueles que as ministraram. No inciso subsequente (V), o uso de produções intelectuais, sejam obras literárias; artísticas; científicas; entre outras, no cerne de determinados estabelecimentos comerciais. Resguarda-se o trabalho intelectual utilizado apenas com fins de divulgação ao público consumidor.

Interessa dispor ainda que o referido dispositivo tutela a ampla liberdade de divulgação e acesso à cultura. Como também se coaduna com a realidade digital vivenciada na sociedade da informação, diante da facilidade tecnológica para o compartilhamento das criações intelectuais, fomentando a aproximação dos indivíduos aos bens intelectuais que lhes são disponibilizados.

O inciso VI salvaguarda a exibição de obras teatrais e musicais com finalidades meramente didáticas, sem qualquer intento lucrativo.

Outrossim, o inciso VII dispõe sobre os elementos probatórios utilizados nos procedimentos judiciais ou administrativos. As produções intelectuais, sejam obras literárias, artísticas ou científicas, podem ser utilizadas como provas nos termos supracitados, sem que isto configure violação autoral.

O inciso VIII permite a reprodução de trechos de obras já existentes ou de sua integralidade, no cerne de quaisquer criações intelectuais.

Intenta-se promover a divulgação de produções culturais aos mais variados públicos,

desde que tal prática esteja destituída de qualquer finalidade lucrativa. Assim, os interesses dos autores das obras intelectuais não serão maculados, sem prejuízo de também ser resguardado direitos fundamentais à cultura. João Alberto Schützer Del Nero adverte que o *pathos* social contemporâneo é o da solidariedade dos poderes públicos e dos membros da sociedade, em benefício do bem-estar de todos<sup>432</sup>.

As novas práticas legítimas vislumbradas no cerne da sociedade da informação devem ser normatizadas. Essas limitações aos direitos de autor devem acompanhar os anseios sociais, não mais permanecendo estanques. É indispensável uma convergência entre a legislação e o aplicador da norma, sobretudo, quando da submissão dos casos concretos ao Poder Judiciário. O direito converte-se em paradigma constitutivo do sistema social e da planificação, em razão disso, o sujeito moderno é destituído de vínculos hierárquicos, sendo a propriedade liberada por qualquer determinação pessoal<sup>433</sup>.

A hermenêutica jurídica deve ser resguardada quando da análise dos usos justos das criações intelectuais, considerando os interesses da coletividade, assim como dos autores das produções imateriais. A fim de ilustrar os aspectos teóricos suscitados, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sede de Recurso Especial, apresenta acórdão sobre a temática objeto desse tópico. Nele, o Tribunal analisou a temática envolvendo as limitações aos direitos autorais, em seus aspectos patrimoniais, conforme previsto no artigo 46, da Lei 9.610/98.

---

<sup>432</sup> DEL NERO, João Alberto Schützer. O significado jurídico da expressão “função social da propriedade”. In: **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, v. 3, p. 79-97, 1997. p. 82.

<sup>433</sup> BARCELONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid: Trotta, 1996. p. 114-116.

#### **5.1.1.1.1 Decisão judicial em sede de Recurso Especial (Resp) nº 1.575.225<sup>434</sup>, no Superior Tribunal de Justiça: o uso justo das criações musicais e seus fins sociais, pedagógicos e culturais**

O uso justo das criações intelectuais, ventilado no artigo 46, da Lei nº 9.610/98 e consagrado pela doutrina do *fair use*, foi apreciado jurisprudencialmente pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento envolvendo o uso das criações musicais para fins didáticos e culturais, ou seja, sem finalidade lucrativa. O Tribunal considerou indevida, por maioria dos votos, a cobrança de direitos autorais pela execução de músicas durante festa junina realizada por instituição de ensino. Os ministros compreenderam que o evento mencionado apresentou caráter pedagógico, incentivando as manifestações culturais e desprovido de fins lucrativos, em conformidade com o disposto no artigo 46, VI, da Lei 9.610/98.

O recurso foi interposto em face da ação de cobrança promovida pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD)<sup>435</sup>. Ele corroborou pela violação dos direitos autorais musicais, em razão da execução de músicas, por escola particular localizada em São Paulo/SP – Sistema COC de Educação e Comunicação LTDA.

Em primeira instância, o magistrado reconheceu a existência de violação aos direitos autorais musicais e condenou a escola ao pagamento pela execução musical, no valor de R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais). Destacou-se a intenção de lucro, direto ou indireto, visado pela instituição privada de ensino, quando da realização de eventos e festas juninas.

Em segunda instância, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP) reformou a decisão proferida em primeiro grau de jurisdição, alegando que os pais e alunos participaram gratuitamente do evento promovido pela instituição de ensino. Além disso, o evento estava elencado no plano pedagógico do referido estabelecimento. Para os desembargadores do TJ/SP, em razão da gratuidade do evento pertinente à execução musical nos moldes mencionados, não haveria necessidade de autorização prévia dos titulares dos direitos autorais.

Inconformado com a decisão proferida pelo TJ/SP, o ECAD interpôs o Recurso Especial (REsp) nº 1.575.225, no qual alegou que a execução musical sem a devida autorização

---

<sup>434</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.575.225. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201575225>>. Acesso em: 31 out. 2016.

<sup>435</sup> O ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição) é uma instituição privada, sem finalidade lucrativa, cujo principal objetivo consiste na arrecadação e distribuição dos direitos autorais sobre a execução pública musical. Sua administração é realizada com o apoio de sete associações de gestão coletiva musical, as quais representam inúmeros titulares de obras musicais, dentre os quais: artistas, intérpretes, músicos, editores e produtores fonográficos. Mais informações acesse: <http://www.ecad.org.br>.

do titular do direito autoral somente é possível nos estabelecimentos escolares voltados ao ensino musical e não em caso de evento junino.

Os ministros da Segunda Seção de Julgamento do STJ divergiram quanto ao caráter pedagógico das festas juninas promovidas pelos estabelecimentos de ensino, bem como em relação à aferição de lucro das instituições com a organização dos eventos. Prevaleceu o voto do ministro relator, Raul Araújo, o qual reconheceu a natureza didática e cultural dos eventos juninos. Ele concluiu que: “tratando-se de uma festa de confraternização, pedagógica, didática, de fins culturais, que congrega a escola e a família, é fácil constatar que a admissão da cobrança de direitos autorais representaria um desestímulo a essa união”.

Além disso, o relator elencou outros precedentes judiciais proferidos pela Corte, a qual considerou que é indevida a cobrança de direitos autorais sobre criações disponibilizadas ao público em eventos promovidos com fins didáticos, pedagógicos ou de integração pelos estabelecimentos de ensino, sem intuito de lucro, como ocorre nas festas juninas, em que se executam músicas culturais e folclóricas.

Essas manifestações culturais permitem a interação entre a comunidade escolar, ou seja, proporcionam o entretenimento, a confraternização, tutelam os fins culturais, convergindo escola e família. Considerou-se que os alunos, muitas vezes, não costumam ouvir músicas folclóricas fora do ambiente escolar, sendo ele, a partir da realização de eventos juninos, o meio propício no sentido de proporcionar um maior contato dos alunos com as obras intelectuais.

Discutiu-se a interpretação das limitações aos direitos autorais, conforme rol exemplificativo de usos permitidos das criações intelectuais pela coletividade (artigo 46, da Lei nº 9.610/98), ponderando os interesses sociais e o direito fundamental resguardado ao autor – de utilização, publicação e reprodução das suas criações (artigo 5º, XXVII, da CRFB/88).

Operou-se o enquadramento do caso concreto (situação fática) à hipótese normativa – artigo 46, inciso VI, elencado na Lei 9.610/98<sup>436</sup> ao ser evidenciado o caráter pedagógico da atividade realizada pelo estabelecimento de ensino: a execução de musicais culturais e folclóricas em festa junina, a qual foi realizada no interior do estabelecimento de ensino e sem finalidade lucrativa (não correu nem mesmo a cobrança de ingressos dos pais e alunos para entrada no evento).

A solução para o caso concreto envolvendo a execução de obras musicais, nos moldes elencados no artigo 46, VI, da Lei 9.610/98, bem como de outras problemáticas envolvendo os

---

<sup>436</sup> O artigo 46, VI, da Lei 9.610/98, dispõe: “Não constitui ofensa aos direitos autorais: VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro”.

direitos autorais, depende da análise do caso concreto e de suas circunstâncias, as quais devem ser consideradas pelos juristas – na produção, interpretação e aplicação das normas jurídicas.

A situação fática mencionada ilustrou uma das mais vastas e possíveis modalidades de uso justo (*fair use*) das criações intelectuais. Com as devidas adaptações ao sistema jurídico romano-germânico, essa doutrina norte-americana ventilou suas perspectivas jurídico-funcionais sobre a legislação autoral pátria, a Lei nº 9.610/98, no sentido de abranger, sem rechaçar ou limitar injustificadamente, determinadas condutas praticadas pelos indivíduos, sendo elas, desprovidas da veemente ilicitude que paira sobre as violações aos direitos autorais.

A fim de melhor compreender os institutos norte-americanos mencionados no presente construto, cumpre tecer algumas considerações sobre o *copyleft*, o qual, como será demonstrado, apresenta alternativas lícitas, ancoradas no *copyright*, para o licenciamento das criações intelectuais, resguardando os múltiplos interesses envolvidos.

### 5.1.2 O *copyleft* e sua interação com o *copyright* norte-americano

No final do século XX, constatou-se a busca por um rompimento com a privatização da produção intelectual, a qual permeava os ideários da indústria cultural, isto é, toda a produção intelectual era distribuída à coletividade em um número limitado de cópias. Sendo assim, “o produtor de cultura ‘oficial’ (editora, gravadora, produtora) determinava em quem (que artista) o investimento seria realizado e quantas cópias da obra estariam à disposição do público”<sup>437</sup>.

Com o passar do tempo, foram gradativamente introduzidos novos instrumentos tecnológicos ávidos a possibilitarem que a coletividade, além de adquirir o bem intelectual produzido, pudesse realizar cópias do mesmo de forma ágil, com uma qualidade maior e sem os elevados custos até então vislumbrados.

Em contraponto à carência proporcionada pela indústria, textos, fotos, filmes, músicas, entre outros bens, tornaram-se mais acessíveis ao público de maneira geral. Esse fato revelou uma superação do modelo monopolista com vistas à inserção do compartilhamento gratuito, na medida em que, por intermédio da rede mundial de computadores, a propagação do conhecimento pertinente às produções intelectuais tornou-se uma prática rotineira.

Diante desse quadro, é indubitável que, com advento da rede mundial de computadores, o acesso e divulgação de obras intelectuais se tornaram cada vez mais evidente. Nesse sentido, surge o movimento *software* livre, o qual “é baseado no princípio do compartilhamento de conhecimento e na solidariedade praticada pela inteligência coletiva.”<sup>438</sup>.

O movimento apresentado emergiu em resposta às restrições de acesso livre ao código-fonte de determinados *softwares*, mesmo se tendo ciência de que os seus criadores utilizaram conhecimentos pré-estabelecidos por outros programadores. Dessa forma, inconformado com essa privatização do conhecimento, Richard Stallman criou a *Free Software Foundation*, propulsando o advento da filosofia *open*.

A partir disso, salvaguardando as liberdades fundamentais norteadoras do *software* livre, se “reunia e distribuía programas e ferramentas livres, com o código-fonte aberto. Todas as pessoas poderiam ter acesso aos programas e códigos em que foram escritos”<sup>439</sup>. A difusão desses ideários pela *internet*, bem como a participação de diversos programadores, originou o sistema operacional livre/aberto *GNU/Linux*.

<sup>437</sup> BRANCO, Sérgio; BRITTO, Walter. **O que é Creative Commons?** novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 64.

<sup>438</sup> SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. **Inclusão digital, software livre e globalização contra-hegemônica.** Disponível em: <[http://www.softwarelivre.gov.br/artigos/artigo\\_02/](http://www.softwarelivre.gov.br/artigos/artigo_02/)>. Acesso em: 19 out. 2016. p. 36.

<sup>439</sup> SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. **Inclusão digital, software livre e globalização contra-hegemônica.** Disponível em: <[http://www.softwarelivre.gov.br/artigos/artigo\\_02/](http://www.softwarelivre.gov.br/artigos/artigo_02/)>. Acesso em: 19 out. 2016. p. 36.

O direito, como produto histórico-cultural, não poderia omitir esses aspectos. Pode-se constatar que as particularidades normativas demandaram a adoção de mecanismos jurídicos eficazes, no sentido de salvaguardar aos titulares de direitos de propriedade intelectual, a definição dos limites de utilização de suas obras por terceiros. Esse instrumento passou a ser denominado de *copyleft*.

O *copyleft*, ao contrário do que poderia se depreender a partir de uma leitura superficial acerca de tal temática, não se configura como uma oposição ao *copyright*. Pelo contrário, “uma licença de *copyleft* usa a lei do *copyright* de forma a garantir que todos que recebam uma versão da obra possam usar, modificar e também distribuir tanto a obra quanto suas versões derivadas”<sup>440</sup>. Ele surgiu como resposta à acessiva restrição imposta pelo *copyright*, embora não o contrarie, também adverte Ângela Kretschmann:

É de ser observado, entretanto, que o *copyleft* não pode ser visto como o oposto do *copyright*, porque usa as regras deste para que todos recebam uma versão da obra e possam reproduzi-la, modifica-la, distribui-la. Afinal, se o *copyleft* usa as regras do *copyright* não podem então estar sendo seu oposto, mas antes seu discípulo. Até porque, o *copyleft* reserva o direito autoral, não libera a obra para o domínio público, mas exige que no caso de derivação ou redistribuição, o produto derivado mantenha a mesma licença (o produto derivado da obra caída em domínio público receberá proteção, enquanto no *copyleft* forma-se uma cadeia de derivações livres<sup>441</sup>.

Buscou-se flexibilizar o *copyright* a fim de permitir a propagação das obras intelectuais sem maiores restrições, ou seja, por intermédio do *copyleft*. Assim, terceiros podem se valer das produções intelectuais em um contexto de livre difusão, bem como alterá-las, nos termos da licença e conforme os limites estabelecidos em razão dos interesses autorais e coletivos.

O ser humano, desde os primórdios, possui a necessidade de interação com os indivíduos no cerne da coletividade visando à troca de experiências necessárias ao desenvolvimento daqueles. O homem contemporâneo caracteriza-se como um ser coletivo e integrante de uma sociedade hiperconectada, na qual o conhecimento deixa de ser particularizado e estanque, passando a ser propagado com o auxílio dos veículos de comunicação, bem como, da rede mundial de computadores.

Com isso, a normatividade jurídica não poderia ficar inerte a esses fatos sociojurídicos, ultrapassando a tradicional interação física entre o propagador de conhecimento e aquele que

<sup>440</sup> LEMOS, Ronaldo; BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Copyleft, Software Livre e Creative Commons: a nova feição dos direitos autorais e as obras colaborativas**. [S.l.: s.n.], 2009. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2796/copyleft\\_software\\_livre\\_e\\_cc\\_a\\_nova%20feicao\\_dos\\_direitos\\_autorais\\_e\\_as\\_obras\\_colaborativas.pdf?sequence=1](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2796/copyleft_software_livre_e_cc_a_nova%20feicao_dos_direitos_autorais_e_as_obras_colaborativas.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 19 out. 2017. p. 3.

<sup>441</sup> KRETSCHMANN, Ângela. O direito autoral na era digital: a reprodução de obras intelectuais na internet. In: **Dignidade da pessoa humana e direitos intelectuais: re(visitando) o direito autoral na era digital**. Florianópolis: Conceito; Milenium, 2008.

somente figuraria como receptor. A introdução do *copyleft*, no ambiente jurídico estadunidense, consagrou o licenciamento das obras intelectuais e sua livre reprodução, sem interferir na tutela constitucional e legal conferida ao autor da respectiva produção.

### 5.1.3 *Creative commons*: o caráter coletivo dos bens culturais imateriais

Com fulcro nos ideários do compartilhamento digital de conteúdo de forma livre, surgiu o projeto *creative commons*, idealizado por Lawrence Lessig. Ele, em convergência com a necessidade de propagação do conhecimento, salvaguarda aos produtores de obras intelectuais se valerem de formas de licenciamento público a fim de permitir o gerenciamento de seus direitos. Seu símbolo popularmente conhecido é:  (Figura 01).

O projeto em comento, cujas origens se filiam ao movimento *software* livre e ao *copyleft*, anteriormente suscitados, possibilitou a inserção de licenças públicas previamente estabelecidas, facultando ao próprio autor da obra intelectual, em atenção aos seus interesses, estabelecer qual modalidade de licenciamento incidirá sobre a sua obra. O acesso, a divulgação, o compartilhamento e, até mesmo, a alteração das obras disponibilizadas em rede, torna-se mais dinâmico e eficaz.

As licenças supracitadas respaldam-se nas concepções anteriormente difundidas, conforme corroborado, pelos movimentos *copyleft* e *open access*, os quais permearam uma maior liberdade no tocante à difusão de conteúdo compartilhado em rede, possibilitando, ademais, a modificação do mesmo.

A *internet* passou cada vez mais como um instrumento hábil no sentido de proporcionar um espaço eminentemente colaborativo, na medida em que os sujeitos interagem constantemente incidindo na troca de informações. No entanto, essas práticas não se coadunam com as diversas limitações existentes no cerne de nossa legislação autoral, repensando-se um novo modelo de licenciamento aberto sobre as obras intelectuais juridicamente tuteladas.

A partir do surgimento e difusão das licenças *creative commons*, as quais foram lançadas, de início, nos Estados Unidos da América, em dezembro de 2002, e adotadas posteriormente por diversos países, entre os quais se destaca o Brasil, um novo olhar sobre a propagação do conhecimento foi estabelecido, em total oposição ao pensamento monopolizador que até então prevalecia e era estimulado pela indústria cultural. Nesse sentido, “o projeto persegue o ideal de um mundo em que o conhecimento é livre e facilmente difundido e modificado; em que arte e cultura se fundem em uma constante evolução das formas de expressão”<sup>442</sup>.

Analisando sua natureza jurídica, consiste em uma entidade sem fins lucrativos, de forma que os recursos financeiros percebidos sejam direcionados à realização de suas

---

<sup>442</sup> BRANCO, Sérgio; BRITTO, Walter. **O que é Creative Commons?** novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 66.

atividades. Salva-se à utilização da capacidade criativa por intermédio de instrumentos jurídicos que se perfilham ao compartilhamento livre.

A inserção das licenças *creative commons* no Brasil ocorreu em um momento no qual vislumbrava-se a necessidade de modificações na legislação autoral pátria. Essas atualizações foram motivadas em razão do aumento, na sociedade informacional, dos inúmeros recursos tecnológicos de compartilhamento digital, constantemente disseminados pela coletividade.

O *creative commons*, em nosso país, consiste em um dos projetos de pesquisa desenvolvido no âmbito do Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV)<sup>443</sup>. Vale ressaltar que ele, em âmbito nacional, não se caracteriza como uma pessoa jurídica, de maneira diversa do que ocorre com a instituição central localizada nos EUA.

A efetivação das licenças nacionalmente ocorreu em 2004, no lançamento do Fórum Internacional de *Software Livre*. A FGV realizou um processo adequou essas licenças ao sistema jurídico de proteção autoral nacional. Os criadores de obras intelectuais passaram a dispor de uma maior liberdade, ao passo que, se valendo do licenciamento em comento, possibilitam que a coletividade alguns usos para as produções intelectuais transmitidas, sem deixar de considerar seus respectivos autores e os interesses coletivos.

A fim permitir a utilização do trabalho intelectual e a produção de outros a partir do mesmo, com fulcro no compartilhamento do conhecimento, o direito autoral foi vislumbrado em outra perspectiva. Assim, cada indivíduo, como ser potencialmente criativo e com o auxílio dos recursos tecnológicos disponibilizados hodiernamente, pode dispor de sua produção intelectual, elencando a maneira como intenta que seja utilizada.

As modalidades de licenças atuam como veículos alternativos direcionados a tutelar uma maior convergência entre o veloz desenvolvimento tecnológico com os interesses do autor e, por conseguinte, da coletividade. Por essa razão, os licenciamentos permitiram modificações importantes no cerne social, tecnológico, científico e cultural, reduzindo às inúmeras exceções limitadoras da propagação do conhecimento.

Constata-se a ocorrência não apenas uma evolução normativa, como também sociocultural, impulsionada pelos ideários concernentes ao *copyleft* e as contribuições trazidas por Richard Stallman, no cerne do movimento *software livre*. Fomenta-se à capacidade criativa de toda a coletividade, na medida em que os sujeitos não mais figuram como meros receptores

---

<sup>443</sup> BRANCO, Sérgio; BRITTO, Walter. **O que é Creative Commons?** novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 68.

do conteúdo cultural que nos é transmitido, e sim, transformadores e propagadores das obras intelectuais.

As licenças *creative commons* foram publicadas oficialmente em 2002, a partir do Projeto com a mesma denominação. Possuem como finalidade precípua estabelecer um equilíbrio no que diz respeito às deliberações por parte dos criadores de obras intelectuais, bem como os que possuem algum direito sobre as mesmas.

Tutela-se os responsáveis pelas produções intelectuais aos quais resguarda-se à prerrogativa de autorizar a utilização, distribuição e modificação de suas obras por todos que compõem a coletividade. Para cumprir esse intento, é imprescindível que o autor ou detentor de alguma proteção jurídica sobre a obra, abra mão de alguns dos direitos que foram inicialmente salvaguardados sobre suas criações em prol do público de maneira geral.

Essas modalidades de licenciamento resguardam aos autores das criações imateriais uma série de liberdades e prerrogativas, a partir das opções de licenças oferecidas. Assim, podemos vislumbrar “[...] desde as que oferecem ao usuário a liberdade para usar, modificar e distribuir com ou sem intenção de lucro, até as que reservam alguns desses direitos”<sup>444</sup>.

Na medida em que temos, constantemente, o avanço dos veículos tecnológicos que permitem o compartilhamento de informações, sobretudo, por intermédio da *internet*, os instrumentos de licenciamento público não se apresentam de forma estanque. Pelo contrário, é indubitável, também, uma evolução das próprias modalidades de licenças, adequando-se aos novos contextos socioculturais.

As licenças *creative commons*, conforme corroborado pelos professores da FGV, Sérgio Branco e Walter Britto, “[...] são uma autorização de uso que o titular do direito autoral confere a alguém.”<sup>445</sup>. O titular da produção autoral poderá permitir a utilização da obra por toda a coletividade por meio de tais licenças. Autoriza-se à disponibilização da obra em geral, sem que isto necessite de um contrato firmado individualmente, por todo àquele que deseje de valer da respectiva criação.

Existem seis condições relacionadas às versões dessas licenças, as quais podem ser combinadas de acordo com os interesses das partes envolvidas (licenciado e licenciante). Por meio delas, o titular da obra poderá, por exemplo, permitir que outrem utilize a mesma com o

---

<sup>444</sup> RODRÍGUEZ, Emmanuel. O *copyleft* no meio editorial. In: BARAHONA, Gonzáles J. M. et al. *Copyleft: manual de uso*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2012. Disponível em: <<https://copyleftmanual.files.wordpress.com/2012/10/copyleft-final.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2017. p. 75.

<sup>445</sup> BRANCO, Sérgio; BRITTO, Walter. **O que é Creative Commons?** novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 86.

fim de comercializá-la ou até mesmo alterar a obra original e, por conseguinte, produzir uma obra derivada tendo como base àquela.

A primeira consiste na Atribuição – *CC BY*, representada pelo símbolo:  (Figura 02), a qual possibilita que terceiros se valham da produção intelectual a fim de incidirem na prática de diversas condutas. Entre as atitudes amparadas pela respectiva licença, temos: a possibilidade de o licenciado realizar a distribuição da obra ou de suas derivadas ao público, ainda que para tanto haja ou não contraprestação monetária.

Com essa modalidade de licenciamento, será possível remixar, adaptar ou incidir na criação de outras obras a partir daquelas, ou seja, produções derivadas, inclusive com a possibilidade de utilização com finalidade econômica. Vale ressaltar que, nesse caso, o autor ou àquele que detém direitos sobre a obra não ficará desamparado, sendo obrigatória à atribuição do crédito por força da criação original.

As obras derivadas se apresentam em diversas perspectivas, sendo criadas a partir da obra original em conjunto ou separadamente com outras influências intelectuais. Elas se materializam em traduções, adaptações, até mesmo cinematográficas, e a produção de arranjos musicais a partir de uma base original, atendendo ao disposto no próprio texto legal da licença em comento.

Vale ressaltar ainda que não apenas o licenciado estará obrigado a cumprir com as condições estabelecidas. Caso o autor da obra intelectual corrobore com o licenciamento daquela nos termos desta licença, não poderá o mesmo se proceder na adoção de quaisquer restrições as condutas permitidas no cerne daquele.

A Atribuição-CompartilhamentoIgual  (Figura 03) – *CC BY-SA*, salvaguarda a possibilidade de outros remixarem, adaptarem e criarem obras derivadas a partir da criação original. Elas podem figurar como criações intelectuais derivadas a realização de traduções; arranjos de natureza musical; obras cinematográficas ou fonográficas; entre outras.

É possível a utilização das criações imateriais derivadas, licenciadas nos termos supracitados, com vistas ao atendimento de finalidades comerciais, sem prejuízo de que os créditos sejam salvaguardados ao respectivo criador. Necessita-se que estas obras derivadas “[...] sejam licenciadas sob os mesmos termos”<sup>446</sup>, sendo possível comercializá-las pela mesma licença.

---

<sup>446</sup> BRANCO, Sérgio; BRITTO, Walter. **O que é Creative Commons?** novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 68.

Em geral, as obras cujo licenciamento se opera nas supracitadas condições assemelham-se às licenças de *software* livre e *copyleft*. Constata-se uma convergência entre a licença desenvolvida pelo Projeto GNU, da *Free Software Foundation*, denominada de GNU – GPL (*General Public License*) e àquela em comento, na medida em que, por intermédio dos pressupostos estruturantes do *software* livre, tornou-se possível o desenvolvimento de licenças abertas.

A liberdade conferida aos usuários, assim como, os elementos para a produção de obras derivadas que, inclusive, ofereçam melhorias à criação original faz-nos vislumbrar uma utilização justa e produtiva das criações imateriais. Nesse sentido, o movimento do software livre baseia-se “[...] no princípio do compartilhamento do conhecimento e na solidariedade praticada pela inteligência coletiva conectada na rede mundial de computadores.”<sup>447</sup>.

É possível depreender que esse licenciamento apresenta como maior exigência apenas a necessidade de que as criações derivadas sejam compartilhadas sob os mesmos termos da licença em comento. Caso o autor da obra permita que a mesma seja traduzida para determinado idioma, por exemplo, e a licencie sob a forma de Atribuição-CompartilhamentoIgual (CC BY-A), a obra traduzida (derivada) somente poderá ser compartilhada sob esta mesma forma.

Caso sejam manejadas licenças sob a forma Atribuição-SemDerivações  (Figura 04) – CC BY-ND, permite-se que haja a redistribuição, para fins comerciais ou não, assim como a utilização das respectivas obras, sendo tutelado, ao autor, o crédito pela produção original. No entanto, havendo o compartilhamento da obra para demais pessoas, faz-se necessário que a mesma seja mantida de forma integral e sem qualquer alteração.

Como peculiaridade atribuída a essa modalidade de licenciamento, não se admite a produção de obras derivadas, licenciadas independentemente da modalidade na qual àquelas se apresentem. Não são admitidas adaptações; criação de arranjos musicais; assim como demais alterações incidentes sobre a criação intelectual, fazendo-se necessário que “[...] seja redistribuída sem modificações e completa, e que os créditos sejam atribuídos ao autor.”<sup>448</sup>.

Ratifica-se que, por não serem admitidas derivações da obra original, caso o licenciado transforme ou crie uma nova obra intelectual a partir daquela sobre a qual incide a licença em comento, este material resultante não poderá ser compartilhado.

<sup>447</sup> SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. **Inclusão digital, software livre e globalização contra-hegemônica**. [S.l.: s.n.], 2014. Disponível em: <[http://www.softwarelivre.gov.br/artigos/artigo\\_02/](http://www.softwarelivre.gov.br/artigos/artigo_02/)>. Acesso em: 19 out. 2017. p. 1.

<sup>448</sup> BRANCO, Sérgio; BRITTO, Walter. **O que é Creative Commons? novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 90.

Outrossim, incidem as licenças encobertas com a forma Atribuição-NãoComercial (CC BY-NC), representado pelo símbolo:  (Figura 05). Elas salvaguardam que terceiros remixem, realizem adaptações sobre a obra original, como também incidam na criação de obras derivadas, desde que não as utilizem com finalidade comercial. Os créditos devem sempre ser atribuídos ao autor, sem qualquer óbice ao licenciamento das obras derivadas sob a forma das outras licenças apresentadas.

Não haverá possibilidade de que sejam exercidos os direitos salvaguardados por intermédio dessa licença, caso a finalidade precípua do beneficiado pela respectiva licença seja a obtenção de qualquer vantagem econômica. No entanto, será permitido ao mesmo realizar apenas o compartilhamento da obra original ou derivada, inclusive em meio digital, desde que inexista contraprestação monetária.

No tocante aos direitos concedidos por meio desta licença, temos que o licenciante, ao corroborar com os termos definidos no seu cerne, concederá a possibilidade de ser reproduzida ou utilizada para produção de uma obra intelectual derivada e até mesmo a vir incorporar obras coletivas.

Quanto à Atribuição-NãoComercialCompartilhaIgual  (Figura 06) – CC BY-NC-SA, tem-se tutelada a prerrogativa para que terceiros remixem, adaptem ou até mesmo incidirem na criação de obras a partir da produção original, desde que não haja nenhum intento comercial. Neste caso, o autor da criação intelectual não ficará desamparado, ao passo que, em todas as modalidades de licenciamento em comento, o crédito será atribuído àquele. Ademais, será necessário o licenciamento das novas obras produzidas (derivadas), nos seus exatos termos e condições.

Além disso, temos como outro aspecto relevante pertinente às licenças creative commons, o fato de que as mesmas permitem a utilização do remix como ferramenta de relevante estímulo à criatividade e ao desenvolvimento intelectual.

Em um caráter mais restritivo, destaca-se a Atribuição-SemDerivaçõesSemDerivados  (Figura 07) – CC BY-NC-ND. Ela autoriza o público em geral acessar à obra licenciada sob determinadas condições, inclusive com vistas ao compartilhamento da mesma, desde que não incida em qualquer alteração sobre aquela, assim como se direcione apenas ao uso não comercial. Como consequência disso, só haverá possibilidade de que as pessoas realizem o *download* das obras cujo licenciamento se apresente deste modo, obedecendo às restrições elencadas.

Essas licenças incorporam-se ao ordenamento jurídico brasileiro como espécies de licenças públicas atípicas, as quais, apesar de não previstas expressamente em nossa legislação, possuem valor jurídico. Esse fato é corroborado em razão da possibilidade de serem firmados contratos atípicos, conforme disposto no artigo 425 do nosso Diploma Cível, desde que em obediência as disposições gerais elencadas no âmbito do mesmo.

Destaca-se que “[...] caberá ao titular dos direitos patrimoniais da obra dar ao mundo conhecimento de que determinada obra se encontra licenciada”<sup>449</sup>. Essa exigência decorre do fato de que o endereço eletrônico pertinente ao projeto *creative commons*, ao elencar as possíveis licenças a serem atribuídas sobre a criação imaterial, não estabelece nenhuma vinculação às modalidades de licenciamento apresentadas.

Em conformidade com esses aspectos, o Brasil figura como signatário da Convenção de Berna (1886), a qual estabelece um conjunto de disposições que visam à efetiva proteção das obras intelectuais. Sem prejuízo da existência dos diversos sistemas jurídicos pertinentes aos países que corroboraram com tal instrumento protetivo internacional, é indubitável a existência de uma uniformidade principiológica a ser resguardada por todos os países que ratifiquem e subscrevam tal Convenção.

As licenças *creative commons* adequam-se aos fins protetivos resguardados pelo instrumento normativo internacional supracitado. Isso pode ser vislumbrado na medida em que ambos salvagam a possibilidade de reprodução; adaptação da obra intelectual; entre outras permissões. Nesse sentido, além de convergirem com a normatividade brasileira, elas são juridicamente compatíveis com o tratamento mundial conferido às produções imateriais.

Sua aplicabilidade, em geral, ocorre no ambiente virtual (*internet*), fomentado pelas novas tecnologias envolvendo as mídias digitais, materializadas, por exemplo, no MP3, *Sampling*, *Flaming*, *Liking*, DVD, CD, TV Digital, CD-ROM, Multimídia, entre outros. Elas circulam livremente pela rede mundial de computadores, materializadas, além dos meios físicos, nos digitais. A tecnologia digital foi responsável pela digitalização das informações por meio de códigos binários (zeros e uns), fixadas em suportes materiais (CD, DVD, CD-ROM, etc.).

Faticamente, no plano digital, muitos *websites* disponibilizam músicas, vídeos, *podcasts*, eventos e outros. A título exemplificativo, destaca-se: *Flickr*, referência em matéria de *websites* para encontrar completas galerias de fotos em alta qualidade e com licenças *Creative Commons*, também dispõe de vídeos com tais licenças (em especial CC BY, que só

---

<sup>449</sup> BRANCO, Sérgio; BRITTO, Walter. **O que é Creative Commons?** novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 92.

requer atribuição); o *Vimeo* oferece milhares de vídeos *Creative Commons*; o *Youtube* possui filtros para encontrar vídeos *CC BY* (atribuição); o *Archive.org*, acervo da web que recolhe milhares de obras em vídeo, entre elas, as que tenham licenças *CC*, além disso, no *website CreativeCommons.org* são compartilhadas dezenas de *links* a documentários e outros filmes que possuem suas licenças. Também são mostrados diretórios e portais que hospedam material de alta qualidade e com sua respectiva licença *CC*.

São inúmeros os aspectos positivos que permeiam o licenciamento livre, já aplicável no ambiente virtual, conforme elencado. Sem renegar esse fato, o jurista contemporâneo deve percorrer, também, os aspectos negativos ventilados na doutrina e jurisprudência. Hidelbrando Pontes corrobora que as licenças *creative commons* tornam irrestrita a circulação das obras intelectuais, delineando uma dualidade entre direito de autor e aprimoramento cultural social, ainda que, para seu êxito, seja necessário flexibilizar conceitos autorais ou violar sua disciplina jurídica<sup>450</sup>.

Muitos refutam esses e outros posicionamentos contrários às licenças livres. A disseminação de conteúdo intelectual com o auxílio desses instrumentos representa uma resposta às demandas sociais diante da situação institucionalizada de ilegalidade, conforme preceitua Heitor Medrado de Faria. Não se nega a autoria, muito menos a livre disposição do autor sobre a obra. O autor permanece resguardado, além dos efeitos benéficos para a sociedade e a garantia dos direitos fundamentais autorais e culturais. Para ele, a utilização do licenciamento livre deve ser resguardada e incentivada juridicamente. Ademais, as licenças *creative commons* contribuem para garantia da eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais personalíssimos, autorais e culturais.

---

<sup>450</sup> PONTES, Hidelbrando. **Os contratos de cessão de direitos autorais e as licenças *creative commons***. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 137.

## 6 A FUNCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE AUTOR NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

As mudanças funcionais dos institutos jurídicos, provocadas em razão das demandas sociais contemporâneas, atribuíram novas perspectivas para os direitos autorais, objeto do presente estudo. Assim, busca-se convergir os preceitos fundamentais norteadores de nosso Estado Democrático de Direito, os quais devem cumprir a função social para a qual se destinam. Não se pode negar que as mudanças sociais interferem na produção e aplicação das normas jurídicas<sup>451</sup>.

A aplicação da normatividade, na tomada de decisão necessária à resolução do conflito autoral, deve observar as mudanças das normas jurídicas, bem como as transformações das circunstâncias e dos casos aos quais incidirão. No tocante à dimensão normativa, é possível a alteração das normas jurídicas a partir de uma autoridade legitimamente constituída, sem prejuízo da aplicação dos costumes, princípios gerais de direito e procedimentos hermenêuticos.

Os juristas, em sua tarefa cotidiana, são obrigados a lidar com uma série de representações, imagens, preconceitos valorativos e teóricos, incidentes sobre suas decisões e atividades. Isso revela a natureza de técnica de controle social, permitindo a convivência harmônica entre os indivíduos, sem violar as liberdades individuais<sup>452</sup>.

A perspectiva funcional conferida ao instituto jurídico da propriedade elucida as mudanças ocorridas em seu âmbito<sup>453</sup>. As mudanças em sua função e suas manifestações, materiais e imateriais, revelam a prevalência de uma interpretação extensiva dos direitos de autor, consagrando, entre outros, o direito à cultura, efetivado a partir da disponibilização do conteúdo intelectual à sociedade. A esfera pública, já analisada pelo filósofo e sociólogo alemão, Jürgen Habermas, se volta à mediação entre o Estado e os cidadãos<sup>454</sup>.

O Estado e as instituições privadas têm assumido diferentes funções na esfera pública. Democratizou-se o acesso à esfera pública, centralizando o acesso à informação. As novas tecnologias expressam consequências positivas e negativas à coletividade. Embora

---

<sup>451</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito e transformação social**: ensaio interdisciplinar das mudanças no direito. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997. p. 83.

<sup>452</sup> WARAT, Luis Alberto. O sentido comum teórico dos juristas. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **A crise do direito numa sociedade em mudança**. Brasília: UnB, 1998. p. 31-42.

<sup>453</sup> RENNER, Karl. *Gli istituti del diritto privato e la loro funzioni giuridica: um contributo all critica del diritto civile*. Bologna: Il Mulino, 1981.

<sup>454</sup> HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quando a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

salvaguardem o acesso à informação, são utilizadas como instrumentos de controle, pelas instituições comerciais e o próprio governo, obstando o progresso tecnológico<sup>455</sup>.

Corroborando com as transformações ocorridas no direito autoral, em razão do progresso social, econômico e tecnológico, preceitua Guilherme Carboni:

[...] o fato de o direito de autor ter se mantido praticamente incólume quanto à forma de proteção das obras intelectuais [...] e considerando as transformações sociais ocorridas desde o seu surgimento, principalmente ocasionadas pelo desenvolvimento tecnológico, acentuado pela tecnologia digital e pelas redes de informação, como a internet, houve uma mudança de função do direito de autor: de mecanismo de estímulo à produção intelectual, ele passou a representar uma poderosa ferramenta da indústria dos bens intelectuais para apropriação da informação enquanto mercadoria, ocasionando uma redução da esfera da liberdade de expressão e se transformando em um obstáculo a formas mais dinâmicas de criação e circulação de obras intelectuais<sup>456</sup>.

A funcionalização do direito de propriedade intelectual, englobando os direitos autorais e industriais, caracteriza-se pela convergência entre os anseios sociais e a tutela dos interesses legítimos resguardados ao criador da obra imaterial. Isto porque, a partir do fenômeno da constitucionalização do Direito Autoral, a Lei Maior atua como “o referencial ético e valorativo reconhecido por toda a nação”<sup>457</sup>. Sendo assim, cabe à Lei nº 9.610/98 possuir como parâmetro hermenêutico o texto constitucional o qual “orienta a fixação de limitações a direitos autorais”<sup>458</sup>.

Não obstante a proteção conferida aos autores na Carta Magna – artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII, a utilização de veículos como a *internet* proporcionou o surgimento de instrumentos jurídicos que melhor harmonizam o direito à cultura, insculpido nos artigos 215 e 216, e os direitos autorais, ineridos no rol dos direitos e garantias fundamentais, no artigo 5º, XXVII, XXVIII e XXIX. Busca-se a ponderação entre os interesses elencados com o auxílio de meios alternativos direcionados à tutela da função social das obras intelectuais, disposta no artigo 5º, XXIII, da CRFB/88.

O Poder Público deve, em conjunto com os demais membros da coletividade, conferir ao direito uma perspectiva funcional, considerando as transformações sociais que demandam do âmbito jurídico uma atuação para além do seu viés repressivo, como instrumento de controle

<sup>455</sup> VAIDHYANATHAN, Siva. *Copyrights and copywrongs: the rise of intellectual property and how it threatens creativity*. New York: New York University Press, 2001, p. 6.

<sup>456</sup> CARBONI, Guilherme. **A função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 33.

<sup>457</sup> VITALIS, Aline. A função social dos direitos autorais: uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade da informação. In: **Direito Autoral – Coleção Cadernos de Políticas Culturais**, v. 1. Brasília: Ministério da Cultura, 2006. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/documents/10883/38605/direitos-autorais.pdf/ccd2824a-2acd-4ab1-b659-34f2b58b287f>>. Acesso em: 10 out. 2017. p. 177.

<sup>458</sup> MIZUKAMI, Pedro Nicoleti. **Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2007. p. 117.

social. Com isso, o direito passa a exercer sua função promocional, voltando-se a persecução dos fins sociais e realização dos atos socialmente desejáveis, em conformidade com os valores resguardados no ordenamento jurídico<sup>459</sup>.

Essa noção de função social, de cunho filosófico, foi inicialmente difundida no âmbito da ciência jurídica, a partir das contribuições de alguns expoentes doutrinários, tais como: Karl Renner (1870-1950) e Léon Duguit (1859-1928). O primeiro, influenciado pelo pensamento Marxista, associa a função social ao domínio econômico. O segundo doutrinador, ao analisar o instituto da propriedade, afastando-se da postura individualista, compreende que a propriedade não deve possuir um caráter absoluto, considerando, pelo contrário, sua função social, podendo o poder público intervir para salvaguardar esse caráter funcional<sup>460</sup>.

No cerne do constitucionalismo ocidental, em especial, no Brasil, a função social foi resguardada em alguns ordenamentos constitucionais, como, por exemplo, na Constituição de 1934 e na Constituição de 1988. O caráter funcional foi influenciado pelos movimentos políticos europeus, sobretudo a Revolução Francesa (1789), atribuindo ao direito, além do seu caráter repressivo, a proteção dos interesses socialmente aceitáveis, concretizando os compromissos constitucionais voltados à construção de uma sociedade livre, justa e igualitária, ancorada na dignidade da pessoa humana<sup>461</sup>.

Com o progresso tecnológico e a evolução do pensamento científico, os direitos de cunho intelectual, compreendidos em sentido amplo, ou seja, abrangendo as criações intelectuais (músicas, fotografias, filmes, dentre outros) e as industriais (invenções e modelos de utilidade), conferem à sociedade relevantes contribuições para o desenvolvimento econômico e tecnológico do País. Nesse sentido, o direito de autor apresenta funções específicas delineadas no tópico seguinte.

---

<sup>459</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 12.

<sup>460</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLLO, Bruno Paiva. Função social da empresa. In: **Revista dos Tribunais – RT**, vol. 857, p. 11-28, mar. 2007. p. 03.

<sup>461</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; CIDAD, Felipe Germano Cacicedo. Função social no direito privado e constituição. In: **Revista Direito Processual Geral**, Rio de Janeiro, n. 61, 2006. p. 154-155.

## 6.1 As principais funções (individuais e sociais) do direito de autor: identificação do autor, promocional, econômica e política

Em primeiro momento, elenca-se algumas questões envolvendo o reconhecimento da autoria e à paternidade da obra, ambos, direitos morais do autor, reflexos do seu individualismo perante à obra. Entretanto, o direito autoral não deve ser compreendido, exclusivamente, em razão dos interesses do criador. Pelo contrário, é essencial contribuir para efetivação dos anseios sociais ou coletivos na identificação do autor de uma determinada obra. Assim, salvaguarda-se à segurança social, à sua procedência, como também, contribui para a formação de um espaço público democrático<sup>462</sup>.

As liberdades de expressão, de opinião e manifestação do pensamento, bem como a livre expressão literária, artística e cultural consagram o uso público da razão, a qual, democraticamente e por força do pensamento Kantiano. Encontram suas notas constitutivas no princípio da publicidade e transparência na esfera pública<sup>463</sup>. Não pode o indivíduo ser obstando de sua faculdade de pensar, falar, escrever, ou, de qualquer forma, produzir informação e conteúdo intelectual. Todavia, essas questões devem ser pensadas em uma perspectiva pública ou coletiva<sup>464</sup>.

As criações intelectuais comunicam-se com todos os indivíduos inseridos no meio social, sendo eles os principais destinatários das obras criadas e disseminadas à coletividade. Diante da obrigatoriedade constitucional atribuída ao Estado pelo artigo 215, da Constituição Federal, ele deve garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional. A função promocional, materializada no estímulo à criação intelectual, tutela o interesse da coletividade na promoção do desenvolvimento técnico e cultural, preceitua o jurista italiano Tullio Ascarelli (1903-1959)<sup>465</sup>.

Em contraponto à visão obrigacional simplista atribuída ao organismo estatal, o *Welfare State* suscitou novos fins sociais, econômicos e culturais a serem perseguidos. Mesmo diante da prevalência da concepção repressiva do direito como mecanismo sancionador, materializada em normas negativas, o constitucionalismo contemporâneo pós-liberal relevou a

<sup>462</sup> CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 71.

<sup>463</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 242.

<sup>464</sup> KANT, Immanuel. **O que significa orientar-se no pensamento?** Tradução de Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

<sup>465</sup> ASCARELLI, Tullio. **Teoria della concorrenza e dei beni immateriali**: lezioni de diritto industriale. Milano: Giuffrè, 1957. p. 244.

função promocional do direito, contribuindo, por exemplo, para o aprimoramento científico, artístico e cultural da sociedade<sup>466</sup>.

No plano autoral, a função promocional é cumprida na medida em que muitas criações intelectuais gozam de proteção jurídica em razão do fim última visado, qual seja, à consecução do interesse público. O direito de utilização das criações intelectuais limita-se temporalmente, como visto anteriormente. Em razão dessa restrição, volta-se à livre utilização da criação intelectual, contribuindo para o desenvolvimento cultural e tecnológico<sup>467</sup>.

A função econômica do direito de autor goza de feição individual voltada à compensação financeira do autor em razão da exploração de suas obras intelectuais. O direito autoral possibilita a apropriação da informação enquanto mercadoria, concedendo-se um direito de uso exclusivo da informação e garantindo ao seu titular um poder de barganha na comercialização<sup>468</sup>.

A elaboração do conteúdo informacional pressupõe um conjunto predeterminado de eventos, definido como redundância pela teoria da comunicação. Ou seja, observa-se à informação como algo que se relaciona com alguma atividade ou ação, enquanto que o conhecimento é realizado, feito, dado, ou está para ser obtido, a depender da informação processada. No âmbito capitalista, existem o interesse de grandes potências e grupos empresariais no aprisionamento da informação e sua utilização como mercadoria, ressaltando os aspectos econômicos do direito de autor<sup>469</sup>.

O direito autoral relaciona-se, intrinsecamente, à tecnologia, evidente desde os primórdios, com a invenção da imprensa, por meio da concessão de privilégios aos impressores. O estímulo à criação intelectual também é impulsionado pelas indústrias do *copyright*<sup>470</sup>, as quais se beneficiam, economicamente, do uso exclusivo das obras intelectuais, por um determinado período de tempo legal, já explicitado.

Em seu viés político, esse ramo jurídico atua como instrumento de política cultural, definida por Teixeira Coelho como “ciência da organização das estruturas culturais”. Ou ainda, “conjunto de intervenções realizadas pelo Estado, instituições civis, entidades privadas ou grupos comunitários com o objetivo de satisfazer as necessidades culturais da população e

---

<sup>466</sup> BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos da teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007. p. 1-27.

<sup>467</sup> ASCARELLI, Tullio. *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali: lezioni di diritto industriale*. Milano: Giuffrè, 1957. p. 244-245.

<sup>468</sup> CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 77.

<sup>469</sup> DANTAS, Marcos. **A lógica do capital-informação**: a fragmentação dos monopólios e a monopolização dos fragmentos no num mundo de comunicações globais. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002. p. 1-127.

<sup>470</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de autor e desenvolvimento tecnológico: controvérsias e estratégias. In: **Revista de Direito Autoral**, a. I, n. I, ago. 2004. p. 9.

promover o desenvolvimento de suas representações simbólicas”. Essas atuações do poder público sobre a esfera privada são materializadas em normas jurídicas e intervenções diretas de ação cultural<sup>471</sup>.

A obra intelectual abrange, além dos interesses do autor, os da coletividade sobre às obras culturais, as quais produzem reflexos econômicos e sociais. No plano industrial, visa-se o aproveitamento empresarial da criação, pelos indivíduos, conferindo-lhes à utilidade necessária, por meio de sua multiplicação ou inserção no processo produtivo, evitando-se à prática de concorrência desleal<sup>472</sup>.

A natureza funcional do direito de autor, além do exposto, é objeto de disciplina jurídica internacional por algumas declarações e tratados internacionais. Cumpre vislumbrar regulamentações sobre as limitações ou exceções ao direito de autor e, em alguns casos, a possibilidade de licenciamento compulsório em matéria autoral.

---

<sup>471</sup> COELHO, Teixeira. **Dicionário crítico de política cultural**. São Paulo: Iluminuras, 1997. p. 293.

<sup>472</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 5.

## 6.2 A função social do direito de autor no plano internacional

Como vislumbrado no espaço reservado à dogmática jurídica internacional relativa aos direitos autorais, eles encontram-se previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), elaborada em 10 de dezembro de 1948. Conforme preceitua seu artigo XXVII, “todo homem tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios”. No item II dispõe que “todo homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor”. O aspecto funcional se revela, nesses dispositivos, a partir do estímulo à criação intelectual como instrumento propulsor do desenvolvimento social, econômico e cultural.

A Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação constituiu dois eventos realizados pela Organização das Nações Unidas (ONU) dois eventos envolvendo temáticas relativas à informação, comunicação, no âmbito da sociedade informacional. Eles foram realizados em Genebra, na Suíça, e Túnis, na Tunísia, entre 25 e 18 de fevereiro de 2005. Como consequência positiva, a ONU instituiu, em 17 de maio de 2005, o Dia Mundial da Sociedade da Informação.

O referido organismo internacional consagrou a função social do direito de autor, em seu artigo 42, ao caracterizar a propriedade intelectual, no âmbito de sua declaração de princípios, como relevante instrumento de incentivo à inovação e à criatividade na sociedade da informação. Para tanto, é indispensável resguardar à participação de todos os indivíduos em questões de propriedade intelectual e troca de conhecimentos, por meio da ampla informação e construção de capacidades inclusivas<sup>473</sup>.

Ademais, o artigo 53 assevera a necessidade de resguardar o acesso ao conteúdo intelectual. Deve-se tutelar a criação, difusão e a preservação das criações, em vários idiomas e formatos. Faz-se relevante promover a produção de conteúdo e a acessibilidade aos mesmos, para fins educativos, científicos ou recreativos. Com isso, fomenta-se o desenvolvimento socioeconômico e a participação de todos os interessados na proteção autoral.

A Convenção de Berna (1886) preceitua, em seus artigos 9, item 2 e 10, itens 1 e 2, sobre os limites à proteção absoluta do autor, em razão do interesse público. Embora não mencione expressamente sobre a função social do direito de autor, autoriza os países signatários a regulamentarem: a reprodução não autorizada de obras, em situações excepcionais, desde que não prejudique a circulação da obra e os interesses do autor; as citações de uma obra, licitamente

---

<sup>473</sup> CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 102.

acessível ao público, desde que não contrariem os bons costumes sociais; as reproduções de obras literárias ou artísticas, para fins pedagógicos justificados, por meio de emissões de radiofusão, gravações sonoras ou visuais; a reprodução pela imprensa, a radiofusão ou transmissão ao público, por fio, de artigos nos mais diversos âmbitos (econômico, político, religioso), entre outras situações fáticas<sup>474</sup>.

A partir do diploma internacional em comento emerge a denominada “regra dos três passos”, interpretada em situações excepcionais, autorizando determinados usos das criações intelectuais. As exceções aos direitos autorais impactam o mercado fonográfico, admitindo-se que, mesmo ocasionando algum prejuízo aos interesses do autor, seja permitida a limitação aos seus direitos, por fins justificados, conforme dispõe a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) ou *World Intellectual Property Organization (WIPO)*, interpretando a Convenção de Berna<sup>475</sup>.

O *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)*, em seu artigo 7º, salvaguarda a proteção e aplicação das normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual, fomentando à inovação tecnológica, transferência e sua difusão, em benefício coletivo, conduzindo ao bem-estar social e econômico, além de harmonizar os direitos e obrigações pertinentes aos autores e à sociedade. Esse artigo expressa a função dos direitos relativos à propriedade intelectual, quais sejam, elenca Guilherme Carboni: “a promoção da inovação tecnológica, a transferência e a difusão de tecnologia, em benefício, inclusive, dos usuários de conhecimento tecnológico”<sup>476</sup>.

Embora o Brasil não tenha aderido ao Tratado da OMPI sobre Direito de Autor de 1996, esse diploma internacional possui uma grande relevância na disciplina jurídica da função social do direito de autor e suas limitações. Ele resguarda a necessidade de interpretação das normas jurídicas de propriedade intelectual em face dos novos acontecimentos econômicos, sociais, culturais e tecnológicos. As tecnologias da informação e comunicação produzem impactos positivos e negativos na criação e utilização de obras literárias e artísticas<sup>477</sup>.

O TODA estabelece, em seu artigo 10, limitações ou exceções ao direito de autor, em determinadas situações excepcionais, desde que não prejudiquem a exploração normal da obra, nem ocasionem prejuízo injustificados aos interesses do autor. Assegura-se, aos Estados-membros, no âmbito de suas legislações internas, aplicar, ampliar ou criar novas situações

---

<sup>474</sup> CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 103-104.

<sup>475</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL (OMPI). *Guia del Convenio de Berna para la protección de las obras literárias y artísticas*. Genebra: OMPI, 1978. p. 63 e ss.

<sup>476</sup> CARBONI, op. cit., p. 108.

<sup>477</sup> CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 109.

justificáveis, no tocante às obras digitais. Além disso, em seu artigo 11, permite os países contratantes adotarem medidas e recursos jurídicos adequados em detrimento de ações voltadas à supressão de mecanismos tecnológicos utilizados pelos autores, no exercício de seus direitos.

Em setembro de 2002, na cidade de Londres, capital da Inglaterra e do Reino Unido, a Organização Mundial do Comércio (OMC) elaborou o Relatório da Comissão para Direitos da Propriedade Intelectual – Integrando Direitos da Propriedade Intelectual e Políticas de Desenvolvimento. Nele figuram diversos fundamentos principiológicos da propriedade intelectual, resguardando, ainda, a necessidade de cumprimento da função social do direito de autor. Nesses termos, dispõe o documento:

A melhor perspectiva é considerar os direitos de propriedade intelectual como um dos meios pelos quais as nações e a sociedade podem ajudar a promover a concretização dos direitos humanos econômicos e sociais. Em particular, não há circunstâncias em que os direitos humanos mais básicos devam estar subordinados às exigências de proteção dos direitos de propriedade intelectual. Eles são concedidos pelos Estados por períodos limitados (pelo menos no caso de patentes e direitos autorais), enquanto os direitos humanos são inalienáveis e universais. Além disso, considera os direitos de propriedade intelectual como instrumentos de política pública que conferem privilégios a indivíduos ou instituições com o propósito de tão-somente contribuir para o bem público maior. Portanto, o privilégio é um meio para atingir um fim, não um fim em si mesmo<sup>478</sup>.

Outro evento de relevância para o direito de autor no plano internacional ocorreu após a comunicação realizada em 26 de agosto de 2004 à OMPI, a qual recebeu proposta formal do Brasil e da Argentina a fim de estabelecer uma nova agenda sobre desenvolvimento no âmbito daquela Organização. As questões relacionadas ao desenvolvimento são grandes desafios para a comunidade internacional, sendo uma das Metas de Desenvolvimento do Milênio, adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU).

O mencionado acordo refere-se à inovação tecnológica, à ciência e a atividade criativa em geral, como relevantes fontes de progresso social, econômico e cultural. Nos últimos anos, muito se discute sobre os impactos do direito de propriedade intelectual, vislumbrado como instrumento de promoção da inovação nos diversos planos suscitados. Essa tutela dos direitos intelectuais configura-se um instrumento político que produz consequências positivas ou negativas, a depender do caso concreto e do nível de desenvolvimento do país. Os países em desenvolvimento são reconhecidos pela legislação internacional sobre o direito de autor, inclusive, na Convenção de Berna e Genebra, em suas últimas atualizações, em Paris, na França,

---

<sup>478</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Relatório da comissão sobre direitos de propriedade intelectual**: integrando direitos de propriedade intelectual e política de desenvolvimento. Disponível em: < [http://www.iprcommission.org/graphic/documents/final\\_report.htm](http://www.iprcommission.org/graphic/documents/final_report.htm)>. Acesso em: 18 out. 2017.

no ano de 1971. O Brasil, por exemplo, se enquadra nessa situação, tendo em vista não ter alcançado, ainda, o seu desenvolvimento econômico.

É vidente, nessas situações, afirma Bittar, existir um “choque de interesses entre, de um lado, a difusão de conhecimentos e de aperfeiçoamento da ciência e da técnica como condicionantes do desenvolvimento e, de outro, a necessidade de amparar juridicamente o criador intelectual a fim de que ele se sinta motivado a produzir, contribuindo, dessa forma, para o desenvolvimento cultural da nação”. Em tais casos, os países são obrigados a adotar medidas que salvaguardem a disseminação de conhecimentos, sem deixar de tutelar os interesses autorais.

No direito comunitário vislumbra-se a Diretiva 2001/29/CE de 2001, elaborada pelo Parlamento Europeu e do Conselho, já analisada em outro momento. Essa diretiva europeia volta-se a harmonização dos direitos autorais e conexos na sociedade da informação. Buscou-se a interação legislativa entre os Estados da União Europeia, diante dos avanços tecnológicos, diante dos ricos da sociedade informacional<sup>479</sup>.

Os direitos de autor e conexos protegem e estimulam o desenvolvimento e a comercialização de produtos e serviços, assim como a criação e a exploração de seu conteúdo criativo. Estimula-se o conteúdo criativo relacionada a essa produção, existindo, em determinados casos, restrições aos direitos autorais a fim de se resguardar outros direitos fundamentais insculpidos na ordem jurídica nacional e internacional<sup>480</sup>.

Ademais, destaca-se a Minuta do Acordo da Área de Livre Comércio das Américas (ALCA), a qual disciplina o abuso de direitos intelectuais e faz menção expressa à função social do direito de autor. Todavia, a autoralista Maristela Basso adverte que a minuta do referido acordo evidenciará, ainda mais, as desigualdades regionais, na medida em que amplia âmbito de proteção dos direitos de propriedade intelectual e restringe as faculdades salvaguardadas pelo Acordo TRIPS/OMC, além de elevar o custo e os mecanismos de aplicação e cumprimento desses direitos<sup>481</sup>.

No plano das legislações internacionais aplicadas em alguns países, destacam-se: os europeus, latinoamericanos e estadunidenses.

---

<sup>479</sup> BARROS, Carla Eugênia Caldas. **Manual de Direito da Propriedade Intelectual**. Aracaju: Evocati, 2007. p. 480.

<sup>480</sup> AVANCINI, Helenara Braga. O paradoxo da sociedade da informação e os limites dos direitos autorais. *In*: ROVER, Aires J. (org.). **Direito e informática**. Barueri: Manole, 2004. p. 367.

<sup>481</sup> BASSO, Maristela. **Propriedade Intelectual na era pós-OMC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 59.

Na Europa, poucos países consagraram o direito de autor em suas Constituições. Na Constituição Portuguesa de 1976, o direito de autor é resguardado em seu artigo 42, ao dispor sobre a liberdade de criação intelectual, artística e científica. Na Constituição Espanhola de 1978, os direitos autorais são tutelados no artigo 20, item “b”, o qual reconhece e protege os direitos à produção, criação literária, artística, científica e técnica. A Alemanha, no artigo 73 de sua Lei Fundamental, prescreve que os direitos de propriedade industrial, autorais e editoriais devem ser objeto de disciplina jurídica exclusiva pela Federação. A legislação do Reino Unido (*Copyright Act*) salvaguarda a reprodução proporcional de trabalhos literários, dramáticos, artísticos e musicais para fins privados e de pesquisa.

Entre os países da América Latina, evidencia-se a Argentina, a qual prevê no artigo 17 da sua Constituição, reconhecendo, ao inventor, a propriedade exclusiva de sua obra. Na Colômbia, o direito de propriedade intelectual é disciplinado no capítulo 2, artigo 61, ao consagrar os direitos sociais, econômicos e culturais. O Peru situa os direitos autorais em sua Constituição, no artigo 2º, item 8, reconhecendo sua fundamentalidade. A Venezuela insere a proteção autoral no Capítulo VI, artigo 98, de sua Constituição, no rol dos direitos culturais e educativos.

A Constituição dos Estados Unidos da América, de 17 de setembro de 1787, possui previsão expressa do direito de autor no artigo 1º, seção 8, ao dispor sobre o caráter funcional da propriedade intelectual, no sentido de promover o progresso artístico e científico. Para tanto, confere-se aos autores e inventores, o direito exclusivo de utilizar, por um determinado período de tempo, as suas criações intelectuais.

Sem desmerecer a relevante contribuição da legislação internacional para a tutela dos direitos de autor, em seu aspecto funcional, a completude desse diálogo dogmático demanda o recurso ao plano jurídico nacional, a fim de vislumbrar os contornos desse direito na esfera constitucional e infraconstitucional. Vale ressaltar que a disciplina infraconstitucional será estudada na próxima seção, ao discorrer sobre as restrições intrínsecas e intrínsecas aos direitos autorais, diante das suas limitações e do seu caráter funcional, como soluções jurídicas em prol dos interesses autorais e da coletividade, entre eles, o direito à cultura.

### 6.3 A disciplina jurídica da função social do direito autoral no Brasil

No Brasil, os direitos de propriedade intelectual estão inseridos no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, consagrados no artigo 5º, incisos XXVII, XXVIII (direito de autor) e XXIX (propriedade industrial). Reconhece-se constitucionalmente a propriedade intelectual como direito humano associado à proteção pessoal.

A positivação do direito de autor ocorreu em inúmeras Cartas Constitucionais brasileiras. Na atual, sua disciplina está prevista no artigo 5º, XXVII e XXVIII, os quais dispõem:

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;

No plano das teorias relacionadas à natureza jurídica *sui generis* do direito autoral, ao utilizar a expressão “direito exclusivo”, o legislador, considera Cretella Junior, não se filiou a nenhuma delas<sup>482</sup>, sendo uma expressão de mínima precisão técnica, ou seja, muito genérica<sup>483</sup>. O inciso XXVII limita-se à tutela dos aspectos patrimoniais do direito de autor, referindo-se sobre os direitos de utilização, publicação e reprodução.

Os aspectos morais ou personalíssimos do direito de autor, embora não mencionados expressamente pelo texto constitucional, encontram guarita nos dispositivos tuteladores da liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação. Esses direitos, argumenta Denis Borges Barbosa, são resguardados em razão da defesa da personalidade e pela força supra-constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>484</sup>.

O inciso XXVIII salvaguarda a participação dos indivíduos em obras coletivas, abrangendo os direitos morais e patrimoniais do autor. Esses referidos incisos do dispositivo constitucional elencado incidem como normas constitucionais de eficácia direta, na medida em

<sup>482</sup> CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988. p. 394.

<sup>483</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito intelectual, exclusivo e liberdade. In: **Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual**, n. 59, p. 40-49, jul./ago. 2002. p. 42.

<sup>484</sup> BARBOSA, Denis Borges. Bases constitucionais da propriedade intelectual. In: **Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual**, n. 59 p. 16-39, jul./ago. 2002. p. 43.

que disciplinam diretamente as relações entre particulares, bem como envolvendo à atuação do poder público<sup>485</sup>.

O inciso XXIX consagra os direitos de propriedade industrial. Ele é vislumbrado como uma norma programática, visto que atribui ao legislador um programa de ação relacionado ao objeto de proteção, não podendo se desvirtuar do mesmo. Essas normas gozam de dupla eficácia, pois atuam como regras jurídicas vinculativas de uma legislação futura sobre a matéria disciplinada<sup>486</sup>. Nesse sentido, assegura o dispositivo:

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.

O supracitado inciso dirige-se ao legislador, cabendo-lhes definir o conteúdo da propriedade industrial e observar determinados objetivos: tutelar o interesse social do país e contribuir para o seu desenvolvimento econômico e tecnológico. A Carta Magna, por meio desse dispositivo, corrobora Denis Borges Barbosa, “estabelece seus objetivos como um trígono, necessário e equilibrado: o interesse social, o desenvolvimento tecnológico e econômico”<sup>487</sup>. Isso reflete a natureza funcional constitucionalmente conferida ao direito de propriedade intelectual, em sua perspectiva autoral e industrial.

Por figurarem no cerne dos direitos e garantias fundamentais, os direitos de propriedade intelectual (autorais e industriais) figuram como cláusulas pétreas. Essas, por sua vez, conferem a determinadas matérias um caráter imutável, não podendo ser objeto de emenda constitucional. Conforme o artigo 60, §4º, da Constituição Federal: “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais (nesse âmbito se inserem os direitos autorais e industriais)”.

Nas lições de José Carlos Casta Netto, outros direitos fundamentais devem manter um equilíbrio com os direitos autorais ou, mais especificamente, com o direito exclusivo (de titularidade do autor) sobre a obra intelectual, no mesmo patamar constitucional. Todos eles dispostos expressamente no artigo 5º, da CRFB/88. Assim, elenca:

1) a liberdade de manifestação do pensamento (inciso IV);

<sup>485</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 224.

<sup>486</sup> Idem, p. 222.

<sup>487</sup> BARBOSA, Denis Borges. Bases constitucionais da propriedade intelectual. *In: Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n. 59 p. 16-39, jul./ago. 2002. p. 30.

- 2) conjugado com o direito de resposta e indenização por dano material, moral e à imagem (inciso V);
- 3) a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (inciso IX);
- 4) a inviolabilidade da intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso X);
- 5) o direito de propriedade (inciso XXII), e o atendimento desta à sua função social (inciso XXIII), e a consequente possibilidade de desapropriação indenizável (inciso XXIV);
- 6) Nesse quadro, convive o direito de autor, como exclusivo (inciso XXVII). Encontra-se inserido, também, o direito de propriedade industrial (inventos, criações industriais, marcas e nomes de empresas) (inciso XXIX); e
- 7) a proteção das participações individuais nas obras coletivas, inclusive nas atividades desportivas, e o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas (inciso XXVIII, alíneas “a” e “b”)<sup>488</sup>.

Carla Eugênia Caldas Barros revela que é factível o produto intelectual produzir desdobramentos sociais necessários. Em razão disso conclui que “o princípio da função social prevista pela coerência constituinte, a razão de ser da obra como um bem potencialmente econômico e moral que não se desvincula da coletividade”<sup>489</sup>.

É latente a presente de interesses coletivos ou societários no direito autoral, cabendo ao Estado garantir o acesso aos bens culturais<sup>490</sup>, vislumbrando-se como diretriz, por exemplo, o Plano Nacional de Cultura, instituído a partir da Emenda Constitucional nº 48, de 10 de agosto de 2005. Ele volta-se à tutela e valorização do patrimônio cultural; produção, promoção e difusão de bens culturais e democratização de seu acesso; entre outros.

Diante do exposto, urge a necessidade de harmonização dos interesses jurídicos autorais, os quais envolvem uma multiplicidade de direitos humanos fundamentais. O jurista, na contemporaneidade, deve lidar cautelosamente com determinadas situações, viabilizando medidas ou soluções jurídicas efetivas para o atendimento dos direitos de autor, sem desconsiderar os direitos resguardados à coletividade, entre os quais se destaca o direito à cultura.

<sup>488</sup> COSTA NETTO, José Carlos. **Direito autoral no Brasil**. São Paulo: FTD, 2008. p. 69-70.

<sup>489</sup> BARROS, Carla Eugênia Caldas. **Manual de direito da propriedade intelectual**. Sergipe: Evocati, 2007. p. 501.

<sup>490</sup> BARBOSA, Denis Borges. **Propriedade intelectual: direitos autorais, direitos conexos e software**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 4.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final desse estudo, enumera-se, sistematicamente, as seguintes considerações finais:

1. Na contemporaneidade, a revolução tecnológica informacional produziu mudanças significativas no cenário econômico, social e cultural. As relações privadas foram mercantilizadas e a informação passou a ser comercializada, não obstante materializada em bens intelectuais.

2. O direito autoral evoluiu gradativamente ao longo dos anos, fazendo-se necessário compreender o transcurso histórico pelo qual perpassou a fim de encontrar soluções constitucionais autorais e culturais eficazes que se apliquem à atualidade.

3. A prevalência legislativa do caráter patrimonial ou a perspectiva econômica das criações intelectuais, qualificados como bens jurídicos providos de valor de troca, permitiu sua exploração econômica em dimensões globais, com o auxílio dos computadores conectados à *internet*. Essa lógica sempre se manteve latente ao longo da trajetória protetiva dos direitos de autor. Entretanto, os usos sobre as criações intelectuais assumiram inúmeras proporções sociojurídicas, fazendo-se precípua recorrer à sua inata vocação humanista. O direito do autor, em seu conteúdo moral, ganhou atenção dos juristas e ordenamentos jurídicos democráticos.

4. O desenvolvimento tecnológico, especialmente no setor informático e de telecomunicações, acarretou transformações sociais, econômicas e culturais merecedoras de uma atenção especial dos juristas. As criações intelectuais, após o advento da *internet*, foram disseminadas pelas tecnologias da informação e comunicação (TIC). Surgiram inúmeras modalidades de aquisição, armazenamento, processamento, transmissão, distribuição e disseminação das informações pela rede. Diante dessa realidade, a normatividade jurídica autoral passou a ser interpretada à luz de fundamentos principiológicos constitucionais como os direitos culturais, além do axioma da dignidade da pessoa humana.

5. Entre os instrumentos digitais responsáveis pela propagação de obras intelectuais na rede mundial de computadores, destaca-se a tecnologia *peer-to-peer*, arquitetura de redes na qual cada um dos pontos conectados atua com dupla função de servidor e cliente, possibilitando o compartilhamento de músicas, vídeos, imagens, dados, ou qualquer informação exteriorizada em meio digital.

6. O direito de autor, na qualidade de direito privado, sofreu transformações significativas durante o seu processo evolutivo. A onipotência do legislador na produção de

regras privadas, ao surgirem novos conflitos provenientes das relações socioculturais praticadas na sociedade da informação, demonstrou-se insuficiente para resolução das contendas. A ordem jurídica foi constitucionalizada, ou seja, sua atuação passou a ser norteadada pela Constituição Federal, com vistas à efetivação dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, entre os quais se evidencia, no presente construto, os direitos autorais e culturais. As normas e axiomas constitucionais foram irradiados sobre o direito autoral, além de outros ramos jurídicos.

7. A lógica patrimonialista percorreu o direito civil e, por conseguinte, o direito autoral, na medida em que esse, na disciplina jurídica do Código Civil de 1916, estava imerso no plano cível, sem gozar, até o momento, de autonomia legislativa. Os liames entre direito público e privado, outrora evidentes, se confundiam cada vez mais, visto que o Estado interferia e continua a incidir diretamente sobre as relações particulares a fim de tutelar os direitos humanos fundamentais.

8. A partir da consagração e irradiação horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, a legislação autoral, o âmbito jurisdicional e os juristas em geral devem atentar para essas mudanças, adaptando, atualizando e interpretando o ordenamento jurídico a luz dos preceitos constitucionais. A Carta Magna passou a figurar como o parâmetro hermenêutico essencial para compreensão e concretização de todos os ramos jurídicos. Com isso, operou-se a centralização dos indivíduos no âmbito da sistemática jurídica constitucional e infraconstitucional. O direito de autor, no constitucionalismo contemporâneo, deve cumprir seu caráter funcional, efetivando os direitos e garantias fundamentais.

9. O desenvolvimento econômico e tecnológico foi impulsionado, sobretudo, em razão do advento da *internet*. As produções musicais, cinematográficas, entre outras, demandaram uma disciplina jurídica eficaz sobre o plano econômico das criações intelectuais.

10. Atualmente, a proteção autoral no Brasil é exercida pela novel legislação, a qual tutela as criações do espírito, expressas por qualquer meio e fixadas em qualquer suporte tangível ou intangível. Esse diploma apresentou, no artigo 46, um rol exemplificativo de limitações aos direitos de autor para fins sociais, pedagógicos, culturais, entre outros. No entanto, ainda existe um longo trajeto jurídico-normativo a ser percorrido pela legislação brasileira sobre direitos autorais, adequando-se aos novos ditames socioeconômicos disseminados na sociedade informacional, com o auxílio das tecnologias comunicacionais, como, por exemplo, a *internet*.

11. Houve a necessidade de releitura dos dispositivos infraconstitucionais à luz dos direitos e garantias fundamentais consagrados na Carta Política. Operou-se a proteção jurídico-constitucional dos direitos autorais sobre as criações do intelecto humano, artísticas, literárias,

científicas e outras. Os direitos autorais, na qualidade de direitos fundamentais, associam-se a outros direitos também imersos nessa condição, como o direito à cultura. Mantém convergência com o fundamento axiológico da dignidade da pessoa humana, pilar do caráter ético dos direitos sociais, econômicos e culturais.

12. Os direitos autorais dialogam com os direitos culturais, sem prejuízo de outros direitos fundamentais. Eles figuram no plano dos direitos sociais, econômicos e culturais, demandando do Poder Público a realização de prestações positivas para sua consecução. Sua adequada judicialização contribui para efetividade jurisdicional da demanda, tutelando-se harmonicamente os direitos humanos fundamentais. A cultura, entre suas acepções, representa toda e qualquer produção material e imaterial da coletividade. Os direitos autorais são espécies de direitos culturais visto que fomentam a produção e disposição das criações do intelecto humano à sociedade.

13. O direito autoral e os demais institutos jurídicos devem exercer suas funcionalidades, oriundas das mudanças sociais contemporâneas. A criação intelectual cumpre sua função social quando disponibilizada à sociedade para usos literários, científicos, pedagógicos e culturais, respeitando os interesses do autor ou legítimo titular. Ou seja, converge-se os anseios sociais e os interesses legítimos resguardados ao criador da obra imaterial.

14. A *internet* suscitou inúmeras possibilidades de utilizações das criações intelectuais, as quais, em conjunto com os bens corpóreos, fomentam à riqueza nacional. Entretanto, em sentido negativo, o desenvolvimento tecnológico e informacional contribuiu para o surgimento de condutas outrora não praticadas e, portanto, não abrangidas pelas normas jurídico-autorais.

15. Não se pode olvidar o relevante apoio jurídico na seara autoral apresentado por inúmeros países a exemplo dos EUA, os quais, não obstante se limitem a considerar os direitos patrimoniais, acabam, na prática, por realizar os direitos morais do autor. A doutrina do *fair use*, as licenças *creative commons*, o *copyleft*, entre outros, reverberaram na legislação autoral brasileira (Lei nº 9.610/98), ao permitir restrições extrínsecas e intrínsecas aos direitos autorais e os usos justificáveis das obras intelectuais mencionados, exemplificativamente, no artigo 46, da referida lei.

16. Os direitos autorais e culturais, na qualidade de direitos fundamentais, podem sofrer restrições, em determinadas circunstâncias elencadas legalmente ou extraídas do caráter empírico da atividade jurisdicional. No âmbito legislativo, o artigo 46, da Lei nº 9.610/98, dispositivo influenciado juridicamente pelo uso justificável das criações intelectuais,

corroborado internacionalmente. O autor ou legítimo titular pode dispor de seus direitos patrimoniais sobre a obra àquele que intente utilizá-la para fins sociais, pedagógicos, culturais. Elenca em seus incisos um rol exemplificativo de condutas abrangidas pela lei, sem prejuízo da atuação hermenêutica dos juristas na análise dos casos concretos.

17. Mesmo diante da prevalência dos aspectos patrimoniais do autor na história protetiva autoral, não se pode negar a importância desses elementos para o fomento socioeconômico mundial. Nossa legislação, por exemplo, admite a gestão pública ou privada dos direitos autorais patrimoniais, desde que não viole os interesses autorais. A digitalização das informações ensejou novas tendências sociais, econômicas e jurídicas, o que resultou e continua a demandar atualizações normativas e doutrinárias em matéria autoral.

18. A harmonização entre os direitos autorais e culturais demandou a adoção de instrumentos gerenciais públicos e privados sobre os direitos patrimoniais atribuídos às criações intelectuais. A gestão individual (titular de direitos autorais) ou coletiva (associações) do âmbito patrimonial fez-se necessária em razão do fato delas se caracterizarem, legalmente, como bens móveis (artigo 3º, da Lei nº 9.610/98), passíveis de disposição a critério de seu autor ou legítimo titular.

19. Muitas situações fáticas envolvendo a criação, utilização e disponibilização de criações intelectuais na rede foram objeto de disciplina jurisdicional na resolução de colisões envolvendo interesses autorais e coletivos. O ativismo constitucional proporcionou a interpretação dos ditames constitucionais reverberados sobre a legislação ordinária sobre direito autoral, sem prejuízo de outras. Embora, alertam os doutrinadores, essa postura deva ser exercida com cautela, evitando-se macular a legitimidade democrática, a politização da justiça e a discricionariedade judicial imoderada.

20. Em razão de sua fundamentalidade, os direitos autorais e culturais inserem-se na categoria de princípios jurídicos. Eles, por sua vez, podem colidir no caso concreto judicializado. Ambos são relevantes e dotados de uma dimensão de peso, aplicados em sua plenitude ou sofrendo eventuais restrições justificáveis. Reconhece-se a natureza extensiva dos fundamentos principiológicos, cuja carga semântica é preenchida pelo jurista no caso concreto vislumbrado hermeneuticamente e resolvido à luz dos ditames constitucionais.

21. O julgado analisado nesse construto, proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), elucidou uma, das inúmeras que estão por vir, diretrizes constitucionais para a equalização dos princípios jurídicos colidentes, compreendendo, proporcionalmente, o grau de afetação de cada um dos fundamentos envolvidos.

22. As discussões teóricas, legislativas e jurisprudenciais mencionadas no presente estudo não esgotaram a temática. Pelo contrário, atualmente, os juristas, em especial, os autoristas, vivenciam uma nova gênese do direito autoral, de caráter humanista e voltada a compreensão e consecução dos direitos autorais. Esses princípios jurídicos, assim como os culturais, entre outros, são dotados de fundamentalidade e constitucionalmente reconhecidos pela ordem jurídica vigente.

23. Eventuais colisões são previsíveis em razão da liquidez das relações sociais contemporâneas, nas quais pairam, direta ou indiretamente, bens intelectuais, de valor jurídico-normativo e axiológico. Cabe ao jurista se valer dos elementos hermenêuticos constitucionais que lhes são postos à disposição e extrair o máximo de eficácia e efetividade necessárias aos princípios jurídicos fundamentais.

24. A gestão patrimonial pública ou privada resguardada legalmente, materializa o caráter funcional dos direitos autorais, fomentando o progresso social, econômico, tecnológico, artístico e científico da sociedade, cuja riqueza intelectual efetiva um elemento superior e anterior ao jurídico – a cultura.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Tradução de Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011.

ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; OLIVEIRA, Paula Cristina Koerig de. Pra não dizer que não falamos de espinhos: a constitucionalização do direito civil e a difícil concretização da ideia de repersonalização em ações de direitos reais nos tribunais brasileiros. *In: Revista de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul*, nº 32, jul./dez. 2009. Santa Cruz do Sul: Ed. UNISC, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Plínio Régis Baima de. **Poder Judiciário e Política – o dilema do constitucionalismo democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2004.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização**. Lições de Filosofia do Direito e do Estado. Tradução de Patrice Charles Wuillame. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASCARELLI, Tullio. *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Lezioni di diritto industriale*. Milano: Guiffrè, 1957.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

\_\_\_\_\_. **Direito da internet e da sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. Direito intelectual, exclusivo e liberdade. *In: Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n. 59, p. 40-49, jul./ago. 2002.

\_\_\_\_\_. O direito de autor no *ciberespaço*. *In: Revista da EMERJ*, v. 2, n. 7, 1999.

\_\_\_\_\_. Direito de autor e desenvolvimento tecnológico: controvérsias e estratégias. *In: Revista de Direito Autoral*, a. 1, n. 1, ago. 2004.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MÚSICA INDEPENDENTE. **Streaming é execução pública?** Disponível em: <<http://www.abmi.com.br/website/arquivos/legislacao/streaming-na-o-a-execua-a-o-paoblica.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2017.

AVANCINI, Helenara Braga. O paradoxo da sociedade da informação e os limites dos direitos autorais. In: ROVER, Aires J. (org.). **Direito e informática**. Barueri: Manole, 2004.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO, Fernando de. **A cultura brasileira**. Rio de Janeiro: IBGE, 1958.

AZEVEDO, Philadelpho de Barros. **Direito moral do escritor**. Rio de Janeiro: Alba, 1930.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

\_\_\_\_\_. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BARBOSA, Denis Borges. Bases constitucionais da propriedade intelectual. In: **Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI)**, n. 59, p. 16-39, jul./ago. 2002.

\_\_\_\_\_. **Propriedade intelectual**: direitos autorais, direitos conexos e *software*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. **Uma introdução à propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, jul./set. 2000.

BARCELONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Madrid: Trotta, 1996.

BARBOSA, Cláudio R. **Propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. São Paulo: Bookseller, 2000.

BARROS, Carla Eugênia Caldas. **Manual de direito da propriedade intelectual**. Sergipe: Evocati, 2007.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

\_\_\_\_\_. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 225, jul./set. 2001.

\_\_\_\_\_. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Rio de Janeiro: In: **(Syn)Thesis**, v. 5, 2012.

\_\_\_\_\_; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BASSO, Maristela. **Propriedade intelectual na era pós-OMC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BARTHES, Roland. *The death of the author*. In: **Image-music-text**. New York: Hill and Wang, 1977.

BAY, *The Pirate*. **About**. 2008. Disponível em: <<http://thepiratebay.org/about>>. Acesso em: 18 set. 2017.

BBC News. **Technology: warning letters to 'file-sharers'**. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/7486743.stm>>. Acesso em: 18 set. 2017.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BELL, Daniel. **A sociedade pós-industrial**. São Paulo: Cultrix, 1974.

BENKLER, Yochai. *Coase's penguin, or, linux and the nature of firm*. In: **Code: colaborative ownership and the digital economy**. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology Press, 2005.

\_\_\_\_\_. **The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom**. New Haven and London: Yale University Press, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do direito de autor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direito de autor**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BODIN, Jean. **Os seis livros da república**. Tradução de José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOURDIEU, Pierre. **Distinction: a social critique of the judgment of taste**. Cambridge: Harvard University Press, 1984.

BURCH, Sally. Sociedade da informação / sociedade do conhecimento. *In*: AMBROSI, A.; PEUGEOT, V.; PIMENTA, D. **Desafios das palavras**. São Paulo: Ed. VECAM, 2005.

BURKE, Peter. **Uma história social do conhecimento**: de Gutenberg à Diderot. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. A natureza jurídica dos direitos autorais. *In*: **Civilística.com**, a. 2, n. 2, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_; BRITTO, Walter. **O que é Creative Commons?** novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

\_\_\_\_\_. Direitos autorais: princípios gerais. *In*: **Roteiro de Curso da Fundação Getúlio Vargas 2008.2**. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

BRASIL. Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002. **Projeto de lei que altera e acresce dispositivos à Lei no 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Brasília: Planalto, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/consulta\\_publica/DireitosAutorais.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/consulta_publica/DireitosAutorais.htm)>. Acesso em: 08 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 75.699/75, de 06 de maio de 1975**. Brasília: Planalto, 1975. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1970-1979/D75699.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75699.htm)>. Acesso em: 19 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 6 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. **Lei de Direitos Autorais (LDA)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 8 out. 2017.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.575.225. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201575225>>. Acesso em: 31 out. 2016.

BRENT, Doug. *Seppulazione sulla storia della proprietà*. *In*: SCELISI, Raf Valvola (Org.) **No Copyright**. Milano: Shake, 1994.

CABRAL, Plínio. **A nova lei de direitos autorais**: comentários. São Paulo: Ed. Harbra, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução de Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Mauricio. **20 anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARBONI, Guilherme. **Direito autoral e autoria colaborativa**: na economia da informação em rede. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

\_\_\_\_\_. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2008.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da propriedade industrial**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CHAUÍ, Marilena. A destruição da subjetividade na filosofia contemporânea. *In*: **Jornal da Psicanálise**, a. 8, n. 20, 1976.

CHAVES, Antônio. **Criador da obra intelectual**. São Paulo: LTr, 1995.

\_\_\_\_\_. **Direito de autor**: princípios fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. **Direito de autor e direitos da personalidade**: reflexões à luz do Código Civil. Tese – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2008.

CIRIO, Nathália Zdanski. **Os direitos autorais e o plágio musical**. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2010.

COELHO, Teixeira. **Dicionário crítico de política cultural**. São Paulo: Iluminuras, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONFERÊNCIA proferida pelo Dr. António Maria Pereira no II Congresso Ibero-Americano do Direito de Autor e Direitos Conexos, realizada em Lisboa, Portugal, no ano de 1994.

CORREIA, Miguel Pupo. Sociedade de informação e direito. *In*: **Revista de Derecho Informático**, n. 12, 2009.

COSGROVE-MATHER, Bootie. *Poll: young say file sharing OK*. *In*: **CBS News**, 2003.

COSTA NETO, José Carlos. **Direito autoral no Brasil**. *In*: BICUDO, Hélio (org.). Coleção juristas da atualidade. São Paulo: FTD, 1998.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e constituinte**. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 2004.

DANTAS, Marcos. **A lógica do capital-informação**: a fragmentação dos monopólios e a monopolização dos fragmentos no num mundo de comunicações globais. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002.

DEL NERO, João Alberto Schützer. O significado jurídico da expressão “função social da propriedade”. *In: Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, v. 3, p. 79-97, 1997.

DELGADO, Ray. *Law professors examine ethical controversies of peer-to-peer file sharing*. *New York: Stanford Report*, 2004.

DIMOULIS, Dimitri. Além do ativismo e do minimalismo judicial no campo dos direitos fundamentais: justificação jurídica de decisões e competências. *In: FRANCISCO, José Carlos. Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional*: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.

DORIA, Pedro. **Manual para a internet**. Rio de Janeiro: Revan, 1995.

DRUCKER, Peter Ferdinand. **Sociedade pós-capitalista**. São Paulo: Pioneira, 1994.

DUVAL, Hermano. **Direitos autorais nas invenções modernas**: doutrina, jurisprudência e legislações comparadas. Rio de Janeiro: Andes, 1956.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martin Fontes, 2002.

DYSON, Esther; GILDER, George; KEYWORTH, George; Toffler, Alvin. *Cyberspace and the american dream: a magna carta for the knowledge age*. *In: The Information Society*, p. 295-308, 1996.

ECO, Umberto. **A obra aberta**. São Paulo: Perspectiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **O nome da rosa**. Rio de Janeiro: Record.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. Sociedade da informação e o direito na era digital. *In: Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 44, jul., 2007.

EPSTEIN, Jason. *Publishing: the revolutionary future*. *New York. In: The New York Review of Books*, 2010. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2010/mar/11/publishing-the-revolutionary-future/>>. Acesso em: 10 out. 2017.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *In: Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, vol. 35, Rio de Janeiro: PADMA, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIA, Heitor Medrado de. **Licenças livres e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Brasport, 2011. p. 13.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1988.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007.

FLORES, Joaquin Herrera. **Los derechos humanos como productos culturales**. Madrid: Catarata, 2005.

FOCAULT, Michel. **O que é um autor?** Lisboa: Vega, 1992.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito autoral: da antiguidade à internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FRAZÃO, Ana. A gestão pessoal dos direitos autorais e os novos negócios do mercado musical. *In: Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 14, p. 187-226, out./dez. 2017. p. 187-226.

FREIDRICH, Tatyana S.; FONSECA, Karla C. Regulamentação da propriedade intelectual: uma análise crítica. *In: Propriedade Intelectual: estudos em homenagem à Professora Maristela Basso*. CARVALHO, Patrícia L. de (coord.). Curitiba: Juruá, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.

GALVÃO, José Walter Queiroz. **A crise de identidade da lei autoral brasileira**. Disponível em: <<http://www.awgalvaoefilhos.adv.br/sites/400/435/00000134.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLLO, Bruno Paiva. Função social da empresa. *In: Revista dos Tribunais – RT*, vol. 857, p. 11-28, mar. 2007.

\_\_\_\_\_; CIDAD, Felipe Germano Cacicedo. Função social no direito privado e constituição. *In: Revista Direito Processual Geral*, Rio de Janeiro, n. 61, 2006.

GANDELMAN, Henrique. **De Gutemberg à internet: direitos autorais na era digital**. Rio de Janeiro: Record, 2007.

GIBSON, Willian. **Neuromancer**. Tradução de Márcia Men. São Paulo: Aleph Editora, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume III – Contratos e Atos Unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2010.

*GROUP, Solutions Research. Movie file-sharing booming: study*. Disponível em: <<http://www.srgnet.com/pdf/Movie%20File-Sharing%20Booming%20Release%20Jan%2024%2007%20Final.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2017.

GUEIROS JÚNIOR, Nehemias. **O direito autoral no show business**: tudo o que você precisa saber. vol. 1 – A música. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura**. Tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quando a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

\_\_\_\_\_. **Técnica e ciência enquanto ideologia**. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

HAMMES, Bruno Jorge. **Elementos básicos do direito de autor brasileiro**: com exame especial da questão da isenção de formalidades, uma apresentação comparativa. São Leopoldo: Unisinos, 1995.

\_\_\_\_\_. **O direito de propriedade intelectual**: subsídios para o ensino. São Leopoldo: UNISINOS, 2001.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

HAVENLOCK, Eric. **A revolução da escrita na Grécia e suas consequências culturais**. Tradução de Oderp J. Serra. São Paulo: Paz e Terra/UNESP, 1994.

HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. Parte I. Tradução de Paulo Menezes. Petrópolis: Vozes, 1992.

HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**. Tradução de Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro, 2005.

JESSEN, Henry. *Derechos intelectuales de los autores, artistas, productores de fonogramas y otros titulares*. Tradução de Luis Gres Zuloaga. Editorial Jurídica de Chile, 1970.

JASPERS, Karl. *Vom Ursprung und Ziel der Geschichte*. München: Piper Verlag, 1949.

JHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. São Paulo: Martin Claret, 2000.

JOYCE, Craig; PATRY, Willian; LEAFFER, Marshall e JASZI, Peter. *Copyright law*. New York: Mathew Bender, 1998.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

\_\_\_\_\_. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: **Os Pensadores – Kant (II)**, Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

\_\_\_\_\_. **O que significa orientar-se no pensamento?** Tradução de Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

KRELL, Andreas Joachim. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. In: **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 19, p. 295-320, jan./jun. 2014. p. 303. Disponível em: < [http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/12-rev19\\_295-320\\_-\\_andreas\\_j.\\_krell.pdf](http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/12-rev19_295-320_-_andreas_j._krell.pdf)>. Acesso em: 29 out. 2017.

KRETSCHMANN, Ângela. O direito autoral na era digital: a reprodução de obras intelectuais na internet. In: **Dignidade da pessoa humana e direitos intelectuais: re(visitando) o direito autoral na era digital**. Florianópolis: Conceito; Milenium, 2008.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1991.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LANGE, Deise Fabiana. **O impacto da tecnologia digital sobre o direito de autor e conexos**. São Leopoldo: Unisinos, 1996.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Ondina Fachel; SOLAGNA, Fabrício; SOUZA, Rebeca Hennemann Vergara de. As políticas globais de governança e regulamentação da privacidade na *internet*. In: **Revista Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, a. 20, n. 41, jan./jun. 2014.

LEITE, Eduardo Lycurgo. **Direito de autor**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito (moral) de inédito**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

LEITE, Leni Ribeiro. **O universo do livro em Marcial**. Tese (Doutorado em Letras Clássicas) – Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Rio de Janeiro, 2008.

LEMOS, André. **Cibercultura: tecnologia e vida social na cultura contemporânea**. Porto Alegre: Sulina, 2013.

LEMOS, Ronaldo; BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Copyleft, Software Livre e Creative Commons: a nova feição dos direitos autorais e as obras colaborativas*. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2796/copyleft\\_software\\_livre\\_e\\_cc\\_a\\_nova%20feicao\\_dos\\_direitos\\_autorais\\_e\\_as\\_obras\\_colaborativas.pdf?sequence=1](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2796/copyleft_software_livre_e_cc_a_nova%20feicao_dos_direitos_autorais_e_as_obras_colaborativas.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 19 out. 2017.

LEMOS, André; LÉVY, Pierre. *O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária*. São Paulo: Paulus, 2010.

LEMOS, Ronaldo *et al.* *Direitos autorais em reforma*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2011.

LÉVY, Pierre. *A inteligência coletiva*. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015.

LESSIG, Lawrence. *Free culture: the nature and future of creativity*. Washington: Penguin Books, 2004.

LIMA, J. A. A.; TENÓRIO FILHO, G. M. F.; FERREIRA, S. M. M. Recursos educacionais abertos: da ética colaborativa à base jurídica (neo)autoralista. In: ESCOLA, Joaquim José Jacinto et al. *Rumo à inclusão educacional e integração das TIC na sala de aula*. Santiago de Compostela: Andavira Editores, 2014.

LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: UNESCO, 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 141, jan./mar. 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito e transformação social: ensaio interdisciplinar das mudanças no direito*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.

LUDWIG, Marcos de Campos. Direito Público e Direito Privado: a superação da dicotomia. MARTINS-COSTA, Judith (Org.). In: *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002.

MANSO, Eduardo J. Vieira. *O que é direito autoral*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

MCLUHAN, Marshall. *A galáxia de Gutenberg: a formação do homem tipográfico*. Tradução de Leônidas Gontijo de Carvalho e Anísio Teixeira. São Paulo: Nacional, 1977.

MALLMANN, Querino. A natureza jurídica do direito da propriedade intelectual: o direito de autor. In: *Revista do Mestrado em Direito da UFAL (Universidade Federal de Alagoas)*, v. 2, n. 3, 2008. Maceió: Edufal, 2008.

\_\_\_\_\_. Os direitos morais do autor no mundo informático, mercado editorial e globalizado pelo mundo digital. In: *Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição (PIDCC)*, Aracaju, Ano IV, Edição Nº 08/2015, fev. 2015.

MACHADO, Arlindo. *A arte do vídeo*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

MAGANE, Renata Possi. O método concretista da constituição aberta. *In: Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 25, n. 2, jul./dez. 2009.

MANSO, Eduardo Vieira. **A informática e os direitos intelectuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

\_\_\_\_\_. **Contratos de direito autoral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

\_\_\_\_\_. **Direito Autoral**. São Paulo: José Bushatsky Editora, 1980.

\_\_\_\_\_. Utilização de obras intelectuais alheias para organização de antologias e compilação justapostas à obra original. *In: Revista dos Tribunais*, v. 589, nov. 1984.

MARCONDES FILHO, Ciro. **Pensar – pulsar: cultura comunicacional, tecnologias, velocidade**. São Paulo: NTC, 1996.

MARIOT, Gilberto. **Os direitos autorais na internet segundo os Tratados Internacionais**. p. 7-8. Disponível em: <[http://mbek.com.br/artigos/Os\\_Direitos\\_Autorais\\_na\\_Internet.pdf](http://mbek.com.br/artigos/Os_Direitos_Autorais_na_Internet.pdf)>. Acesso em: 29 set. 2017.

MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 2000.

MIZUKAMI, Pedro Nicoleti. **Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2007.

MENEZES, Elisângela Dias. **Curso de direito autoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MILL, John Stuart. **On liberty**. *Cambridge Texts in the History of Political Thought: Cambridge University Press*, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

\_\_\_\_\_. A importância da causa. *In: Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*. Rio de Janeiro: Ed. Padma. Vol. 21, jan./mar. 2005.

MORAES, Walter. **Artistas, intérpretes e executantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

MORAES, Rodrigo. **A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias**. Ministério da Cultura: Brasil, 2004.

\_\_\_\_\_. **Os direitos morais do autor: repersonalizando o direito autoral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NEGROPONTE, Nicholas. *Being digital*. Nova York: Alfred A. Knopf, 1995.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcibíades de. fala de um “desafio hermenêutico”, cf. Os dez anos da Constituição Federal: o Poder Judiciário e a construção da democracia no Brasil. In: **Democracia e Justiça** – O Poder Judiciário na Construção do Estado de Direito. Porto Alegre: TJERS, 1998.

ONG, Walter. **Oralidade e cultura escrita**: a tecnologização da palavra. Tradução de Enid Abreu Dobránsky. Campinas: Papyrus, 1998.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL (OMPI). *Guia del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*. Genebra: OMPI, 1978.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL (OMPI). **Relatório da comissão sobre direitos de propriedade intelectual**: integrando direitos de propriedade intelectual e política de desenvolvimento. Disponível em: <[http://www.iprcommission.org/graphic/documents/final\\_report.htm](http://www.iprcommission.org/graphic/documents/final_report.htm)>. Acesso em: 18 out. 2017.

PARDO, Julián Rodríguez. *El derecho de autor em la sociedad de la información*. In: **Comunicación y sociedad**, vol. XIV, n. 01, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIMENTA, Eduardo. **Princípios de direitos autorais**: um século de proteção autoral no Brasil (1898-1998). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

PONTES, Hidélbrando. **Os contratos de cessão de direitos autorais e as licenças creative commons**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Sistema de ciência positiva do Direito**. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

PLASCENCIA, David Ramirez. *Análisis Institucional del Ciberespacio: aplicación del pluralismo jurídico y neo-constitucionalismo en estudio de la regulación de Internet*. In: **Revista TEXTOS de la CiberSociedad**. 2008. Disponível em: <<http://www.cibersociedad.net/textos>>. Acesso em 21 out. 2017.

SAMUELSON, Pamela. *Digital media and the changing face of intellectual property law*. *Rutgers Computer and Technology Law Journal*, 323, 1990.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTOS, José Luiz dos. **O que é cultura**. São Paulo: Brasiliense, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_; KRETSCHMANN, Ângela. Os direitos do autor como direitos fundamentais? *In: Revista Jurídica do CESUCA*, v. 1, n. 1, jul., 2013.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *In: Revista TST*, Brasília, vol. 77, nº 4, out./dez. 2011.

SAVRANSK, I. **A cultura e as suas funções**. Moscou: Edições Progresso, 1986.

SCHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Contraponto, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. O proporcional e o razoável. *In: Revista dos Tribunais*, n. 798, 2002.

SILVA, Rosane Leal da; RUE, Leticia Almeida de La. A constitucionalização do direito de autor e as potencialidades da internet para a difusão da cultura. *In: Revista de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza*, v. 19, Fortaleza, 2014.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. **Inclusão digital, software livre e globalização contra-hegemônica**. Disponível em: <[http://www.softwarelivre.gov.br/artigos/artigo\\_02/](http://www.softwarelivre.gov.br/artigos/artigo_02/)>. Acesso em: 19 out. 2016.

SMENDIGHOFF, Thomas J. **Multimedia Legal Handbook**. New York: John Wiley & Sons, 1994.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas**. Vol. 1. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Editora Nova Cultura Ltda., 1996.

SOUZA, Allan Rocha de. **Direitos autorais: a história da proteção jurídica**. *In: Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VI, n. 7, dez., Rio de Janeiro, 2005.

STRECK, Lenio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SUSTEIN, Cass Robert. **Infotopia: how many minds produce knowledge**. New York: Oxford University Press, 2006.

TAKAHASHI, Tadao (org.). **A sociedade da informação do Brasil Livro Verde**. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TRIDENTE, Alessandra. **Direito autoral**: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI. São Paulo: Campus, 2008.

VAIDHYANATHAN, Siva. *Copyrights and copywrongs: the rise of intellectual property and how it threatens creativity*. New York: New York University Press, 2001.

VELASCO, Rogelio L.; GUTIÉRREZ, Lucila C. *Las directivas de interpretación jurídica*. México: Fontamara, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Volume III – Contratos em espécie. São Paulo: Atlas, 2001.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.

VITALIS, Aline. A função social dos direitos autorais: uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade da informação. In: **Direito Autoral** – Coleção Cadernos de Políticas Culturais, v. 1. Brasília: Ministério da Cultura, 2006.

WARAT, Luis Alberto. O sentido comum teórico dos juristas. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **A crise do direito numa sociedade em mudança**. Brasília: UnB, 1998.

WEBER, Max. **A lógica protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Livraria Pioneira, 1985.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M. Botelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WIENER, Norbert. **Cibernética e sociedade**: o uso humano dos seres humanos. São Paulo, Cultrix, 1973.

ZAHAR. **Dicionário de música**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1985.