



#

#

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO

Direito de Autor, limites e interesse público

MESTRADO CIENTÍFICO EM DIREITO INTELECTUAL

Autora

MARISSOL BARBOSA DE SOUZA PINHEIRO

Professor Orientador

Professor Doutor José Alberto Coelho Vieira

2017

Direito de Autor: Limites e interesse público.

“O livro, como um livro, pertence ao autor, mas como um pensamento, ele pertence - a palavra não é tão vasta - à humanidade como um todo. Todas as pessoas possuem este direito. Se um desses dois direitos, o direito do escritor e o direito do espírito humano, precisar ser sacrificado, certamente o direito do escritor seria o escolhido porque o interesse público é a nossa única preocupação, e todos, eu vos digo, devem vir antes de nós.”

(Victor Hugo, Discurso de Abertura do Congresso Literário Internacional de 1878, Paris)

Resumo

A presente dissertação se propõe a analisar o direito de autor e seus limites, de forma que seja possível verificar se o interesse público que os conduz desde sua matriz anglo-saxónica encontra-se atendido e presente na atualidade. Adotou-se uma ótica que pretender obter uma visão geral, por meio do estudo da codificação internacional acerca dos dois principais sistemas vigentes em três localizações distintas, nos dois principais eixos culturais do globo terrestre, Reino Unido e Estados Unidos, pelo *copyright*, Europa, exemplificado em Portugal pelo sistema continental europeu, bem como num país em desenvolvimento, o Brasil. Estas três óticas para tentativa de verificar a existência de algum sistema ideal e se existem soluções práticas jurídicas suficientes e eficazes para reconduzir o direito de autor ao interesse público no direito internacional e no ordenamento brasileiro.

Palavras – Chave: Direito de Autor. Limites. Interesse Público. Equilíbrio.

Abstract

The present dissertation intends to analyze the copyright and its limits, so that it is possible to verify if the public interest that leads them from its Anglo-Saxon matrix is attended and present nowadays. It was adopted a perspective that aims to obtain an overview, through the study of the international codification of the two main systems in force in three different locations, in the two main cultural axes of the entire globe, the United Kingdom and the United States, exemplified in Portugal by the European continental system, as well as in a developing country, Brazil. These three perspectives attempt to verify the existence of some ideal system and if there are sufficient and effective legal solutions to bring copyright to the public interest in international law and in Brazilian law.

Keywords: Copyright. Limits. Public interest. Balance.

Lista de Abreviações

A2K – Access to Knowledge

CE – Comunidade Europeia

CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil

CRP – Constituição da República Portuguesa

CDADC – Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos

CDPA - *Copyright, Designs and Patents Act 1988*

Dir. – Diretrizes da União Europeia

DMCA – *Digital Millenium Copyright Act*

DUDH - Declaração Universal dos Direitos do Homem

ECAD - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição

EUA - Estados Unidos da América

LDA - Lei de Direitos Autorais Brasileira

OMPI - Organização Mundial da Propriedade Intelectual

ONU - Organização das Nações Unidas

PL - Projeto de Lei

RESP – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TRIPS ou ADPIC - Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual
Relacionados ao Comércio

UE - União Europeia

UNESCO - Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura

USC – *United States Copyright Law 1976*

VARA – *Visual Artists Rights Act*

Agradecimentos

Este estudo não é em vão. Este estudo não é em vão. Escolher o direito de autor e seus limites representa a minha escolha de postura para com a vida. O saber quem somos. Nossas origens jamais esquecidas, nosso conteúdo e nossa função neste mundo. Conscientes de nosso alcance, estamos prontos para designar nossas limitações.

Os limites tornam a missão suportável, nos dão o poder de dizer que vamos até aqui. Os limites que criamos nos fazem fortalezas de nós mesmos, no melhor sentido. De autoconhecimento, de força e de afastamento de tudo que aflige. Estudar um direito e sua delimitação negativa me fez ver o quão importante as limitações sempre foram em minha vida de 33 anos.

Dito isto, dedico todo este estudo em primeiro lugar a Deus, se não fosse a fé nos momentos de exaustão, jamais teria sido possível. Em segundo lugar, a minha amada genitora Marise de Souza, pelo investimento financeiro e emocional. Pela dedicação eterna e inabalável. Por ser a Mamãezinha querida, heroína que sempre ultrapassa o conceito convencional de Amor e não vê barreiras num oceano. Atravessa o Atlântico para me oferecer o suporte físico e sentimental quando uma cirurgia inesperada acontece. Todo o esforço, todo o trabalho, toda a distância, tudo é com ela, por ela e para ela. Obrigada minha Mamãe.

Obrigada ao meu Vovô Alcides Gonçalves que aos 84 anos é o melhor Pai do Universo, amoroso, compreensivo e incentivador. O que ama sem egoísmo e me diz para voar. Meu Titio Alcides e minha Titia Vânia, lado esquerdo do peito, mil churrascos de boas – vindas e muito carinho sempre. Meu padrasto Adilson, por tantas vezes ser um Paizão maravilhoso para mim. Não posso deixar de agradecer a toda a minha família, o alicerce maior de amor e compreensão desmedidos. O retorno para casa é o reencontro com o lar de amor e receção calorosa, sempre. Minha Madrinha e segunda Mãe Adelaide Gabriela, meus primos Angela Maria e André Messias. Meu afilhado do coração, filho que ainda não tive, Cauã. Sangue do meu sangue. Parte de mim.

Também não posso esquecer os Amigos que mesmo de longe compreenderam minha ausência e se esforçaram para estar comigo sempre que possível. Amo vocês. Não há espaço para citar um a um, mas para todos, que o Bem haja. Alguns me emocionaram demais, com abnegação e amor. Minha Amiga Simone Viana, que não

hesitava em levar meu pequeno sobrinho para me ver quando o corpo e coração estavam quebrados. A Aline Ferreira, que me deu luz na retomada turbulenta da tese, acalentou com sua inteligência acadêmica e emocional. João Vítor e Daiana, meus irmãos escolhidos, nunca me abandonam, sempre disponíveis para um colo. Luana Christi, minha mais antiga amiga, desde os 8 anos de idade minha irmãzinha toda ouvidos e coração. Vinicius Pergentino, meu amigo sempre ao meu lado. Michelle Vargas, com as portas da sua casa sempre abertas. São tantos e tão amorosos. Sintam-se todos beijados. Guardo todos no meu coração eternamente.

Agradeço também a minha família escolhida, os Amigos que fiz por aqui, meus pilares em terras longínquas. Companhias para os sorrisos, ombros para as lágrimas, ouvidos para desabafos, incentivos para conquistas. Nem das visitas ao hospital escaparam. Isabel Neto, minha companheira lusitana de aventuras, sejam elas limpezas, diversão ou desabafos. Jessica Ramos, minha brasileira nipônica preferida em tantas horas de estudo, devaneios e noitadas. Caroline Bernardo, minha amiga querida, sempre e sempre disposta a ajudar, seja estudo, farra ou sentimentos. Marcia Mesquita e Rogério Paz, meus primeiros familiares por aqui com todo o apoio fraternal. Teresa Pinto Mendes, minha professora que não tardou em ser amiga. Obrigada a cada um que contribuiu para o meu bem-estar acadêmico e emocional: Waldyr da Justa, Caliane Nery, Maiara Righi, Rodrigo Vieira, Eduardo Gomes, Wlândia Távora, Camila Craveiro, Marcos Marinho, Paloma Paes.

Às minhas colegas de turma que já não vejo tanto quanto gostava, mas sempre serão umas queridas amigas: Alexandra Fonseca, Diana Rosa, Catarina Louro, Alia Amada e Inês Petiz.

Não posso deixar de agradecer a todos os funcionários e colaboradores da Biblioteca pelo carinho com esta aluna amante dos livros que se tornou bolsreira e parte integrante desta Faculdade. Obrigada também a Doutora Maria José de Abreu, do Gabinete de Responsabilidade Social desta faculdade, por ser uma querida, sempre pronta ajudar com gentileza.

Obrigada ao meu Orientador Professor Doutor José Alberto Vieira, tão solícito sempre, um sábio que se propôs a auxiliar uma sonhadora.

Foram dias e noites com saudades sem fim e choros incontáveis. Mas aqui há o trabalho de alguns anos de esforço e dedicação. O resultado de escolhas que foram felizes, mas não sem dor. Um direito de vir a Portugal que me concedi, para mudar e embarcar na vida acadêmica de corpo e alma. Os limites que levantei tal qual muros e

alguns outros que ultrapassei, saltei como se obstáculos numa corrida fossem. Esta dissertação trata diretamente do direito de autor e seus limites, mas, como crescimento pessoal me fez repensar a vida e seus limites territoriais e sensoriais.

Sumário

Resumo.....	2
Abstract	3
Lista de Abreviações	4
Agradecimentos.....	5
Sumário	8
1) Prolegómenos.....	9
2) O Direito de Autor: o significado do exclusivo.	13
2.1) Estrutura:.....	14
2.1.1) Teorias Monistas.....	16
2.1.2) Teorias dualistas.....	20
2.1.3) Teorias Pluralistas:.....	26
2.2) Natureza Jurídica	29
2.2.1) Natureza Jurídica nos sistemas de Copyright.....	30
2.2.2) Natureza Jurídica no sistema continental europeu	41
2.2.3) Natureza Jurídica no Brasil	56
2.3) Conteúdo Patrimonial do Direito de Autor:	70
3) Direito de Autor é Direito Humano ou fundamental?.....	106
4) Utilizações Livres, Limites ou Limitações ao Direito de Autor:.....	131
4.1) Fair abridgement, Fair dealing, Fair use	138
4.2) Utilizações Livres no sistema continental europeu.....	152
4.3) Limites, a situação brasileira.....	168
5) Equilíbrio de interesses: busca incessante.....	183
6) Conclusão	201
7) Bibliografia	222
8) Anexo I.....	242

1) Prolegómenos

A criação faz parte da natureza adaptável humana. Para resolver seus problemas de sobrevivência, o homem inventou ferramentas para modificar e interagir com a natureza. A Terra mudou, o tempo passou e as preocupações também mudaram. A invenção da escrita. A busca pelo entendimento da vida e do seu sentido, a sobrevivência intelectual. A Humanidade passa a refletir sobre si mesma e seu lugar no planeta. Estes pensamentos precisavam ser registados.

No ritmo da evolução humana séculos e séculos se passaram até a invenção da prensa mecânica em 1455 e a viabilidade da difusão de obras literárias e artísticas através da sua reprodução por meios mecânicos. Assim surgem os privilégios de impressão, monopólios industriais concedidos pelos Monarcas aos livreiros, os antecedentes históricos do direito de autor.

Neste sentido, com a evolução da sociedade e dos seus modos de produção em etapa liberal, o direito teve de se adequar para a proteção destas criações humanas em novo patamar. Assim surge o chamado direito da propriedade intelectual, ramo moderno do direito que abrange tudo que resulta do esforço intelectual humano¹.

Esta sucinta narrativa introduz o tema específico desta dissertação: o Direito de Autor. Nascido em Inglaterra com o Estatuto da Rainha Ana, se desenvolve também na França Pós – Revolução. Belo, controvertido e forte, no dizer de alguns seria a mais importante das propriedades por versar sobre o intelecto do Homem. O direito de autor é o mais cobiçado entre os direitos intelectuais, tendo em vista que é o de duração mais extensa e independe de registo na maioria das democracias ocidentais.

A maior proteção económica possível é o mote da presente pesquisa sobre o direito de autor, com atenção a sua cientificidade e pouso histórico. A pesquisa se

¹Neste ramo também se enquadram marcas e patentes, cultivares e todos os direitos de propriedade industrial. Esta tese utilizará tanto a terminologia direitos da propriedade intelectual quanto direitos intelectuais. A primeira terminologia, por ser adotada pela OMPI e a segunda, de maior precisão técnica, filiada a doutrina do Professor Doutor Ascensão, que por discordar da natureza proprietária de tais direitos, defende a expressão direitos intelectuais.

desenvolve de forma a avaliar a evolução histórica e crítica do instituto do direito de autor, bem como dos conflitos de interesses que se desenrolam na contemporaneidade. Esclarece-se que a visão aqui dada ao direito de autor trata de obras científicas e artísticas em geral, sem aprofundamento em institutos como programas de computador ou base de dados, por acreditá-los incoerentes com este ramo do direito, meros resultados da “mania” de proteger tudo sob a égide do direito de autor.

A Humanidade com sua eterna fome de poder. Os integrantes da indústria cultural desejam a maior proteção possível do seu investimento, com o objetivo de lucrar, sob o argumento da proteção do direito do autor. Por outro lado, os usuários da obra, a fatia da sociedade ouvinte, espetadora e hoje também participativa no processo de autoria, ansiosa por conhecimento e cultura de maneira fácil e acessível para fins pessoais.

A tecnologia e os direitos humanos após a Segunda Guerra mudaram a relação da Humanidade com a cultura e a educação, tornando-os essenciais e indispensáveis a uma vida digna.

Apresentados os três principais interesses e atores (indústria cultural, autores e sociedade) é importante já agora definir o interesse público sito no direito de autor. O interesse público é de caráter geral, o desejo de fomentar a criação de obras para que os usuários possam desfrutar, mas também de facilitar o acesso destes mesmos usuários e de preservar o acervo intelectual para as gerações vindouras².

Elucidado o conflito. O Direito de Autor em proteger sua exclusividade *versus* Sociedade desejosa de acesso. É estranho, como se o autor não vivesse na sociedade, integrado e resultado dela. Mas de toda a forma, desta conflagração, decorre a análise convencional do direito de autor, realizada por pontos de vistas diferentes, conflituosos, sempre com o objetivo explícito de alcançar o equilíbrio³. As normas de Direito de Autor são então compreendidas como um centro de confluência de interesses divergentes, com a difícil missão de satisfazer todos os envolvidos e ao mesmo tempo tentar diminuir ao máximo o prejuízo de todos.

O objetivo inicial desta dissertação é encontrar o conceito de direito de autor condizente com a realidade, daí a necessidade imperiosa de avaliação da natureza,

²SANTOS, Manoel J. Pereira. As limitações aos direitos autorais *in* ASCENSÃO, José de Oliveira; SANTOS, Manoel J. Pereira; JABUR, Wilson Pinheiro (Org.). Propriedade intelectual – Direito Autoral. Série GVlaw. São Paulo. Saraiva. 2014, p. 69.

³ Vide o art. 7.º do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS*) e com o preâmbulo do Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) sobre Direitos de Autor.

estrutura e conteúdo patrimonial. O centro da pesquisa é analisar o direito de autor na lógica patrimonial maximalista constatada também pelo enquadramento como direito fundamental e/ou humano nos territórios em estudo, bem como se os limites intrínsecos que deveriam ser baluartes do interesse público são capazes de cumprir esta função.

Os questionamentos giram em torno da atualidade dos sistemas, se são efetivos e se prestigiam o interesse público. O direito de autor é propriedade? Há um melhor sistema de proteção entre os dois principais derivados dos dois maiores eixos culturais, quais sejam, Europa e anglo-saxão? Existe um sistema ideal, efetivamente equilibrado? O Brasil, apesar de ser um país em desenvolvimento, de características híbridas na atualidade, caminha para um direito de autor que atende ao interesse público? Qual seria o melhor caminho para o reequilíbrio? Qual a possível solução no Brasil?

Para atendimento dos objetivos, segue-se uma ordem de exposição dos temas intencional, a fim de propor ao leitor o mesmo raciocínio realizado nesta pesquisa para o alcance das soluções prático-jurídicas. Como praxe deste estudo, toda a análise é feita sempre acerca de algum contexto no direito internacional, a passar pelos dos dois regimes existentes, anglo-saxão e continental europeu, para posterior abordagem sobre o Brasil, exemplo de país em desenvolvimento que absorve conceitos de ambos os sistemas e Pátria Mãe desta Mestranda.

Tal escolha metodológica não é feita em vão. Começa-se pela visão geral internacional, chega-se aos sistemas que podem ser separados nos dois principais centros irradiadores de bens culturais, anglo-saxão e continental europeu. Parte-se do sistema mais diferente, anglo-saxão, sempre numa abordagem do Reino Unido e dos Estados Unidos. Quando se chega ao continental europeu, verifica-se a situação comunitária e passa-se ao ordenamento interno português, como lar desta dissertação e segunda Pátria desta Mestranda. Sempre será vista uma perspectiva dos dois sistemas principais, para posterior análise da situação brasileira, a partir do geral para o específico.

Elabora-se um primeiro capítulo conceitual para uma visão do significado do direito de autor, um compêndio das principais teorias acerca da estrutura e da natureza jurídica. Visa-se o enquadramento de cada sistema na teoria que mais condiz com a realidade. A observação das concepções existentes e consideradas relevantes busca também perceber se existe um sistema melhor, alinhado com o equilíbrio de interesses e em qual das teses se adéqua melhor o regime brasileiro vigente, dada sua absorção de lógicas.

Ainda no primeiro capítulo, fruto do conceito, opta-se por algum aprofundamento na determinação do conteúdo patrimonial. Não serão elencadas minuciosamente as faculdades que integram o direito de autor, por parecer fastidioso e desnecessário. O olhar dado é direcionado para analisar o centro do conteúdo do direito de autor, resultado da interpretação do seu significado e seus reflexos na atualidade. A pesquisa sobre o conteúdo leva a conclusão sobre o alcance, o escopo do direito, nos dois principais sistemas do mundo ocidental e no Brasil.

Situado o estado da proteção, o segundo capítulo analisa uma posição que pode alterar toda a significância concluída: o enquadramento do direito de autor como direito humano ou fundamental. A procedência ou não deste argumento é complemento necessário para a aceção real da situação jusautorais contemporânea.

Com um quadro conceitual suficiente, percebidas as interpretações e suas implicações na prática, emerge a necessidade da observância das delimitações negativas, os limites que recortam o direito de autor. Neste terceiro capítulo, separam-se novamente por subitens os dois sistemas adotados como paradigmas na presente pesquisa e o Brasil, por motivos didáticos.

Antes de chegarmos à conclusão, empreende-se um estudo sobre alguns movimentos para a busca do reequilíbrio do direito de autor, entre eles, alguns iniciados na sociedade, outros de iniciativa política ou acadêmica.

No que tange a bibliografia, diversas obras das mais diversas nacionalidades, contudo, destaque para as obras britânicas, americanas, brasileiras e portuguesas, ao passo que o trabalho pretende uma visão geral dos dois sistemas existentes, quais sejam, *copyright* e continental europeu, bem como de um país em desenvolvimento. Ademais, pelo motivo óbvio desta dissertação ser apresentada nesta renomada Universidade de Lisboa.

O método utilizado foi o dedutivo, tendo em vista que o trabalho se desenvolve a partir dos questionamentos anteriormente levantados, analisando-os com os fatos e dados descobertos. Para tanto, a técnica de pesquisa utilizada foi a Bibliográfica, com consulta a livros, dissertações/teses, legislação, jurisprudência, artigos, revistas especializadas e consulta em sítios eletrônicos.

2) O Direito de Autor: o significado do exclusivo.

A priori, insta salientar que não há nesta dissertação qualquer pretensão de esgotar o rol de teorias acerca da estrutura ou da natureza do direito de Autor. Apresentam-se algumas concepções para elucidar a estrutura e a natureza do direito em comento.

Vale dizer que a estrutura e a natureza são facilmente confundíveis. Entretanto, numa coerência lógica, para o estudo da natureza jurídica, impreterível faz-se a análise prévia das teorias acerca da estrutura deste direito. Descobrir a estrutura do direito de autor significa analisar uma decorrência lógica da natureza do direito de autor⁴ e vice-versa. Umbilicalmente ligados, sua união resulta no conceito de direito de autor que nos remete ao seu sentido, faz-nos perceber o seu alcance para então conceber as suas limitações, uns após os outros desvendados.

Todavia, antes de adentrar no estudo da exegese do direito de autor, uma breve consideração sobre expressões que serão usadas a fim de desbravar as nuances do afamado direito. Duas questões terminológicas devem ser esclarecidas.

Muito se fala em direitos morais e direitos patrimoniais como conteúdo do direito de autor, inequívoco direito subjetivo. O conceito de direito subjetivo é formado a partir do século XVIII, com a assertiva de que contém poderes ou faculdades do titular do direito subjetivo. Entretanto, a evolução da doutrina germânica muda este conceito e na atualidade sabemos que o direito subjetivo integra uma complexidade de posições jurídicas, positivas e negativas, poderes e deveres⁵. A propósito da Lei portuguesa, a Professora Doutora Claudia Trabuco entendeu erróneo nomear por direitos as faculdades que são compreendidas no seio de um direito subjetivo⁶

Logo, o correto é sempre falar que faculdades/poderes morais e patrimoniais integram o direito de autor.

⁴VIEIRA, José Alberto Coelho. *A estrutura do direito de autor no ordenamento jurídico português – Relatório de Mestrado – 1992 – Universidade Lisboa – Faculdade de Direito*, p. 8.

⁵ASCENSÃO, José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais *in* ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). *Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006, p.85.

⁶TRABUCO, Cláudia. *O Direito de Reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 75.

A segunda questão versa sobre a adoção do adjetivo “morais”, muito criticada por eminentes professores⁷. O Excelso Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, a tratar especificamente da lei brasileira, entende a expressão direitos morais como incorreta, uma má tradução da língua francesa, vez que o significado que se pretende em francês é o oposto de direito patrimonial, logo, mais pertinente o adjetivo pessoal⁸. Na seara do copyright, também foi feita a criticável tradução do francês e existe a nomenclatura *moral rights*, tanto no Reino Unido quanto nos Estados Unidos. Moral em inglês tem o mesmo sentido que em português, logo, também na doutrina anglo-saxónica são encontrados textos a criticar a expressão⁹.

Ultrapassados tais esclarecimentos, justifica-se o uso de todas as expressões citadas, direitos / faculdades / poderes pessoais ou morais e patrimoniais, tendo em vista que, apesar de aparentemente carente de técnica, a expressão “direitos morais” foi a escolha legislativa, mas que constem evidenciadas as críticas e os porquês.

Cabe mais um esclarecimento terminológico, com a necessária diferenciação entre Direito de Autor e Direito Autoral. Direito de Autor é o ramo do ordenamento jurídico concernente aos direitos relativos às obras artísticas e literárias. Já o Direito Autoral é explicado como género, vez que é mais abrangente¹⁰. Alberga o mesmo direito de autor e ainda os direitos conexos, ou seja, os direitos dos intérpretes ou executantes, organismos de radiodifusão e produtores de fonogramas. Usaremos com frequência a expressão direito de autor a fim de realmente referirmo-nos à espécie e não ao género. Deseja-se claramente tratar do direito de autor em si, excluídos os direitos conexos.

2.1) Estrutura:

A estrutura de um direito é refletida no seu conteúdo e nas suas características. Tais peculiaridades são traduzidas no regime legal que o tutela. Assim sendo, a estrutura engloba forma e conteúdo e o seu estudo visa verificar a composição do direito em tela. As teorias acerca da estrutura do direito de autor são inúmeras e as mais diversificadas possíveis.

⁷Além do Professor Doutor Ascensão, vê-se também crítica em LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2011, p.121.

⁸ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 129.

⁹Por exemplo: ROSENBLATT, Betsy. Moral Rights Basics. Disponível em <<https://cyber.harvard.edu/property/library/moralprimer.html>>. Acesso 09 mai. 2017.

¹⁰BRANCO, Sérgio. *O Domínio Público Autoral Brasileiro - Uma Obra em domínio público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 40.

Para fins deste estudo, optamos por dividi-las em monistas, dualistas e pluralistas¹¹. Serão citados os principais expoentes de cada corrente doutrinária, feitas algumas considerações gerais sobre a teoria, bem como serão vistos os defensores de tais teorias na Europa, em Portugal e no Brasil.

Vale dizer que a preocupação estrutural é uma discussão privativa dos países que adotam o sistema de direito de autor continental europeu, dado o caráter eminentemente patrimonial do *Copyright*. Frise-se que os direitos morais muito timidamente começam a integrar os sistemas de *Copyright*, principalmente em razão da CB, que não impõe aos países signatários a irrenunciabilidade das faculdades morais de autor¹².

O Reino Unido prevê ao menos quatro direitos morais, sendo estes renunciáveis e intransferíveis¹³. A renúncia é ato revogável, mas também há disposição expressa acerca da incidência da lei geral contratual, bem como de *supressio* (em inglês, *estoppel*) para direitos morais¹⁴.

Já nos Estados Unidos, a doutrina dos "direitos morais" e sua perspectiva filosófica tem encontrado alguns defensores entre os legisladores. Resultado desse movimento é a criação de leis estaduais¹⁵ para preservação da arte e a criação da Lei de âmbito federal chamada *Visual Artists Rights* de 1990 (VARA). Tal lei foi concebida apenas para proteção de artes visuais, especificamente pinturas, fotografias, desenhos e esculturas. A lei garante aos autores destes tipos específicos de obras os direitos de

¹¹ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 579. Adotam essa mesma divisão os Professores Doutores Alberto Sá e Mello, José Alberto Vieira, entre outros. Críticas a esta separação: REBELLO, Luiz Francisco. *Introdução ao Direito de Autor*. Lisboa: Dom Quixote, 1994, p. 51.

¹²TRABUCO, Cláudia. *O Direito de Reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 81.

¹³“Section 94: Moral rights not assignable. The rights conferred by Chapter IV (moral rights) are not assignable”. Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/section/94> Acesso em 23 jun 2016.

¹⁴“Section 87: Consent and waiver of rights.

(1)It is not an infringement of any of the rights conferred by this Chapter to do any act to which the person entitled to the right has consented.

(2)Any of those rights may be waived by instrument in writing signed by the person giving up the right.

(3)A waiver—

(a)may relate to a specific work, to works of a specified description or to works generally, and may relate to existing or future works, and

(b)may be conditional or unconditional and may be expressed to be subject to revocation;

and if made in favour of the owner or prospective owner of the copyright in the work or works to which it relates, it shall be presumed to extend to his licensees and successors in title unless a contrary intention is expressed.

(4)Nothing in this Chapter shall be construed as excluding the operation of the general law of contract or estoppel in relation to an informal waiver or other transaction in relation to any of the rights mentioned in subsection (1).” Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/section/87> . Acesso em 23 jun. 2016.

¹⁵California Art Preservation Act of 1980, CAL. CIV. CODE § 987; New York Artists’ Authorship Act of 1984, N.Y. ARTS & CULT. AFF. LAW § 14.03.

indicação de autoria e de integridade¹⁶, de acordo com o § 106 - A. Vale dizer que tais direitos são renunciáveis. Além destas artes visuais, não são garantidos direitos morais nos Estados Unidos.

2.1.1) Teorias Monistas

Diversas são as teorias monistas. Em comum, todas concebem o direito de autor como um regime unitário, um todo que unifica as faculdades, um único direito subjetivo¹⁷. *A priori*, partem do pressuposto de identidade de geração e de objeto dos diversos componentes deste direito¹⁸: a sublime criação intelectual exteriorizada no *corpus mechanicum*¹⁹ da obra literária ou artística. Assim sendo, entendem que o direito de autor é formado por diversos componentes que possuem características distintas. Tais distinções resultam numa tutela de interesses²⁰ de índole e natureza diversos, mas não suficientemente distintos e independentes para que seja justificada sua classificação como autónomos²¹.

Há de se observar que incontroverso é o facto de que as faculdades morais e patrimoniais que compõem o direito de autor realmente nascem do mesmo facto jurídico uno: a tão sublime criação intelectual, o que leva a crer que todas as faculdades decorrem deste mesmo facto num mesmo momento. Entretanto, esta consideração

¹⁶WANG, Amy. Graffiti and the visual arts rights in *Washington Journal of Law*, v. 11, n. 2, 2015. Disponível em <<https://digital.law.washington.edu/dspace-law/bitstream/handle/1773.1/1479/11WJLTA141.pdf?sequence=3>>, p.145. Acesso 02 nov. 2016.

¹⁷VIEIRA, José Alberto Coelho. A estrutura do direito de autor no ordenamento jurídico português – Relatório de Mestrado – 1992 – Universidade Lisboa – Faculdade de Direito, p. 8.

¹⁸TRABUCO, Cláudia. *O Direito de Reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 76.

¹⁹A doutrina usualmente chama a obra intelectual de *corpus mysticum*. Já o bem físico, o suporte da obra, chama-se *corpus mechanicum*.

²⁰No Direito de Autor é comum falar em tutela e ponderação de interesses. Para os constitucionalistas esta seria uma atecnia. Entretanto, na seara do Direito Autoral, tal nomenclatura foi fundada no sistema germânico, sob a influência da escola da jurisprudência dos interesses (*Interessenjurisprudenz*) em matéria de direito de autor e conexos. Tal análise é feita por meio dos questionamentos acerca das valorações dos interesses das diversas figuras presentes no cenário autoral. Importante frisar a teoria de Hubmann, que desenvolve uma ideia de equilíbrio e ponderação, com a identificação dos diversos interesses envolvidos: dos autores, do público, da cultura, dos indivíduos na formação e desenvolvimento da sua personalidade, dos intermediários que têm um papel relevante na economia cultural, dos titulares, indivíduos ou empresas de direitos conexos. Para maiores informações, vide: TRABUCO, Cláudia. *O Direito de Reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 159 e seguintes.

²¹MELLO, Alberto de Sá. *Manual de Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 333.

suscita um problema: tendo em vista que as faculdades pessoais e patrimoniais do autor estão reunidas sob um denominador comum, a cessão de direitos não será permitida²².

Em regra, exaltam uma das faculdades e desmerecem a outra, ou seja, advogam pela predominância de uma delas: pessoais ou patrimoniais. Entretanto, também surgiram teorias monistas que perceberam o direito de autor como a conjugação dos poderes envolvidos nesta situação jurídica, de modo que o resultado seria um direito *sui generis*, de características e natureza diversas daqueles poderes que o compõem, se forem considerados individualmente cada um. Logo, uma situação jurídica que faria jus a um regime jurídico diferente, também unitário só que *sui generis*, inconfundível, pois não seria inserido em nenhum dos conceitos preexistentes do direito subjetivo. Depreende-se então que existem três tipos de monismo: um que prestigia as faculdades pessoais, outro que prestigia as patrimoniais e um último que entende por um direito *sui generis*.

Inicia-se pelo monismo patrimonial, obviamente, que considera as faculdades patrimoniais como a verdadeira essência do direito do criador intelectual. Para tal corrente doutrinária, as faculdades pessoais são meras decorrências lógicas e naturais da tutela dos direitos da personalidade. Ou seja, o direito de autor é um direito único e patrimonial. Os direitos morais não guardam qualquer relação com este direito de autor, e só existem justificados na proteção aos direitos da personalidade.

O fundador desta corrente é o alemão Köhler que, em seu primeiro posicionamento²³, concebeu o direito de autor como direito único e em algum percentual semelhante ao direito de propriedade, contudo, incidente sobre um bem imaterial. Também foi defendida por Recht. Em terras portuguesas, Almeida Garret se posicionou neste entendimento quando do seu projeto de lei na Câmara dos Deputados em 18/05/1838²⁴, bem como Cunha Gonçalves, em seu Decreto n. ° 13.725 de 03/06/1927²⁵. No Brasil, Teixeira de Freitas seguiu essa linha, considerando o direito

²²GRAU-KUNTZ, Karin. Domínio Público e Direito de Autor. Do requisito da originalidade como contribuição reflexivo-transformadora in Revista Eletrônica do Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual – Europa, n. 6, 2012. Disponível em <<http://ibpieuropa.org/pt/revista-eletronica-do-ibpi-publicacoes>>, p. 9. Acesso 23 ago. 2016.

²³Vale dizer que, *a posteriori*, Köhler modifica seu posicionamento e reconhece o direito de autor como duplo. Considerações acerca desta mudança serão feitas oportunamente, no subitem das teorias dualistas.

²⁴TRABUCO, Cláudia. *O Direito de Reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 76.

²⁵MELLO, Alberto de Sá. *Manual de Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 334.

sobre bens intangíveis um verdadeiro direito de propriedade²⁶, bem como Gama Cerqueira²⁷.

Passa-se ao estudo da teoria monista que elege as faculdades pessoais como o centro do direito de autor. Os partidários desta teoria reconhecem a existência dos poderes patrimoniais que decorrem do direito de autor, mas os entendem como meros acessórios, incidentes que decorrem do verdadeiro núcleo da proteção, os popularmente conhecidos como direitos morais.

Filosoficamente embasada em Kant²⁸, seu maior expoente foi o alemão Otto Von Gierke. O doutrinador entendeu que a obra é definida como extensão, continuação da personalidade do criador, espírito do autor que não pode ser separado de sua obra, e a sua proteção deve ser feita sob a égide dos direitos da personalidade.

Podemos citar como adeptos desta forma de pensar Bluntschli, Dahn, Darras, Heyman, Bertrand, Caselli e Gareis, entre outros. Em Portugal, merece menção Almeida Santos que também era defensor desta teoria, com base numa predileção legislativa do Decreto n.º 13.725/27²⁹. No Brasil, Tobias Barreto³⁰ foi o primeiro prosélito de tal concepção. Em tempos mais atuais, as Professoras Doutoras Silmara Chinellato³¹ e Manuella Santos³² se posicionaram pela adoção desta teoria.

Chega-se então a última espécie de teoria monista, nomeada por monismo integral. Tal pensamento concebe o direito de autor como um direito subjetivo *sui generis*, resultante da combinação entre as faculdades pessoais e patrimoniais. Neste sentir, esclarece-se que a consideração de um direito *sui generis* implica a impossibilidade de enquadrar o direito de autor nas categorias existentes do direito

²⁶SOUZA, Allan Rocha de. Direitos Autorais: a História da proteção jurídica *in* Revista da Faculdade de Direito de Campos, n. 7. Rio de Janeiro: UNIFLU, 2005, p. 55.

²⁷CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*, v. II. Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 87.

²⁸Neste sentido, merece menção a autora Claudia Trabuco quando entende que essa teoria é inaugurada verdadeiramente por Otto Von Gierke, o primeiro a explicar a natureza dos direitos de autor neste sentido. Vide TRABUCO, Cláudia. *O Direito de Reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 77.

²⁹MELLO, Alberto de Sá. *Manual de Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 339.

³⁰BARRETO, Tobias. O que se deve entender por direito autoral *in* Estudos de direito, v.2. Sergipe: Ed. do Estado do Sergipe, 1926, p. 153.

³¹CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direitos de Autor e Direitos da Personalidade: reflexões a luz do código civil* - Tese de Doutorado - 2008 - Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito, p. 64.

³²SANTOS, Manuella. *O Direito de Autor na Era digital. Impactos, controvérsias e possíveis soluções*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 80.

subjetivo. Teria então de ser criada uma nova espécie dentro deste género. Ademais, criar uma categoria chamada *sui generis* também não parece ser muito esclarecedor³³.

Pode-se dizer que esta conceção entende o direito de autor como um direito novo, nunca antes imaginado, um instituto jurídico de natureza mista, dotado de características e natureza próprias e diferentes das faculdades que o integram³⁴. Logo, uma situação que faz jus também um regime diferente, unitário e *sui generis*.

É uma teoria iniciada nos países de língua alemã, cujo prosélito de maior relevância foi Eugen Ulmer. Dominante na Alemanha até os dias de hoje, concebeu a estrutura do direito de autor comparada a de uma árvore, com tronco comum e raízes distintas, onde as raízes figuram como as faculdades pessoais e patrimoniais³⁵. Citam-se como principais adeptos Rehbinder, Püschel e Wandtke.

Em Portugal é defendida por Gomes Canotilho que entende pela existência de um tronco jurídico básico, chamado direito de troncalidade autoral³⁶. A tese da troncalidade foi aplaudida e defendida pela Professora Doutora Claudia Trabuco³⁷. O Professor Doutor Menezes Leitão defende também esta conceção monista. Reconhece o direito de autor como um direito quadro que engloba vários direitos subjetivos específicos unificados num complexo unitário: a permissão normativa de aproveitamento de uma obra intelectual³⁸.

No Brasil, o Insigne Mestre Carlos Alberto Bittar foi o seu maior expoente, defendendo não só a unicidade, como a autonomia³⁹ do Direito de Autor dos demais ramos do Direito⁴⁰. Atualmente, Fabio Figueiredo posicionou-se no mesmo sentido⁴¹.

Ante a breve descrição acerca do monismo, no que toca aos exemplos de

³³ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 679.

³⁴TRABUCO, Cláudia. *O Direito de Reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 76.

³⁵ULMER, Eugen *apud* TRABUCO, Cláudia. *O Direito de Reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 79.

³⁶CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Liberdade e Exclusivo na Constituição *in* *Direito Industrial*, v. IV. Coimbra: Almedina, 2005, p. 57.

³⁷TRABUCO, Cláudia. *O Direito de Reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 83.

³⁸LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Manual de Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 44.

³⁹BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 29.

⁴⁰Ascensão e Rebello entendem o Direito de autor como autónomo ramo do Direito Civil. Vide ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil. Direito de autor e direitos conexos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 30 e REBELLO, Luiz Francisco. *Introdução ao Direito de Autor. Vol. I*. Lisboa: Dom Quixote, 1994, p. 57.

⁴¹FIGUEIREDO, Fabio Vieira. *Direito de Autor: Proteção e disposição extrapatrimonial*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51.

legislação do sistema continental europeu aqui abordadas, portuguesa e brasileira, tal estrutura parece difícil de aplicar, em razão das faculdades pessoais. Se em nenhuma hipótese tais faculdades são transferidas da pessoa do criador enquanto as patrimoniais são, considerar o direito de autor como um todo unitário e indissociável cai por terra. Opinião que se manifesta concordante neste trabalho, por ser a doutrina mais abalizada⁴².

2.1.2) Teorias dualistas

Há quem entenda que posições dualistas e pluralistas possuiriam a mesma base⁴³, concordariam que seriam diversos os direitos a integrar as várias faculdades que compõem o direito de autor e, portanto, desnecessária a sua separação⁴⁴. Contudo, para fins deste trabalho, por motivos didáticos, optou-se por separá-las.

Merece alusão a provável noção mais incipiente de direito moral de autor e, portanto, a aurora, mesmo que subliminar, de uma teoria dualista⁴⁵. Ainda no século XVIII, Diderot, o famoso filósofo e escritor de a *Enciclopédia*, realiza incursão no mundo dos privilégios reais. Na tentativa de tornar perpétuo o direito dos editores⁴⁶, o autor propõe um direito natural proprietário de autor, a maior de todas as propriedades, decorrente da personalidade. Durante suas argumentações, Diderot cita acórdão francês de 1749 que teria reconhecido que autor e obra são indissociáveis. Numa defesa inflamada, diz que limitar a propriedade no tempo seria injusto e desestimulante⁴⁷. Antes mesmo da criação do direito de autor em França, a relação pessoal do autor com sua obra como reflexo da sua personalidade já existia.

Ultrapassada a era dos privilégios, os alicerces do dualismo no direito de autor foram construídos no raciocínio de Köhler, que na ocasião da revisão da CB realizada

⁴²ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 586.

⁴³Contraponto a separação entre dualistas e pluralistas, as primeiras sendo parte integrante das segundas. Vide TRABUCO, Cláudia. *O Direito de Reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 78 e REBELLO, Luiz Francisco. *Introdução ao Direito de Autor*. Vol. I. Lisboa: Dom Quixote, 1994, p. 53.

⁴⁴No Direito Brasileiro há ainda quem acredite que as teorias monistas e dualistas não chegam a ser contraditórias, vez que nenhuma delas nega a existência das duas faculdades. Vide ROCHA, Daniel. *Direito de Autor*. São Paulo: Irmãos Vitale, 2001, p.22.

⁴⁵COLSTON, Catherine; MIDDLETON, Kirsty. *Modern intellectual property law*. London: Cavendish Publishing, 2005, p. 281.

⁴⁶Vide o item infra sobre a natureza jurídica do direito de autor no sistema continental europeu.

⁴⁷DIDEROT, Denis. Diderot's Letter on the book trade in BENTLY, Lionel; KRETSCHMER, Martin (Org.). Primary Sources on Copyright (1450-1900). Disponível em <http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation_f_1763&page=1_1&show=translation>, p. 9. Acesso 15 mai. 2017.

na cidade de Berlim em 1908 reconhece-o como duplo (*Doppelrecht*), fruto da duplicidade resultante de duas categorias diferentes de direitos, quais sejam, pessoais e patrimoniais⁴⁸. Entretanto, este doutrinador verificou que apenas o direito patrimonial significaria efetivamente direito de autor⁴⁹, de propriedade sobre um bem imaterial e ao lado dele reside um direito da personalidade decorrente do ato criativo. Köhler muda sua forma de conceber o direito de autor e essa mudança dá asas ao dualismo.

De volta à França, Morillot, com a natureza dupla do direito de autor, formado por um direito de proteção da personalidade, o dito direito moral, e um direito de exploração patrimonial⁵⁰.

Inaugurada esta nova era de duplicidade, as posições dualistas se multiplicaram e ganharam inúmeros adeptos com suas variáveis. Coincidem as posições dualistas mais atuais no reconhecimento do direito de autor duplo em si, formado por dois direitos subjetivos, pessoais e patrimoniais⁵¹, que não se fundem entre eles, perfazendo um direito coletivo⁵².

Assim, em tempos recentes, dualistas separam o ato criativo e os efeitos exteriores da criação como fenómenos distintos no tempo e no espaço⁵³. Logo, com factos jurídicos constitutivos distintos, as faculdades não nasceriam e não se extinguiriam no mesmo momento. As faculdades pessoais seriam nascidas do ato da criação, enquanto as patrimoniais apenas em momento posterior, do ato da divulgação da obra⁵⁴.

O grande expoente da teoria dualista foi Henry Desbois. Da análise da Jurisprudência da primeira metade do século XX, o doutrinador concluiu pela coexistência de ambas as faculdades, contudo, com franca prevalência das tidas como pessoais. Participante da elaboração da lei francesa n.º 57.298 de 11/03/1957 junto com outros juristas, deu vida ao artigo 1.º §2.º daquele diploma, com assumida posição

⁴⁸SOUZA, Allan Rocha de. Direitos Autorais: a História da proteção jurídica in Revista da Faculdade de Direito de Campos, n. 7. Rio de Janeiro: UNIFLU, 2005, p. 35.

⁴⁹ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 584.

⁵⁰LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Manual de Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 42.

⁵¹VIEIRA, José Alberto Coelho. A estrutura do direito de autor no ordenamento jurídico português – Relatório de Mestrado – 1992 – Universidade Lisboa – Faculdade de Direito, p. 8.

⁵²ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 585.

⁵³GRAU-KUNTZ, Karin. Domínio Público e Direito de Autor. Do requisito da originalidade como contribuição reflexivo-transformadora in Revista Eletrônica do Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual – Europa, n. 6, 2012. Disponível em <<http://ibpieuropa.org/pt/revista-eletronica-do-ibpi-publicacoes>>, p. 8. Acesso 23 ago. 2016.

⁵⁴BARROS, Carla Eugênia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007, p. 485.

dualista⁵⁵. A predominância dos direitos morais ganhou popularidade como argumento irrefutável mundo afora. A concepção seria a correta, com a vitória das faculdades pessoais e seu caráter sublime disposto na forma da lei, como por exemplo, no caso do direito de retirada⁵⁶ prosperar frente a um contrato avençado⁵⁷. A França inaugura uma tradição efetivamente dualista seguida por inúmeros países.

Em Portugal, Almeida Santos, Alexandre Libório Dias Pereira e Rebello aderiram a esta forma de pensar. Para Almeida Santos, o direito de autor como um “direito misto”, com prevalência da faculdade pessoal do autor⁵⁸. Já Libório Dias, recentemente utilizou a expressão “direitos geminados”⁵⁹, que seriam a junção de direitos de propriedade, atinentes ao exclusivo de exploração econômica e uma segunda face, condizente com a proteção de direitos da personalidade do autor, como a reputação e honra do autor em relação a sua obra literária ou artística, os direitos morais. O doutrinador português Rebello de forma não tão explícita aparenta proximidade com a teoria dualista, tendo em vista sua constatação sobre a independência e complementariedade entre os direitos patrimoniais e morais, sem predominância de nenhum deles, bem como o uso da expressão “a dupla face do direito de autor”⁶⁰.

Vale dizer que a legislação brasileira se pretende dualista, desde o seu processo de confecção, cuja justificativa é clara no PL 5430/1990, que reconhece prerrogativas morais e patrimoniais, justificada em estudos de Kant, Ihering e Picard com a previsão de duas ordens de prerrogativas⁶¹. Assim, subsumir-se-ia na versão originária de Desbois e a prevalência das faculdades morais, consideradas por muitos uma derivação direta da personalidade⁶². O esboço legal é a interpretação teleológica do art. 22 da Lei n.º 9.610/98⁶³.

⁵⁵TRABUCO, Cláudia. *O Direito de Reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 79.

⁵⁶Direito de retirada é uma faculdade pessoal, presente no art. 24, inciso VI da LDA. Em suma, nada mais é que, de acordo com o texto da lei, o direito de o autor retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem.

⁵⁷MELLO, Alberto de Sá. *Manual de Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 342.

⁵⁸MELLO, Alberto de Sá. *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 361.

⁵⁹PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 165.

⁶⁰REBELLO, Luiz Francisco. *Introdução ao Direito de Autor*. Vol. I. Lisboa: Dom Quixote, 1994, p. 133. Também neste sentido: MELLO, Alberto de Sá. *Manual de Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 342.

⁶¹Projeto de Lei n.º 5.430/1990. Disponível em <<http://www.lacorte.adv.br/blog/wp-content/files/Lei9610/PL-5430-1990-1.pdf>>, pp.78 e 79. Acesso 25 jan. 2017.

⁶²Entre eles Rodrigo de Moraes e Manuella Santos em suas obras já citadas.

⁶³“Art. 22: *Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que ele criou*”.

Incontáveis são os prosélitos do dualismo no Brasil: Rodrigo de Moraes⁶⁴, João Walmor⁶⁵, Karin Grau Kuntz⁶⁶, Pimenta⁶⁷, Elisângela Dias Menezes⁶⁸, Allan Rocha de Souza⁶⁹, Carla Eugenia Caldas Barros⁷⁰, Francisco Humberto Cunha Filho⁷¹, Costa Netto⁷², Newton Silveira⁷³ entre outros.

Nesta concepção, direitos morais e patrimoniais não nascem nem se extinguem ao mesmo tempo. Os direitos morais têm luz própria e pode-se dizer até alguma prevalência. Nascem com a criação da obra, enquanto os patrimoniais surgem a partir de uma comercialização posterior, que pode ou não acontecer, como no caso do autor optar por preservar o ineditismo, prezam os dualistas. Assim sendo, o dualismo entende as faculdades como independentes entre si, apesar de se relacionarem, são inconfundíveis.

Argumento que seria legitimado inclusive nos contratos de cessão de direitos patrimoniais de autor, tendo em vista que as faculdades como fenômenos jurídicos independentes, autorizariam a cessão dos direitos patrimoniais de autor sem maiores problemas⁷⁴, em oposição clara ao monismo. Entende-se, pois, que o facto gerador do direito moral é o que origina a obra, o ato criador que é concretizado numa linguagem passível de percepção, sonora, plástica, cénica, ótica. O ato criador seria, assim, o ato de exteriorização da obra intelectual, seja ele qual for⁷⁵. Já o direito patrimonial só seria

⁶⁴MORAES, Rodrigo. *Os Direitos Morais do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.44.

⁶⁵MENDONÇA, João Josué Walmor. Direito de Autor: Natureza Jurídica in Revista Nucleus, v. 9, n. 1, 2012. Disponível em <<http://www.nucleus.feituverava.com.br/index.php/nucleus/article/view/689/859>>, p. 164. Acesso 24 jul. 2016.

⁶⁶GRAU-KUNTZ, Karin. Domínio Público e Direito de Autor. Do requisito da originalidade como contribuição reflexivo-transformadora in Revista Eletrônica do Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual – Europa, n. 6, 2012. Disponível em <<http://ibpieuropa.org/pt/revista-eletronica-do-ibpi-publicacoes>>, p. 8. Acesso 23 ago. 2016.

⁶⁷PIMENTA, Eduardo. *Princípios de Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2004. p. 30.

⁶⁸MENEZES, Elisângela Dias. *Curso de Direito Autoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 65.

⁶⁹SOUZA, Allan Rocha de. *Função social dos direitos autorais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 131.

⁷⁰BARROS, Carla Eugênia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007, p. 485.

⁷¹

⁷²COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. São Paulo: FTD, 2008, p. 75.

⁷³SILVEIRA, Newton. Estudos pareceres de Propriedade Intelectual. Disponível em <<http://ibpieuropa.org/book/silveira-newton-estudos-e-pareceres>>, p. 320. Acesso 31 jul. 2017.

⁷⁴GRAU-KUNTZ, Karin. Domínio Público e Direito de Autor. Do requisito da originalidade como contribuição reflexivo-transformadora in Revista Eletrônica do Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual – Europa, n. 6, 2012. Disponível em <<http://ibpieuropa.org/pt/revista-eletronica-do-ibpi-publicacoes>>, p. 9. Acesso 23 ago. 2016.

⁷⁵MELLO, Alberto Sá. *Contrato de Direito de Autor – A autonomia contratual na formação do direito de autor*. Lisboa: Almedina, 2008, p. 27.

composto na fixação da obra em suporte material que viabilize sua exibição e divulgação⁷⁶.

Mais um argumento de defesa dessa teoria no Brasil, é o art. 24§ 2.º que dispõe sobre o domínio público e a temporalidade do direito de autor. O domínio público seria a concretização de que os poderes são independentes, tendo em vista que direitos patrimoniais são temporários, os direitos morais à integridade e à paternidade teriam duração ilimitada⁷⁷.

Neste ponto, cabe adendo sobre os direitos morais de autor e a doutrina mais abalizada acerca da sua perpetuidade. Partindo do contexto internacional para o direito interno. A Convenção de Berna, em seu art. 6 bis, 2, estipula que o tempo de proteção dos direitos morais seja, em cada país signatário, ao menos igual ao prazo para extinção dos direitos patrimoniais.

Além da lei francesa que acolhe a perpetuidade dos direitos morais, são citadas algumas leis americanas que dispuseram explicitamente sobre, como a boliviana (Lei n. 1322/1992, art. 14), a colombiana (Lei n. 23/1982, art. 30), a costa-riquenha (Lei n. 6683/1981, art. 13), a dominicana (Lei n. 65/2000, art. 17), a paraguaia (Lei n. 1328/1998, art. 17) e a peruana (Decreto Legislativo n. 822/1996, art. 21)⁷⁸. Este não é o caso da LDA.

A melhor doutrina entende que o Brasil não acolheu a perpetuidade de quaisquer das faculdades pessoais. De acordo com o art. 98, art. 24 § 2.º da LDA compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público. Essa competência do Estado não deve ser entendida como substitutiva do exercício de faculdades pessoais em nome do próprio autor ou de sucessores. Inclusive quando discutida proposta de reforma da LDA há algum tempo abandonada, esta foi uma correção desejada pelos teóricos. Aqui neste artigo a função do estado é cultural, de proteger a cultura brasileira e não de substituir o autor numa eterna aspiração de proteção de poderes pessoais, sejam eles quais forem⁷⁹. Assim, vale dizer que poderes

⁷⁶BARROS, Carla Eugênia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007, p. 485.

⁷⁷MORAES, Rodrigo. *Os Direitos Morais do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.40.

⁷⁸MORAES, Rodrigo. *Os Direitos Morais do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.29.

⁷⁹ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito Autoral numa perspectiva de reforma in WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manoel J. Pereira (Org.). *Estudos de Direito de Autor - A Revisão da Lei de Direito Autorais*. Florianópolis: Boiteux, 2010, p.34.

personais e patrimoniais são extintos ao mesmo tempo, com a “queda” da obra em domínio público.

Certeza tem-se que o momento do desfazimento de direitos morais e patrimoniais de autor é o mesmo. E o momento da constituição? A lei brasileira dispõe no seu art. 24, inciso V que o autor tem o direito de modificar a obra, antes ou depois de utilizada, logo, resta evidente que os direitos morais surgem com a criação. O douto e sábio Professor Doutor Ascensão entende que no que diz respeito às faculdades patrimoniais, quando o autor faz acordo para a primeira publicação ser feita por outrem, a obra ainda não foi divulgada, mas o autor já é possuidor dos seus direitos patrimoniais, pela simples condição de autor, negociando-os, inclusive. Portanto, pleno o exercício dos direitos patrimoniais, desde o momento da concepção da obra. A obra feita, o direito de utilização já existe até em favor de outrem e nem sequer foi divulgada⁸⁰. Desta feita, parece ser evidente que o direito de autor se constitui totalmente, ou seja, nos seus aspectos morais e patrimoniais, já com a criação da obra artística ou literária, restando descabida a tese dual. Demonstrada a simultaneidade da constituição e desfazimento da totalidade das faculdades do direito de autor, diferentemente do que é arguido pelas teorias dualistas modernas.

Ora, de pronto, resta evidente que a opção legislativa pela teoria dualista trouxe imensas dificuldades para a atualidade como será possível verificar durante todo este trabalho. Sim, fácil é conceber uma estrutura nuclear dualista do direito de autor, parece inclusive a mais óbvia a olho nu⁸¹, mas a prática suscita problemas.

Mais uma crítica a esta adoção da estrutura dualista pelo legislador brasileiro versa sobre o direito moral transformado em autónomo, soa descabida essa autonomia, pois dá azo a que este se torne perpetuamente uma extensão de direitos patrimoniais, um segundo direito patrimonial, uma tentativa escusa de prolongar a proteção por tempo indeterminado⁸². Entendemos ser lógica a conclusão: a adoção de uma estrutura dualista trouxe dificuldades de interpretação e enquadramento, mais ainda, parece contribuir

⁸⁰ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 124.

⁸¹O Professor Doutor José Alberto Vieira, a propósito da análise estrutural do Direito de Autor no ordenamento jurídico Português, verifica que: “Apesar de um núcleo dualista, este verificou-se insuficiente para assegurar a proteção e resultado de uma exigência ulterior de tutela gerada pela fraqueza do ponto de partida.” Vide VIEIRA, José Alberto Coelho. A estrutura do direito de autor no ordenamento jurídico português – Relatório de Mestrado – 1992 – Universidade Lisboa – Faculdade de Direito, p. 145.

⁸²AVANCINI, Helenara. *O Direito Autoral numa perspectiva dos direitos fundamentais: A limitação do excesso de titularidade por meio do Direito da Concorrência e do Consumidor* - Tese de Doutorado - 2009 - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Faculdade de Direito, p. 41.

para o presente sombrio do direito de autor, que sempre se justifica na lenda de proteção da pessoa do autor - criador, mas na verdade, sempre parece se tratar de dinheiro, interesse económico, lucratividade, empresas, faculdades patrimoniais.

Assim, o Brasil se profere dualista em sua maioria, bem como é repetida sem muita reflexão a ideia de que a maioria dos países ibero-americanos é dualista⁸³.

2.1.3) Teorias Pluralistas:

As teorias pluralistas são as de menor adesão, com número restrito de defensores. Entendem não haver um direito patrimonial, mas vários que seriam diferentes entre si. Os direitos pessoais também seriam vários, também independentes entre si. Logo, as categorias de direitos que formam o direito de autor são hipoteticamente múltiplas e diversas⁸⁴. A posição jurídica do autor é a de detentor de uma pluralidade de direitos subjetivos, todos estes direitos considerados direitos de autor⁸⁵.

Assim sendo, diferem das teorias dualistas por considerarem que o Direito de Autor é composto por um leque de direitos pessoais e patrimoniais independentes e com características e comportamentos diversos perante as variações possíveis decorrentes da situação jurídica de direito de autor. Como consequência, percebem alguns direitos pessoais como transmissíveis e/ou renunciáveis e outros não, bem como os patrimoniais se comportariam da mesma forma.

Seu precursor foi Oscar Wachter, que entendeu o direito de autor com três vertentes distintas: a faculdade de realizar a obra, seu interesse na publicação e a possível exploração.⁸⁶

Em Portugal os defensores dessa doutrina são os insígnis Professores Doutores José Alberto Vieira⁸⁷, Oliveira Ascensão⁸⁸ e Alberto de Sá e Mello⁸⁹. Todos entendem o direito de autor com uma formação baseada no mínimo em 3 setores:

⁸³Vide por exemplo: MALLMAN, 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, v. 8, 2015. Disponível em <<http://pidcc.com.br/artigos/082015/11082015.pdf>>, p. 282. Acesso 22 jul. 2017.

⁸⁴ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.580.

⁸⁵VIEIRA, José Alberto Coelho. A estrutura do direito de autor no ordenamento jurídico português – Relatório de Mestrado – 1992 – Universidade Lisboa – Faculdade de Direito, p. 10.

⁸⁶LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 43.

⁸⁷VIEIRA, José Alberto Coelho. A estrutura do direito de autor no ordenamento jurídico português – Relatório de Mestrado – 1992 – Universidade Lisboa – Faculdade de Direito, p. 145. O Insígnis Professor

- Direito pessoal de autor;
- Direito de exploração econômica da obra;
- Faculdades complementares.

O Professor Doutor José de Oliveira Ascensão é o maior expoente desta teoria, sem deixar de ser claro ao se posicionar como novo pluralista⁹⁰. Assim dissecou os três referidos setores na formação do direito de autor: um primeiro formado pelo direito pessoal. O segundo pelo direito patrimonial em geral e o terceiro em direitos de sequência e de revisão por lesão enorme, chamados por ele de faculdades complementares de cunho económico. A concepção pluralista do Insigne Mestre é completamente diferente da maioria, sendo inclusive interpretada por outros doutrinadores como monista⁹¹, por dar ênfase ao direito patrimonial geral. Nesta toada, o direito de autor é o exclusivo de exploração econômica, assunto que trataremos mais profundamente a propósito do estudo da natureza.

A teoria pluralista foi defendida no Brasil a primeira vez na interpretação do art. 35 da Lei n.º 5.988 de 73 por José Carlos Moreira Alves em 29/05/77, em conferência na Faculdade de Direito de Recife, com a interpretação de que o dispositivo entendia as diversas formas de utilização da obra intelectual como independentes entre si. Frisou-se também que a Lei utilizava sempre as expressões morais e patrimoniais e este facto seria comprovativo de que eram dois grupos de direitos formados por tantos outros direitos. Todavia, nesta tese a defesa da postura de que os diversos direitos independentes entre si quando alienados pelo autor estariam definitivamente perdidos, sem hipótese de elasticidade.

ainda expõe duas peculiaridades acerca do sistema português na página seguinte. A primeira, a obra coletiva, de estrutura dualista, composta apenas de direito pessoal de autor e de utilização. Não são concedidos ao criador da obra coletiva o direito de sequência ou a compensação suplementar. Por último, a obra por encomenda, ainda de estrutura plural, com acréscimo de mais um direito, no art. 14.º, 4 a e b CDADC, direito a remuneração especial.

⁸⁸ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil - Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 661.

⁸⁹MELLO, Alberto de Sá. *Manual de Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 353.

⁹⁰ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil - Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 662. e VIEIRA, José Alberto. O direito de sequência *in* Revista Direito Intelectual - APDI, n. 1. Coimbra: Almedina, 2015, p. 28.

⁹¹Menezes Leitão e Alberto Sá e Mello questionam se o Professor Ascensão seria realmente pluralista, em razão da sua concepção de direito de Autor. Neste sentido, vide LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Manual de Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 44 e MELLO, Alberto de Sá. *Manual de Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 338.

O Professor Ascensão também defende a teoria pluralista no direito de autor brasileiro, nos mesmos moldes da concepção portuguesa⁹², guardadas as devidas especificidades a seguir.

Num mergulho mais profundo na concepção plural, cabe breve digressão ao conteúdo do direito de autor, mais precisamente ao direito de sequência, faculdade complementar de cunho económico. Disposto no art. 38 da LDA, representa um direito patrimonial, pertencente ao autor que faz jus ao recebimento de ao menos 5% sobre a mais valia do preço verificável em cada revenda de obra de arte ou manuscrito, sendo originais, que houver alienado. Em suma, é o direito a participação do autor ou de seus sucessores na valorização de sua obra em nova alienação⁹³. Portanto, dúvidas não restam quanto ao seu carácter pecuniário evidente. Mas, importa dizer que, diferente de qualquer outra faculdade que integre o conteúdo patrimonial, possui características de faculdades pessoais, como sua irrenunciabilidade e inalienabilidade. E aqui uma controvérsia.

Desta feita, temos que o direito de sequência é um direito patrimonial⁹⁴, contudo, não pode ser enquadrado no exclusivo patrimonial do direito de autor, em razão das suas peculiaridades condizentes com o carácter pessoal. Ademais, o texto de lei é claro e demonstra que este direito é também incidente no suporte da obra, diferentemente dos direitos patrimoniais, que incidem apenas sobre a obra. Na verdade, o instituto ora mencionado funciona mais como um reforço, uma complementação da proteção, um direito de remuneração. Assim, há de se ter em conta que se este direito não faz parte das faculdades patrimoniais formadoras do núcleo de exclusividade central do direito de autor, mas é parte do direito de autor, juntamente com as faculdades pessoais e patrimoniais. Logo, sabe-se já ao certo que uma concepção dualista ignora o direito de sequência como parte integrante do direito de autor.

Para fins deste estudo, entende-se que apesar de pouco adotada, a tese pluralista é a mais condizente com a realidade brasileira. Não se pode configurar em duas categorias de direito toda a complexidade do direito de autor, principalmente após a

⁹²ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.593.

⁹³ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Estudo comparado do direito de sequência na legislação autoral de Brasil, Alemanha, Espanha, França e Portugal *in* Revista da ABPI, n. 35. Rio de Janeiro: Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, 1998, p. 17.

⁹⁴ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 594 e VIEIRA, José Alberto. O direito de sequência *in* Revista Direito Intelectual - APDI, n. 1. Coimbra: Almedina, 2015, p. 28.

breve análise acerca do direito de sequência e a comprovação de que apesar do núcleo dual, o direito de autor com certeza inclui outros poderes.

Portanto, logo, inobstante a corrente majoritária entender o direito de autor brasileiro como duplo, há de se verificar que não seria a melhor definição da estrutura brasileira, tendo em vista três argumentos principais de refutação: o direito de sequência tão diferente das demais faculdades patrimoniais integrantes do centro do direito de autor, com facto gerador próprio, qual seja, a alienação da obra, e suas peculiaridades, irrenunciável, inalienável e incidente sobre o suporte da obra.

A análise das conjecturas filosóficas estruturais define a quantidade de “componentes” do direito de autor, demonstra seu alcance, facto que se mostra de extrema relevância para o presente trabalho. Verificou - se que inequívoco é o facto de que a legislação brasileira fez uma suposta opção pelo dualismo, inobstante as críticas concebidas e a melhor conformação com um conceito plural. Isto, posto, depreende-se da pesquisa que as diversas concepções estruturais também variam de acordo com a forma de entender a natureza jurídica do direito de autor. Dito isto, é bem-vindo o estudo da natureza.

2.2) Natureza Jurídica

Como decorrência lógica das teorias que versam sobre a estrutura, a determinação da natureza jurídica dos direitos. Determinar a natureza jurídica de um direito é verificar, por meio da aplicação de forma instrumental, jurídica e metodológica pré-determinada, o seu conteúdo, a sua essência⁹⁵. Analisar o regime legal de forma a enquadrar o objeto da análise numa categoria jurídica fundamental previamente concebida⁹⁶.

E qual a importância da definição da natureza jurídica de um instituto? Por vezes as classificações jurídicas erram num esforço em tentar resumir a categorias abstratas fenômenos complexos. Mas tem como vantagem inestimável sistematizar o conhecimento do Direito e poder inclusive apoiar as correções dos regimes, cuja necessidade só surge da análise no caso concreto⁹⁷.

⁹⁵GRAU-KUNTZ, Karin. Domínio Público e Direito de Autor. Do requisito da originalidade como contribuição reflexivo-transformadora in Revista Eletrônica do Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual – Europa, n. 6, 2012. Disponível em <<http://ibpieuropa.org/pt/revista-eletronica-do-ibpi-publicacoes>>, p. 9. Acesso 23 ago. 2016.

⁹⁶ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 667.

⁹⁷BRANCO, Sérgio. *O Domínio Público Autoral Brasileiro - Uma Obra em domínio público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 47.

Para simplificar, é a definição do que se pretende falar. Há quem entenda pouco importante as discussões acerca da natureza, tendo em vista que o importante seria a harmonização entre os interesses envolvidos⁹⁸. Séculos de uma discussão acirrada e infundável levaram autores a sugerir que o debate acerca do direito de autor devia até ser abandonado, para encerrar a “tirania dos rótulos.”⁹⁹

Entretanto, julgou-se imprescindível a propósito deste trabalho a percepção da natureza jurídica do direito de autor, uma vez que para propositura bem-sucedida de uma solução prática jurídica, nada melhor do que buscar constituir bases sólidas no conceito deste direito, com a verificação da validade e da consequência das teorias justificadoras já utilizadas.

Compreender historicamente o desenvolvimento das teorias acerca da natureza, dentro dos seus contextos, ajuda a entender o conteúdo, bem como forma a base para a análise em face do direito de acesso á cultura e os interesses que a legislação deve observar.

Antes de adentrar nas construções doutrinárias, seus pontos altos e críticas, é preciso ter em mente que na qualidade de direito subjetivo que é, toda e qualquer discussão conceitual acerca do direito de autor sempre aborda no mínimo três interesses concorrentes: o da sociedade, com a utilização pela coletividade das obras, para promoção e desenvolvimento social; o do autor, para a proteção da sua possibilidade de aproveitamento econômico de sua obra e da indústria cultural em explorar a obra.

2.2.1) Natureza Jurídica nos sistemas de Copyright

Sob a égide do *Licensing Act* de 1662¹⁰⁰, o regime de privilégios concedia aos editores membros da *Stationers Company* o direito sobre a obra¹⁰¹. O primeiro modelo de direito efetivo de autor extinguiu este sistema de privilégios: promulgado o Estatuto

⁹⁸BARROS, Carla Eugênia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007, p. 482.

⁹⁹SYDNOR, Tom. Can Economic or Historical Analyses end Copyright's Law Property/Monopoly disputes?. Disponível em <<http://www.aei.org/publication/can-economic-and-historical-analyses-end-copyright-laws-property-monopoly-disputes/>>, p. 6. Acesso 25 out. 2017.

¹⁰⁰*Licensing Act* de 1662 disponível em <http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation_uk_1662&show=pdf>. Acesso 23 jun. 2017.

¹⁰¹PATTERSON, Lyman Ray. Copyright in the New Millennium: Resolving the Conflict between Property Rights and Political Rights in *Ohio State Law Journal*, v. 62, n. 2, 2001. Disponível em <https://kb.osu.edu/dspace/bitstream/handle/1811/70448/OSLJ_V62N2_0703.pdf>, p. 708. Acesso 20 fev. 2017.

da Rainha Ana de Inglaterra, de 1710, base e origem das duas teorias que buscam justificar o direito de autor e definir sua natureza no sistema de *Copyright*¹⁰²

A grande inovação do Estatuto é a nomeação do autor como detentor do direito sobre a obra. A lei concedeu para todos os autores o monopólio limitado de utilização da obra por 14 anos, contados do dia de sua primeira publicação, com possibilidade de renovação do direito por outros 14 anos, desde que o autor ainda fosse vivo e pedisse a renovação. Evidentemente, observa-se que o direito do autor mais incipiente nasce, desde então, como um direito subjetivo decorrente da norma, uma concessão legal¹⁰³, limitado no tempo, com previsão objetiva do domínio público¹⁰⁴.

Entretanto, este sistema não foi criado para proteção dos autores. Os objetivos reais eram a regulação do comércio de livros e a censura, bem como o desejo de proteger a figura do editor, o empresário da época. Para tanto, a previsão de que qualquer impressor ou livreiro, membro ou não da *Stationers Company*, podia adquirir do autor, por meio de uma cessão de direito civil, o direito exclusivo de publicar o livro. Outro argumento que confirma o real intuito diz respeito aos direitos de autor estarem disponíveis apenas para livros impressos. Foram sumariamente ignorados os direitos do autor antes da publicação¹⁰⁵. A constatação é inevitável: o primeiro sistema de direito autoral é concebido para prestigiar interesses económicos dos editores, sob o véu da eterna ficção da concessão de um direito divino para o autor.

Obviamente, decorridos os primeiros anos de vigência, surgiram os primeiros casos. Apesar de tratar objetivamente da duração do direito, o famosíssimo caso *Millar vs. Taylor* (1769)¹⁰⁶ foi o primeiro a caminhar pela tortuosa estrada da natureza do *copyright*. Os editores, com o duvidoso argumento do direito natural perpétuo do autor, foram os proponentes da referida ação. Julgada pelo *King's Bench* e presidida pelo *Lord Mansfield*, a decisão compreendeu o *copyright* como uma forma de

¹⁰²*Statue of Anne* disponível em <<http://www.copyrighthistory.com/anne.html>>. Acesso 23 mai. 2017.

¹⁰³MAKEEN, Fouad Makeen. *Copyright in a global information society – the scope of copyright protection under international US, UK and French Law*. Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 6.

¹⁰⁴PATTERSON, Lyman Ray. Copyright and “the exclusive right” of authors in *The Journal of Intellectual Property Law*, v. 1, n. 1, 1993. Disponível em <<http://moritzlaw.osu.edu/students/groups/oslj/files/2012/03/62.2.patterson.pdf>>, p.18. Acesso 28 nov. 2016.

¹⁰⁵PATTERSON, Lyman Ray. Copyright in the New Millennium: Resolving the Conflict between Property Rights and Political Rights in *Ohio State Law Journal*, v. 62, n. 2, 2001. Disponível em <https://kb.osu.edu/dspace/bitstream/handle/1811/70448/OSLJ_V62N2_0703.pdf>, p. 710. Acesso 20 fev. 2017.

¹⁰⁶*Millar v. Taylor* in BENTLY, Lionel; KRETSCHMER, Martin (Org.). *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*. Disponível em <http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation_uk_1769>. Acesso 15 mai. 2017.

propriedade da *common law* e, portanto, uma verdadeira decorrência de um direito natural perpétuo. A mera consagração de um direito certo, preexistente. Vitória dos editores, que também se beneficiavam enquanto cessionários da forte perpetuidade.

A tese acolhida neste julgado é tida como verdadeira homenagem à teoria jusnaturalista tradicional para alguns, entretanto, alguma cautela e correção. A teoria do fruto do trabalho (*labor theory of property*), presente no parágrafo 27 do *Two Treatises of Government* de John Locke¹⁰⁷, é amplamente utilizada para a justificação de um direito natural de propriedade intelectual geral. Na perspectiva autoral, é repetido na doutrina que o criador possui um direito de propriedade sobre a obra, por esta ser criação do seu, espírito, fruto do seu trabalho.

Entretanto não é bem assim. A subsunção direta da teoria dos frutos do trabalho na propriedade intelectual apresenta alguns comprometimentos, entre eles, o facto de ignorar os escritos explícitos de Locke sobre o direito de autor e invocar sempre a teoria geral da propriedade¹⁰⁸, atinente a bens materiais, sem observar que o direito de autor trata de bens imateriais.

Provável que Locke revirasse em seu túmulo ao ver seus escritos correlacionados a decisão em comento. O filósofo sempre foi contrário ao direito perpétuo de autor. Nos seus dizeres, o mais razoável era o autor criador ou o editor cessionário possuir tal direito no máximo até 50 ou 70 anos após a morte do autor ou após a primeira impressão¹⁰⁹. Interessante que em 1694, Locke de certa forma prevê a fórmula e o padrão internacionalmente aceites para a duração dos direitos autorais na atualidade.

Neste ponto, far-se-á uma incursão humilde, breve e despretensiosa na teoria de Locke a fim de afastar toda e qualquer justificação de um panorama maximalista da propriedade intelectual e por consequência do direito de autor. *Two Treatises of Government* foi erroneamente considerado o sustentáculo da Propriedade Intelectual¹¹⁰.

¹⁰⁷LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 287.

¹⁰⁸ZEMER, Lion. The making of a New Copyright Lockean *in* Harvard Journal of Law & Public Policy, v. 29, n. 3, 2006. Disponível em <http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlpp/Vol29_No3_Zemer.pdf>, p. 892. Acesso em 10 jan.2017.

¹⁰⁹ZEMER, Lion. The making of a New Copyright Lockean *in* Harvard Journal of Law & Public Policy, v. 29, n. 3, 2006. Disponível em <http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlpp/Vol29_No3_Zemer.pdf>, p. 901. Acesso em 10 jan.2017.

¹¹⁰ZEMER, Lion. The making of a New Copyright Lockean *in* Harvard Journal of Law & Public Policy, v. 29, n. 3, 2006. Disponível em

Deve-se ter em conta o posicionamento de Locke acerca dos direitos de autor, principalmente, sua obra anterior, *Essay Concerning Human Understanding*. O filósofo era um entusiasta do interesse público no direito autoral. Chega a escrever claramente em defesa do acesso gratuito à literatura e estudos, com preocupações de dimensões sociais e morais, fins educacionais e de pesquisa¹¹¹.

Vale recorrer a um terceiro duto e sábio escrito do autor, *Liberty of Press*. Locke não deixa dúvidas sobre seu posicionamento. O direito de autor como propriedade, mas uma versão dinâmica, uma propriedade diferente da propriedade física, limitada no tempo e disponível para fins de promoção da educação e da aprendizagem¹¹². Pode-se dizer aqui também, ainda no século XVII, Locke mais uma vez demonstra pensamento contemporâneo, com a compreensão da imprescindibilidade de limitar o direito de autor para efetivação do interesse público. Imprescindível verificar que para Locke o direito de autor era espécie de verdadeiro empreendimento social que representa coletividade¹¹³.

Ainda no caso, *Millar vs. Taylor*, houve opinião divergente do Juiz Yates. Para o Magistrado tratar o direito de autor como propriedade era um tanto quanto “selvagem” e conjecturou que tornar as obras literárias objetos de propriedade daria ensejo a litígios sem fim, principalmente entre os autores, em alegações de plágio¹¹⁴.

A vitória dos editores durou pouco, com o advento do caso *Donaldson vs. Beckett* (1774), em sentido completamente oposto. Num breve histórico do caso em comento, vale dizer que foram suscitadas três questões principais nesse julgamento:

- a) Se existiria na *Common Law* algum direito do autor, como suscitado no caso anterior?

<http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlpp/Vol29_No3_Zemer.pdf>, p. 900. Acesso em 10 jan.2017.

¹¹¹ZEMER, Lion. The making of a New Copyright Lockean in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 29, n. 3, 2006. Disponível em <http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlpp/Vol29_No3_Zemer.pdf>, p. 899. Acesso em 10 jan.2017.

¹¹²ZEMER, Lion. The making of a New Copyright Lockean in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 29, n. 3, 2006. Disponível em <http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlpp/Vol29_No3_Zemer.pdf>, p. 921. Acesso em 10 jan.2017.

¹¹³ZEMER, Lion. The making of a New Copyright Lockean in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 29, 2006. Disponível em <http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlpp/Vol29_No3_Zemer.pdf>, p. 946. Acesso em 10 jan.2017.

¹¹⁴ROSE, Mark. The Author as Proprietor: Donaldson v. Becket and the Genealogy of Modern Authorship in *SHERMAN, Brad; STROEL, Alain (Org.). Of authors and origins: Essays on copyright law*. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 47.

- b) b) Se efetivamente entrelaçado com o direito consuetudinário, este direito sobreviveria à publicação?
- c) Na hipótese de sobrevivência deste Direito após a publicação, foi ele então expressamente revogado pelo Estatuto da Rainha Ana?

Em suma, a decisão entendeu que este direito natural derivado da *common law* existe até a publicação. Depois da publicação, subsiste apenas o *copyright* protegido pelo Estatuto¹¹⁵. Portanto, o direito de autor é instituição de direito positivo, derivado do trabalho do autor e limitado no tempo. Verificado assim o limite temporal e o triunfo do domínio público.

Ainda no mesmo processo, inspiradora e com alguma lógica utilitarista, a fala de Lord Camden classificou a ciência e o aprendizado como bens comuns a toda a Humanidade, que deveriam ser “tão livres e gerais quanto o ar ou a água”¹¹⁶.

Apesar da maviosa defesa do interesse público realizada¹¹⁷, com o passar dos anos, é visível a interpretação jurisprudencial equivocada acerca de *Donaldson vs. Beckett*. Incontáveis decisões posteriores que percebem a totalidade dos interesses do autor no *copyright* estatutário, excluindo o direito de autor anterior a publicação, derivado do consuetudinário. Esta interpretação equivocada gerou uma inexistência de direitos morais, pois estes seriam derivados de *Common Law* no sistema anglo-saxão.

Aqui cabe breve colocação acerca da doutrina utilitarista. São possíveis 3 interpretações do utilitarismo. O primeiro olhar entende que o interesse comum e consequentemente do Estado deve ser refletido na lei, com base em Aristóteles, Hegel e Fichte. Um segundo entendimento, de maneira oposta, prevê o interesse comum como a soma dos interesses particulares de cada indivíduo, como resultado, a maioria goza de

¹¹⁵ROSE, Mark. The Author as Proprietor: *Donaldson v. Becket* and the Genealogy of Modern Authorship in SHERMAN, Brad; STROEL, Alain (Org.). *Of authors and origins: Essays on copyright law*. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 37.

¹¹⁶SEVILLE, Catherine. The Statue of Anne: Rhetoric and reception in the nineteenth century in *Houston Law Review*, v. 47, n.4, 2010. Disponível em <[http://www.houstonlawreview.org/archive/downloads/47-4_pdf/\(3\)Seville.pdf](http://www.houstonlawreview.org/archive/downloads/47-4_pdf/(3)Seville.pdf)>, p. 825. Acesso 23 mar. 2017.

¹¹⁷Há opinião contrária acerca da observância do interesse público nesta decisão. Há quem diga que por envolver novamente dois editores, tal decisão não teria analisado de fato a natureza do direito de autor. Neste sentido “*of literary property, when used by booksellers and printers in this case, referred to the rights to print, publish, and sell—the same specific rights protected under the Statute of Anne. The question of literary property in Donaldson v. Beckett did not seek to determine the character of an author’s natural expectation to have control over his identity as expressed in the work. The questions posed were simply not structured to answer what rights an author has over that which he creates.*” Vide NG, Alina. *Literary Property and Copyright in Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, v. 10, n. 7, 2012. Disponível em <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1175&context=njtip>>, p. 543. Acesso 05 dez. 2016.

lucros, e aí reside o interesse comum na concepção de Bentham, Adam Smith, John Stuart Mill. O terceiro prisma suscita o Cristianismo, e o interesse comum como o bem da Humanidade, numa vertente defendida por Tomás de Aquino e Hume¹¹⁸.

Em suma, o viés utilitário derivado do Iluminismo, constante da segunda interpretação, concebe o direito de autor como uma exclusividade temporária concedida para explorar comercialmente sua criação. Tal concessão, feita para beneficiar a sociedade como um todo. O resultado pretendido é a circulação da informação, o fomento a criação e a consequente remuneração do autor¹¹⁹. Este portanto é o viés utilitarista que prevalece como pilar do *copyright* anglo-saxão.

O histórico britânico é de suma importância para compreensão da corrente majoritária acerca da natureza do *copyright* e principalmente porque influenciou todas as leis de direitos autorais dos territórios imperiais britânicos anteriores.

Naturalmente posterior, o *Copyright Act* de 1790 nos Estados Unidos. Tal qual a pátria colonizadora, o caso emblemático *Wheaton V. Peters* (1834), francamente inspirado no britânico *Donaldson v. Beckett*. A Suprema Corte Americana afastou todo e qualquer direito natural de autor, sendo explícita quanto à existência de um único direito dado ao criador, concedido por força de lei federal e temporário. O monopólio limitado criado não só para a remuneração do criador, mas também para alavancar o progresso e as artes, numa clara e direta referência ao interesse público. Inobstante a clareza da mensagem, a decisão se ocupou de ratificar o posicionamento: se o *copyright* fosse mesmo um direito natural, não haveria qualquer necessidade de previsão legal¹²⁰, viveria feliz na esfera da *Common Law*.

Na esteira do Reino Unido, o Tribunal Americano considerou que o direito de autor era uma construção instrumental do Estado, tendo o Congresso criado todos os direitos sobre as obras literárias naquele país, sem subsistir qualquer faísca de direito na *Common Law*, exceto por um direito muito específico e limitado condizente com a

¹¹⁸GEIGER, Cristophe. O Direito de Autor como um direito ao acesso garantindo a participação cultural por meio da proteção dos interesses dos criadores *in* Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição, v. 9, n. 2, 2015. Disponível em <<http://pidcc.com.br/br/component/content/article/2-uncategorised/196-o-direito-de-autor-como-um-direito-ao-acesso-garantindo-a-participacao-cultural-por-meio-da-protecao-dos-interesses-dos-criadores>>, p. 5. Acesso 22 jul. 2016.

¹¹⁹FISCHER, William. Theories of Intellectual Property. Disponível em <<http://www.law.harvard.edu/faculty/ffisher/iptheory.html>>. Acesso 23 mai. 2017.

¹²⁰THERANIAN, John. Et Tu Fair Use? The triumph of Natural Law Copyright *in* UC Davis Law Review, v. 8, 2005. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=486283>, p. 11. Acesso 02 out. 2017.

primeira publicação de uma obra nunca antes exposta¹²¹. Essa proteção consuetudinária das obras inéditas durou até 1976.

Vê-se claramente a visão utilitarista triunfante também no infante Copyright Americano, constitucionalmente afirmada na forma da *Copyright Clause*¹²², uma reprodução do preâmbulo do primeiro Estatuto da Rainha Ana, que elucida o propósito maior da concessão de tal direito, qual seja, o bem-estar social e o avanço do conhecimento. Importante ressaltar que este monopólio é puramente de exploração económica, por tempo limitado e condicionado ao interesse público¹²³.

Contudo, os tribunais das duas nações desenvolveram interpretação errônea ao longo dos julgamentos de possíveis violações de direitos. O monopólio legalmente concedido limitado apenas no tempo, tornou-se duplamente limitado por uma noção restrita de violação, que será tratada oportunamente.

Depreende-se facilmente da análise do breve histórico que os Tribunais Superiores dos dois países mais importantes do sistema anglo-saxão afastaram o *copyright* embasado num direito natural de propriedade logo no primeiro momento. Adotou-se um sistema puramente legal, uma lei positiva criada para progresso da sociedade. Embora os julgados supra tenham sido citados como resolução da questão da natureza, a discussão ainda subsiste até a atualidade, tão infinda quanto complexa e com defensores de ambos os lados.

Outra justificativa para a natureza de monopólio legal decorre da premissa filosófica utilitarista, bem como do liberalismo, que resultaram na maior incidência de um pragmatismo económico nos países de tradição anglo-saxónica, sobretudo nos EUA, embora seja possível vislumbrar tal cenário até certo ponto em todos os sistemas autorais do mundo. Esta análise económica do *copyright* explica o fundamento para a exclusividade de exploração concedida pelo direito autoral como o meio mais eficiente de remunerar e por conta disso, incentivar a criação literária e artística.

¹²¹NG, Alina. *Literary Property and Copyright in Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, v. 10, n. 7, 2012. Disponível em <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1175&context=njtip>>, p. 2013. Acesso 05 dez. 2016.

¹²² “*The Congress shall have power To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries.*”. Disponível em <<https://constitutioncenter.org/media/files/constitution.pdf>>. Acesso 27 abr.2017.

¹²³KORTZEVA, Daryana. *Public and Private Interests in Copyright Law: Creativity, Science and Democracy, vs. Property and Market* - Dissertação de Mestrado - 2002 - Universidade da Georgia - Faculdade de Direito, p. 8.

Esta análise económica esclarece que não se trata de um monopólio tal como definido nas leis antitruste¹²⁴, mas sim uma espécie de monopólio abrangente, *lato sensu*. Uma definição ampla de monopólio leva a crer que, toda a propriedade privada é, em certo sentido, um monopólio, tendo em vista que toda e qualquer propriedade é um direito exclusivo que é concedido pelo Estado. Esta conceção ampla de monopólio é comumente negligenciada por estudiosos da natureza jurídica nos sistemas de *copyright*¹²⁵.

A negligência acerca do conceito amplo de monopólio resulta no argumento de que este sempre é prejudicial. Estudo realizado pelo Professor Doutor da Universidade do Texas Stanley J. Liebowitz¹²⁶ propôs uma análise económica do monopólio concedido aos autores e sua influência nos preços de livros nos Estados Unidos e refuta o argumento.

Datado de 2008, o estudo conclui que o monopólio autoral realmente não é um monopólio típico, no conceito pretendido pela Lei antitruste. A conclusão é concebida de acordo com dados económicos empíricos e entende que os Direitos de autor podem não ter qualquer impacto sobre o preço. O método adotado recorre ao preço uniforme¹²⁷, frequentemente encontrado em produtos das indústrias culturais, baseadas em direitos autorais, como filmes, música e livros. Se os comerciantes venderem títulos diferentes ao mesmo preço, é provável que o editor de um título individual e independente adote esse preço de mercado uniforme também como o seu. A conclusão é que não há qualquer prejuízo causado pelo monopólio concedido pelo *copyright*, uma vez que a prática de preços mais elevados que seria característica dos mercados monopolistas não se opera na realidade¹²⁸.

¹²⁴O modelo de monopólio é definido no contexto do Direito da Concorrência como uma estrutura formada por um único produtor de bens. Para ma vide SILVA, Miguel Moura: *Direito da concorrência. Uma introdução jurisprudencial*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 18.

¹²⁵DUFFY, John. Intellectual Property as Natural Monopoly: Toward a General Theory of Partial Property Rights. Disponível em <https://law.utexas.edu/wp-content/uploads/sites/25/duffy_intellectual_property_natural_monopoly.pdf>, p. 8. Acesso 28 nov. 2016. Vale dizer que o Professor Doutor Oliveira Ascensão entende também neste sentido. Neste domínio, dos direitos intelectuais essa é a questão. Incontestável é que o exclusivo autoral é direito patrimonial, logo tem uma função social e não pode ser desapropriado. Vide ASCENSÃO, José de Oliveira; SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (Org.). *Propriedade intelectual – Direito Autoral*. Série GVlaw. São Paulo. Saraiva. 2014, p. 44.

¹²⁶LIEBOWITZ, Stan. Is the Copyright Monopoly a Best-Selling Fiction?. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1266486>. Acesso 04 set. 2016.

¹²⁷LIEBOWITZ, Stan. Is the Copyright Monopoly a Best-Selling Fiction?. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1266486>, p. 1. Acesso 04 set. 2016.

¹²⁸LIEBOWITZ, Stan. Is the Copyright Monopoly a Best-Selling Fiction?. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1266486>, p. 29. Acesso 04 set. 2016.

Merece também menção o diálogo fluido entre direito e economia, realizado anteriormente por Landes e Posner, num estudo de referência acerca do direito de autor nos Estados Unidos em 1989¹²⁹. O estudo conclui que, para a obtenção do tão almejado equilíbrio entre o bem estar social pretendido e o interesse particular do titular, uma lei de direitos autorais deve promover a eficiência económica¹³⁰, de modo a favorecer a maximização dos benefícios da criação de obras e a diminuição das perdas decorrentes da limitação do acesso e dos custos de administração da proteção do direito. Esta dinâmica se apresenta necessária no *copyright*, uma vez que se assim não fosse, autores, artistas, intelectuais e todos que decidissem investir profissionalmente na criação teriam que buscar subsídios para os gastos. E a produção seria ineficiente, propensa a frear a livre expressão, que se uma das razões de ser do *copyright*¹³¹.

Ainda na defesa do *copyright* com natureza monopolista, o Professor Doutor de Harvard, Lloyd Weinreb, afirma que a única constatação inequívoca acerca do direito de autor é que este confere um monopólio. Cita respeitados economistas como Michele Boldrin e David Levine, com publicações na respeitada revista *American Economic Review* em defesa dos direitos de autor como um monopólio que socialmente não traz prejuízos, ou seja, mesmo ineficaz. Tais economistas concluem que o nome correto para o ramo de direito podia ser facilmente modificado de propriedade intelectual, para monopólio intelectual, por maior pertinência temática¹³².

Há ainda quem proponha o *copyright* como propriedade na atualidade. Mas ainda sim, algo interessante de se notar é que até aqui, com uma natureza diferente, o direito de autor nos países do sistema anglo-saxónico é pensado como homenagem ao interesse público, concebido como uma propriedade que pode ser mais eficiente para

¹²⁹LANDES, William M.; POSNER, Richard A. An economic analysis of copyright law in *Journal of Legal Studies*, v. 18, 1989. Disponível em <<https://cyber.harvard.edu/IPCoop/89land1.html>>. Acesso 24 jan. 2016.

¹³⁰“Eficiência na afectação de recursos. A noção mais clássica de eficiência reporta-se a afectação dos recursos à utilização de maior valor. Ao conduzir a uma paridade entre o preço e o custo marginal de produção, a concorrência promove a afectação dos recursos produtivos escassos às utilizações que conferem maior remuneração eliminando ineficiências”. SILVA, Miguel Moura: *Direito da concorrência. Uma introdução jurisprudencial*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 24.

¹³¹VASCONCELOS, Cláudio Lins de. As limitações, o *fair use* e a guinada utilitarista do direito autoral brasileiro in MARTINS, Guilherme Magalhães (Org.). *Direito Privado e Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p.486.

¹³²DUFFY, John. Intellectual Property as Natural Monopoly: Toward a General Theory of Partial Property Rights. Disponível em <https://law.utexas.edu/wp-content/uploads/sites/25/duffy_intellectual_property_natural_monopoly.pdf>, p. 6. Acesso 28 nov. 2016.

promoção da inovação, do progresso e combustível para a realização de novas obras autênticas e positivas para a sociedade¹³³.

Nesse sentido, defensora recente nos Estados Unidos, a Professora Doutora Alina Ng que separa uma propriedade literária do *copyright*. Ela afirma o sistema de direitos autorais legalmente constituído para promoção do progresso da sociedade. Não exclui um direito natural do autor em relação a sua obra. Escolhe-se como exemplo a posição contrária desta professora que defende a coexistência do direito de autor no *Common Law* e no direito positivo sem prejuízos, inclusive como benéfico ao sistema defeituoso atual¹³⁴.

A autora critica o caso britânico e o americano tidos como soluções acerca da natureza no *copyright*. Sustenta que os tribunais superiores de ambos os países nunca fizeram distinção entre os direitos naturais dos autores e os interesses económicos dos editores, tendo em vista que todos os casos foram propostos por editores. Aqui a diferença seria entre os direitos “morais” do autor criador e os direitos patrimoniais que são cedidos a indústria cultural, estes últimos criados por força de lei, enquanto os primeiros como inegáveis direitos do autor, ligados a sua personalidade em decorrência do seu labor, maiores em importância e nunca analisados pelas cortes anglo-americanas. Para a autora tais direitos devem ser considerados separadamente e o direito do criador existe desde sempre, independentemente de reconhecimento legal¹³⁵.

Ainda sim, traduz que essa espécie de propriedade literária, independentemente de reconhecimento legal, é vívida no direito consuetudinário, um direito natural de autor, que pode ser comprovado através das práticas corriqueiras, como as negociações dos contratos de publicação e as interações dos autores com seus editores e público.

A posição um tanto quanto diferenciada da Professora propõe de fato a convivência entre o *copyright*, atinente aos direitos patrimoniais de autor de publicar e vender sua obra, dispostos na lei americana e a tal propriedade literária, como uma

¹³³NG, Alina. Literary Property and Copyright in *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, v. 10, n. 7, 2012. Disponível em <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1175&context=njtip>>, p. 549. Acesso 05 dez. 2016.

¹³⁴NG, Alina. Literary Property and Copyright in *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, v. 10, n. 7, 2012. Disponível em <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1175&context=njtip>>, p. 542. Acesso 05 dez. 2016.

¹³⁵NG, Alina. Literary Property and Copyright in *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, v. 10, n. 7, 2012. Disponível em <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1175&context=njtip>>, p. 544. Acesso 05 dez. 2016.

espécie de direitos morais, existente independentemente de codificação. A vantagem do referido sistema seria que a proteção da personalidade e da identidade criativa do autor, se legalmente constituída, fariam destes direitos naturais preexistentes muito mais fortes que os aspectos económicos de modo que restará pouco espaço para os autores abusarem destes direitos pecuniários em detrimento dos usos para fins sociais da obra. A proteção da integridade e da autonomia do autor o libertaria da preocupação com abusos da obra e facilitaria uma maior autenticidade na expressão¹³⁶.

Assim sendo, a autora propôs uma novidade, ao dizer que o direito que existiu no *Copyright Act* a primeira publicação não seria o único, depois dessa primeira publicação subsistiria um direito natural derivado do interesse. Que os autores continuam a ter mesmo depois da publicação, essa propriedade literária. Observa-se que a autora propõe uma mudança estrutural no copyright, com a consideração de espécie de direitos morais, com natureza diferenciada, de direito natural de propriedade.

Em sentido oposto, o Professor Patterson esclarece que toda a discussão sobre a natureza versa na verdade sobre como se deve tratar o *copyright*, desta forma, deve-se respeitar a escolha política da tradição anglo-americana, o viés filosófico que motivou a concessão do direito, plenamente concebida no monopólio limitado conferido por lei. Sem contar que interpretação contrária para os sistemas de *copyright* seria desrespeitar essa escolha, sob pena de inconstitucionalidade¹³⁷.

Patterson ainda reforça, tratar o direito de autor como propriedade em vez de um monopólio limitado, seria aumentar contornos legais bem coesos, e como resultado, seriam reduzidos os direitos a liberdade de expressão e o fomento a atividade intelectual. O único direito natural de autor é o da primeira publicação. Exercido este direito, não há uma convivência entre ambos. Não existe um sistema duplo de proteção, pela *Common Law* e pela lei¹³⁸.

Ainda no afastamento de todo e qualquer enquadramento do *copyright* como direito natural, Patterson utiliza mesmo um termo tanto quanto agressivo, chamando tal

¹³⁶NG, Alina. *Literary Property and Copyright* in *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, v. 10, n. 7, 2012. Disponível em <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1175&context=njtip>>, p. 552. Acesso em 05 dez. 2016.

¹³⁷PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in the New Millennium: Resolving the Conflict between Property Rights and Political Rights* in *Ohio State Law Journal*, v. 62, 2001. Disponível em <<http://moritzlaw.osu.edu/students/groups/oslj/files/2012/03/62.2.patterson.pdf>>, p. 715. Acesso em 23 out. 2016.

¹³⁸PATTERSON, Lyman Ray. *Folson v. Marsh and its legacy* in *Journal of Intellectual Property Law*, v. 5, n. 2, 1998. Disponível em <http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/351/>, p. 448. Acesso 23 ago. 2017.

teoria de banal, tendo em vista que as suas condições de existência seriam sempre apenas o ato criativo e a proteção do trabalho do autor, sem observância do interesse público, que seria mero acontecimento fortuito decorrente do direito natural de autor¹³⁹.

Na atualidade, os sistemas de *copyright* tendem a uma discussão que apresenta um *mix* entre o direito natural sobre a obra e uma ideia utilitarista de que após a publicação o autor possui apenas um monopólio concedido pelo estado¹⁴⁰. Entretanto, com previsão inequívoca no *Copyright Act* de 1976, evidente a vitória do argumento utilitarista, com o objetivo de sempre estimular a produção intelectual ao melhor preço possível para facilitar o acesso do público¹⁴¹. A situação desta discussão na esfera do *copyright*, longe de ser finita, manifesta no contexto acadêmico depreciação de ambos os lados, para ambos os argumentos¹⁴².

Assim sendo, por maioria doutrinária, o Direito de autor para os sistemas de *common law* é considerado um exclusivo concedido pela Lei do país, que deve ser exercido na forma desta. Os direitos de autor foram concebidos como um monopólio regulamentar, limitado e necessário¹⁴³. Registra-se que essa interpretação maioritária demonstra a presente sensibilidade ao interesse público dos países neste sistema.

2.2.2) Natureza Jurídica no sistema continental europeu

As discussões filosóficas acerca da natureza jurídica em França precedem a elucidação do sistema *droit d'auteur* e surgem a propósito do significado da autoria em si. Desde a segunda metade do século XVII a Monarquia apoiava o monopólio do comércio de livros dos livreiros parisienses. Entretanto, em 1725, a Coroa muda seu posicionamento, com a revogação de todos os privilégios abusivos detidos pelos

¹³⁹PATTERSON, Lyman Ray. *Folson v. Marsh and its legacy in Journal of Intellectual Property Law*, v. 5, n. 2, 1998. Disponível em < http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/351/>, p. 446. Acesso 23 ago. 2017.

¹⁴⁰ PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in historical perspective*. Nashville: Vanderbilt University Press, 1968, p.17.

¹⁴¹ VICENTE, Dário Moura. *A tutela internacional da propriedade intelectual*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 57.

¹⁴²DUFFY, John. Intellectual Property as Natural Monopoly: Toward a General Theory of Partial Property Rights. Disponível em <https://law.utexas.edu/wp-content/uploads/sites/25/duffy_intellectual_property_natural_monopoly.pdf>, p. 6. Acesso 28 nov. 2016.

¹⁴³PATTERSON, Lyman Ray. Copyright in the New Millennium: Resolving the Conflict between Property Rights and Political Rights in *Ohio State Law Journal*, v. 62, 2001. Disponível em < <http://moritzlaw.osu.edu/students/groups/oslj/files/2012/03/62.2.patterson.pdf>>, p. 715. Acesso em 23 out. 2016.

livreiros de Paris¹⁴⁴. Em resposta, entre 1725 e 1726 o advogado Louis d'Héricourt elabora um memorando em defesa dos interesses dos livreiros da capital endereçado ao *Keeper of the Seals* (título semelhante ao de Ministro da Justiça à época), Senhor Armenonville¹⁴⁵.

Neste memorando o Advogado assevera que o autor cria a obra, resultado de seu trabalho intelectual. Logo, o autor é proprietário da obra, fruto de seu trabalho e é plenamente livre para vender seu próprio trabalho. Assim sendo, o autor-proprietário pode vender ao livreiro sua propriedade. Essa venda, contratualmente realizada, confere ao livreiro o direito também perpétuo de gozar dessa propriedade devidamente comprada. Pela primeira vez, o argumento move o autor para o centro do regime jurídico em França¹⁴⁶.

Tal qual no *copyright*, a grande ironia do destino é que o autor só chega a condição central, só passa a ser considerado proprietário do seu próprio trabalho, por uma invenção dos livreiros parisienses, uma espécie de subterfugio criada por eles para manter os seus privilégios contra a mudança recente de posicionamento do Estado, bem como para afastar a concorrência dos livreiros das províncias. A real intenção de construir uma barreira para assegurar o monopólio parisiense no mercado¹⁴⁷, de forma que a autoridade real fosse renegada como fonte de direitos, bem como fosse promovido o direito natural e perpétuo da propriedade literária.

Décadas depois, provavelmente no fim de 1763, Diderot escreve a *Carta sobre o comércio do livro (Lettre sur le commerce des livres)*¹⁴⁸ para o Diretor da Administração do Comércio de Livros, Antoine de Sartine. Tal carta foi resultado de um pedido do livreiro parisiense Le Breton, editor de Diderot na *Encyclopédia* e um dos

¹⁴⁴PFISTER, Laurent. Author and Work in the French Print Privileges System: some milestones in BENTLY, Lionel; DEAZLEY, Ronan; KRETSCHMER, Martin (Org.). *Privilège and Property – Essays on the History of Copyright*. Cambridge: Open Book Publishers, 2010, p. 127.

¹⁴⁵D'HÉRICOURT, Louis. Louis d'Héricourt's memorandum in BENTLY, Lionel; KRETSCHMER, Martin (Org.). *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*. Disponível em <http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation_f_1725b&pagenumber=1_2&show=translation>, p. 2. Acesso 16 mai. 2017.

¹⁴⁶PFISTER, Laurent. Author and Work in the French Print Privileges System: some milestones in BENTLY, Lionel; DEAZLEY, Ronan; KRETSCHMER, Martin (Org.). *Privilège and Property – Essays on the History of Copyright*. Cambridge: Open Book Publishers, 2010, p. 128.

¹⁴⁷PFISTER, Laurent. Author and Work in the French Print Privileges System: some milestones in BENTLY, Lionel; DEAZLEY, Ronan; KRETSCHMER, Martin (Org.). *Privilège and Property – Essays on the History of Copyright*. Cambridge: Open Book Publishers, 2010, p. 128.

¹⁴⁸DIDEROT, Denis. Diderot's Letter on the book trade in BENTLY, Lionel; KRETSCHMER, Martin (Org.). *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*. Disponível em <http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation_f_1763&pagenumber=1_1&show=translation>. Acesso 15 mai. 2017.

livreiros mais influentes. É sabido que uma parte substancial da Carta foi modificada pelos livreiros, que a comunicaram dessa forma adaptada a Sartine¹⁴⁹.

O objetivo da carta era examinar a relação entre o comércio e a literatura, mas acaba por abordar vários temas correlatos. Na linha do memorando de d'Héricourt, o autor idealiza mesmo a aproximação entre a propriedade literária e a imobiliária, para tanto, compara: *o livro é tão próprio do autor quanto a casa do proprietário*¹⁵⁰. No mais famoso trecho da carta, há clara sacralização da propriedade literária, segundo Diderot, derivada da personalidade, fruto de estudo, tempo, esforço, investigação¹⁵¹, o que lhe vai ao coração. A perpetuidade, obviamente, tal qual no memorando anterior, é extensível aos editores, na afirmação de Diderot “*o direito do proprietário é a verdadeira medida do direito do comprador*”¹⁵².

Essa discussão não foi a propósito do julgamento de um caso, como no inglês *Millar vs. Taylor*, todavia, nota-se que o argumento do direito natural perpétuo nasce em França também para beneficiar os livreiros, mesmo antes do estabelecimento efetivo do direito de autor. Como este direito, em regra, era transmitido aos livreiros, o controle sobre as obras passa para as mãos destes, substituindo o privilégio real pelo direito natural do autor, sem mudar a realidade fática de quem domina efetivamente este direito.

A efervescente França do século XVIII, produz em 1776 outro documento relevante a título de construção da natureza jurídica. Em defesa dos livreiros provinciais, o advogado Gaultier redige um relatório importante e contrário ao conceito de propriedade literária proposto por Diderot. No relatório, há defesa de uma visão

¹⁴⁹RIDEAU, Frédéric. Commentary on Diderot's Letter on the book trade (1763) in BENTLY, Lionel; KRETSCHMER, Martin (Org.). Primary Sources on Copyright (1450-1900). Disponível em <http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord?id=commentary_f_1763>. Acesso 15 mai. 2017.

¹⁵⁰DIDEROT, Denis. Diderot's Letter on the book trade in BENTLY, Lionel; KRETSCHMER, Martin (Org.). Primary Sources on Copyright (1450-1900). Disponível em http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation_f_1763&page number=1_1&show=translation, p. 9. Acesso 15 mai. 2017.

¹⁵¹DIDEROT, Denis. Diderot's Letter on the book trade in BENTLY, Lionel; KRETSCHMER, Martin (Org.). Primary Sources on Copyright (1450-1900). Disponível em http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation_f_1763&page number=1_1&show=translation, p. 16. Acesso 15 mai. 2017.

¹⁵²DIDEROT, Denis. Diderot's Letter on the book trade in BENTLY, Lionel; KRETSCHMER, Martin (Org.). Primary Sources on Copyright (1450-1900). Disponível em http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation_f_1763&page number=1_1&show=translation, p. 16. Acesso 15 mai. 2017.

tradicional, a manutenção dos privilégios de comércio de livros como a única e verdadeira fonte de exclusividade para um trabalho publicado¹⁵³.

Nesta mesma toada, o Marquês de Condorcet escreve os Fragmentos sobre a liberdade da imprensa (*Fragments sur la liberté de la presse*)¹⁵⁴, que pouco trata da natureza do direito de autor, com um trabalho mais focado na censura prévia exercida pela Coroa. Embora corroborasse com Diderot no que diz respeito a difusão da mensagem Iluminista para toda a nação da França, seus meios para atingir este fim eram completamente diversos. Sua teoria repudiava completamente a ideia do Autor proprietário de um direito natural sobre a obra. Para Condorcet, um homem genial não escrevia livros para acumular riquezas¹⁵⁵.

Entre os pensamentos de Condorcet, o sempre cruel critério financeiro. O Marquês abordava que a elevação dos preços dos livros resulta em inacessibilidade a maior parte da população, deixando-os fora do alcance de um grande número de pessoas. Para o Marquês a realidade da época exigia a disseminação do Iluminismo para todo o povo, de maneira que o ideal era que todos pudessem beneficiar-se da herança Iluminista e tornassem-se capazes também de criar. O objetivo era abolir a distinção entre a porção bruta e a parte iluminada da Humanidade, de modo a facilitar a publicação de livros e a instrução geral para todos. Permite-se a ironia: o sonho de Condorcet parece mesmo utopia até os dias atuais....

Em suma, Gaultier e Condorcet promoveram a defesa de argumentos semelhantes, preconizavam a universalização do conhecimento, com a adoção de uma concepção de autoria diferente, que mesclou o contrato social e uma definição funcional de autor. Assim sendo, a obra publicada, não era pertencente nem ao autor nem ao livreiro, mas a toda a sociedade. Ambos acreditavam que a produção intelectual é criada com base na comunidade das ideias e todos inspiram-se igual e livremente nesta. Assim sendo, o autor escreveria fazendo uso dessa comunidade das ideias disponível na

¹⁵³GAULTIER, Jean. Gaultier's memorandum for the provincial booksellers in BENTLY, Lionel; KRETSCHMER, Martin (Org.). Primary Sources on Copyright (1450-1900). Disponível em <http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation_f_1776&pagenumber=1_1&show=translation>. Acesso 17 mai. 2017.

¹⁵⁴CONDORCET, Nicolas. Fragments on the Freedom of Press in BENTLY, Lionel; KRETSCHMER, Martin (Org.). Primary Sources on Copyright (1450-1900). Disponível em <http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation_f_1776a&pagenumber=1_2&show=translation>. Acesso 15 mai. 2017.

¹⁵⁵“A man of genius does not write books for the riches...”. CONDORCET, Nicolas. Fragments on the Freedom of Press in BENTLY, Lionel; KRETSCHMER, Martin (Org.). Primary Sources on Copyright (1450-1900). Disponível em <http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation_f_1776a&pagenumber=1_2&show=translation>, p. 57. Acesso 15 mai. 2017.

sociedade e também contribuiria com a mesma, tendo em vista que sua obra também agrega para a instrução pública. Logo por também ter contribuído, merece recompensa, na opinião dos dois autores, um privilégio temporário, concedido e limitado pelo rei, a fim de preservar o domínio público, a concorrência e o progresso do Iluminismo com a livre circulação das ideias ¹⁵⁶.

Deste breve histórico acerca do precedente do sistema continental europeu, depreende-se que tal qual no *copyright*, a discussão mais incipiente acerca da natureza sempre se confundiu com interesses económicos. Desde sempre, para benefício pecuniário do editor empresário, a teoria proprietária foi criada propositalmente para conceber os direitos do autor criador de forma que pudessem pertencer perpetuamente ao detentor do poder económico, voraz para obtenção do lucro retorno do seu investimento. Somente em 1777 a Monarquia Francesa concede ao lado dos “privilégios dos editores” (*privilèges en librairie*), os chamados “privilégios do autor” (*privilèges d’auteur*). O eclodir da Revolução Francesa de 1789, o marco do surgimento do efetivo *droit d’auteur*. Os vitoriosos eram autores e tentaram proteger seus próprios escritos ¹⁵⁷. A primeira medida nesse sentido foi a abolição de todos os privilégios dos livreiros. Ultrapassados os ânimos exaltados, os decretos revolucionários de 1791 e 1793 foram explícitos ao afirmar que os direitos de autor não seriam criação da lei, e sim direitos existentes independentemente da criação legislativa, assumidamente de ordem natural ¹⁵⁸.

Não há discussão acerca do viés filosófico que embasa as origens do sistema europeu continental. A primeira abordagem jusnaturalista é baseada nas ideias de John Locke e parte do pressuposto de que uma pessoa que trabalha, neste caso o Autor, tem direito a usufruir do fruto do seu próprio trabalho, remuneração justa de seu labor e o Estado tem o dever de respeitar e proteger esse direito natural.. Como já estudado no *copyright*, esta abordagem é o exemplo clássico de interpretação confusa da obra do filósofo, que estudada de forma mais ampla, resulta num direito de autor que homenageia interesse público e jamais seria perpétuo ¹⁵⁹.

¹⁵⁶PFISTER, Laurent. Author and Work in the French Print Privileges System: some milestones in BENTLY, Lionel; DEAZLEY, Ronan; KRETSCHMER, Martin (Org.). Privilège and Property – Essays on the History of Copyright. Cambridge: Open Book Publishers, 2010, p. 131.

¹⁵⁷ASCENSÃO. Digitalização, preservação e acesso ao património cultural in Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor, v. IX. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 10

¹⁵⁸ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas benefícios coletivos: a dimensão pública do Direito Autoral na Sociedade da Informação*. Porto Alegre: SafE, 2008, p.166.

¹⁵⁹ Vide Natureza Jurídica nos sistemas de Copyright.

Uma segunda abordagem jusnaturalista busca amparo na filosofia de Kant e Hegel. Em Kant há afirmação de que o direito à propriedade privada satisfaz necessidades humanas essenciais. Assim, os legisladores devem fornecer alguma vantagem aos autores, neste caso, criadores, de modo que melhor permita satisfazer as necessidades humanas. O autor possui um vínculo personalíssimo com o fruto de sua criação intelectual. Sua obra lhe pertence como projeção de sua própria liberdade individual. Merece o autor o reconhecimento público de sua autoria, ligada à sua honra, tendo em vista a integridade intelectual dessa criação. Essa noção de pertencimento da obra ao autor seria então justificável pela linha da teoria da personalidade de Hegel. A obra propriamente dita é verdadeira emanção da personalidade do autor¹⁶⁰. O direito positivo apenas reconhece o direito natural do autor de ver sua obra, reflexo de sua própria personalidade protegida, satisfazendo assim uma necessidade do Autor.

Isto posto, três são os pilares da aplicação da teoria do direito natural no direito de autor: a) os direitos pertencentes aos autores de colher os frutos das suas criações; b) o controle sobre as suas próprias criações e c) a proteção da integridade da obra como extensão da própria personalidade¹⁶¹.

Baseada em quaisquer dos vieses filosóficos, a teoria do direito natural prevê um autor central, merecedor da proteção concedida por lei e quanto maior esta for possível, melhor¹⁶². Nessa linha, o interesse juridicamente protegido do autor nasce de um facto e não da Lei. O facto gerador deste direito é a criação intelectual. A lei tem apenas o condão de reconhecer o direito de autor como algo natural, justo, mera decorrência da natureza das coisas. E aqui, quando se fala em natureza, é importante ter em mente que é a natureza da sociedade, na essência dos seres¹⁶³, algo que é realmente tão sedimentado no subconsciente social, algo que faz parte de nossas concepções como o certo.

Ocorre que ao final do século XVIII, a propriedade assume um papel de relevo e, apesar de ser um direito privado, alcança o patamar de bem protegido

¹⁶⁰MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função Social da Propriedade Intelectual: compartilhamento de arquivos e Direitos Autorais na CF/88 - Dissertação de Mestrado – 2007 – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Faculdade de Direito*, p. 319.

¹⁶¹ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas benefícios coletivos: a dimensão pública do Direito Autoral na Sociedade da Informação*. Porto Alegre: Safe, 2008, p.165.

¹⁶²MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função Social da Propriedade Intelectual: compartilhamento de arquivos e Direitos Autorais na CF/88 - Dissertação de Mestrado – 2007 – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Faculdade de Direito*, p. 316.

¹⁶³ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 187.

constitucionalmente¹⁶⁴. A propriedade era considerada absoluta em todos os seus tipos. Este caráter absoluto era confundido com um direito sem limites, quando, a bem da verdade, seu “absolutismo” significava a sua oponibilidade *erga omnes*¹⁶⁵. Essa propositura da propriedade como algo sagrado encontrou acolhimento na Europa continental, tradicionalmente apreciadora da deontologia¹⁶⁶.

Numa decorrência lógica do pensamento liberal – iluminista, a propriedade intelectual do autor era interpretada como a mais sublime, resultado da sacralização do direito de propriedade como um todo. A concepção proprietária de John Locke influencia os mais diversos sistemas jurídicos contemporâneos, sejam eles de raiz civilistas ou *Common Law*. Aqui os sistemas comunicam-se e é compreensível a existência de defensores do direito de autor como direito de propriedade também no *Copyright*. Ambos os sistemas podem até parecer filosoficamente diversos, mas bebem da mesma fonte teórica Lockeana sobre os frutos do trabalho para fundamentar o direito de autor, bem como o sistema económico capitalista que se espalha pelo mundo¹⁶⁷.

Fundada então a qualificação do direito de autor como um direito uno, natural de propriedade, e um tanto quanto supervalorizado o caráter proprietário, o direito de autor sem limites¹⁶⁸. Evidentemente, por versar sobre bens incorpóreos, rapidamente este conceito evolui para uma propriedade diferente. O primeiro teórico a fazer relevantes considerações sobre o monismo patrimonial é o alemão Köhler. Os poderes pessoais como parte integrante da tutela geral da personalidade, e o direito de autor é essencialmente um único direito patrimonial.¹⁶⁹ Um direito real de propriedade, contudo uma nova dimensão: a propriedade - criação. Eugéne Pouillet, Hubman, Escarra, Dabin

¹⁶⁴BRANCO, Sérgio. *O Domínio Público Autoral Brasileiro - Uma Obra em domínio público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 15.

¹⁶⁵ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e Direito Intelectual in SANTOS, Manoel J. Pereira (Org.). *Direitos de Autor e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.12.

¹⁶⁶VASCONCELOS, Cláudio Lins de. As limitações, o *fair use* e a guinada utilitarista do direito autoral brasileiro in MARTINS, Guilherme Magalhães (Org.). *Direito Privado e Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p.485.

¹⁶⁷VASCONCELOS, Cláudio Lins de. As limitações, o *fair use* e a guinada utilitarista do direito autoral brasileiro in MARTINS, Guilherme Magalhães (Org.). *Direito Privado e Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p.485.

¹⁶⁸ASCENSÃO, José de Oliveira. *O fair use no Direito Autoral in Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor*, v. IV. Coimbra: Coimbra Editora. 2003, p.89.

¹⁶⁹VIEIRA, José Alberto Coelho. A estrutura do direito de autor no ordenamento jurídico português – Relatório de Mestrado – 1992 – p. 9 - Universidade Lisboa – Faculdade de Direito.

e Josserand também eram adeptos desta teoria¹⁷⁰. Atualmente, o francês Pierre Recht mantém-se monista e assenta o direito de autor exclusivamente como propriedade¹⁷¹.

Em Portugal, o primeiro defensor do direito de autor como um direito de propriedade especial foi o escritor Almeida Garret¹⁷². Anos mais tarde, Cunha Gonçalves, seguido por Pires de Lima e Antunes Varela, com base no art. 1303.º do Código Civil¹⁷³.

Numa sequência lógica, em razão do Iluminismo essa concepção se propaga e afirma o direito natural do criador sobre os produtos gerados pelo seu espírito humano, sobretudo no Direito Francês e no Direito Alemão. Ainda hoje, há opinião de que com a Dir. 2001/29/CE, mais especificamente com fulcro no considerando 3, o direito de autor teria sido definido como um direito de propriedade de maneira inequívoca¹⁷⁴.

Crítica relevante a teoria proprietária é justamente a sua aplicação direta no âmbito do direito de autor, de bens intangíveis. Os bens materiais são utilizados única e exclusivamente em decorrência de uma tolerância do proprietário que pode optar por não mais conceder. Cita-se o exemplo: sentir o cheiro flores sem tirá-las de seu lugar. Sim, o proprietário permite, mas pode deixar de tolerar ao seu bel-prazer. A hora que quiser pode fazer a poda e ninguém poderá cheirar tais flores. Diferentemente nos bens intelectuais. O autor não pode impedir que desfrutem intelectualmente da obra. Pode mandar recolher exemplares existentes, mas não pode retirar das cabeças que já leram. A obra em si é pertencente a todos, por natureza e não por tolerância/permissão do autor ou do empresário da indústria cultural que detém o direito.

Contraponto a teoria puramente patrimonialista, mas também baseada no jusnaturalismo, a teoria monista do direito de personalidade, sob a influência de Kant e a ideia de que a obra literária é extensão da própria personalidade do autor. Este monismo personalista concebe o direito de autor como unitário, por óbvio, com a predominância do caráter pessoal.

Otto Von Gierke desenvolve esta teoria idealista na Alemanha, partindo do princípio de que o direito de autor é inseparável do ato da criação e por isto, as

¹⁷⁰SANTOS, Manuella. *O direito de autor na era digital. Impactos, Controvérsias e Possíveis soluções*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 76.

¹⁷¹ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 586.

¹⁷²REBELLO, Luiz Francisco. *Introdução ao Direito de Autor. Vol. I*. Lisboa: Dom Quixote, 1994, p. 54.

¹⁷³LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2011, p.39.

¹⁷⁴TRABUCO, Cláudia. *O Direito de Reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 85.

faculdades pessoais e patrimoniais seriam indissociáveis e fruto da emanção da personalidade humana¹⁷⁵.

Frise-se que o conteúdo patrimonial não é negado, mas mera decorrência do conteúdo pessoal¹⁷⁶ e o direito de autor, na sua vertente pessoal ao menos, é um direito da personalidade, inerente a sua própria pessoa, um sistema baseado fortemente na proteção do autor. Bluntschli, Dahn, Darras, Heyman, Bertrand, Caselli, Gareis eram defensores de tal posicionamento¹⁷⁷.

Logicamente é a mais difícil teoria monista de ser concebida, tendo em vista que parece estranho entender o direito de autor unitariamente sob a égide do regime dos Direitos da Personalidade, inobstante a existência das faculdades de utilização económica da obra. A melhor possibilidade de conciliação entre direitos da personalidade e o componente patrimonial do direito de autor seria uma conceção no mínimo dualista¹⁷⁸.

Outra teoria monista relevante acerca da natureza trata do direito de autor como um direito subjetivo *sui generis*. Chamada Monismo Integral e idealizada por Eugen Ulmer, consiste na conjugação dos poderes envolvidos na situação jurídica, de características e natureza diversas daqueles poderes que o compõem, se considerados individualmente cada um. Logo, uma situação jurídica que mereceria também um sistema diferente, unitário e daí a conceção *sui generis*¹⁷⁹. O direito de exploração económica da obra está umbilicalmente ligado às faculdades pessoais e estas faculdades redundam em aspectos patrimoniais.¹⁸⁰

Construída e dominante nos países de língua alemã até a atualidade, prevê o autor como detentor de uma propriedade espiritual. O entendimento neste sentido percebe as faculdades além de diferentes, expansíveis em várias direções, por isto, conferem ao autor uma posição diferente, possuidor de um direito que não se enquadra nem na esfera dos direitos da personalidade nem dos direitos puramente patrimoniais.

¹⁷⁵SANTOS, Manuella. *O direito de autor na era digital. Impactos, Controvérsias e Possíveis soluções*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 76.

¹⁷⁶GRAU-KUNTZ, Karin. Direito de Autor – Um ensaio histórico *in* Revista da Escola da Magistratura Regional Federal da 2.ª Região, v. 13, n. 1. Rio de Janeiro: EMARF, 2010, p. 143.

¹⁷⁷MELLO, Alberto de Sá. *Manual de Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 339.

¹⁷⁸MELLO, Alberto de Sá. *Manual de Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 341.

¹⁷⁹MELLO, Alberto de Sá. *Manual de Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 333.

¹⁸⁰ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 586.

Foram defensores desta forma de pensar Hubmann, Rehbinder, Püschel, Wandtke e Picard¹⁸¹.

Em terras lusitanas, assumidamente seguidor das veredas de Ulmer, a já referida tese da troncalidade autoral do Professor Doutor Gomes Canotilho¹⁸². Entende o Professor que apesar da expressão constante da CRP “direitos de autor”, só existe um direito unitário de autor, subjetivo e entranhado na pessoa do autor. E desta conclusão percebe aquela expressão como alusão ao conteúdo plural, mais do que um direito, liberdade e garantia, o direito de autor é um direito da personalidade, ligado diretamente a dignidade da pessoa humana. O posicionamento diferenciado deste autor português usa a metáfora do tronco jurídico básico, do qual ocorrem irradiações, vários exclusivos, as faculdades patrimoniais. Ponto importante desta posição é a previsão de que dentro deste tronco, o centro do direito de autor estaria diretamente ligado a pessoa do autor, sendo não só um direito da personalidade, mas também um direito fundamental e humano no plano internacional¹⁸³. Percebe que os direitos morais são direitos da personalidade.

Esta teoria é aceita na atualidade pela Professora Doutora Claudia Trabuco¹⁸⁴ e seguida pelo Professor Doutor Menezes Leitão na nomenclatura do direito-quadro, conjunto de vários direitos subjetivos reunidos num complexo unitário, a permissão normativa de exploração económica da obra¹⁸⁵.

Em completo antagonismo a este início proprietário - personalista firme no sistema europeu continental verifica-se a teoria de Manzini e de De Boor e o direito de autor como um direito da coletividade. O pensamento seria uma propriedade social, pertencente ao povo, como representação e expressão da cultura nacional. A obra protegida deveria pertencer a Humanidade, entretanto, como esta não possuiria órgão para gestão deste direito, deveria o mesmo ser gerido pelo Estado. Essa teoria deixa de levar em conta que as ideias não são protegidas e sim a obra literária ou artística resultante delas. Esta teoria foi vivenciada na prática quando a União Soviética

¹⁸¹SOUZA, Allan Rocha de. Resgatando a função cultural nos direitos autorais *in* VICENTE, Dário Moura; VIERA, José Alberto Coelho e outros (Org.). Estudos de Direito Intelectual em homenagem ao Professor Doutor José Oliveira de Ascensão. Lisboa: Almedina, 2015, p. 83.

¹⁸²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Liberdade e Exclusivo na Constituição *in* Direito Industrial, v. IV. Coimbra: Almedina, 2005, p.220.

¹⁸³Assunto que será tratado em subitem próprio *a posteriori*.

¹⁸⁴TRABUCO, Cláudia. *O Direito de Reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 83.

¹⁸⁵LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Manual de Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 44.

instaurou a coletividade total por meio de lei promulgada em 30/01/1925 e do decreto de 11/10/1926. O direito de autor pertencente ao Estado e o autor como trabalhador comum, assalariado. A União Soviética logo voltou atrás e o regime não durou muito tempo¹⁸⁶.

Há de se falar da natureza no contexto das teorias estruturais dualistas. Tendo em vista o caráter duplo, neste entendimento, o direito de autor é uma efetiva duplicidade, formada por aspectos pessoais e patrimoniais. Tais teorias repetem em substância os argumentos monistas, de modo a agregá-los, lado a lado, com prevalência ora da propriedade ora da personalidade e reconhecimento pleno da coexistência.

Como dito a propósito do período que antecedeu a formação efetiva do *droit d'auteur*, Diderot talvez tenha sido o primeiro a permear uma teoria dualista, tendo em vista que entendeu pela indissociabilidade entre autor e obra e a compreensão da existência de algo além da remuneração, um provável precursor das faculdades morais. Köhler é o primeiro mais explícito neste sentido, em razão da sua mudança de posicionamento a propósito da revisão da CB em Berlim e sua constatação pelo *Doppelrecht*. Entretanto, impende frisar que o doutrinador alemão inaugura uma possível ideia dualista, mas compreendia as faculdades pessoais fora do cerne do Direito de Autor, sendo integrante dos direitos da personalidade e as faculdades patrimoniais, como centro nuclear do direito de autor.

Em sentido oposto, primeiro idealizador em França, Morillot desenvolvia uma estrutura dualista de facto, com franca superioridade do elemento personalista sobre o patrimonial, considerado uma propriedade limitada e especial¹⁸⁷. As faculdades morais tais quais se apresentam na atualidade são decorrência direta desta forma de ver o direito de autor. Também fiel a esta forma de ver Henry Desbois, brilhante doutrinador francês do século XX, e o português Almeida Santos¹⁸⁸.

Teorias dualistas mais modernas não dão prevalência, consideram direitos pessoais e patrimoniais complementares, que convivem lado a lado. O direito de autor de facto com estrutura dúplice. Paráclito ilustre em terras portuguesas, o Professor Doutor Libório Dias, cujo entendimento prevê que dentro da duplicidade as faculdades

¹⁸⁶SANTOS, Manuella. *O direito de autor na era digital. Impactos, Controvérsias e Possíveis soluções*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 75.

¹⁸⁷MENDONÇA, João Josué Walmor. Direito de Autor: Natureza Jurídica *in* Revista Nucleus, v. 9, n. 1, 2012. Disponível em <<http://www.nucleus.feituverava.com.br/index.php/nucleus/article/view/689/859>>, p. 155. Acesso 24 jul. 2016.

¹⁸⁸MELLO, Alberto de Sá. *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 361.

patrimoniais perfazem um exclusivo de exploração econômica, enquanto direitos pessoais são verdadeiros direitos da personalidade, relativos a proteção da honra e reputação em relação às obras¹⁸⁹.

Resta-nos observar a natureza a propósito das teorias estruturais pluralistas. Lembra-se que os pluralistas concebem o direito de autor numa realidade maior que a dúplice, com pelo menos três setores, uma pluralidade de direitos pessoais e patrimoniais independentes entre si e que são todos direitos de autor.

Como exemplo de regime deste sistema, escolhe-se a situação portuguesa. Desde o Código de 1966 o legislador português não se compromete com qualificações legais¹⁹⁰. Ao tratar da natureza, do alto de seu brilhantismo, entende o Professor Doutor Oliveira Ascensão pela existência de três setores: o direito pessoal, o direito patrimonial geral e os direitos de sequência, de lesão enorme e de compensação suplementar, estes 3 últimos agrupados sob a nomenclatura direitos de remuneração. Tal conjunto é tão peculiar que é impossível de se determinar uma natureza única para seu coletivo. Logo, adoção de teoria pluralista diferente, separando nomeadamente os direitos de remuneração, tendo em vista a índole e vicissitudes diversas das faculdades morais e patrimoniais¹⁹¹.

Logo, para determinação da natureza efetiva do Direito de Autor de acordo com o CDADC, Lei n.º 63/85, o Professor desenvolve necessárias constatações acerca das faculdades pessoais e patrimoniais abarcadas na situação jurídica da autoria, bem como sobre o objeto do direito de autor. Aqui, se pretende, humildemente, o entendimento da esclarecedora doutrina do Insigne Mestre.

Necessário ter-se em mente que a ordem jurídica portuguesa é de liberdade, inclusive da liberdade de criação intelectual, artística e científica¹⁹². Deve-se lembrar também que a CRP adotou a expressão direitos de autor. O direito de autor refere-se a coisas em sentido amplo e outorga um círculo reservado de atuação. As atividades referentes a obra são livres, exceto aquelas que se perfazem na exploração econômica.

¹⁸⁹PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 165.

¹⁹⁰ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 670.

¹⁹¹ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 662.

¹⁹²De acordo com o art. 42.º da CRP: “1. É livre a criação intelectual, artística e científica. 2. Esta liberdade compreende o direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária ou artística, incluindo a protecção legal dos direitos de autor.”.

Logo, o direito de autor resulta na limitação ao espaço de liberdade social. Por força de lei, o direito de autor confere um direito *erga omnes*, oponível perante todos. Logo, no mínimo e sem dúvida, os direitos de autor são subjetivos e absolutos.

O caráter absoluto não transforma nenhum direito em direito real ou de propriedade. E neste sentido, de acordo com a teoria geral do direito, vale dizer que a qualificação como direito absoluto não engloba só as faculdades ou poderes, mas também faculdades que dão ensejo a exclusão de terceiros pelo autor.

Já sobre os direitos subjetivos, sabe-se que não são subsumidos num rol taxativo apenas como pessoais, reais e obrigacionais. Assim, surge a figura do direito de exclusivo ou monopólio, que não pode ser enquadrado em nenhuma das três categorias anteriores. Justifica-se a adoção do termo exclusivo em vez de monopólio, tendo em vista que este último é largamente utilizado para fins empresariais.

Isto posto, um breve compêndio acerca da teoria do direito subjetivo. Um direito subjetivo é uma permissão específica dada pela norma para o aproveitamento de um bem. O exercício do direito subjetivo dá-se pelos poderes conferidos que são os meios disponíveis para a obtenção de um fim, por exemplo, o poder de exigir determinado comportamento de outrem. Da aplicação desta primeira parte da teoria ao direito de autor é possível divisar o enquadramento pleno. O direito de autor, concedido pela norma para aproveitamento económico da obra intelectual, exercido na forma da regra legal como o poder de excluir outrem da exploração desta obra.

O objeto da relação jurídica subsumida na autoria recai sobre um bem. Bens podem ser materiais, imateriais ou até mesmo uma prestação. Recorre-se aqui a técnica de distinção entre o objeto mediato e objeto imediato. Objeto imediato ou conteúdo diz respeito as atividades reservadas, o que toca diretamente o autor, sujeito de direito e titular das faculdades pessoais e daquelas condizentes com a exploração económica da obra. Enquanto o objeto mediato se relaciona com o autor indiretamente, é mesmo o objeto da exploração económica: a obra intelectual, bem imaterial e o meio para atingir o fim de obter vantagens pecuniárias¹⁹³.

Logo o direito de autor não pode ser propriedade, porque direitos reais recaem apenas sobre bens materiais. Ainda mais profunda análise do objeto verifica que a obra não pode ser posicionada tal qual a coisa nos direitos reais, pois sua imaterialidade a torna impossível de ser exclusivamente possuída. A obra intelectual é insuscetível de

¹⁹³MELLO, Alberto de Sá. *Manual de Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 110.

apropriação exclusiva, tendo em vista que uma vez divulgada, comunica-se com todos que dela tomam conhecimento¹⁹⁴. O contorno de uma tatuagem baseado no Cristo Redentor, uma música executada por um artista de rua... Todos estão a utilizar uma obra. A obra evidentemente não é um bem de produção, não dá ensejo a completa exclusividade de domínio e a impossibilidade de apropriação é a justificativa da destinação social dos bens intelectuais/culturais. A obra não é possuída efetivamente pelo titular tal qual no direito de propriedade, há sempre utilizações de terceiros que serão lícitas, mesmo excluídas do direito do autor sobre a obra¹⁹⁵, ou ainda impossíveis de controle.

Volta-se agora o olhar atento para o objetivo funcional do direito de autor, que é sempre o de atribuir uma determinada obra a um sujeito, mesmo que na maioria das vezes funcione apenas como imputação da titularidade originária do direito de autor¹⁹⁶, tendo em vista que, via de regra, as faculdades patrimoniais são sempre transferidas.

Tem-se o direito pessoal sempre na titularidade do criador intelectual, intransferível. O direito pessoal uno, formado por faculdades que o integram, como por exemplo o direito de conservar a obra inédita, pertencente apenas ao criador. Entretanto, na esfera das faculdades pessoais deparamo-nos com o direito de retirada da obra, que envolve sim elementos da personalidade, como a honra e que neste caso, pode a obra figurar como objeto do direito pessoal de autor¹⁹⁷.

Avante, da análise do objetivo funcional combinada com o estudo dos precedentes históricos e com a doutrina, verifica-se que antes e acima de tudo o direito de autor pretende defender três frentes: atribuir a autoria, remunerar o autor pelo seu contributo e fomentar o interesse público no saber e na cultura. Estes três pilares se relacionam. A remuneração é resguardada pelo círculo de atuação garantido ao autor por tempo limitado, para então cair no domínio público. Pode-se dizer então que este círculo de atividades reservadas ao autor nada mais é que o direito patrimonial, e sendo a obra insuscetível de apropriação, confere-se o direito patrimonial como a possibilidade de o autor impedir outrem de exercer atividade que interrompa seu direito de auferir ganho econômico.

¹⁹⁴Vide subitem acerca da natureza jurídica no Brasil, com a breve análise econômica do instituto jurídico.

¹⁹⁵ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 675.

¹⁹⁶MELLO, Alberto de Sá. *Manual de Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 79.

¹⁹⁷ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 684.

Depreende-se que as atividades referentes a obra são livres, exceto aquelas que resultam na exploração econômica. Logo, o direito de autor resulta na limitação ao espaço de liberdade social. E esta é a justificativa para sua temporariedade, para que as faculdades patrimoniais voltem a esfera da liberdade com a sua extinção. Tudo isto posto, o direito de autor é nuclearmente definido como um exclusivo temporário de exploração econômica¹⁹⁸, uma atividade proibida a todos e reservada só o autor, seu círculo de atuação econômica, que impede o exercício das liberdades, que voltam a sociedade quando a obra passa a integrar o domínio público. Não se esquecem as faculdades pessoais, mas, resta evidente que o direito de autor trata especialmente de permissões de aproveitamento econômico da obra, garantindo ao autor/titular o seu poder de agir e de impedir que outros explorem sua obra sem seu consentimento¹⁹⁹.

A verdade que se encontra ante a percepção da definição é a compreensão do escopo e posteriormente dos limites ao direito de autor, como vetores do interesse público. O direito de autor não é apenas faculdade patrimonial, como o estudo pode constatar. Uma estrutura plural, mas que sempre é analisada nessa nuance, neste núcleo duro patrimonial, com o qual os limites se relacionam. Sim, pode-se dizer que, tendo em vista que no mundo moderno o que continua tendo mais valia é o lucro, o direito de autor discutido em tempo integral diz respeito ao conjunto de faculdades que formam o direito patrimonial que pode ser subsumido num exclusivo de exploração econômica.

Outro defensor de uma estrutura certamente maior que a dualista e alinhado com esta doutrina também o Professor Doutor Alberto Sá e Mello, com o conceito do direito de direito de autor como centralmente localizado no exclusivo de exploração econômica, composto poderes exclusivos para que possam ser aproveitadas as vantagens da exploração econômica da obra²⁰⁰. Ainda verifica uma confirmação da natureza no texto legal, tendo em vista o disposto no art. 9.º, n.º 2 do CDADC²⁰¹.

Releva aqui, apesar de parecer esquecido na atualidade, um conceito que tem sua raiz plantada na realidade e no fundamento do interesse público. Essa definição verifica as características práticas do instituto jurídico do direito de autor, sem abandonar justificativas teóricas e filosóficas. Por entende-la a mais abalizada, essa dissertação

¹⁹⁸ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 686. Também concorda: VICENTE, Dário Moura. O equilíbrio de interesses no direito de autor *in* *Direito da Sociedade da Informação*, v. IX. Lisboa: Coimbra Editora, 2011, p. 254.

¹⁹⁹MELLO, Alberto de Sá. *Manual de Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 111.

²⁰⁰MELLO, Alberto de Sá. *Manual de Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 353.

²⁰¹MELLO, Alberto de Sá. *Manual de Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 161.

filia-se a este conceito acerca da realidade portuguesa, como exemplo vivo do sistema continental europeu.

2.2.3) Natureza Jurídica no Brasil

Cabem algumas constatações sobre os sistemas. Ambos sempre conjecturaram o papel do autor, o interesse público e o interesse privado de lucro. As reflexões iniciais já entendiam que a sociedade opta por suportar o peso da exclusividade temporária conferida aos autores para obtenção dos benefícios que as obras trazem²⁰², bem como já envolviam as primeiras indústrias culturais.

O *copyright*, assumidamente centrado nos aspectos económicos desde o berço. Embasado na premissa filosófica utilitarista, dispõe o direito de autor como um instrumento verdadeiramente económico, útil como um meio para atingir, no futuro, o bem-estar social almejado, que neste caso, abrange o aumento de possibilidades de expressão e aprendizado. Já o *droit d'auteur* nasce também para ovacionar interesses económicos, só que mais subtil. Desenvolve a proteção de faculdades pessoais. Embasado na doutrina filosófica jusnaturalista, separa direitos pessoais dos patrimoniais, de forma que entende que deve ser remunerado o autor pelo honroso trabalho realizado e sua contribuição intelectual para a sociedade, o herói produtor de conhecimento e cultura.

Assim, o fundamento do direito autoral é em qualquer dos sistemas profundamente sedimentado no elemento cultural e o carácter constitutivo das experiências culturais remete sempre ao princípio da dignidade da pessoa humana²⁰³. Cabe aqui dizer que este é o pilar maior do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Cumprir notar que na atualidade a lógica utilitarista do *copyright* parece muito mais fiel a sua finalidade constitucional de atendimento ao interesse público, apesar de seu conteúdo puramente patrimonial, que aparentemente seria uma desvantagem.

Chega-se ao estudo da natureza do direito de autor no Brasil, que pode ser dividido em três fases: de 1827 a 1916; de 1916 a 1973 e até os dias atuais. O primeiro texto é a Lei de 11 de agosto de 1827, que criou o curso de ciências jurídicas e sociais na cidade de São Paulo e na cidade de Olinda, com a previsão do art. 7.º sobre a

²⁰²SOUZA, Allan Rocha de. Resgatando a função cultural nos direitos autorais in VICENTE, Dário Moura; VIERA, José Alberto Coelho e outros (Org.). Estudos de Direito Intelectual em homenagem ao Professor Doutor José Oliveira de Ascensão. Lisboa: Almedina, 2015, p. 81 e 82.

²⁰³SOUZA, Allan Rocha de. Resgatando a função cultural nos direitos autorais in VICENTE, Dário Moura; VIERA, José Alberto Coelho e outros (Org.). Estudos de Direito Intelectual em homenagem ao Professor Doutor José Oliveira de Ascensão. Lisboa: Almedina, 2015, p. 84.

concessão do privilégio exclusivo da obra por dez anos para os professores do curso que elaborassem compêndios. Duas são as observações: a) os professores de Direito foram os primeiros contemplados com a possibilidade exclusiva de explorar; b) exclusividade conferida sobre a roupagem de privilégio, notável o atraso jurídico, vez que a doutrina e legislação internacional já discutiam o direito de autor à época²⁰⁴.

Evidente que a superação do Direito de Autor como privilégio foi tardia, após as discussões internacionais já referidas. Pode-se dizer que os privilégios saíram de cena apenas com a promulgação do Código Criminal de 1830, em seu subliminar art. 261. O texto legal previa a proteção dos direitos autorais na esfera penal e suas respectivas penas. Da interpretação teleológica deste artigo, a doutrina da época concluiu pela existência destes direitos também no plano civil, em razão da punição daquele que praticava a contrafação em pagamento de indenização por violar um direito que, apesar de não estar claramente previsto, sem dúvida existia²⁰⁵. Novamente se nota o atraso do Brasil em relação ao direito de autor.

A primeira lei inequívoca voltada especificamente para a proteção do direito de autor foi a Lei nº 496/1898, também chamada Medeiros e Albuquerque, referência a seu autor²⁰⁶, promulgada pelo Presidente Prudente de Moraes e que teve vigência de 18 anos, revogada pelo Código Civil de 1916.

O Código Civil Brasileiro de 1916 foi inspirado na primeira lei francesa que utilizava a denominação: “*propriedade literária, científica e artística*”²⁰⁷ e dispôs o direito de autor como um bem móvel, de modo que inseriu a matéria nos capítulos “*Da Propriedade Literária, Artística e Científica*”, “*Da Edição*” e “*Da Representação Dramática*”. Esta Lei ficou em vigor durante 96 anos e sofreu ao todo 163 alterações²⁰⁸.

Neste início de século XX, o Brasil também adere a CB, com a Lei 2.738/1913, promulgada apenas em 1922, na forma do Decreto n.º 15.530. Desde então, o Brasil aderiu aos textos de todas as seguintes revisões da Convenção, inclusive Paris, 1971, em

²⁰⁴SOUZA, Allan Rocha de. Direitos Autorais: a História da proteção jurídica in Revista da Faculdade de Direito de Campos, n. 7. Rio de Janeiro: UNIFLU, 2005, p. 21.

²⁰⁵SOUZA, Allan Rocha de. Direitos Autorais: a História da proteção jurídica in Revista da Faculdade de Direito de Campos, n. 7. Rio de Janeiro: UNIFLU, 2005, p. 22.

²⁰⁶BRANCO, Sergio. *Direitos autorais na internet e uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.20.

²⁰⁷MORAES, Rodrigo. *Os Direitos Morais do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.46.

²⁰⁸BARROS, Carla Eugênia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007, p. 491.

vigor até a atualidade e transposto para o ordenamento nacional pelo Decreto n.º 75.699, de 06 de maio de 1975²⁰⁹.

Datam desta ebulição legislativa brasileira as primeiras digressões acerca da natureza jurídica, de estrutura monista, ora como direito da personalidade ora como direito de propriedade, inauguradas por Teixeira de Freitas e Tobias Barreto, respetivamente. Para o primeiro doutrinador há sem dúvida proteção da imaterialidade, entretanto, tal proteção só podia ser feita por meio da teoria da propriedade adaptada aos objetos intangíveis. Já Tobias Barreto, com base em Kant e Otto Von Gierke, discordava frontalmente e acreditava que as características económicas da relação autoral eram supervalorizadas e a essência de tal direito deveria ser consagrada na derivação da obra diretamente da pessoa, logo, como um direito da personalidade²¹⁰.

Apenas em 1973 que o Brasil publica um estatuto único para regulação do direito de autor, a Lei nº 5988, que apesar de reputar os direitos de autor como bens móveis em seu art.3º, já não trouxe em seu corpo a expressão propriedade. E desde então, o legislador brasileiro exime-se de compromisso com a determinação legal da natureza, tal e qual o legislativo português. O que se pode ter certeza é que desde esta lei, foi manifestada a visão de no mínimo uma estrutura dualista, com o reconhecimento de direitos morais e patrimoniais. Tal lei vigorou até a aprovação da atual Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 (LDA). Vale dizer que a LDA e a LDPC foram criadas para alinhar com os Tratados da OMC em 98, logo, também para prestígio do conteúdo patrimonial.

Passa-se assim então a conjectura atual da natureza jurídica. Depois de Tobias Barreto²¹¹, outros se manifestaram como prosélitos da teoria monista personalista com base na LDA. No presente, Silmara Chinellato²¹², Déborah Nigri²¹³, Manuella Santos²¹⁴ e Adriano de Cupis²¹⁵, defendem o direito de autor localizado no âmbito dos direitos da

²⁰⁹Decreto disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75699.htm>. Acesso 07 mai. 2017.

²¹⁰SOUZA, Allan Rocha de. Direitos Autorais: a História da proteção jurídica in Revista da Faculdade de Direito de Campos. Ano VI, n. 7. Rio de Janeiro: UNIFLU, 2005, p. 23.

²¹¹BARRETO, Tobias. O que se deve entender por direito autoral in Estudos de direito. Sergipe: Ed. do Estado do Sergipe, 1926, p. 153.

²¹²CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direitos de Autor e Direitos da Personalidade: reflexões a luz do código civil* - Tese de Doutorado - 2008 - Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito, p. 86.

²¹³NIGRI, Deborah Fisch. *Direito Autoral e a Convergência de Mídias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 26.

²¹⁴SANTOS, Manuella. *O Direito de Autor na Era digital. Impactos, controvérsias e possíveis soluções*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 80.

²¹⁵Afirma adiante que “[o] direito moral de autor, (...), não é um direito inato. De fato, só surge em seguida a um ato de criação intelectual. Quer dizer, não corresponde a todo aquele que seja munido de

personalidade, levando em consideração que estes podem abranger também direitos de ordem patrimonial. Na verdade, se trata de uma corrente monista que afasta a questão da propriedade, mas reconhece a hibridez do direito, com o fundamento de que a violação de um direito moral reflete no patrimonial e vice-versa. Nasceria então como uno o direito de autor, com possibilidade de bipartição, sempre os direitos morais pertencentes ao autor e os patrimoniais passíveis de titularidade diversa²¹⁶, caso o autor autorize a cessão.

Neste sentir, os direitos da personalidade são faculdades jurídicas cujos objetos seriam os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito e seus prolongamentos, inclusive os aspectos patrimoniais, como espécie de reflexos. Entendem que a personalidade antes de qualquer coisa é o objeto imediato do direito, logo, os direitos coligados a ela seriam subjetivos e baseados no direito que o sujeito tem de proteger o que lhe é próprio²¹⁷. O direito de autor seria indissociável da atividade de criação do homem que é ligada à personalidade e os direitos patrimoniais seriam mera decorrência lógica da vontade do sujeito de proteger o que lhe pertence, podendo ou não o criador explorar economicamente²¹⁸.

Para afastamento do direito de autor como direito de personalidade cabe breve conceito das faculdades pessoais que o integram. Existem situações que decorrem da criação da obra intelectual que dizem respeito a tutela da personalidade. É comumente confundida a proteção do nome com uma faculdade pessoal, justamente pela pessoa do autor figurar na relação. Por exemplo, o autor é chamado de preconceituoso por uma frase que disse numa entrevista acerca da sua obra. Isto nada tem a ver com a obra em si e sim com o nome do autor que não deseja ser julgado preconceituoso. O verdadeiro direito pessoal, conteúdo do direito do autor, é o de ver seu nome ou pseudônimo indicado na utilização da obra por terceiros²¹⁹.

Logo, as faculdades pessoais não se tratam de direitos da personalidade, como prova disso são as possibilidades de negócios que envolvam tais faculdades, como por

personalidade, mas àquele que, além de ter personalidade, se qualifique ulteriormente como 'autor'. CUPIS, Adriano de. *Os Direitos da Personalidade*. Campinas: Romana, 2004, pp. 23-24.

²¹⁶CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direitos de Autor e Direitos da Personalidade: reflexões a luz do código civil* - Tese de Doutorado - 2008 - Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito, p. 104.

²¹⁷SANTOS, Manuella. *O direito de autor na era digital. Impactos, Controvérsias e Possíveis soluções*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 80.

²¹⁸CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direitos de Autor e Direitos da Personalidade: reflexões a luz do código civil* - Tese de Doutorado - 2008 - Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito, p. 86.

²¹⁹ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 139.

exemplo a cessão de utilização da obra inédita²²⁰. Ademais, lembra-se que todos os direitos da personalidade, como outros exemplos, imagem, privacidade e honra, estão totalmente presentes num vínculo impossível de desfazer inseridos no próprio titular, não se descolam em momento algum. Os direitos da personalidade são intransmissíveis, inalienáveis e inapropriáveis. Já as faculdades pessoais do autor dependem plenamente de um fator externo: nascem com a exteriorização da obra intelectual²²¹.

Esta teoria também é criticável pela ótica da transmissão das faculdades patrimoniais. Como poderia o direito de autor ser uno, emanar da personalidade e ter decorrências pecuniárias transmissíveis ao mesmo tempo se nem as suas faculdades pessoais são essencialmente direitos da personalidade?

Além disso, há de se compreender que, como visto a propósito do estudo exemplificativo do sistema português, filiado também ao continental europeu, o objeto mediato é a obra, o bem que justifica o instituto do direito de autor e o imediato é perfeito nas faculdades. Tal concepção não coaduna com a realidade da situação jurídica autoral.

O desenvolvimento acadêmico tardio do Brasil chega enfim a um conceito de propriedade especial. A teoria monista que surge com Teixeira de Freitas tende desde o início para a espécie especial de propriedade. O doutrinador interpretou que os direitos sobre criações intelectuais não constituíam direitos reais, tendo em vista à imaterialidade do objeto, mas integrariam o património dos autores. Desenvolveu que, com alguma adaptação, o direito de propriedade é aplicado aos objetos intangíveis, porém visíveis, e sua configuração é de verdadeiro direito de propriedade²²². Já a propósito do Código de 1916 o grande doutrinador Gama Cerqueira²²³ também defendia esta teoria.

Na atualidade, Helenara Braga Avancini em concordância com Bruno Jorge Hammes, defende a natureza proprietária especial por entender que a situação jurídica do titular de direito de autor não deixa de ser a apropriação privada de um bem imaterial²²⁴.

²²⁰ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 599.

²²¹BRANCO, Sérgio. *O Domínio Público Autoral Brasileiro - Uma Obra em domínio público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.42.

²²²FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Il Garnier, 1896.

²²³CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*, v. II. Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 87.

²²⁴AVANCINI, Helenara. *O Direito Autoral numa perspectiva dos direitos fundamentais: A limitação do excesso de titularidade por meio do Direito da Concorrência e do Consumidor* - Tese de Doutorado - 2009 - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Faculdade de Direito, p. 47.

Argumento a favor da pretensa propriedade do autor encontra azo no art. 3.º da LDA que configura os direitos de autor como bens móveis. Essa disposição teria sido criada para garantir aos autores o exercício dos atributos condizentes com a propriedade, uma ficção jurídica para garantir uso e fruição²²⁵, que seria confirmada pelo art. 28.º da LDA. Portanto, o sentido pretendido é um sentido de propriedade amplo, decorrente de um anseio legislativo bem-intencionado de tratar como um todo o direito patrimonial, com a face da propriedade, sem que seja o direito de autor exatamente igual com o que ocorre com a propriedade em si.

A priori, esta teoria encontra dificuldade de adequação por um motivo simples, a LDA não quis utilizar a palavra propriedade, o legislador omitiu porque assim desejou. Lembra-se que leis anteriores usaram a expressão de maneira explícita.

A previsão do art. 3.º e a reputação dos direitos de autor como bens móveis não tinha intuito de equiparar o direito de autor a propriedade ou a um direito real e tal reflexão não foi realizada nem pode ser presumida do processo legislativo. A fim de confirmar tal entendimento, em consulta ao inteiro teor do PL 5430/1990 que deu origem a LDA, nota-se que houve discussão acerca do referido artigo e o Senador Jamil Haddad propôs emenda. Argumentava que os direitos de autor, consagrados na DUDH e considerados direitos fundamentais pela CRFB²²⁶ não podem ser reputados como bens móveis, tendo em vista a suscetibilidade deste tipo de bens à expropriação. Na visão do Senador, apenas a obra é um bem móvel. A resposta dada a proposta de emenda é no mínimo inconclusiva. Sinteticamente, foi dito que por respeito à DUDH somente a obra pode ser considerada "bem móvel" e não os direitos autorais na sua amplitude global²²⁷. Logo, vê-se que é impossível auscultar a verdadeira intenção legislativa, o debate não foi efetivamente feito.

E aqui um novo quiproquó. Pelo estudo empenhado nesta dissertação, há necessidade de esclarecer que talvez a escolha legislativa tenha sido infeliz, confusa, principalmente em razão da rasa discussão no PL. Se o objetivo era tratar da obra, no mínimo, o texto deveria ser objetivo.

Aproveita-se a brecha e pergunta-se: O que é a obra intelectual? A LDA ocupou-se de definir inclusive os tipos de obra e num conceito geral dispôs obras intelectuais são as criações do espírito, bens imateriais que não se confundem com o suporte no qual

²²⁵MENEZES, Elisângela Dias de. *Curso de Direito Autoral*. São Paulo: Del Rey, 2007, p. 29.

²²⁶Argumento com o qual discorda-se e será tratado em subitem próprio.

²²⁷Projeto de Lei n.º 5.430/1990. Disponível em <<http://www.lacorte.adv.br/blog/wp-content/files/Lei9610/PL-5430-1990-1.pdf>>, p.72. Acesso 25 jan. 2017.

são expressas²²⁸. Desta feita, ante o artigo da LDA que acompanhou a construção doutrinária, é inequívoco que o direito de autor independe de suporte material. Esta independência leva a outra constatação, o autor não possui ingerência no exemplar e muito menos o consumidor que compra o exemplar detém algum direito de autor. Vale a idealização de um exemplo. Maria escreveu um livro. Publicou de maneira independente em suporte físico e *e-book*, e também detém todas as faculdades, patrimoniais e morais de sua obra. Dúvida não há que o *e-book* é tão livro quanto aquele impresso em suporte físico convencional, papéis agrupados. João compra o *e-book* de Maria que não tinha dispositivo de proteção tecnológica contra cópias (*tsc tsc...difícil, mas tratar-se-á*) e José suporte físico. João ainda nem leu, mas faz cópias para o *tablet* da mãe, da sobrinha e para o computador da cunhada. José lê e conversa sobre o assunto em mesas de bar. Emprresta a pelo menos três amigos sucessivamente. A obra foi propagada, cópias foram feitas ou não. O direito de autor de Maria permanece o mesmo. Intacto e independente de suporte físico ou mero arquivo que o contenha...

E Direitos autorais? Como já tratado nos prolegómenos, são a coletividade das faculdades pessoais, patrimoniais e complementares atribuídas pela situação jurídica de autor e titulares de direitos conexos. Logo, o intuito do artigo no contexto do PL é apenas criar uma situação fictícia para a imaterialidade da obra como um bem móvel. Nada além disso, como a própria resposta a emenda diz, essa reputação diz respeito apenas a obra, não a coletividade de direitos.

Conclui-se pela impossibilidade de presumir uma natureza proprietária subliminar mesmo que especial e adaptada em decorrência do pouco técnico art. 3.º.

Ainda a tratar da obra intelectual protegida, eis a condição da imaterialidade como outro obstáculo para adequação ao direito de propriedade. É necessária breve análise económica específica, para além da análise jurídica feita a propósito do sistema continental europeu. A lei atribui um direito exclusivo a um bem que na realidade é não-exclusivo, não escasso e não-rival. Em aprofundamento, a obra, como bem intelectual, é naturalmente bem público, não-competitivo e não-exclusivo. Portanto, um bem protegido nos ditames da propriedade intelectual pode ser usado por diversas pessoas ao mesmo tempo, inclusive com finalidades diferentes²²⁹. Colocada a disposição do público, a obra pode ser desfrutada por qualquer um, sem perda ou alteração. Logo, a

²²⁸ Vide art. 5.º da LDA. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso 23 mai. 2016.

²²⁹BRANCO, Sérgio. *O Domínio Público Autoral Brasileiro - Uma Obra em domínio público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 22.

criação intelectual é incorpórea e inapropriável. Situação agravada principalmente na atual sociedade da informação, com a possibilidade de rápidas cópias de enorme qualidade, a obra pode se tornar viral, sem qualquer autorização do criador e em segundos. Se anteriormente alguns bens intelectuais, necessitavam de suportes físicos, como livros, por exemplo, hoje são perfeitamente acessíveis *online*. Na verdade, a obra pode ser considerada bem público perfeito, em razão da sua imaterialidade²³⁰.

Leia-se bem que a análise feita a esse propósito é concernente ao conceito económico de bens. Logo, na qualidade de públicos, são impossíveis de apropriação e vivem em constante fluxo.

Assim como as informações e o conhecimento, as obras protegidas por direito de autor são bens públicos, e, por meio da exclusividade legal conferida²³¹, passam a ser viáveis no mercado, suscetíveis de gerar lucro pecuniário para o autor/titular. A escassez é simulada, artificialmente criada por lei para gerar valor sobre as obras para remunerar os respetivos titulares/autores, dotar o bem imaterial de economicidade.

Pode-se dizer então que a obra intelectual, sem a interferência legal que concede o exclusivo de exploração económica, circularia completamente livre no mercado. Fácil de ser reproduzida, constitui verdadeiro desafio hercúleo impedir terceiros de copiar²³². Para corrigir essa “falha de mercado”, a lei cria o exclusivo e forçosamente rarifica as obras, de maneira que concede apenas ao criador um direito essencialmente negativo, uma prerrogativa de exclusão, a faculdade de impossibilitar a atuação livre dos demais sujeitos da sociedade²³³, traduzida num espaço de atuação reservada que não significa apropriação como nos bens corpóreos, mas sim o poder de impedir todos os demais de utilizarem ou explorarem o resultado da criação sem o consentimento do respetivo titular²³⁴.

²³⁰LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 170.

²³¹AVANCINI, Helenara. *O Direito Autoral numa perspectiva dos direitos fundamentais: A limitação do excesso de titularidade por meio do Direito da Concorrência e do Consumidor* - Tese de Doutorado - 2009 - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Faculdade de Direito, p. 205.

²³²BOYLE, James. *The Public Domain*. New Haven: Yale University Press, 2008, p. 4. Tradução livre da autora. No original, lê-se que: “(...) *wherever things are cheap to copy and hard to exclude others from, we have a potential collapse of the market*”.

²³³BESSA, Tiago. Direito Contratual de Autor e Licenças voluntárias de exploração da obra *in* Revista da Ordem dos Advogados, v. IV, 2012. Disponível em <http://www.vda.pt/xms/files/Publicacoes/Artigo_TCb_Direito_Contratual_de_Autor_e_Licencas_Voluntarias_de_Exploracao_da_Obra.pdf>, p. 1145. Acesso 07 jan. 2017.

²³⁴BESSA, Tiago. Direito Contratual de Autor e Licenças voluntárias de exploração da obra *in* Revista da Ordem dos Advogados, v. IV, 2012. Disponível em <http://www.vda.pt/xms/files/Publicacoes/Artigo_TCb_Direito_Contratual_de_Autor_e_Licencas_Voluntarias_de_Exploracao_da_Obra.pdf>, p. 1145. Acesso 07 jan. 2017.

Por outro lado, a comprovação de que a escassez é artificial reside no facto de que a lei estabelece prazo determinado para a proteção. O domínio público. Lembra-se a propriedade é perpétua. O direito de autor não. Ainda assim, são dispostas limitações ao direito de autor durante a sua existência. Eis as provas de que, na verdade real, a regra seria a disponibilidade das obras intelectuais e tudo não passa de criação do Direito, o que desmistifica a concretização de um direito natural de propriedade.

Pode parecer ingenuidade uma ficção para promover a propriedade absoluta de bens insuscetíveis de apropriação, mas essa medida justifica e alimenta o interesse económico nas obras intelectuais. Interessa ao *lobby* dos empresários que lucram com o direito de autor a manutenção dessa visão proprietária, por mais descabida que seja. Logicamente, as consequências desta irrealidade são desastrosas, entre elas, a difícil conciliação com os direitos de outros ramos, de valores superiores aos económicos.

Ainda sobre natureza presumida, proferido julgado do Superior Tribunal de Justiça. No Recurso Especial nº 964404²³⁵, no qual o Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino usou a expressão “propriedade autoral”, consagrada por José Afonso da Silva²³⁶, em diversos momentos do texto. Apesar do notório saber jurídico do Ministro e os méritos da decisão no que diz respeito aos limites²³⁷, pede-se vênica para respeitosa discordar, vez que esta não parece ser uma resposta definitiva pela falta de abordagem efetiva da questão da natureza. A expressão é apenas repetida, faz lembrar o PL que nada diz de concreto.

Agora a adentrar no facto gerador da situação jurídica, para quem entende a fração patrimonial como propriedade especial o marco inicial do direito de autor é a fixação da obra em suporte físico²³⁸. Como visto no sistema continental europeu, mais especificamente da análise do sistema português, mais coerente é o entendimento de que o facto gerador do direito de autor como um todo é o ato criativo, apenas dele decorre toda a proteção. Neste sentido a LDA define a obra intelectual protegida como aquela expressa por qualquer meio ou fixada em suporte²³⁹. Não há o que falar em facto

²³⁵Recurso Especial n.º 964404. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12856614&num_registro=200701444505&data=20110523&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 09 out. 2016.

²³⁶SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 249.

²³⁷Para a interpretação extensiva do rol dos limites, importância tratada em item próprio.

²³⁸Vide por exemplo BARROS, Carla Eugênia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007, p. 485. A autora cita trecho em concordância com Eliane Abrão sobre a fixação como facto gerador.

²³⁹“Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como...”

gerador posterior tendo em vista que não há exigência de fixação para proteção, a proteção é claramente iniciada na exteriorização da obra.

Outros impeditivos para a consideração do direito de autor como direito de propriedade são os modos de aquisição originária e derivada. A propriedade é adquirida originariamente por várias formas, inclusive pode ser resultado de usucapião ou de ocupação. Obviamente não ocorre o mesmo com o direito de autor, cuja aquisição originária só é possível com a criação da obra.

Na aquisição derivada a diferença é ainda mais gritante, vez que a regra geral do direito de propriedade é a transmissão pela tradição, basta a entrega do bem móvel ao futuro proprietário. Já tratada a crítica ao confuso texto do art. 3.º que determina o direito autoral como bem móvel, resta evidente que não há como aplicar a regra da tradição, vez que só pode ser transferido no que tange a sua parcela patrimonial e esta cessão é feita por meio de contrato formal por escrito²⁴⁰.

Ainda no que tange a aquisição derivada, cumpre esclarecer que a LDA é clara, em seu art. 37, com a previsão de que a aquisição de original ou exemplar de uma obra não confere qualquer direito patrimonial de autor ao adquirente, salvo convenção em contrário entre as partes ou disposição da própria Lei. Trata-se de mera transferência daquele bem físico que funciona como suporte da obra em si.

Fica fácil notar que a única coincidência entre o direito de propriedade e o exclusivo concedido pelo direito de autor parece ser o caráter absoluto de oponibilidade *erga omnes*. A conclusão é que as diferenças são tantas que só podem confirmar a impossibilidade do enquadramento do direito de autor como propriedade. As características são diferentes, as naturezas são distintas. Apesar da repetição do argumento do direito de autor proprietário, verifica-se que adequá-lo significaria a criação de uma nova espécie de propriedade, tão excepcional que implica mesmo na transmutação deste direito²⁴¹.

Talvez o leitor esteja a perguntar: Por que tanta preocupação em afastar a qualificação do direito de autor como direito de propriedade no Brasil? Primeiro, porque o Brasil carrega uma tendência ingênua a incorporar tanto a lógica utilitarista quanto a

²⁴⁰MAGRANI, Bruno. Função Social do Direito de Autor: análise crítica e alternativas conciliatórias *in* PRETTO, Nelson de Luca; SILVEIRA, Sergio Amadeu (Org.). Além das Redes de Colaboração. Internet, Diversidade Cultural e tecnologias do Poder. Salvador: EDUFBA, 2008, p. 162.

²⁴¹MAGRANI, Bruno. Função Social do Direito de Autor: análise crítica e alternativas conciliatórias *in* PRETTO, Nelson de Luca; SILVEIRA, Sergio Amadeu (Org.). Além das Redes de Colaboração. Internet, Diversidade Cultural e tecnologias do Poder. Salvador: EDUFBA, 2008, p. 163.

jusnaturalista, misturadas ou não, sem pensamento crítico²⁴². Também porque se trata de uma repetição na doutrina brasileira, principalmente em razão da mais famosa forma de conciliação de interesses pela função social do direito de autor, como ver-se-á no momento oportuno.

A última teoria monista, a integral, tem como o seu maior expoente brasileiro o Insigne Mestre Carlos Alberto Bittar, defendendo não só a unicidade, como a autonomia²⁴³ do Direito de Autor dos demais ramos do Direito²⁴⁴ e seguido por nomes como Costa Netto²⁴⁵. Impossível de ser inserido em quaisquer das categorias preexistentes por conta da sua estrutura própria e complexa. Tão inadequados para a categoria dos direitos reais quanto para os direitos da personalidade, mas composto pela coexistência de dois direitos autônomos. Portanto, não haveria outra saída a não ser uma nova modalidade de direitos privados, *sui generis*, justificando uma regulamentação específica. Atualmente Fabio Figueiredo se posicionou no mesmo sentido²⁴⁶.

Também na atualidade a Professora Doutora Elisângela Menezes, com defesa da unicidade que abriga os dois feixes de direitos e assumida filiação a Bittar. O direito *sui generis*, num monismo integral, com feição dupla, que reuniria direitos morais e patrimoniais, qualificando os direitos patrimoniais como propriedade especial e direitos morais como direitos da personalidade²⁴⁷. Impugna-se essa teoria pelos mesmos motivos já expostos a propósito do exemplo português.

Independente da subsistência de alguns defensores do monismo personalista, do monismo patrimonialista diferenciado e do monismo integral, a maioria esmagadora da doutrina brasileira é dualista, com base no art. 22 da LDA²⁴⁸. A percepção desta forma de ver o direito de autor é uma espécie de verdade pouco contestada.

Surge como tese conciliadora a teoria dualista e a previsão de dois tipos de poderes integrados: as faculdades morais como direitos da personalidade para muitos

²⁴²MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função Social da Propriedade Intelectual: compartilhamento de arquivos e Direitos Autorais na CF/88 - Dissertação de Mestrado – 2007 – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Faculdade de Direito*, p. 337.

²⁴³BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 29.

²⁴⁴Ascensão e Rebello entendem o Direito de autor como autônomo ramo do Direito Civil. Vide ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil. Direito de autor e direitos conexos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 30 e REBELLO, Luiz Francisco. *Introdução ao Direito de Autor. Vol. I*. Lisboa: Dom Quixote, 1994, p. 57.

²⁴⁵COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. São Paulo: FTD, 2008, p. 75.

²⁴⁶FIGUEIREDO, Fabio Vieira. *Direito de Autor: Proteção e disposição extrapatrimonial*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51.

²⁴⁷MENEZES, Elisângela Dias de. *Curso de Direito Autoral*. São Paulo: Del Rey, 2007, p. 28.

²⁴⁸“Art. 22. *Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou.*”

autores²⁴⁹ e as faculdades patrimoniais como propriedade especial. Ignora faculdades complementares ou tem-nas como patrimoniais. A teoria estrutural dualista é sem dúvida a vencedora em popularidade no direito de autor brasileiro. Os adeptos são incontáveis e em regra é mantida a visão clássica de Desbois ou de Morillot, com prevalência do direito moral. Exemplos de defensores atuais como Rodrigo Moraes²⁵⁰, Fabio de Mattia²⁵¹ Carla Eugenia Caldas²⁵², Eliane Abrão²⁵³, entre outros.

Como impeditivo da verificação desta teoria, todas as objeções já referidas aos monismos patrimonial e personalista, bem como a ignorância das faculdades complementares e a verificação da teoria plural como mais pertinente.

Cabe ainda um registro acerca de outra combinação dualista de teorias acerca da natureza, com a aceitação parcial da concepção do Professor Doutor Ascensão. Primeiro exemplo desta vertente, o Professor Doutor Sérgio Branco, pleno adepto do direito de autor com natureza de exclusivo, reafirma a pertinência temática deste instituto em razão deste ser adequado para a complexidade que abarca o conjunto de duas espécies de faculdades distintas. Entretanto, no tocante aos direitos pessoais, para ele na verdade extrapatrimoniais, perpétuos e, portanto, de efeitos diversos dos patrimoniais após o prazo de proteção²⁵⁴.

Outros doutrinadores se manifestam no mesmo sentido, com entendimentos diversos. O Professor Doutor Allan Rocha compreende as faculdades pessoais como verdadeiros direitos da personalidade²⁵⁵. Também o Professor Doutor Walmor²⁵⁶ que se diz neodualista com prevalência das faculdades pessoais.

Os empecilhos para concretização destas teorias dualistas no contexto brasileiro se repetem: todos os argumentos que refutam as teorias monistas se conjugam e a insuficiência do dualismo ante as faculdades complementares.

²⁴⁹BRANCO, Sérgio. *Direitos autorais na internet e uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 28.

²⁵⁰MORAES, Rodrigo. *Os Direitos Morais do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 49.

²⁵¹DE MATTIA, Fabio Maria. *O Direito de tradução no direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 4.

²⁵²BARROS, Carla Eugênia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007, p. 485.

²⁵³ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de Autor e Direitos Conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 34.

²⁵⁴BRANCO, Sérgio. *O Domínio Público Autoral Brasileiro - Uma Obra em domínio público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 47.

²⁵⁵SOUZA, Allan Rocha de. *Função social dos direitos autorais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 131.

²⁵⁶MENDONÇA, João Josué Walmor. Direito de Autor: Natureza Jurídica in *Revista Nucleus*, v. 9, n. 1, 2012. Disponível em <<http://www.nucleus.feituverava.com.br/index.php/nucleus/article/view/689/859>>, p. 165. Acesso 24 jul. 2016.

Inobstante toda a supremacia repetitiva da argumentação proprietária e dualista, o sistema brasileiro, quando objeto de uma análise atenta é plenamente compatível com a teoria plural de natureza jurídica centrada no exclusivo, tal e qual Portugal.

Com as mesmas bases filosóficas de Portugal para formação de um Estado Democrático de Direito, CRFB e CRP possuem traços comuns²⁵⁷. E assim como a ordem jurídica portuguesa, o Brasil tem por regra a liberdade, entre elas, a de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte, o saber, bem como a de exprimir a atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença²⁵⁸.

Assim, trata-se o direito de autor de uma restrição a liberdade, sem dúvidas. As faculdades que o compõem são verdadeiros obstáculos ao primado de liberdade que rege a sociedade, vez que facultam apenas ao autor, por meio de texto de lei, a possibilidade de realizar determinados usos para fins de exploração econômica, bem como a autorização para que outros os realizem.

Ora, ante as semelhanças entre os sistemas brasileiro e português, o ideal é evitar as repetições. Desta feita, serão desenvolvidas a partir de agora as teorias de doutrinadores brasileiros que concordam parcial ou totalmente com o Professor Doutor Ascensão, inobstante não ser possível deixar de citar referências ao esplendoroso livro escrito pelo Mestre a propósito da situação tupiniquim, como maior e mais completa obra de Direito de Autor no Brasil.

Em primeiro lugar, advoga em favor da tese plural do direito de autor com natureza de direito exclusivo o facto de que tal qualificação se presta a definir a natureza tanto das faculdades patrimoniais quanto dos direitos pessoais do autor e o diferenciado direito de sequência, de forma que condiz muito mais com a realidade.

Como confirmação do direito de exclusivo plenamente aplicável inclusive para a natureza das faculdades pessoais: o direito de conservar a obra inédita ou direito a paternidade ou mesmo o direito a modificação da obra. Todos são visivelmente elementos do exclusivo que compõem o direito de autor. Só ao autor é facultado exigir seu nome apostado a obra. Também só a ele é facultada a modificação e a vontade de

²⁵⁷MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional - Estado e Constitucionalismo. Constituição. Direitos Fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica, 2016, p. 100.

²⁵⁸ Vide art. 205, inciso II e art. 5.º inciso IX da CRFB.

manter o ineditismo²⁵⁹. Atividades privativas positivadas na Lei. Cabem apenas ao autor, exclusivamente.

Portanto o direito exclusivo é plenamente adequado para justificar a complexidade do direito de autor. Abriga o direito patrimonial que também é um conjunto de faculdades, atividades reservadas e que não é propriedade, para dotar de economicidade, bem como os direitos pessoais, que também facultam atividades aos autores²⁶⁰.

As peculiaridades da obra, como coisa incorpórea e inapropriável, também coadunam com a qualificação do direito de autor como um direito de exclusivo. A escassez simulada já anteriormente referida é uma ficção jurídica. No silêncio da lei, não haveria qualquer tutela, o autor não teria o exclusivo e todas as pessoas poderiam utilizar a obra em seu próprio benefício e sem qualquer autorização do criador. Essa é a razão de ser e existir do direito de autor, criar um exclusivo de utilização da obra concedido ao criador para excluir os demais que só podem utilizar mediante consentimento do mesmo²⁶¹.

Nesse sentido, o Insigne Doutor Denis Borges Barbosa²⁶² alude a teoria de Roubier e os “*direitos de clientela*”, que estariam lado a lado com os direitos reais e pessoais, uma outra categoria de direitos privados que confere monopólios legais para efetivação dos direitos intelectuais, tendo em vista que dada a natureza imaterial dos bens, o direito subjetivo sobre uma obra literária só pode ser exercido mediante a restrição legal de direitos e liberdades²⁶³, o círculo de atuação reservado ao autor.

Assumidamente prosélito da teoria do exclusivo, o Professor Doutor Luiz Gonzaga Adolfo ressalta a escolha constitucional pela nomenclatura, alusão ao disposto no art. 5.º XXVII, de texto que assegura pertencer aos autores do exclusivo de utilização, publicação ou reprodução e aos herdeiros pelo tempo determinado em lei²⁶⁴.

²⁵⁹BRANCO, Sérgio. *O Domínio Público Autoral Brasileiro - Uma Obra em domínio público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 52.

²⁶⁰BRANCO, Sérgio. *O Domínio Público Autoral Brasileiro - Uma Obra em domínio público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 53.

²⁶¹BESSA, Tiago. Direito Contratual de Autor e Licenças voluntárias de exploração da obra *in* Revista da Ordem dos Advogados, v. IV, 2012. Disponível em <http://www.vda.pt/xms/files/Publicacoes/Artigo_TCb__Direito_Contratual_de_Autor_e_Licencas_Voluntarias_de_Exploracao_da_Obra.pdf>, p. 1144. Acesso 07 jan. 2017.

²⁶²BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 31.

²⁶³BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 40.

²⁶⁴ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas benefícios coletivos: a dimensão pública do Direito Autoral na Sociedade da Informação*. Porto Alegre: SafE, 2008, p. 113.

Ora, tendo em vista a determinação constitucional e a certeza de que o direito de autor não seria possível se não por força de Lei, pode-se dizer que o direito é conferido e extinto pela lei. A Lei determina sua duração. Ante esta interpretação do texto constitucional, não subsiste qualquer argumento em defesa de um direito natural de autor. Ademais, tal entendimento ratifica a natureza de exclusivo, dada a temporariedade, resta evidente que o direito de autor se trata efetivamente da sociedade a suportar uma restrição à liberdade.

Observado o instituto do direito de autor, a inadequação de teorias repetidas e como este se comporta quando analisado sob a ótica legal, doutrinária e prática, mostra-se evidente a estrutura plural, a natureza de exclusivo e seu centro no caráter patrimonial.

Evidenciados tais fatores, resta óbvia a filiação desta pesquisa a magistral teoria do Professor Doutor Ascensão acerca da natureza jurídica: “*o direito de autor nuclearmente caracterizado por um exclusivo temporário de exploração econômica da obra*”²⁶⁵.

A dedução deste estudo é maior do que uma adequação. Foi uma necessidade de buscar no passado as raízes do direito de autor para entender seu nascimento e sua justificação, sem uma visão romântica propagada como justificativa expansiva, sobretudo num país de história mais recente como o Brasil. O direito de autor é um exclusivo, por pertinência temática, vocação e adequação. Porque é necessariamente um direito subjetivo conferido por lei, por meio de faculdades concedidas que formam um círculo de atuação reservado ao detentor do direito nascido com a criação. Logo, nunca é nem foi um direito natural. Mais ainda porque é uma qualificação que pode abrigar a diversidade característica do direito de autor, com feixes de direitos distintos: patrimoniais, pessoais e faculdades complementares.

2.3) Conteúdo Patrimonial do Direito de Autor:

No percurso traçado até aqui, chegamos a um conceito de direito de autor que prevê em seu núcleo duro um exclusivo de exploração econômica, nomeadamente, sua natureza jurídica desde sua matriz histórica no *copyright*. Daí a necessidade imperiosa

²⁶⁵ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 616.

de esmiuçar esse conjunto heterogéneo de situações jurídicas patrimoniais advindas do ato criativo²⁶⁶.

Todo o estudo realizado até o presente momento só confirma o desafio que o direito de autor representa para a dogmática jurídica e também é possível fazer algumas constatações seguras. O direito de autor nasce numa falácia, ao passo que como demonstrado na esfera da sua fundação anglo-saxónica e do *droit d'auteur*, o direito em relação à obra intelectual só é concebido em favor do criador para justificar os interesses dos editores/livreiros que desejavam a perpetuidade de seus lucros após a cessão. Portanto, um importante pensamento para levar-se em conta durante todo este estudo é que sempre, pelo menos desde o século XVIII, tudo foi sobre dinheiro e interesses economicamente fundamentados. A visão romântica do autor nunca teve como real objetivo dar o direito ao autor sobre sua produção intelectual. Felizmente, tudo não esteve perdido, uma vez que ao lado do argumento proprietário é possível suscitar a aparição concomitante do interesse público como temperança desta voraz fome de lucros desde o remoto Estatuto da Rainha Ana.

Regista-se algum contexto acerca da internacionalização do direito de autor. A OMPI foi criada em 1967 por advogados que pretendiam proteger os direitos intelectuais. Apenas em 1974 a OMPI é absorvida pela ONU e seu propósito é acrescido da promoção da criatividade e das atividades de invenção para fins de aceleração mundial do desenvolvimento económico e social. A propriedade intelectual deixa de ser um fim em si mesma para ser um instrumento para perscrutar uma finalidade maior²⁶⁷.

Com a evolução tecnológica, o direito de autor restou profundamente obsoleto em razão dos novos modos de utilização das obras. Sua vocação internacional cresceu absurdamente e as obras passaram a avançar para todas as direções, sem observar limites ou fronteiras, numa velocidade jamais vista. A CB traz em seu corpo princípios fundamentais que demonstram seus objetivos: o princípio do tratamento nacional, a garantia dos mínimos convencionais, a determinação do país de criação da obra e o princípio da conformidade da legislação interna. Era necessário << muito mais do que isso >> e alterar a CB, num complexo acordo multilateral, tarefa hercúlea.

²⁶⁶VIEIRA, José Alberto Coelho. *A estrutura do direito de autor no ordenamento jurídico português* – Relatório de Mestrado – 1992 – Universidade Lisboa – Faculdade de Direito, p. 51.

²⁶⁷PARANAGUÁ, Pedro. Direitos Autorais, novas tecnologias e acesso ao conhecimento in PRETTO, Nelson de Luca; SILVEIRA, Sergio Amadeu (Org.). *Além das Redes de Colaboração*. Internet, Diversidade Cultural e tecnologias do Poder. Salvador: EDUFBA, 2008, p. 125.

Diante deste cenário de emergência tecnológica, as opiniões divergiam entre a manutenção dos instrumentos internacionais existentes adaptados ou se eram necessários novos tratados. Optou-se pela elaboração de novos instrumentos.

O mundo globalizado deu ensejo ao comércio mundial, com a consequente criação da OMC. Nesta esteira, o Tratado ADPIC/TRIPS de 1994 marca o início da globalização dos direitos intelectuais e a adesão de países como a China denota esta real inclusão mundial. Este acordo é importante por lançar assumidamente a franca mercantilização dos direitos de autor e a dispensa dos países signatários para tratamento da faceta pessoal com uma aparente proximidade com o *Copyright*. A sensação é que os direitos do autor voltam mesmo para a era dos privilégios²⁶⁸. Tanto é assim que o art. 10 do acordo determina a proteção dos programas de computadores por direito de autor a todos os signatários.

Destaca-se que o desejo profundo de tutelar efetivamente na esfera internacional direitos intelectuais em TRIPS foi uma reação à crescente pirataria²⁶⁹, resultado da revolução tecnológica e sua facilitação de cópias. O Acordo refletiu os anseios dos países desenvolvidos e produtores da maior parte da cultura do mundo, sobretudo a Europa e os Estados Unidos, com o argumento de que quanto maior a proteção, maior o investimento e maior a produção cultural.

Esta preocupação mercantil é refletida no acompanhamento realizado pelo Conselho do TRIPS e no forte interesse dos eixos centrais produtores de cultura no cumprimento das das obrigações assumidas, com a exigência de lei interna neste sentido. Também regista-se o mecanismo adotado para a resolução de litígios que promove efetiva proteção dos direitos intelectuais em geral, com a possibilidade de punições comerciais severas caso os países descumpram os patamares mínimos de proteção da propriedade intelectual previstos²⁷⁰. O maior marco regulatório dos direitos intelectuais peca por tratar os bens culturais convertidos em obras protegidas como mercadorias comuns, numa orientação que só pensa resguardar o investimento e reforçar a exclusividade.

²⁶⁸DIAS, Alexandre Libório Pereira. A internacionalização da Propriedade Intelectual. Disponível em <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28801/1/DA%20INTERNACIONALIZA%C3%87%C3%83O%20DA%20PROPRIEDADE%20INTELECTUAL.pdf>>, p. 5. Acesso 31 jul. 2017.

²⁶⁹Termo popular utilizado amplamente para referir a atividade de reproduzir sem autorização do titular de direitos de autor uma obra existente ou distribuir esta mesma cópia.

²⁷⁰DRAHOS, Peter. Intellectual Property Rights and Human Rights *in* Westlaw Journal – Intellectual Property Quarterly, n. 3, 1999. Disponível em <<https://www.anu.edu.au/fellows/pdrahos/articles/pdfs/1999iPandhumanrights.pdf>>, p. 4. Acesso 31 jul. 2017.

Posteriormente à Conferência de Genebra de dezembro de 1996, dois tratados da OMPI, um sobre direito de autor e outro sobre interpretações, execuções e fonogramas. O resultado foi a ampliação do conteúdo patrimonial, com a extensão dos poderes concebidos para a realidade analógica ao novo ambiente digital, a extensão de prazos - como o de proteção da obra fotográfica - e o aumento da proteção dos titulares de direitos conexos, mais precisamente dos produtores de fonogramas, com situação quase equiparada a de autor. Essa mudança é ainda combinada com a atenção especial dada ao direito de autor: todos os titulares de direitos intelectuais desejam a proteção deste direito para se resguardar, por ser esta a mais extensa da categoria. Há de tomar-se nota que parece que a real intenção foi dar aos produtores de fonogramas o *status* de quase autores²⁷¹.

Outra alteração que resultou em expansão do direito de autor para acompanhar a revolução da *world wide web* que trouxe vários problemas, entre eles uma faculdade nova que todos entendiam ser integrante do conteúdo patrimonial do direito de autor foi a colocação da obra em rede à disposição do público. Viu-se, pois, a necessidade de resguardar essa faculdade no âmbito internacional e a solução adotada foi encaixá-la em alguma das faculdades preexistentes²⁷².

Logo, tendo em vista que o direito patrimonial de autor em todo o mundo compreende essencialmente três tipos de faculdades: de reprodução, de distribuição e de comunicação ao público, todas essas três foram cogitadas para solucionar o caso. A escolhida no tratado da OMPI de dezembro de 1996 foi, enfim, a comunicação ao público, com base na disposição do art. 8.^o²⁷³.

Foi mantido o comportamento de não especificar a utilização das obras no meio informático, de modo que dispõe tal conduta como mero exemplo do regime geral de colocação da obra a disposição do público, logo, este direito é mantido e considerado nuclear. O meio informático é só uma das variações deste. O momento que deve ser autorizado pelo autor é o da colocação da obra à disposição do público.

²⁷¹ASCENSÃO, José de Oliveira. A Recente Lei Brasileira dos Direitos Autorais, comparada com os novos Tratados da OMPI in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 40. Lisboa: AAFDL, 1999, p.574.

²⁷²ASCENSÃO, José de Oliveira. A Recente Lei Brasileira dos Direitos Autorais, comparada com os novos Tratados da OMPI in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 40. Lisboa: AAFDL, 1999, p.576.

²⁷³ASCENSÃO, José de Oliveira. A Recente Lei Brasileira dos Direitos Autorais, comparada com os novos Tratados da OMPI in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 40. Lisboa: AAFDL, 1999, p.577.

A CB tratava desta faculdade em situações específicas. Os tratados da OMPI ampliam esta faculdade para o infinito da Internet, transformam em um direito maior e mais vasto, com a mera aplicação de uma velha categoria para a nova realidade gigante e incompatível. Resultado: o conteúdo patrimonial do direito de autor internacional em crescente ampliação²⁷⁴.

Outro direito que foi expandido a propósito do Tratado sobre Direito de Autor da OMPI é o de distribuição, com o advento do art. 6 (1) que o estende a todos os autores. Regista-se que este direito foi inicialmente outorgado apenas aos autores de obras cinematográficas no art. 14(1) (i) da CB.

Ainda sobre o tratado da OMPI sobre o direito de autor, também é o primeiro a proteger as medidas de proteção tecnológica como franca medida de *enforcement*, de acordo com o art. 11.º, com a obrigação dos países contratantes em prever proteção jurídica adequada contra a neutralização de tais dispositivos eficazes para evitar a realização de atos não autorizados pelos autores, no exercício dos direitos constantes do respetivo tratado ou da CB²⁷⁵.

Deste feito na esfera internacional acerca dos direitos intelectuais, consideram-se importantes os seguintes acordos multilaterais: a Convenção de Paris (1883), a Convenção de Berna (1886) e a Convenção de Roma (1961), voltadas para a definição dos mínimos direitos de propriedade intelectual. O acordo ADPIC/TRIPS (1994) com o evidente alargamento dos padrões mínimos da proteção, principalmente pela inclusão dos programas de computadores serve para ratificar a obrigatoriedade da CB e de uma parte sobre implementação de meios de tutela efetiva (*enforcement*). Por fim, temos os referidos Tratados da OMPI (1996) com o alargamento do conteúdo patrimonial dos direitos de autor, que também estabelecem algumas normas de *enforcement*, nomeadamente, por meio das medidas de proteção tecnológica, nos artigos 14 e 23²⁷⁶.

Ante esta breve análise, a intenção deste tópico é verificar o escopo da proteção conferida pelas faculdades patrimoniais nos sistemas, numa ilação lógica para posterior consecução dos limites.

²⁷⁴ASCENSÃO, José de Oliveira. A Recente Lei Brasileira dos Direitos Autorais, comparada com os novos Tratados da OMPI in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 40. Lisboa: AAFDL, 1999, p. 577.

²⁷⁵Tratado da OMPI disponível em <<https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2009/07/14600/0488904896.pdf>>. Acesso 1 ago. 2017.

²⁷⁶PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Aplicação efetiva dos direitos de autor e conexos (*Enforcement*) in Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição, v. 11, n. 2, 2017. Disponível em <<http://pidcc.com.br/br/component/content/article/2-uncategorised/267-aplicacao-efetiva-dos-direitos-de-autor-e-conexos>>, p. 63. Acesso 24 jul. 2017.

No sistema de *copyright*, o conteúdo patrimonial é sem dúvida sua raiz e praticamente sua totalidade, vez que os direitos morais não são desenvolvidos, exceto pelo VARA nos Estados Unidos e de alguns direitos garantidos pelo Reino Unido, de acordo com o explicado na justificativa acerca da desnecessidade do estudo da estrutura neste sistema. Falar de sistemas anglo-americanos, portanto, é falar de conteúdo patrimonial.

As leis dos sistemas anglo-saxões protegem as obras originais fixadas em um meio tangível. O facto gerador é justamente a fixação da obra num suporte e este é o momento que nasce efetivamente o *copyright*. O exclusivo inclui o direito de publicar e vender o trabalho por um tempo limitado²⁷⁷. Esse facto combinado com a quase inexistente proteção das faculdades pessoais faz com que o *copyright* seja definido como um direito de cópia. E o próprio nome do sistema anglo-americano é bem descritivo: *copy – right*, o direito de fazer cópias. Transparece a visão destes países de que as obras protegidas são encorajadas pela lucratividade que produzem aos titulares e a sociedade. Logo, permitir que todos pudessem-nas copiar não funcionaria como estímulo a produção de novas criações²⁷⁸.

Essa escolha terminológica dos sistemas de *copyright* revela ainda mais. Denota uma impessoalidade, a atitude de retirar do centro do direito o autor criador e coloca necessariamente o titular, seja ele criador ou editor que obteve por meio de cessão ou que encomendou a obra, como detentor exclusivo do direito de evitar a cópia. A filosofia é diferente da tradição francesa, como já referimos. O intuito é beneficiar a quem investe na produção da obra, seja o criador ou entidade corporativa. O objetivo final dos direitos autorais é propiciar o bem-estar público, um valor essencialmente económico para os países de *common law*²⁷⁹. Assim sendo, o viés utilitário coloca o bem-estar dos consumidores de obras intelectuais no papel principal e a recompensa dos autores criadores como meio eficaz para atingir esse fim²⁸⁰.

Os países que adotam o *copyright* são taxativos no rol dos *bundle of rights*, um pacote de duração legal uniforme. Este rol *numerus clausus* concede aos autores os

²⁷⁷PATTERSON, L. Ray. Copyright and “the exclusive right” of authors *in* Journal of Intellectual Property Law, v. 1, 1993. Disponível em <<http://digitalcommons.law.uga.edu/jipl/vol1/iss1/5>>, p. 28. Acesso em 23 mar. 2017.

²⁷⁸LEAFFER, Marshal. *Understanding Copyright Law*. Disponível em <http://www.lexisnexis.com/documents/pdf/20090309115710_large.pdf>, p.2. Acesso 11 jul. 2017.

²⁷⁹LEAFFER, Marshal. *Understanding Copyright Law*. Disponível em <http://www.lexisnexis.com/documents/pdf/20090309115710_large.pdf>, p. 3. Acesso 11 jul. 2017.

²⁸⁰LEAFFER, Marshal. *Understanding Copyright Law*. Disponível em <http://www.lexisnexis.com/documents/pdf/20090309115710_large.pdf>, p. 15. Acesso 11 jul. 2017.

direitos de reproduzir, adaptar, distribuir, comunicar ao público inclusive na forma digital, executar e exhibir publicamente a obra. A lei determina os atos restringidos pelo *copyright* com a consideração de que a infração é todo o ato praticado sem autorização do respetivo titular. Essa maneira de conceber o conteúdo patrimonial encara as faculdades como realidades tipificadas e um novo uso diferente dos já existentes, será livre, até que a intervenção legislativa diga o contrário²⁸¹. Verifica-se então a principal diferença de conceção entre os sistemas, demonstrada adiante.

No sistema britânico²⁸² o *Chapter II* do CDPA confere os direitos exclusivos do autor²⁸³. Neste contexto, algumas exclusividades não se aplicam a todos os tipos de obras, como o direito de adaptação atinente apenas a obras literárias, dramáticas ou musicais.²⁸⁴ O direito de cópia não é definido na legislação britânica, embora alguns atos sejam especificados, inclusive que a cópia transitória seja efetuada diretamente para a memória temporária do computador. Certo é que tal direito é aplicável a todos os tipos de obras, entendendo-se como incluso neste direito um direito mais restrito, qual seja, o de reprodução²⁸⁵.

Há também a transposição da doutrina europeia de esgotamento dos direitos após a primeira circulação, o direito de distribuição de cópias ao público, que nada mais é do que reservar ao autor o direito de colocar a obra em circulação pela primeira vez no mercado europeu ou fora dele. Vale dizer que as obras apenas colocadas em circulação fora do mercado europeu não podem ser importadas para dentro do espaço sem autorização²⁸⁶. Lembra-se aqui do *Brexit*, mas acredita-se que diante de toda a legislação internacional já existente, principalmente por conta da CB, do TRIPS e dos

²⁸¹BELL, Abraham; PARCHOMOVSKY, Gideon. *Reinventing Copyright and Patent in Faculty Scholarship*, Paper 1017, 2014. Disponível em <http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1017>, p. 238. Acesso em 23 jan. 2017.

²⁸²Lembra-se a aplicação de diretrizes da UE até previsão contrária em razão do *Brexit*. Sobre tais instrumentos, desenvolvimento à propósito do sistema continental europeu.

²⁸³“*Chapter II - Rights of Copyright Owner*”. Ver também “*Section 16 (1) The acts restricted by copyright in a work. (1) The owner of the copyright in a work has, in accordance with the following provisions of this Chapter, the exclusive right to do the following acts in the United Kingdom—(a) to copy the work (see section 17); (b) to issue copies of the work to the public (see section 18); [(ba) to rent or lend the work to the public (see section 18A); (c) to perform, show or play the work in public (see section 19); (d) to communicate the work to the public (see section 20); (e) to make an adaptation of the work or do any of the above in relation to an adaptation (see section 21); and those acts are referred to in this Part as the “acts restricted by the copyright”*”. Disponível em <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/part/I/chapter/II#commentary-c13754721>>. Acesso 10 jul. 2017.

²⁸⁴COLSTON, Catherine. *Principles of Intellectual Property Law*. London: Cavendish, 1999, p. 209.

²⁸⁵COLSTON, Catherine. *Principles of Intellectual Property Law*. London: Cavendish, 1999, p. 210.

²⁸⁶Salienta-se o *BREXIT* votado em 23/06/2016, com a escolha popular, pela saída do Reino Unido da União Europeia. Até então, não existem modificações no CDPA 88 neste sentido e por isso ainda fala-se em disponibilização no espaço económico europeu.

Tratados da OMPI, a expectativa é de que a saída do Reino Unido da União Europeia não traga grandes consequências a proteção de obras de autores britânicos na Europa, nem dos autores europeus em terras britânicas²⁸⁷.

Também consta do conteúdo patrimonial o direito de aluguel, ampliado para incluir obras literárias, dramáticas e musicais; obras artísticas que não sejam uma obra de arquitetura sob a forma de construção, filmes e Gravações de som. O titular do direito de autor tem a exclusividade de alugar ou emprestar cópias para o público, incluídas as bibliotecas e locadoras. Este direito não inclui exibição pública da obra, disponibilização na rede ou por tv a cabo, nem empréstimos entre bibliotecas.

Há também o direito de performance, cuja essência é a exibição da obra ao público. Incluídas estão as palestras, discursos, sermões e afins por qualquer meio de apresentação acústica ou visual, gravação de som, filme ou transmissão. Inclui também a violação pela transmissão de uma obra sem autorização por qualquer meio.

Por fim, o direito à publicação de trabalho inédito após a caducidade da proteção de direitos autorais. O trabalho deve ser qualificado na primeira publicação por um editor nacional de um dos Estados do Espaço económico Europeu. Esta publicação é traduzida como qualquer comunicação ao público, por qualquer meio. Ainda menciona-se o direito à adaptação, de forma a pertencer ao titular do direito de autor britânico a exclusividade de adaptar sua obra literária, dramática ou musical ou realizar qualquer dos atos anteriores com relação a uma adaptação²⁸⁸.

Já no sistema americano, a seção 106 do USC²⁸⁹ enumerou seis direitos exclusivos para o titular de direito de autor naquele país. Esta mesma seção também codifica o princípio do mercado primário (*principle of primary market*), que combinado

²⁸⁷MENDES, Manuel Dehen. *Os efeitos do BREXIT sobre a proteção da propriedade industrial - Algumas reflexões preliminares in* Revista Direito Intelectual – APDI, n. 2. Coimbra: Almedina, 2016, p.88.

²⁸⁸COLSTON, Catherine. *Principles of Intellectual Property Law*. London: Cavendish, 1999, p. 213.

²⁸⁹“Section 106 - Exclusive rights in copyrighted Works”. *Subject to sections 107 through 122, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following:(1) to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords;(2) to prepare derivative works based upon the copyrighted work;(3) to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending;(4) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and motion pictures and other audiovisual works, to perform the copyrighted work publicly;(5) in the case of literary, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and pictorial, graphic, or sculptural works, including the individual images of a motion picture or other audiovisual work, to display the copyrighted work publicly; and(6) in the case of sound recordings, to perform the copyrighted work publicly by means of a digital audio transmission.”* Disponível em <<https://www.copyright.gov/title17/92chap1.html#106>>. Acesso 10 jul. 2017.

com seção 109 determina o esgotamento nacional nos EUA.²⁹⁰ Na sequência, adicionada em 1990 a Section 106-a para tratamento dos direitos de autor sobre as obras de arte visualmente perceptíveis, em virtude do VARA.

No mesmo sentido do TRIPS, é interessante mencionar duas iniciativas legislativas nos EUA que pregavam o *enforcement* na Internet, o *Stop Online Piracy Act* (SOPA) e o *PROTECT IP Act* (PIPA), que foram extremamente contestadas por organizações como a *Electronic Frontier Foundation*, em razão do extremo potencial de censura. Em 18/01/2012, temos a vitória ao manifesto digital *Internet Blackout*²⁹¹ com diversas ações online que evitaram a aprovação do SOPA.

De volta às faculdades patrimoniais nos EUA, à semelhança do Reino Unido, o titular de direito de autor tem o direito exclusivo de reproduzir, adaptar, distribuir, exhibir e executar o trabalho protegido. O autor criador retém alguns direitos quando realiza cessão, como os direitos de atribuição e de defender a integridade para obras de arte visual e, na maioria dos casos, o direito de rescindir transferências de titularidade de qualquer obra. Também como no Reino Unido, uma vez vendida a cópia de uma obra, o proprietário da cópia pode usá-la de qualquer forma que não atinja os direitos exclusivos específicos do titular²⁹².

Em suma, os países do sistema de *Copyright* concedem ao autor as faculdades patrimoniais elencadas para propiciar a exploração económica da obra e todas estas faculdades podem ser transferidas em um todo ou em parte a terceiros²⁹³, exceto pelas faculdades já referidas. O que nos parece acerca do escopo nessa realidade é que foi ampliada na medida dos tratados internacionais tanto quanto o resto do mundo, mas, diferentemente do sistema continental europeu, é assumidamente patrimonial desde sempre e a questão que se suscita é a ampliação deste conteúdo a propósito da tutela cada vez mais severa, decorrente de possíveis políticas de *enforcement*, tão extremas quanto as já rechaçadas naquele país.

²⁹⁰PATTERSON, Lyman Ray. Copyright and “the exclusive right” of authors in *The Journal of Intellectual Property Law*, v. 1, n. ° 1, 1993, p. 34. Disponível em <<http://moritzlaw.osu.edu/students/groups/oslj/files/2012/03/62.2.patterson.pdf>>. Acesso 28 nov. 2016.

²⁹¹PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Aplicação efetiva dos direitos de autor e conexos (*Enforcement*) in *Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição*, v. 11, n. 2, 2017. Disponível em <<http://pidcc.com.br/br/component/content/article/2-uncategorised/267-aplicacao-efetiva-dos-direitos-de-autor-e-conexos>>, p. 63. Acesso 24 jul. 2017.

²⁹²BELL, Abraham; PARCHOMOVSKY, Gideon. Reinventing Copyright and Patent in *Faculty Scholarship*, Paper 1017, 2014, p. 254. Disponível em <http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1017>. Acesso em 23 jan. 2017.

²⁹³AKESTER, Patricia. *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos tratados internacionais*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 27.

Ao partir para uma visão geral do conteúdo patrimonial do direito de autor na tradição civilista, há de se recordar que a fundamentação para os aspetos morais do Direito de Autor é característica essencial nos países da maior parte da Europa Continental e suas ex-colónias, inclusive o Brasil²⁹⁴. O sistema nascido em França coloca o autor no centro do direito, com o entendimento de uma porção moral que merece proteção, condizente com a integridade e a atribuição de seu nome, bem como do exclusivo patrimonial, a fim de fazer o criador colher os louros da exploração económica da obra que lhe pertence. Logo, aqui não se fala do todo e sim de uma parte do direito de autor, diferentemente do *copyright*.

No âmbito da UE especificamente, a produção de 11 diretrizes entre 1991 e 2014 denota uma preocupação especial com a proteção do conteúdo patrimonial do direito de Autor. Consoante tal preocupação, ressalta-se o papel cada vez mais importante do TJUE na normatividade deste ramo do direito, com a produção de diversos acórdãos em sede de resposta às questões prejudiciais submetidas pelos tribunais nacionais para a interpretação das diretrizes na CE²⁹⁵. Foram ao menos 40 acórdãos até novembro de 2016²⁹⁶, entre eles já foram interpretados conceitos nucleares.

Há de se referir aqui, antes de mais, a tendência legislativa de fortalecimento da proteção dos direitos intelectuais em geral com a apelidada Diretriz *Enforcement*, de número 2004/48/CE, para transposição do Acordo TRIPS. A preocupação em combater a pirataria surge na Europa em decorrência do Livro Verde da CE de 1988. Com o passar dos anos, mais incómodo ficou o assunto e as violações de direito de autor passaram a ser alegadas como prejudiciais na geração de empregos e inclusive ao mercado, que deixava de lucrar. Neste contexto surge um regulamento aduaneiro sobre a matéria e a referida diretriz, com medidas aplicáveis a infrações cometidas à escala comercial, mas também abordou infrações além daquelas que causem prejuízo financeiro ao titular de direitos, embora não preveja medidas penais. Atualmente, a

²⁹⁴VASCONCELOS, Cláudio Lins de. As limitações, o *fair use* e a guinada utilitarista do direito autoral brasileiro *in* MARTINS, Guilherme Magalhães (Org.). Direito Privado e Internet. São Paulo: Atlas, 2014, p.484.

²⁹⁵PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Direito de autor: história, fundamentos, continuidade *in* Direito de autor – que futuro na era digital?. Lisboa: Guerra e Paz, 2016, p. 23.

²⁹⁶SILVA, Nuno Sousa; SILVA, Paula Martinho. A Jurisprudência Portuguesa e Europeia de Direito de Autor entre 2015 e a primeira metade de 2016 *in* Propriedades Intelectuais, n. 6, 2016. Disponível em <https://www.plmj.com/xms/files/2017_PDF/Martinho_da_Silva_Direito_de_Autor.pdf>, p. 49. Acesso 20 out. 2017.

diretriz está em processo de revisão, mas a tendência é de manutenção da perseguição dos lucros, sem nenhuma intenção de prestígio ao interesse público²⁹⁷.

Isto posto, passa-se a referenciar a doutrina portuguesa bem como alguma Jurisprudência Europeia para análise do conteúdo patrimonial contextualizado. O Professor Doutor Leitão fala em direitos parcelares formadores do direito de autor, de cariz patrimonial ou pessoal. Interessante que, de outra forma, o doutrinador também chega ao núcleo principal centrado no exclusivo de exploração económica. Este exclusivo é concedido então no exercício do impedimento de que terceiros, para fins lucrativos ou não, utilizem publicamente a obra. Toda a utilização pública, a seu ver, geraria prejuízo²⁹⁸. Segue no esclarecimento de que a lei permite em certos casos a utilização pública sem fins lucrativos. Aduz as características: alienáveis, renunciáveis e prescritíveis. Descreve as formas de exploração possíveis pelo autor, feita por ele mesmo ou por outrem, na forma do art. 68, 2 do CDADC. As faculdades inseridas neste núcleo principal não são taxativas de acordo com o mesmo artigo. Logo o direito de exploração económica é um tipo aberto, formado por faculdades independentes, que pode ser complementado por conta do advento de novas formas de aproveitar a obra²⁹⁹, decorrentes obviamente da evolução tecnológica.

Regista-se a interação entre o direito de autor e a tecnologia: a Internet fez com que os conteúdos circulem, digitalizados e isto de certo modo, esvazia sim o conteúdo patrimonial. Novas formas de compartilhamento trazem novas necessidades de proteção ao direito de autor. E nesse pensamento surgem os defensores da aplicação efetiva, (*enforcement*) do direito de autor. A necessidade de adequar as faculdades aos novos meios é óbvia, mas é importante recordar que o interesse público também existe e até que ponto essa ampliação de faculdades deve ser perscrutada?

A Prof.^a Doutora Patricia Akester define os direitos patrimoniais como o direito de auferir pecúnia por toda a utilização realizada por outrem. Ressalta ainda que a lei portuguesa elege as vantagens patrimoniais decorrentes da exploração da obra intelectual como núcleo central do direito, tendo em vista o art. 67 (2) CDADC³⁰⁰.

²⁹⁷ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Aplicação efetiva dos direitos de autor e conexos (*Enforcement*) in Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição, v. 11, n. 2, 2017. Disponível em <<http://pidcc.com.br/br/component/content/article/2-uncategorised/267-aplicacao-efetiva-dos-direitos-de-autor-e-conexos>>, p. 63. Acesso 24 jul. 2017.

²⁹⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2011, p.121.

²⁹⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2011, p.124.

³⁰⁰ AKESTER, Patrícia. *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos tratados internacionais*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 101.

Já o Prof. Doutor Alberto de Sá e Mello observa uma combinação de artigos para desenhar o contorno das faculdades patrimoniais. O art. 9.º número 2, sublinha a alusão à natureza de exclusivo e o exercício deste por meio da fruição, utilização ou autorização para que terceiros realizem tais atos. Combinado com o art. 67.º número 1, sobre o conteúdo do direito, compreende as três faculdades patrimoniais centrais: divulgação, publicação e exploração económica por qualquer forma, nos limites da lei³⁰¹.

Ante todas estas considerações assevera o Prof. Doutor Oliveira Ascensão: o conteúdo patrimonial é o que chamamos efetiva e comumente de direito de autor, unitário e atribuível na sua universalidade. As formas de utilização da obra são autónomas, as ditas faculdades que unidas resultam numa coletividade e formam então este direito uno. Entretanto podem ser cedidas cada uma das faculdades a pessoas diferentes. Ademais, há conexão entre algumas faculdades, como por exemplo, o disposto no art. 71 do CDADC que agrega a faculdade de tradução a de utilização³⁰².

Ao refletir sobre as faculdades patrimoniais individualmente, o Insigne Mestre compreende que todas são compreensíveis como poderes garantidos ao autor de excluir a atuação de outrem, ao passo que, na verdade, todas as atividades de exploração económicas são plenamente realizáveis por qualquer um sem a existência da previsão legal. A única diferença é que a lei prevê a exclusividade do autor no exercício destas faculdades para efeito de exploração económica. A legislação funciona apenas para proibir que todos, exceto o autor, possam utilizar a obra para auferir lucro. Este entendimento, inclusive, reforça o facto de que os poderes não recaem sobre a obra e confirma a qualificação da mesma como objeto mediato. Portanto, o conteúdo patrimonial, a célula tronco do direito de autor, é compreendida num campo reservado de atuação, uma gama de atividades que são proibidas a todos e permitidas aos autores³⁰³.

Sem mais delongas, tratar-se-á do núcleo essencial do conteúdo patrimonial, composto pelas três grandes categorias universalmente reconhecidas, e uma quarta não

³⁰¹MELLO, Alberto de Sá. *Manual de Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 161.

³⁰²ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 681.

³⁰³ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 681.

unânime, as faculdades de reprodução, distribuição, comunicação da obra ao público e transformação da obra³⁰⁴.

O direito de reprodução consistente na confecção de uma ou mais cópias da obra no todo ou na parte substancial da mesma em qualquer formato. Logo, reprodução da obra é a multiplicação de exemplares tangíveis ou intangíveis, como por exemplo a gravação da leitura do texto de uma obra literária³⁰⁵. Na realidade lusitana é previsto no art. 68 (2) (i) CDADC.

O verbo reproduzir significa multiplicar obras, e daí decorre uma ligação íntima entre reprodução e publicação, posto que só é publicada a obra possível de se reproduzir. Não se considera então reprodução qualquer utilização que não signifique multiplicação em exemplares³⁰⁶. Assim, o direito à publicação, presente no art. 68.º n.º 2 do CDADC deve ser interpretado em sentido amplo, em consonância com o conceito do art. 6.º/1 da CB que o prevê como a colocação de exemplares da obra à disposição do público em sentido amplo, sejam os exemplares concebidos por qualquer meio, desde que eficientes para promover o desfrute da obra.

Nos autos do processo n.º C-05/08, popularmente conhecido como acórdão *Infopaq*³⁰⁷, consta o conceito de reprodução desenvolvido pelo TJUE e que deve ser aplicado nos países membros. Foi realizado pedido de decisão prejudicial para a interpretação do artigo 2.º, alínea a), da Diretriz 2001/29/CE, bem como o esclarecimento acerca dos requisitos de permissão para atos de reprodução temporária, constante do artigo 5.º, 1 do mesmo diploma legal. O TJUE arguiu a teleologia da diretriz e definiu que o direito de reprodução deve ser entendido amplo, de forma a englobar qualquer reprodução que possa ocorrer na internet. No que diz respeito aos requisitos do art. 5.º n.º 1 da Diretriz, o famoso acórdão reforçou a interpretação ampla determinando que os mesmos são cumulativos e todos devem ser preenchidos para que

³⁰⁴ASCENSÃO, José Oliveira. Obra musical e lítero-musical, telefone móvel e execução pública – Parecer in ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva (Org.). *Temas atuais de direito da sociedade da informação*. Salvador: EDUFBA, 2015, p.186. De outra orientação, o Prof. Doutor Denis Borges Barbosa que considera dois direitos patrimoniais essenciais, quais sejam, execução musical e reprodução. Vide BARBOSA, Denis Borges. *Direito Autoral e Liberdade de Expressão. Estudos de Direito*. Disponível em <<http://denisbarbosa.addr.com/geiger.pdf>>, p. 32. Acesso 09 ago. 2017.

³⁰⁵AKESTER, Patrícia. *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos tratados internacionais*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 103.

³⁰⁶MELLO, Alberto de Sá. *Manual de Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 194.

³⁰⁷Acórdão *Infopaq* C – 5/08 disponível em [http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72482&pageIndex=0&doclang=PT&m](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72482&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=609696) ode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=609696. Acesso 02 jul. 2017.

não seja necessária a autorização do autor para a reprodução. Evidencia-se uma proteção extensa do direito de reprodução.

Sobre a distribuição da obra, pode ser definida como a disponibilização de cópias tangíveis total ou parcialmente ao público por meio das vias comerciais adequadas, o que significa distribuir efetivamente, colocar a obra em circulação. Exemplo interessante sobre o direito de distribuição é o contrato de edição que pode na forma do art. 83.º do CDADC prever uma obrigação para o editor de distribuir e vender os exemplares da obra³⁰⁸.

Presente no CDADC no art. 68.º, 1, f. Na legislação da CE, o direito de distribuição consta da Diretriz art. 4.º, 1 e concede aos autores de qualquer tipo de obra, de forma bem específica, a exclusividade para autorizar ou proibir qualquer forma de distribuição, seja ela pela venda ou qualquer outro meio³⁰⁹.

Sobre o alcance da distribuição no contexto europeu, nos autos do processo C-456/06. A autora *Cassina Spa* propôs ação em face da *Ré Peek & CloppenburgKG* acerca da disponibilização ao público e da exposição de peças de mobiliário que violariam o seu direito exclusivo de distribuição. Ao fim da decisão, o TJUE esclareceu que a distribuição ao público, por um meio diferente da venda, de original ou cópia da obra, na conceção do artigo 4.º, 1 da Diretriz, abarca necessariamente a transferência de propriedade, logo, não existe distribuição se os exemplares forem apenas exibidos ao público³¹⁰. Neste caso, o conceito é plenamente aceitável. A interpretação do TJUE leva em consideração a questão da transferência de propriedade sem expandir o escopo do direito.

Há de se dizer que o direito de distribuição não é conservado ao autor infinitamente. Dispõe o art. 68.º, n.º 2, f e n.º 5 do CDADC, bem como no art. 4º, 2 da Diretriz está previsto o esgotamento regional do direito de distribuição, definido pela lei como a realização de quaisquer atos de disposição lícitos, quais sejam, a primeira venda ou a primeira forma qualquer de transferência de propriedade. Assim sendo, o direito de distribuição esgota-se assim que é realizada a primeira transferência ou venda dos exemplares da obra. Daquele momento em diante, o autor não tem mais qualquer controle ou participação nos valores decorrentes sobre as distribuições posteriores.

³⁰⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2011, p.129.

³⁰⁹ AKESTER, Patrícia. *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos tratados internacionais*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 104.

³¹⁰ Acórdão *Cassina Spa* C – 456/06 disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=71605&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=888125>>. Acesso 03 ago. 2017.

O esgotamento em geral está presente no mundo inteiro, inclusive no *copyright* (*first sale doctrine* nos EUA e também no Reino Unido, como já tratado) e pode ser nacional, regional ou internacional. Diz-se esgotado o direito de distribuição quando os atos de disposição lícitos sejam praticados respetivamente em determinado país ou região³¹¹. No caso de Portugal e dos países formadores da CE, o esgotamento é regional e configura-se quando a distribuição primeira realizada pelo autor ou com o seu consentimento ocorrer em pelo menos um dos países formadores da UE.

A terceira incontestável faculdade inserida no conteúdo patrimonial do sistema continental europeu é a comunicação ao público. É o grande quiproquó. Disposta no art. 68.º, 2, e do CADC³¹², ganhou uma redação longa, com a enumeração das diversas formas possíveis de exercê-la. Citam-se também o art. 149.º e 155.º, acerca da radiodifusão.

Entende-se tal faculdade como a possibilidade de explorar economicamente por meio das mais diversas formas de difusão da obra, de o autor autorizar ou ele mesmo realizar transmissão de uma obra para o público geral, num conceito mais amplo que o de publicação. Assim, abrange radiodifusão, difusão por satélite, cabo, televisão e até mesmo o *streaming*³¹³.

A fim de demonstrar as posições conflitantes no escopo desta faculdade, parte-se de um julgado português. Em março de 2011, a Sociedade Portuguesa de Autores (SPA) pediu uma vistoria no estabelecimento comercial *Fora D'Horas Snack & Bar* e foi verificada a exibição de obras audiovisuais e musicais para os clientes por meio de seus televisores ligados em um canal, acrescidos também de amplificadores de som. Comprovada a exibição, foi proposta uma ação penal contra os responsáveis pelo estabelecimento, tendo em vista a suposta prática do crime de usurpação.

Após discussões em instâncias inferiores, o Pleno das Secções Criminais do STJ Português dispôs no Acórdão Uniformizador de Jurisprudência No. 15/2013³¹⁴ uma diferenciação. Citou-se o exemplo de um hotel que disponibiliza aos hóspedes acesso a

³¹¹AKESTER, Patrícia. *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos tratados internacionais*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 104.

³¹²“Art. 68.º - 2 – Assiste ao autor, entre outros, o direito exclusivo de fazer ou autorizar, por si ou pelos seus representantes: e) A difusão pela fotografia, telefotografia, televisão, radiofonia ou por qualquer outro processo de reprodução de sinais, sons ou imagens e a comunicação pública por altifalantes ou instrumentos análogos, por fios ou sem fios, nomeadamente por ondas hertzianas, fibras ópticas, cabo ou satélite, quando essa comunicação for feita por outro organismo que não o de origem.”

³¹³LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2011, p.127.

³¹⁴Acórdão Uniformizador n.º 15/2013 disponível em <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/483940/details/maximized>>. Acesso 24 jul. 2017.

televisores nos quartos. Neste caso, estaria configurada uma mais-valia no serviço prestado aos hóspedes, pois provavelmente atrairia mais clientes e lucratividade, uma verdadeira exploração económica da obra. Inegável seria a comunicação ao público, condicionada a autorização do autor e devida remuneração correspondente. Já no caso em análise, a exibição de obras audiovisuais ou musicais em bares e restaurantes, o STJ Português asseverou que não constitui comunicação ao público na forma do CDADC³¹⁵, por não ser um critério preponderante de atrativo do público. A orientação do Tribunal Português interpreta restritivamente o direito de comunicação ao público.

Todavia, quando verificado tal direito no contexto da UE, a orientação é confusa. E neste sentido, uma fatia da doutrina percebe as decisões portuguesas seguidoras do acórdão uniformizador supra como violadoras do princípio que rege a UE da interpretação conforme³¹⁶. A questão que fica é: existe uma jurisprudência uniforme do TJUE acerca desta faculdade individualmente ou do conteúdo patrimonial? A resposta será desenrolada a seguir.

Para atendimento do disposto nos Tratados da OMPI de 1996, a Diretriz concebeu o art. 3.º com a definição de um direito de comunicação ao público, definido como “*o direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer comunicação ao público das suas obras, por fio ou sem fio, incluindo a sua colocação à disposição do público por forma a torná-las acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido*”. Um direito amplíssimo, como dito anteriormente, pensado para adaptação do direito de autor às novas realidades da sociedade da informação, aplicável a uma série de TV, uma música ou um quadro, bem como a disponibilização de obras para *download*, as redes *P2P*, praticamente, tudo, exceto quando tal comunicação é feita na presença do público³¹⁷.

³¹⁵BATISTA, Pedro, Henrique Dias. A Comunicação ao Público da Obra no Direito Autoral – Novos Fundamentos Vindos de Portugal? *in* Revista Eletrônica do Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual – Europa, n. 10, 2014. Disponível em < <https://ibpieuropa.org/book/revista-eletronica-do-ibpi-nr-10>>, p. 47. Acesso 23 ago. 2016.

³¹⁶Neste sentido vide MACHADO, Carla. A interpretação (des)conforme ao direito da União Europeia patente no acórdão uniformizador de jurisprudência n. º15/2013 do Supremo Tribunal de Justiça Português *in* UNIO - EU Law Journal. v.2, n. 2, 2016. Disponível em < http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%20-%202%20Pt/Carla_Machado_PT.pdf>.

Acesso 25 fev. 2017. Vide também ROCHA, Maria Victória. Obra radiodifundida e comunicação pública *in* WACHOWICZ, Marcos (Org.). Estudos de Direito de Autor e Interesse Público - Anais X CODAIP – X Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2016.

³¹⁷SILVA, Nuno Sousa. Uma Introdução ao Direito de Autor Europeu *in* Revista da Ordem dos Advogados, v. IV. Lisboa: Ordem dos Advogados, 2013, p. 1377.

Tamanha amplitude deu ensejo a diversos questionamentos. Alguns dos conceitos foram aclarados pelo TJUE. Neste sentido, o acórdão *SGAE*³¹⁸ trouxe à baila o conceito de público como “*um número indeterminado de telespetadores potenciais*”. Sobre a efetiva natureza da comunicação, o acórdão *MURPHY*³¹⁹ esclareceu que o importante é verificar se ela é realizada como parte de um negócio, como no caso português, música em um restaurante ou dentro da vida privada. Já no acórdão *Marco Del Corso*³²⁰, a posição do utilizador foi demarcada. O comportamento deste tem que ser na plena consciência de que pratica um ato de comunicação, a fim de dar aos clientes a emissão radiodifundida de uma obra protegida.

As interpretações amplas e restritas se revezam de forma que resta prejudicada uma Jurisprudência uniforme sobre o tema, como demonstrado em estudo acerca das decisões do TJUE. No acórdão *Circul Globus Bucuresti*, o Tribunal efetua uma leitura restrita sobre a comunicação de uma obra em um lugar aberto ao público. Para tratar de programas de televisão retransmitidos via Internet no caso *ITV Broadcasting* e em televisores nos quartos de um SPA, no caso *Ochranný svaz pro práva*, a interpretação foi ampla de novo com a consideração de verdadeira comunicação ao público em ambos os casos. *A posteriori*, volta a ser restrita, quando o caso tratava de *links* na internet, de acordo com o acórdão *Svensson e outros*³²¹.

A interpretação volta a ser ampla no julgado recente a propósito do caso holandês *Stichting Brein v. Wullems*³²². A decisão respondeu novamente acerca do conceito de comunicação ao público previsto no artigo 3.º n.º 1 da Diretriz 2001/29/CE e determinou que a referida faculdade abrange a venda de um leitor multimédia no qual foram instalados previamente aplicativos complementares, disponíveis na Internet, contendo *links* que remetem para sites nos quais foram colocadas à disposição do público obras protegidas por direitos de autor sem autorização dos titulares desses

³¹⁸Acórdão C-306/05 disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&num=C-306/05>>. Acesso 24 out. 2017.

³¹⁹SILVA, Nuno Sousa. Uma Introdução ao Direito de Autor Europeu *in* Revista da Ordem dos Advogados, v. IV. Lisboa: Ordem dos Advogados, 2013, p. 1369.

³²⁰Acórdão *Marco Del Corso* C-135/10 disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2012.133.01.0003.01.POR>. Acesso 24 out. 2017.

³²¹FAVALE, Marcella; KRETSCHMER, Martin; TORREMANS, Paul. Is There a EU Copyright Jurisprudence? An Empirical Analysis of the Workings of the European Court of Justice *in* Modern Law Review, n. 79, 2016. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2643699>, p. 27. Acesso em 03 ago. 2017.

³²²Acórdão C-527/15 disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190142&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=358817>>. Acesso 24 out. 2017.

direitos. Enfim, os casos são inúmeros e o TJUE muda de posição algumas vezes, o que leva a crer que a comunicação pública não é assunto encerrado.

O estudo supracitado conclui e comprova a inexistência de uma Jurisprudência uniforme. Entretanto, há quem entenda que se trata de uma jurisprudência concreta e ativista na harmonização e que o acórdão uniformizador português seria desconforme, tendo em vista a falta de observação dos conceitos tidos como aclarados de público, utilizador e a natureza da comunicação³²³.

A questão que fica é: por mais que a decisão portuguesa seja “aparentemente” desconforme, vê-se que a Jurisprudência europeia nesse sentido sopesa valores caso a caso e já mudou de ideia vezes suficientes para não haver uma orientação exata. Talvez essa desconformidade nem seja efetiva num tempo de mudanças ágeis... Será que Portugal na verdade não é precursor numa visão mais restrita de comunicação ao público, num real avanço para o equilíbrio entre os interesses?

Outra faculdade central do conteúdo patrimonial é a transformação da obra disposta no art. 68.º, 2, g do CDADC e no art. 169, 1 da mesma Lei são acrescentados os exclusivos de tradução, adaptação, arranjo e instrumentação. O direito de autorizar a transformação nada mais é do que garantir ao autor que a criação de obras derivadas de sua obra original dependa de sua autorização. Neste sentido, o autor que autorize, por exemplo, a adaptação de sua obra literária ao cinema, exerce essa faculdade patrimonial. Contudo, mantém a possibilidade de defesa da integridade da obra se acreditar que as modificações feitas desvirtuam sua obra³²⁴. O direito de transformação da obra não é tratado na Diretriz, sendo considerado sem harmonização na UE³²⁵.

Tratadas as principais faculdades patrimoniais, um retorno ao estudo “*Is there a EU Copyright Jurisprudence*”³²⁶. O estudo trata dos casos atinentes ao direito de autor no âmbito da UE. Já abordamos a jurisprudência sem uniformização na faculdade de comunicação ao público. Mas restam pendentes algumas considerações gerais. Constatou-se um aumento nos processos perante o TJUE sobre direito de autor, num

³²³Neste sentido vide MACHADO, Carla. A interpretação (des)conforme ao direito da União Europeia patente no acórdão uniformizador de jurisprudência n.º15/2013 do Supremo Tribunal de Justiça Português in UNIO - *EU Law Journal*. Vol. 2, No. 2, 2016, p. 168.

³²⁴AKESTER, Patrícia. *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos tratados internacionais*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 203.

³²⁵SILVA, Nuno Sousa. Uma Introdução ao Direito de Autor Europeu in *Revista da Ordem dos Advogados*, v. IV. Lisboa: Ordem dos Advogados, 2013, p. 1382.

³²⁶FAVALE, Marcella; KRETSCHMER, Martin; TORREMANS, Paul. Is There a EU Copyright Jurisprudence? An Empirical Analysis of the Workings of the European Court of Justice in *Modern Law Review*, n. 79, 2016. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2643699>, p. 26. Acesso em 03 ago. 2017.

total de 28 entre 2007 e 2012, todos decididos com fundamentos na interpretação teleológica das diretrizes. Foram analisados nove casos em doze que discutiam os direitos patrimoniais do Autor em relação a interpretação da Diretriz 2001/29 CE. Neste sentido, constatou-se que os direitos patrimoniais foram expandidos em 56% dos casos³²⁷. Desta feita, nota-se uma tendência, mesmo que pouco percentual, para a expansão dos direitos de autor, numa jurisprudência ainda em construção e por isto, sem uniformidade.

A produção legislativa confirma a tendência da ampliação do conteúdo patrimonial no contexto europeu, por exemplo, as medidas de proteção tecnológicas. Definidas como quaisquer tecnologias criadas para funcionar como muros, a fim de evitar usos das obras ou prestações que não sejam autorizados pelos titulares de direitos³²⁸ conhecidas comumente como codificação, encriptação ou criptografia. São desenvolvidas para 4 tipos de uso: controlar o acesso a obra, controlar determinados usos da obra, proteger a integridade da obra e permitir contar acessos ou utilizações para a gestão das mesmas³²⁹. Novamente temos os Tratados da OMPI em expansão do escopo, mais precisamente nos artigos 11, 12, 18 e 19. Tais artigos impuseram um regime geral de proteção destas medidas, transposta no contexto europeu pelo art. 6.º, 1 da Diretriz 2001/29 e a estipulação do objetivo perseguido: impedir ou restringir atos que não são autorizados pelos titulares. Constituída a proteção jurídica contra a neutralização de qualquer medida eficaz de carácter tecnológico por indivíduos que saibam ou devam razoavelmente saber que este é o seu objetivo.

No Direito Português a transposição consta nos artigos 217º a 222º do CDADC. Atenção para o n.º 8 do art. 221.º³³⁰, com a faculdade concedida aos titulares de direitos de autor para utilização das medidas tecnológicas de proteção para determinar o número de reproduções para uso privado. Não restam dúvidas de mais uma extensão dos

³²⁷FAVALE, Marcella; KRETSCHMER, Martin; TORREMANS, Paul. Is There a EU Copyright Jurisprudence? An Empirical Analysis of the Workings of the European Court of Justice *in* Modern Law Review, n. 79, 2016. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2643699>, p. 27. Acesso em 03 ago. 2017.

³²⁸PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 630.

³²⁹LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Dispositivos tecnológicos de proteção e direito de acesso do público *in* Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor, vol. X. Coimbra: Coimbra. 2012, p. 139.

³³⁰“8 - O disposto nos números anteriores não impede os titulares de direitos de aplicarem medidas eficazes de carácter tecnológico para limitar o número de reproduções autorizadas relativas ao uso privado.

poderes. Uma nova faculdade que invade o uso privado³³¹, na vida privada do usuário de obras intelectuais.

É hora de atravessar o Atlântico. Cumpre restringir os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. A CB, ratificada no Brasil somente em 9 de fevereiro de 1922 é a inserção do Brasil no sistema internacional de proteção ao direito de autor. Décadas depois a Convenção de Genebra de 1952, pretendida de facto universal para a convivência entre os sistemas, tendo em vista a CB se apresentar mais alinhada ao sistema continental europeu. A Convenção Interamericana sobre direitos de autor em obras literárias, artísticas ou científicas, celebrada em Washington em 1946, baseada sobremaneira na reciprocidade formal, com a proteção assegurada ao nacional e estrangeiro, sem pesos ou modificações que mereçam menções.

Unem-se aqui o ADPIC TRIPS já devidamente comentado e o já mencionado Tratado da OMPI sobre direito de autor, de efeito inusitado no Brasil: incorporado à lei nacional, mesmo sem que o país seja signatário³³². Um adendo sobre estes tratados e seus reflexos é que ambos com suas políticas de *enforcement*, deram ensejo a intensa produção legislativa acerca dos direitos intelectuais de 1996 a 1998. Deve-se lembrar que o Brasil é o eterno país do futuro, sempre em desenvolvimento. E aqui o resultado do argumento que defende o fortalecimento dos direitos intelectuais para atrair investimentos cai por terra. Em estudo acerca do tema, o Brasil, que ocupava a segunda posição em 1998, cai para a 17.^a em 2004 no ranking de países atrativos para investimentos estrangeiros³³³.

Volta-se o olhar para o ordenamento interno e dúvidas não restam de que o direito subjetivo de autor em todos os sistemas afins ao continental europeu se apresenta no mínimo composto por faculdades pessoais e patrimoniais. Não destoa a realidade brasileira e dispõe o Art. 22 da LDA que ao autor pertencem tais prerrogativas sobre a obra que criou.

³³¹O uso privado no direito de autor é compreendido como o uso de uma obra para satisfação de necessidades pessoais, individuais, sem qualquer caráter lucrativo. Entendem-se necessidades pessoais como as atividades lúdicas, culturais e de entretenimento, excluídas toda e qualquer atividade profissional ou que envolva comércio em proveito próprio ou de outrem. Neste sentido vide VIEIRA, José Alberto Coelho. Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado *in* Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor, v. VIII. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 451.

³³²BARBOSA, Denis Borges. A estrutura legal internacional dos direitos autorais. Disponível em <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/direito_internacional_autoral.pdf>, p. 5. Acesso 11 ago. 2017.

³³³Estudo sobre “Direitos Autorais, acesso à cultura e novas tecnologias: desafios em evolução à diversidade cultural” preparado pelo Ministério da Cultura do Brasil. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2671/estudo-minc-ripc-port.pdf?sequence=1>>, p. 5. Acesso 12 set. 2017.

Diferentemente dos países de *copyright*, a legislação brasileira dispõe que a exploração econômica da obra pode ser feita por qualquer dos modos atuais ou vindouros³³⁴. Logo, o exclusivo de exploração é um direito elástico que abarca todos os procedimentos técnicos existentes que resultem em aproveitamento econômico da obra bem como os que porventura forem inventados. Contudo, vale dizer que a LDA é gestada e concebida na recente influência dos Tratados TRIPS e da OMPI, com certa lógica utilitarista, com intensa proteção do investimento e com a tutela pretendida para benefício a comercialização³³⁵.

Entretanto, o conteúdo patrimonial não é formado somente pela exploração econômica, mas também tem por pressuposto a vontade do criador para com a obra, quem e como pode-se utilizar³³⁶. Nos dizeres do Prof. Doutor Newton Silveira o círculo de poder que compete aos titulares de direitos autorais que forma outro círculo, o de proibição a todos os agentes que têm o exercício desses direitos, concretizados no art. 28 da LDA, confere exclusivamente ao autor “*o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica*”³³⁷.

O círculo de poder assegurado ao autor na legislação brasileira é resumido em três verbos: utilizar, fruir e dispor. Entretanto estas ações só são relevantes porque tratam da utilização pública da obra e esta é a reflexão. Só ao autor cabe as formas de utilização pública da obra. Estas são as faculdades patrimoniais, prerrogativas econômicas que possibilitam o autor auferir lucros, reguladas nos artigos 28 a 45 da LDA. E neste ponto, é plausível dizer que em direito de autor, utilizar é sempre fruir, retirar proventos³³⁸. Essa utilização pública é a essência do direito patrimonial perfeito na exclusividade do direito de exploração da obra, traduzido nas inúmeras possibilidades desta exploração, meios de o autor obter resultados econômicos da sua comercialização³³⁹.

Noutra ótica, aduz a Prof. Doutora Karin Grau Kuntz um conceito do que significa o conteúdo patrimonial para a sociedade, desejosa de efetivação do acesso às

³³⁴“Art. 29, X: X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas”.

³³⁵POLI, Leonardo Macedo. *Direito autoral – Parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 79.

³³⁶ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas benefícios coletivos: a dimensão pública do Direito Autoral na Sociedade da Informação*. Porto Alegre: Safe, 2008, p.108.

³³⁷SILVEIRA, Newton. Estudos e Pareceres de Propriedade Intelectual. Disponível em <<http://ibpieuropa.org/book/silveira-newton-estudos-e-pareceres>>, p. 323. Acesso 28 jul. 2017.

³³⁸ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 159.

³³⁹PONTES. Hildebrando. *Os contratos de cessão de direitos autorais e as licenças virtuais creative commons*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 40.

obras intelectuais. O exclusivo concedido ao autor representa “*prerrogativas negativas de controlo de acesso à obra*”, vez que as faculdades que integram o direito de autor são poderes de controlo de condições de acesso, de transformação da obra e de proibição da imitação. Erigido um muro ao redor da obra e a altura deste muro é determinada pelo autor. Entretanto, aqueles integrantes da sociedade que, por exemplo, compram um livro, ultrapassam a área do muro e entram em contacto com a obra durante a leitura³⁴⁰.

Independente da já abordada discussão acerca da natureza jurídica, vale lembrar que nem apenas a nuance patrimonial do direito garantido ao autor é expressamente caracterizada como *propriedade* no corpo da lei tupiniquim. Todavia, essa é a corrente majoritária da doutrina brasileira, que prevê o conteúdo patrimonial como espécie de propriedade especial³⁴¹. O fundamento de tal posicionamento encontra azo na combinação entre art. 4.^o³⁴² da LDA e sua previsão de interpretação restritiva para os contratos que envolvem direitos de autor, com o artigo 3.^o que determina para os efeitos legais, os direitos de autor são considerados bens móveis. Salienta-se a interpretação restritiva em favor do autor quando do confronto com o direito patrimonial de terceiros³⁴³.

A pretensão legislativa é conferir exclusivamente ao autor apenas aquelas formas de utilização da obra que se traduzem num aproveitamento económico, a tal ficção para propiciar ganhos. O intuito é remunerar o autor, inclusive ao permitir a cessão de direitos. Ocorre que essa remuneração do autor também sempre foi justificada como justo incentivo à produção cultural para progresso das artes e das ciências. Neste momento só vislumbramos duas das classes portadoras de interesses distintos: os autores com seu direito exclusivo e todos os outros, interessados no acesso e no desfrutar da obra³⁴⁴.

Outra prerrogativa dada ao autor é a possibilidade de autorizar a utilização da obra por terceiros, ampliando o leque de possibilidades de receber resultados

³⁴⁰GRAU-KUNTZ, Karin. Domínio Público e Direito de Autor. Do requisito da originalidade como contribuição reflexivo-transformadora in Revista Eletrônica do Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual – Europa, n. 6, 2012. Disponível em <<http://ibpieuropa.org/pt/revista-eletronica-do-ibpi-publicacoes>>, p. 15. Acesso 23 ago. 2016.

³⁴¹BRANCO, Sergio. *Direitos autorais na internet e uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 29.

³⁴²“Art. 4.^o Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais.”.

³⁴³SOUZA, Allan Rocha de. *Função social dos direitos autorais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 161.

³⁴⁴VIEIRA, José Alberto Coelho. Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado in *Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor*, vol. VIII. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 441.

económicos com a sua comercialização³⁴⁵. A tradição continental europeia permite a transferência dos direitos patrimoniais por meio de contratos sujeitos a formalidades. No mesmo sentido, a legislação brasileira considera os direitos patrimoniais bens móveis no artigo 3º da LDA e na forma do art. 50 dispõe que podem ser transferidos através de contrato de cessão por escrito³⁴⁶. Surgem os novos interessados, as empresas nas quais atuam editores, produtores, radiodifusores e afins que publicam ou por outros meios detém a exploração comercial de obras literárias e artísticas, de modo a lucrar com todas as atividades que compõem estas indústrias. A este terceiro grupo, interessa a proteção e remuneração dos investimentos realizados.

O conceito de indústria cultural ou criativa é um tanto quanto controvertido. Vários modelos pretendem defini-la, todos concordam com um núcleo vinculado à cultura, e o exercício das atividades importantes para o funcionamento desse núcleo ou decorrentes dele³⁴⁷. A UNESCO conceitua as indústrias culturais como aquelas que produzem e distribuem bens culturais³⁴⁸ tais como filmes, livros e músicas e as prestadoras de serviços que não sobrevivem sem essas obras, como os teatros e cinemas. Já a OMPI utiliza a nomenclatura indústria de direitos de autor e, numa abordagem mais abrangente, engloba todas as atividades ligadas direta ou indiretamente a criação, fabricação, produção, transmissão e distribuição de obras protegidas. Essa conceção inclui desde as empresas que produzem insumos ou equipamentos imprescindíveis ao funcionamento do núcleo até atividades sobre as quais incide o direito de autor de maneira indireta, como a arquitetura, o vestuário e a moda.

De acordo com pesquisas da própria OMPI que observaram 30 países em 2012, este grupo de interessados é enorme, tendo em vista que, em média, tais empresas contribuem em 5,4% para o produto interno bruto e em 5,9%³⁴⁹ para o emprego nacional. Já é possível divisar, portanto, os três grupos de interesses que colidem no cenário do conteúdo patrimonial.

³⁴⁵PONTES. Hildebrando. Os contratos de cessão de direitos autorais e as licenças virtuais *creative commons*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 40.

³⁴⁶PARANAGUÁ, Pedro. Direitos Autorais, novas tecnologias e acesso ao conhecimento in PRETTO, Nelson de Luca; SILVEIRA, Sergio Amadeu (Org.). Além das Redes de Colaboração. Internet, Diversidade Cultural e tecnologias do Poder. Salvador: EDUFBA, 2008, p. 163.

³⁴⁷Existem ao menos quatro modelos. Escolhido aqui o modelo desenvolvido pela OMPI por sua íntima ligação com o direito de autor.

³⁴⁸“Indústrias culturais” refere-se às indústrias que produzem e distribuem bens e serviços culturais, tais como definidos no parágrafo 4 acima.”.

³⁴⁹Ver *Wipo Studies on the Economic Contribution of the Copyright Industries – overview*. Disponível em <http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/performance/pdf/economic_contribution_analysis_2014.pdf>. Acesso 22 out. 2017.

O que não significa o encerramento de todos os interesses envolvidos. Em muitos casos, a gestão coletiva se mostra indispensável ao passo que os autores não são capazes de assegurar sua exploração económica da obra. Logo, a entidade de gestão coletiva atua em substituição do autor para garantir a remuneração por meio da concessão de licenças.

Hoje, por exemplo, num fenómeno comum a Europa e ao Brasil, as entidades de gestão coletiva, por distorção, passaram a figurar como um quarto interesse envolvido. Tais entidades, em regra monopolistas, sofriam de ausência ou inoperância de regulação e assim agiam livres em prol dos seus próprios benefícios³⁵⁰, quais sejam, lucros.

A indignação com as posturas das entidades de gestão coletiva aumentou com o tempo, tanto na Europa quanto no Brasil e as entidades passaram a ser reguladas, com a criação de leis para coibir os abusos. Todas as partes, tanto usuários quanto autores manifestavam insatisfação crescente. Apesar do montante alto pago pelos utilizadores, pouco era repassado aos autores. *A priori*, os Estados buscaram impedir os desmandos das entidades com a aplicabilidade do direito da concorrência. A Jurisprudência Europeia foi pioneira neste sentido e o Brasil só legislou para controlo destas entidades após duas Comissões Parlamentares de Inquérito e processo perante o CADE e condenação do ECAD³⁵¹. O abuso no Brasil era tamanho que se pode citar um exemplo esdrúxulo: o ECAD propor ação para cobrança dos direitos de autor referentes a faculdade de execução musical do próprio autor em apresentação do mesmo³⁵². Pasmem.

No âmbito legislativo, a recente Diretriz 2014/26/CE, estabeleceu no considerando n.º 9 o objetivo de estabelecer os requisitos aplicáveis às organizações de gestão coletiva, isto é, de garantir um padrão elevado de administração, gestão financeira, transparência e apresentação de relatórios. A distorção era tanta que consta no art. 4.º a obrigação dos Estados Membros na garantia de que as entidades de gestão

³⁵⁰ASCENSÃO, José de Oliveira. Representatividade e Legitimidade das Entidades de Gestão Coletiva. Disponível em <<http://www.oa.pt/upl/%7B4b4a9e38-4966-454c-ae50-678ff72be95c%7D.pdf>>, p. 173. Acesso 17 jan. 2015.

³⁵¹Neste sentido, o nosso: PINHEIRO, Marissol. Gestão Coletiva de Direitos de Autor atinentes às obras musicais e Direito da Concorrência no Brasil. Relatório de Mestrado – 2015 – Faculdade de Direito – Universidade de Lisboa

³⁵² “*Se é o Autor quem faz o show, com músicas exclusivas, indevida é a cobrança de direitos autorais.*” Ementa da Apelação Cível TJ – MG n.º 2.0000.00.364599-2/000. Disponível em <

coletiva devem agir em nome dos interesses dos titulares de direitos. Não podem as entidades agir em nome próprio, no desenvolvimento dos seus próprios interesses³⁵³. Portugal também legislou para regular tais entidades, Lei n.º 26/2015 de 14/04/2015 aduz em seus motivos que pretende regular as entidades de gestão coletiva do direito de autor e dos direitos conexos, bem como o Brasil, com a Lei n.º 12. 853/2013. As legislações ainda são recentes e é praticamente impossível verificar o seu impacto real. Mas, dadas as circunstâncias, deixamos registado esse quarto interesse. Pode-se ainda pensar em pelo menos mais dois interesses que precisam ser anotados: os provedores de serviços na internet, como integrantes do mercado e divulgadores de conteúdo; e ainda o interesse público na difusão e incentivo da cultura³⁵⁴.

Pincelados os interesses que convivem em intersecção no círculo reservado ao autor, citam-se as características próprias das faculdades patrimoniais: temporariedade, disponibilidade, renunciabilidade e a autonomia. Não há muito o que esclarecer acerca das características. Seus nomes são descritivos e durante todo o estudo elas são lembradas, mas de toda a forma, para melhor compreensão, vale um passar de olhos na correlação entre as características e os princípios norteadores do conteúdo patrimonial no Brasil.

O autor é livre, de acordo com o princípio da liberdade, para fazer pessoalmente exploração da obra ou ceder todos ou alguns desses direitos para que outros os explorem, onerosa ou gratuitamente, por meio de licença, cessão ou concessão de direitos ou qualquer modalidade contratual que lhe aprouver. Eis aqui a disponibilidade destas faculdades e, desta forma, o princípio geral que as rege, da interpretação restritiva dos negócios que as envolvem, na forma do art. 31 LDA³⁵⁵. Assim como o autor dispõe da liberdade de alienar, ele também pode renunciar, caso queira deixar de explorar economicamente a obra, reconhecida de maneira inequívoca no que diz respeito a titularidade do direito como um todo e neste caso a obra cairá em domínio público³⁵⁶.

E neste ponto, frisa-se, o princípio da liberdade não é erigido apenas para o interesse privado do autor em dispor de sua obra. A CRP, como precursora óbvia e a

³⁵³LEITÃO, Adelaide Menezes. A Directiva 2014/26/UE relativa a gestão coletiva de direitos de autor e direitos conexos *in* Revista Direito Intelectual – APDI, n. 1. Coimbra: Almedina, 2015, p. 196.

³⁵⁴ASCENSÃO, José de Oliveira. Representatividade e Legitimidade das Entidades de Gestão Coletiva. Disponível em <<http://www.oa.pt/upl/%7B4b4a9e38-4966-454c-ae50-678ff72be95c%7D.pdf>>, p. 153. Acesso em 17 jan. 2015.

³⁵⁵“Art. 31. As diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais.”

³⁵⁶ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 330.

CRFB prestigiam liberdades, elucidam uma ordem que é de liberdade, resultado de processos políticos que incluíram ditaduras com rígidas censuras. Portanto, o que deve ser justificado e comedido são as restrições da liberdade³⁵⁷. E eis o raciocínio de suma importância: O direito de autor em si, ao dar a liberdade de um indivíduo explorar economicamente sua obra, restringe a liberdade de acesso e de criação da sociedade.

Tanto assim é, que a o direito de autor é limitado no tempo, a temporariedade como característica, dado o direito vitalício e transmissível aos sucessores, não perpétuo, na forma da disposição constitucional do art. 5.º, XXVII, que prevê a transmissão do direito de autor aos herdeiros, pelo tempo que a LDA fixa em setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento³⁵⁸. Também por homenagem ao princípio da liberdade, é mantida a possibilidade mencionada de renúncia por parte do autor. A obra em domínio público pode ser explorada economicamente por qualquer um, em atenção ao interesse público.

Já o art. 50 da LDA³⁵⁹ dispõe o princípio da exigibilidade da forma escrita para cessão de direitos, que deve conter previsões expressas dos direitos cedidos e suas condições. Esta previsão específica das faculdades cedidas torna evidente a independência das formas de utilização, que é a autonomia. O autor de um texto pode celebrar diversos contratos com pessoas diferentes, cada um acerca de um dos poderes. Por exemplo, com uma editora, para um livro, com uma produtora para a criação de um roteiro de obra audiovisual e para outra pessoa a adaptação cénica do mesmo texto³⁶⁰. No mesmo artigo há a presunção de onerosidade do contrato, de modo que se não estiver convencionado no contrato o valor que deve ser pago a título de remuneração do autor, não se pode considerar gratuito. O valor então será decidido em juízo, caso as partes não cheguem a um acordo³⁶¹.

De maneira explícita deve constar também se a exploração é internacional, ao passo que as transferências realizadas no país são eficazes apenas dentro do território nacional, na forma do art. 49, IV da LDA³⁶².

³⁵⁷ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito intelectual, exclusivo e liberdade *in* Revista da Ordem dos Advogados, n.3. Lisboa: Ordem dos Advogados, 2001, p. 1201.

³⁵⁸“Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.”

³⁵⁹“Art. 50. A cessão total ou parcial dos direitos de autor, que se fará sempre por escrito, presume-se onerosa.”

³⁶⁰MENEZES, Elisângela Dias. *Curso de Direito Autoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 83.

³⁶¹MENEZES, Elisângela Dias. *Curso de Direito Autoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 84.

³⁶²“Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes

Relatados a nosso ver as principais características na ótica da LDA, realiza-se delimitação embasada na melhor doutrina. Tratam-se das faculdades subdivididas nas quatro grandes categorias, como feito anteriormente acerca do ordenamento português como exemplo do sistema continental europeu.

Entretanto, aprofundam-se algumas considerações acerca das faculdades, subdividindo-as mais uma vez: algumas são diretamente destinadas ao aproveitamento da obra, enquanto outras são instrumentais a este aproveitamento, preparatórias para a plenitude do exercício de todas. As primeiras, chamadas de faculdades substanciais ou modalidades efetivas de exploração económica, e as segundas, faculdades instrumentais³⁶³.

As instrumentais, necessariamente típicas, ou seja, dependentes de previsão legal. Por estarem localizadas num momento prévio a exploração económica, não dizem respeito ao uso, fruição ou gozo, justamente pelo carácter preparatório. São elas³⁶⁴:

- Fixação em aparelho próprio para reproduções mecânicas, eléctricas, electrónicas ou químicas. A fixação é a criação de um primeiro exemplar é de facto gravar a obra num suporte material visual e/ou sonoro e concedê-la um *corpus mechanicum*³⁶⁵. Apesar da independência entre a obra e seu suporte, ela precisa ser fixada para permitir exploração. Vale citação do art. 37 da LDA que ressalta a diferença entre a aquisição do suporte da obra e das faculdades patrimoniais. Não está prevista na LDA de forma autónoma, considerando-se incluída na próxima faculdade instrumental a ser citada;

- Reprodução em sentido amplo, como qualquer armazenamento, permanente ou temporário, incluindo-se a internet, de acordo com art. 5, VI da LDA. A mais importante e abrangente das faculdades instrumentais. A reprodução, pois, depende da fixação prévia, ou seja, na produção de ao menos uma cópia³⁶⁶;

- Transformações em todas as formas, incluídas as mais famosas: adaptação e tradução. De acordo com o art. 5, g, VIII da LDA é protegida pelo direito de autor a obra

especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações: IV - a cessão será válida unicamente para o país em que se firmou o contrato, salvo estipulação em contrário;”

³⁶³ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 165.

³⁶⁴ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 165.

³⁶⁵ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 172.

³⁶⁶ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.175.

derivada. A obra derivada é fruto desta faculdade instrumental. É uma obra criada com utilização de uma obra preexistente, mas essa preexistência permanece tal e qual, inalterada. Quem quiser pode transformar, desde que autorizado pelo titular³⁶⁷;

- Inclusão em obra diferente – Referente à modificação como faculdade patrimonial, consiste aqui na substituição da forma preexistente. Altera a expressão criadora, toca nas faculdades pessoais. Só o autor modifica. Mas existe um direito de modificação dentro do conteúdo patrimonial, que de qualquer forma não é uma transformação porque altera a obra preexistente, porque não se produz uma obra nova. Há autorização do autor para utilização da obra numa forma modificada³⁶⁸. Citam-se como exemplos obras doutrinárias de excelência no Direito, revistas e atualizadas por outras pessoas em virtude de mudanças legislativas, normalmente quando o autor da obra originária já faleceu.

- Pôr em circulação – outra nomenclatura para o direito de distribuição. Para ser concretizado, exige a existência de uma pluralidade de exemplares resguardada ao titular do direito a introdução destes exemplares no mercado quando, onde e como ele quiser. Exerce em nome próprio ou pode ceder este direito a outrem. Assim, distribuída a obra na forma do arbítrio do autor, tem-se o esgotamento nacional do direito³⁶⁹, dentro das fronteiras do Brasil.

Sobre a abrangente reprodução permite-se algum aprofundamento. Tal faculdade é baseada ao menos na existência de 2 exemplares, o primeiro e a reprodução deste, mesmo que seja em uma única cópia. De maneira despretensiosa é definida como a produção de exemplares, logo, não é desfrute da obra, apenas ato preparatório pensado para conceder ao titular a possibilidade de controle da efetiva exploração da sua obra, como demonstra o art. 30, § 2º da LDA que determina a necessidade informação e controlo da quantidade de exemplares, responsabilidade que cabe ao sujeito que efetua a reprodução de forma que sejam mantidos os registros que permitam, ao autor, a fiscalização do aproveitamento económico da exploração.

³⁶⁷ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 176.

³⁶⁸ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 188.

³⁶⁹ASCENSÃO, José Oliveira. Obra musical e lítero-musical, telefone móvel e execução pública – Parecer in ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva (Organizador). *Temas atuais de direito da sociedade da informação*. Salvador: EDUFBA, 2015, p.188.

Depreende-se esta função da leitura do art. 30, *caput* da LDA. O autor/titular de reprodução da obra, no exercício desta faculdade, pode disponibilizá-la a qualquer tempo na forma e no local que lhe aprouver, onerosa ou gratuitamente. Ainda cumpre dizer que não está garantida a exclusividade do direito de reprodução nos casos em que ela for apenas temporária, para tornar a obra perceptível em meio eletrónico ou quando for temporária ou incidental, em conformidade com o uso legitimamente autorizado da obra, na forma do art. 30, § 1.º da LDA.

E nestes dispositivos legais, podemos fazer alguma reflexão. Foi realizada uma forçada integração das reproduções tecnológicas no convencional direito de reprodução, como pode ser visto no parágrafo 2.º, do art. 30 e a previsão de controle do número de cópias obtidas por qualquer meio. Em contrapartida, o § 1.º do art. 30 vem excluir da faculdade de reprodução reservada ao autor aquela que for temporária, realizada no meio eletrónico para tornar a obra perceptível³⁷⁰. Realmente não faz o menor sentido. Incluir para liberar? Este tipo de contradição é fruto da orientação sob a qual a LDA foi concebida, uma ideologia para proibir cópias em formato analógico. Assim, é utilizada numa analogia difícil para dialogar com a sociedade da informação e seus novos desafios. Ao mesmo tempo que busca tudo proibir, liberta uma infinidade de possíveis reproduções informáticas e resulta num instituto confuso de abrangência legal ampla, porém duvidosa...

O entendimento das faculdades no Brasil parece mesmo confuso e ainda há muito a aprofundar doutrinariamente. No acórdão do STJ³⁷¹ de Agravo Interno interposto contra decisão monocrática em Recurso Especial Nº 972.870 - SP (2016/0222300-0)³⁷², por exemplo, após diversas menções a execução musical, fala-se em reprodução de obras musicais, numa clara confusão técnica.

Como outro ato preparatório, trata-se do direito de pôr em circulação ou comumente chamado de distribuição, prevista nos artigos 5, IV e 29, VII da LDA. Esta faculdade instrumental não significa efetiva exploração económica da obra, mas sim figura como ato sequencial lógico da reprodução, em tratamento dos suportes

³⁷⁰ASCENSÃO, José de Oliveira. A Recente Lei Brasileira dos Direitos Autorais, comparada com os novos Tratados da OMPI *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 40. Lisboa: AAFDL, 1999, p. 582.

³⁷¹As ações civis e criminais que não envolvam matéria constitucional nem a justiça especializada, são julgadas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), a Corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil. O Tribunal foi criado em 1988 pela CRFB.

³⁷²Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67493280&num_registro=201602223000&data=20170201&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 31 jul. 2017.

materiais. Ou seja, os exemplares criados disponíveis aos utilizadores, colocados em circulação no mercado.³⁷³

Logo, entende-se que cabível ao autor é apenas este primeiro ato de distribuição, não sendo relacionado qualquer direito patrimonial posterior em relação ao suporte. Toda e qualquer operação posterior com o suporte é alheia a exclusividade conferida ao autor. Esgota-se, pois, o direito de autor no Brasil no território nacional, salvo convenção contratual que estipule a cessão de direitos na esfera internacional.

A distribuição está novamente prevista no art. 29, VI, sem muitos esclarecimentos. Amiúde no art. 29, VII da LDA, numa reação aos Tratados da OMPI de 1996, o Brasil incorporou um direito de pôr em circulação a obra protegida na internet como uma faculdade de distribuição. Além disso, neste mesmo artigo, inciso VIII, alíneas h) e i) e incisos IX e X, foram todos concebidos para o resguardo da exclusividade do autor na Internet. Logo, apesar de defensores da inclusão de tal direito de disponibilização da obra na Internet tanto na comunicação ao público, quanto na reprodução no Brasil, a opção legislativa foi integrá-lo no direito de distribuição³⁷⁴, independente da correção técnica ou doutrinária.

Encontra-se na doutrina posicionamento contrário. O Prof. Doutor Ascensão por exemplo compreende a materialidade do suporte inerente ao conceito de distribuição na LDA como impeditivo para tal inclusão, de forma que percebe esta como uma faculdade autónoma, de colocar a obra a disposição na rede. Contudo a maior parte dos países procedeu a inclusão deste direito de disponibilizar a obra na Internet como integrante da faculdade de comunicação ao público³⁷⁵. Ao arrepio da escolha legislativa, a prática do STJ interpretou como a maioria sem muito aprofundamento, mas com embasamento no Tratado da OMPI, mesmo sem o Brasil ser signatário. Justificou-se que a Lei incorporou alguns direitos referidos naquele Tratado e concluiu que o “*denominado direito de colocar à disposição ao público*”, *situa-se no âmbito do direito de*

³⁷³ASCENSÃO, José Oliveira. Obra musical e lítero-musical, telefone móvel e execução pública – Parecer in ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva (Organizador). *Temas atuais de direito da sociedade da informação*. Salvador: EDUFBA, 2015, p.188.

³⁷⁴Cita-se doutrinador brasileiro que discorda, o Prof. Doutor Denis Borges Barbosa: “*Ainda que o legislador, infelizmente, tenha feito uma lamentável confusão desses novos conceitos, é perfeitamente compreensível, a partir do próprio texto da definição, que a disponibilização de obra protegida, através da Internet, é uma forma de comunicação ao público (“right of making available”), assim como a audição da obra implica sua execução pública.*”. BARBOSA, Denis Borges. *Direito Autoral e Liberdade de Expressão. Estudos de Direito*. Disponível em <<http://denisbarbosa.addr.com/geiger.pdf>>, p. 26. Acesso 09 ago. 2017.

³⁷⁵ASCENSÃO, José de Oliveira. A Recente Lei Brasileira dos Direitos Autorais, comparada com os novos Tratados da OMPI in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 40. Lisboa: AAFDL, 1999, p. 581.

*comunicação ao público, e não no campo do direito de distribuição, nitidamente ligado à transferência de propriedade ou posse (...)*³⁷⁶.

Aproveita-se a menção a comunicação ao público para adentrar as faculdades substanciais, aquelas que são relacionadas a exploração económica propriamente dita. Esta categoria trata das faculdades que permitem ao público diretamente perceber a obra, exclusivo de utilização da obra que dá ao autor a exclusividade para fazer ou autorizar essa comunicação. É o ápice do direito de autor, tendo em vista que o efetivo aproveitamento da obra na maioria das vezes será concretizado com a comunicação pública.

Definida no art. 5 inciso V da LDA, expressamente, como todos os atos pelo qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares, numa clara imaterialidade, exatamente oposta a distribuição.

Na forma de alguns incisos do art. 29, tipo aberto tendo em vista a inclusão da cláusula de inclusão de todos e quaisquer modos possíveis vindouros de exploração, as principais modalidades de comunicações ao público são elencadas ³⁷⁷:

- Apresentação presencial que inclui representação, recitação, declamação. Aqui se insere o teatro, a recitação de um poema ou a declamação, que dá ênfase ao texto.
- Execução, sempre musical, com o uso de instrumentos.
- Radiodifusão sonora e visual, comunicação por rádio e televisores, incluídas novas emissões decorrentes.
- Comunicação da interpretação a ambiente diferente. Nesta modalidade estão incluídas a difusão por meio de altifalantes, telefonia ou qualquer meio análogo que transmita a obra.
- Execução de obras fixadas. Separa a fixação de comunicação ao público. A autorização para fixação não importa a autorização para comunicação ao público.
- Exibição, audiovisual, cinematográfica ou projeções de um texto, quaisquer processos semelhantes. Significa apresentar o suporte que contém a obra por meio de instrumentos técnicos³⁷⁸.

³⁷⁶Recurso Especial n.º 1.559.264 - RJ (2013/0265464-7). Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=70168097&num_registro=201302654647&data=20170328&tipo=51&formato=HTML. Acesso 10 ago. 2017.

³⁷⁷ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 202.

³⁷⁸ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 204.

- Exposição de obra de arte plástica, quadros, esculturas, sem emprego de meios técnicos.
- Captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva; Sonorização ambiental; Emprego de satélites artificiais; Emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados.

Verifica-se que as modalidades são numerosas. Previstas também no Capítulo da comunicação ao público, artigos 68 a 76, bem como nos artigos 77 e 78 para as utilizações de obras de artes plásticas. Só pelas inúmeras menções é possível verificar que a vontade legislativa é de um amplo conceito de direito de comunicação ao público.

Neste sentido, já se manifestou o STJ como vimos a propósito da distribuição. No mesmo acórdão de 15/02/2017, nos autos do RESP n. ° 1.559.264, a Corte se pronunciou ainda mais explicitamente que o desejo do ordenamento jurídico pátrio foi consagrar o reconhecimento de um amplo direito de comunicação ao público. A propósito de um caso que envolvia a transmissão digital interativa da obra, *streaming* interativo, enquadrou tal ato na faculdade de execução musical, com espeque no art. 29 VII da LDA³⁷⁹.

Traz-se à baila mais um acórdão por correlação com a situação portuguesa. No caso português, lembra-se, um televisor e aparelhos de ampliação do som, transmitindo canal de televisão em estabelecimento comercial não é uma nova utilização da obra e não dá ensejo a recebimento de valores por direitos de autor. No Brasil, o STJ profere decisão totalmente contrária e confirmou recentemente entendimento de que a disponibilização de aparelhos radiofónicos e televisores em quartos de hotéis, motéis, clínicas e hospitais dá ensejo a cobrança de direitos de autor, independentemente de eventual carácter filantrópico que quaisquer destas instituições possam ter. Tudo isto com base nas faculdades previstas no art. 29 VIII, alíneas d e e. quais sejam, *radiodifusão sonora ou televisiva e captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva*³⁸⁰.

Feitas estas considerações, dúvidas não existem de que na interpretação de uma lei extensa e avarenta, preocupada em tudo proteger/proibir, o STJ interpreta de maneira

³⁷⁹Recurso Especial n.º 1.559.264. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=70168097&num_registro=201302654647&data=20170328&tipo=51&formato=HTML. Acesso 10 ago. 2017.

³⁸⁰Recurso Especial n.º 1.589.598. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72710734&num_registro=201600746589&data=20170622&tipo=51&formato=HTML. Acesso 11 ago. 2017.

ampla o conteúdo do direito patrimonial do autor, numa completa ignorância ao interesse público.

Entretanto, também podem ser verificadas decisões no sentido contrário. Há de se comparar, inevitavelmente. No estudo da jurisprudência da UE acerca de direito de autor supramencionado foi verificada a inexistência de uma visão concisa, imaginemos na *Terra Brasilis*, com a legislação em desuso, por deveras proibitiva e pouco obedecida.

O já citado acórdão que julgou o RESP nº 964.404³⁸¹. No caso, em apertada síntese, o ECAD alega que a sonorização ambiente de evento gratuito e sem fins lucrativos promovido pela entidade religiosa Mitra Arquidiocesana de Vitória é exploração que atinge o direito patrimonial do autor.

O Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino do STJ entendeu que o artigo 68 da Lei 9.610/98, que prevê a necessidade de autorização do autor nos casos de execução pública musical, dispõe apenas o âmbito de proteção *prima facie* do direito do autor sobre sua obra. Afirma ainda que o âmbito de proteção do direito patrimonial do autor é somente definido após consideradas suas limitações³⁸². Este caso é pioneiro em perceber que apesar do rol exemplificativo e aberto das faculdades patrimoniais, determinados usos apesar de públicos respeitam valores maiores e, em observância ao interesse público que os permeia, deve o conteúdo patrimonial interpretado no seu âmbito de proteção, mais restrito, tendo em vista sua essência pecuniária e de interesse privado.

Também pode-se citar recente decisão do TJ-SP serve para ilustração do pouco equilíbrio e efetividade da LDA. O desprestígio da lei brasileira é perceptível nas ruas, no dia-a-dia. Em suma, no caso em comento, foram denunciados dois pequenos comerciantes ambulantes por condutas que se enquadrariam naquelas previstas no artigo 184, parágrafo 2º c/c artigo 29, ambos do Código Penal, porque expuseram à venda quarenta e nove CDs e cento e oitenta e quatro DVDs de filmes, musicais e desenhos, reproduzidos e distribuídos sem autorização dos autores.

O Juiz de Direito Dr. Matheus Oliveira Nery Borges fez diversas considerações sobre a violação do direito de autor no que concerne as faculdades de reprodução e

³⁸¹Recurso Especial n.º 964.404. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12856614&num_registro=200701444505&data=20110523&tipo=51&formato=PDF>. Acesso 09 out. 2016.

³⁸²FERREIRA, Luisa Lemos; SOUZA, Allan Rocha de. As limitações dos direitos autorais no Superior Tribunal de Justiça in WACHOWICZ, Marcos (Org.). Estudos de Direito de Autor e Interesse Público - Anais X CODAIP – X Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2016, p. 340.

distribuição comumente praticada no Brasil. Reflete sobre os verdadeiros responsáveis por esta prática, em regra, organizações criminosas de grande porte. Entende que não podem ser condenados os Réus, tendo em vista que a conduta praticada encontra “*tolerância na quase totalidade da sociedade*”³⁸³. Aqui estamos de pleno acordo que não deve ser perpetrado o exagero da prisão, mas sublinha-se a questão da naturalidade que a sociedade encara a violação do direito de autor no Brasil, pelo facto de ser tão proibitivo, dificultar o acesso e numa expressão popular, uma lei que não pegou. A “pirataria” no Brasil, como em outros países em desenvolvimento, torna-se uma resposta à completa impossibilidade de acesso aos bens culturais, às vezes a única forma limitada que um indivíduo sem dinheiro suficiente para as necessidades básicas pode assistir um filme³⁸⁴.

Assim, da análise da situação legislativa brasileira na aplicação prática sobram adjetivos negativos: obsoleta, inoperante, vazia e esquecida. O fenómeno acontecido com a LDA tem nome, anacronização. Diz-se anacrónica a lei que envelheceu ainda no seu período de vigência. Não foi revogada pelo legislador, continuou imutável e ficou para trás, sem acompanhar a sociedade em constante e rápida evolução. Como resultado prático, apenas entrava o avanço da sociedade, sem ser observada, naturalmente ignorada e posta de lado³⁸⁵. Em situação de desuso, não se adequa a realidade social, chega a ser inconveniente, incómoda.

A análise superficial sobre a jurisprudência que trata do conteúdo patrimonial no Brasil constatou uma certeza, a maioria das ações relativas a direito de autor são propostas pelo ECAD, numa luta constante por prosseguir todos e quaisquer valores de entidades, mais facilmente controladas, sem qualquer observância de interesse público, como o caso das entidades filantrópicas. Apesar de não ser uniforme, a Jurisprudência dá razão ao ECAD, de acordo com a lei proibitiva, na maioria das vezes. Cria-se então um direito patrimonial absoluto e incondicional, que não equilibra todos os interesses envolvidos. Para completar, o único interesse que parece ser atendido é o do ECAD, que

³⁸³Todos os dados das partes foram mantidos em sigilo. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-camelo.pdf>>. Acesso 11 ago. 2017.

³⁸⁴ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. SOUZA, Laís Cristina. Ser ou não ser: o dilema hamletiano do pirata e a fundamentalidade que há no acesso à informação como no direito autoral *in* SANTOS, Manoel J. Pereira (Org.). Direitos de Autor e Direitos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2011, p.117.

³⁸⁵WOLKMER, Antonio Carlos. O Direito Legal. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 24.

já foi condenado inclusive pela falta de transparência na distribuição da arrecadação³⁸⁶. A sensação que fica é de retrocesso, descontrole e desequilíbrio.

Independentemente dos motivos legais, jurisprudenciais e doutrinários abordados, ainda pode ser ventilada alguma análise social a nível mundial. A crise da legitimidade do direito de autor, o que o Prof. Doutor Geiger chama de “o contrato social rompido”. O advento da revolução tecnológica transformou a economia e os bens imateriais sobre os quais recaem os direitos intelectuais nos mais valiosos e lucrativos. Grandes marcas, *best sellers* como Harry Potter e Senhor dos Anéis adaptados para o cinema, patentes de medicamentos para combates a epidemias... Além da imaterialidade que todos estes direitos possuem em comum, eles também são frutos de investimentos. Como os editores no passado, os investidores são os que ensejam proteção na atualidade, apesar do direito ser de autor, as legislações foram desenhadas para protegê-los³⁸⁷. Mas isto não é tudo. Não basta investimento para uma obra. Ainda é preciso criatividade.

Mas a preocupação da lei e dos tribunais com o investidor combinada com fatores que desacreditam o instituto, como o desvirtuar para os próprios interesses das entidades de gestão coletiva, transformou também a visão do público em geral. A maioria da sociedade não reconhece de pronto a lógica de remuneração dos autores, inventores e cientistas nos direitos intelectuais em geral. Sobretudo no direito de autor, não se enxerga qualquer benefício a sociedade decorrente da produção artística e de conhecimento, dada a intensidade da cultura de massa, produzida para alcançar a maior lucratividade. A confirmar isto, pesquisa realizada na Europa em 2013 e atualmente confirmada em 2016, com publicação neste ano: quase 50% em mais de 26 mil entrevistados acredita que a proteção dos direitos intelectuais beneficia apenas artistas famosos e grandes corporações³⁸⁸.

O pouco prestígio social deve-se também a constante multiplicação de direitos conexos ao de autor, bem como na extensão desta proteção a institutos pouco afins,

³⁸⁶Sobre maiores detalhes acerca da decisão do CADE no caso ECAD, vide o nosso PINHEIRO, Marissol. Gestão Coletiva de Direitos de Autor atinentes às obras musicais e Direito da Concorrência no Brasil. Relatório de Mestrado – 2015 – Faculdade de Direito – Universidade de Lisboa.

³⁸⁷GEIGER, Cristophe. Implementando disposições de Propriedade Intelectual em instrumentos de Direitos Humanos: rumo a um novo contrato social para a proteção de intangíveis *in* Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição, v. 9, n. 3, 2015. Disponível em <<http://www.pidcc.com.br/br/2012-10-31-19-03-53/volume-10-n-01-2016>>, p. 4. Acesso 05 mai. 2016.

³⁸⁸*European Citizens and Intellectual Property: Perception, Awareness and Behaviour* de março de 2017. Disponível em <https://euiipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/IPContributionStudy/2017/european_public_opinion_study_web.pdf>, p. 8. Acesso em 23 ago. 2017.

como as bases de dados e de programas de computador. A sensação social é realmente de que os direitos intelectuais em geral são proibitivos e a aceitação se torna cada vez mais difícil³⁸⁹.

Ante todo o exposto, a conclusão é pela expansão contínua e irrestrita do direito de autor em ambos os sistemas e também no Brasil. A concepção proprietária propagada desde o século XVIII no sistema continental europeu resultou neste direito de autor tido como absoluto e ilimitado. A influência da lógica do *copyright* apenas no que tange a necessidade de remunerar o autor com o exclusivo de comercialização da obra e na proteção do investimento, com o esquecimento do bem-estar social pretendido também contribuiu para as políticas de fortalecimento do direito de autor. No Brasil, essas duas concepções são recebidas e alegadas.

O resultado é que sob todos estes argumentos, instaurou-se a era da soberania do autor, ou melhor, da soberania do titular de direitos de autor. Ao contrário do estímulo ao conhecimento, esta soberania criou um freio a efetivação do direito fundamental de acesso a cultura³⁹⁰ que se efetiva com posturas como a discriminação sem causa dos utilizadores, a cobrança de preços exorbitantes, a recusa arbitrária de utilização e a extensão do tempo de proteção. Praticamente nada é disponível e se ressentem o aprisionamento da cultura atual, vez que só nos resta o domínio público de liberdade, o direito de acesso à cultura só funciona para uma cultura desatualizada³⁹¹.

Examinada a parte principal do direito de autor em si, bem como sua fundamentação, aprimora-se o conceito, com o acréscimo de que o Direito de Autor é legitimado na cultura e realizado no exclusivo concedido. Logo, por isso deve ser limitado, não deve ser absoluto sob pena de deixar de observar toda a sua justificativa existencial. Isto posto, fica a questão: deve este direito centrado evidentemente no seu conteúdo patrimonial ser considerado humano ou fundamental?

³⁸⁹GEIGER, Christophe. Implementando disposições de Propriedade Intelectual em instrumentos de Direitos Humanos: rumo a um novo contrato social para a proteção de intangíveis *in* Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição, v. 9, n. 3, 2015. Disponível em <<http://www.pidcc.com.br/br/2012-10-31-19-03-53/volume-10-n-01-2016>>, p. 6. Acesso 05 mai. 2016.

³⁹⁰Para fins deste estudo, considera-se o acesso à cultura tal e qual o Prof. Doutor Denis Borges considerou em artigo sobre o tema: um direito *lato sensu* que abrange o acesso à educação, o acesso à ciência e o acesso à arte. BARBOSA, Denis Borges. Domínio Público e Patrimônio Cultural *in* ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). Direito da Propriedade Intelectual. Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006, p. 146.

³⁹¹ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e Direito Intelectual *in* SANTOS, Manoel J. Pereira (Org.). Direitos de Autor e Direitos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 13.

3) Direito de Autor é Direito Humano ou fundamental?

Visto que o direito de autor é basicamente focado no conteúdo patrimonial e destrinchado neste centro com as suas faculdades, é hora de avançar para mais uma celeuma. Neste subitem intenta-se a averiguação da efetividade do direito de autor como um direito humano e/ou fundamental. A seriedade do assunto remete a necessidade de conceituar e diferenciar direitos humanos dos direitos fundamentais. Apesar do assunto ser recorrentemente tratado na academia, esta dissertação não tem pretensões ambiciosas de esgotar o tema. Apenas foram selecionados conceitos doutrinários de excelência, a fim do enquadramento ou exclusão do direito de autor nesse grupo seletivo de Direitos com alguma contextualização histórica.

Muitas são as críticas à teoria de interpretação dos direitos intelectuais como direitos humanos ou fundamentais. Cabe registrar a maneira como entendeu-se o direito de autor até aqui: uma natureza de exclusivo, focada no conteúdo patrimonial e um

histórico de interesses pecuniários. Isto posto, é imprescindível desmistificar a inserção do direito de autor no grupo dos direitos humanos ou fundamentais.

A raiz do direito de autor é plantada no famoso Século das Luzes, a inauguração de uma era de mudanças incontáveis e inimagináveis. Começa o afastamento definitivo da barbárie medieval. Essa época de viragem faz com que beneficiários do sistema antigo quisessem manter suas posições de vantagem e vencedores quisessem mudanças a seu favor.

Os direitos humanos começam a ser discutidos mais efusivamente ao fim do mesmo século. No eclodir das ideias, coincidem os pensadores que trataram do direito de autor e dos incipientes direitos do homem, como por exemplo, Locke, Diderot e Condorcet. Os primeiros instrumentos legais que mencionam os direitos do homem: a Constituição Americana de 1776, com a célebre frase de Thomas Jefferson e a primeira elucidação de direitos sagrados e inegáveis a vida, a liberdade e a busca da felicidade. Em seguida, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na sequência da Revolução Francesa, com a declaração dos direitos naturais, inalienáveis e sagrados dos homens como a base de todo e qualquer governo³⁹². Mas, logicamente, tais direitos *não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas*³⁹³ e inobstante as belas palavras, todos os homens eram beneficiados, exceto aqueles sem propriedade, os escravos, os negros livres, em alguns casos as minorias religiosas e as mulheres³⁹⁴. Feitas estas breves considerações acerca da pré-história destes direitos, vamos ao nascimento efetivo.

Os direitos humanos são consagrados formalmente após o genocídio nazista, fruto do estabelecimento da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, combinados com a criação da Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) em 1946 e culminam na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948. *A priori*, lembra-se que a DUDH é uma Declaração, como o próprio nome diz, e não um tratado. Logo, não se trata de obrigações assumidas. Frisa-se então que os direitos humanos têm origem no viés filosófico jusnaturalista. O

³⁹²HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos – uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 14.

³⁹³“Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas...Nascem quando devem ou podem nascer?”. BOBBIO, Norberto. *Na Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1988, p. 9.

³⁹⁴HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos – uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 16.

direito natural antecedente e superior ao direito positivo, vez que, inerentes à condição humana. O Brasil assina a DUDH no ano de sua promulgação, em 1948.

Hannah Arendt num conceito mítico diz que “*os direitos humanos não são um dado, mas sim um construído, em constante processo de construção e reconstrução*”³⁹⁵. E essa é a ideia principal. Um conjunto de direitos para evitar horrores, para não repetir a História, pensado após morte, dor e sofrimento. Sim, porque ainda se vê insurgência de grupos que acreditam na eugenia e supremacia branca. Porque a evolução tecnológica criou novas necessidades de preservação, por exemplo, da informação genética pessoal. Os direitos humanos são e precisam ser um conjunto de direitos dinâmico que acompanham as possibilidades de novas barbáries, portanto, não se tratam de um rol predeterminado e imutável. Todavia, existe um núcleo duro também destes direitos, concebido após experiências fatídicas para a Humanidade. Entendeu-se por um conjunto mínimo de direitos que são essenciais a vida digna para qualquer ser humano, com a consciência das necessidades ulteriores que podem variar de acordo com a época³⁹⁶.

Este mínimo indiscutível desenvolveu necessariamente três características principais para qualquer direito humano: devem ser naturais, no sentido do pertencimento aos seres humanos, iguais por se tratarem dos mesmos para todos e universais, com a observação em todo o mundo. Porém, inicialmente, foi mais fácil aceitar as condições naturais do que a sua igualdade ou universalidade³⁹⁷, vide as exclusões e preconceitos que subsistiram durante muito tempo.

Assim sendo, como clamava o período após as duas grandes guerras, a DUDH foi fruto de uma reunião das Nações para regular o modo como o Estado trata seus nacionais e este deixa de ser um problema da Jurisdição doméstica para ser uma questão internacional. Nesta toada, um direito pode ser definido em relação a um dever de outro, uma imunidade de ter um status legal alterado, um privilégio de fazer algo ou um poder para criar ou alterar um relacionamento legal. Um conceito limitado de direitos humanos é uma espécie de exigência para que os Estados abstenham-se de certos atos que violam liberdades individuais ou a vida em si, como a tortura³⁹⁸.

³⁹⁵ARENDRT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983, p.159.

³⁹⁶RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 24.

³⁹⁷HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos – uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 19.

³⁹⁸SHELTON, Dinah L. *Advanced Introduction to International Human Rights*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014, p.1.

E nesta constante reconstrução, a DUDH continua a ser desenvolvida e complementada por instrumentos regionais e universais. Em 1966, no clima tenso e intenso da Guerra Fria, foram aprovados dois tratados como instrumentos universais que só entraram em vigor em 1976: o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Ambos com previsão de interpretação ampla, em busca da maior eficácia possível. Complementares, civis e políticos não podem se realizar sem económicos, sociais e culturais. No Teerã, na Conferência mundial de 1968, os países afirmaram a indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos³⁹⁹, características importantíssimas para efetivação. Em anos ainda próximos, alguns instrumentos regionais importantes foram aprovados: A Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, a Convenção Americana dos Direitos do Homem de 1969 ou Pacto de São José da Costa Rica; e em 1981, a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos direitos dos Povos. Todos estes instrumentos reunidos formam o sistema de proteção dos direitos humanos, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência, instrumentos legislativos internacionais ou regionais que apelam para o consenso acerca de temas centrais, com o objetivo de salvaguardar parâmetros mínimos de proteção⁴⁰⁰.

Acerca da universalidade pretendida, registam-se algumas reservas. Como atualmente concebidos, os direitos humanos não deixam de ser a perfeita exemplificação de choque cultural entre as civilizações, ao passo que foram estabelecidos pelas nações ocidentais. Há quem defenda uma nova conceituação multicultural, com a realização de diálogos interculturais, a fim da formulação de um conceito de dignidade humana mais condizente com as diversas realidades⁴⁰¹.

E eis o pilar dos direitos humanos: o conceito inerente da dignidade da pessoa humana, aplicado a todo e qualquer membro da Humanidade, mesmo tendo sua formulação baseada na cultura ocidental... citada já no preâmbulo, é mencionada mais quatro vezes na DUDH. Significa, em suma, um super princípio normativo que afirma

³⁹⁹HOMEM, António Pedro Barbas. Conceito de Direitos Humanos *in* BRANDÃO, Claudio (Org.). Direitos humanos e fundamentais em perspectiva. São Paulo: Atlas, 2014, p. 25.

⁴⁰⁰PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Propriedade Intelectual. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_propriedade_intelectual.pdf>, p. 6. Acesso 25 mai. 2017.

⁴⁰¹SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos *in* Revista Crítica de Direitos Sociais, n. 48. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 22.

que todos os seres humanos tem igual valor moral, e este deve ser respeitado por instituições e outros seres humanos⁴⁰².

Sobre a inclusão da dignidade humana na DUDH, os redatores pretenderam uma escolha de palavras que deixasse clara a intenção de fugir a qualquer escolha filosófica, ideológica ou religiosa, a fim de conceber um texto possível de ser aplicado universalmente a todos os humanos, independentemente de crença, cultura ou outras diferenças⁴⁰³, ou seja, direitos naturais de qualquer ser humano, em conformidade apenas com o facto de ser humano.

Na verdade, a dignidade não se trata apenas de um conceito ou princípio autónomo. Na verdade, é muito mais do que isso, um norte para toda a DUDH, vez que o intuito foi capturar o significado e as implicações do respeito pela dignidade humana através de uma lista de direitos que impuseram obrigações aos estados para que os indivíduos possam viver uma vida com dignidade⁴⁰⁴. Um ideal maior de que todos os seres humanos livres fazem jus ao exercício da sua liberdade de viver sem medo e sem privações enquanto titulares de direito iguais e inalienáveis⁴⁰⁵.

Aqui, inobstante a beleza desta ideia basilar de dignidade, impende frisar que no período após a Segunda Guerra, como sempre, a existência da distorção do ideal fez com que tais direitos estivessem muitas vezes a serviço de interesses económicos e capitalistas das hegemonias do planeta, como exemplo, a Guerra do Vietnã⁴⁰⁶.

Outro ponto de relevância, mesmo que num breve estudo, é o uso da teoria das gerações dos direitos humanos, criada pelo jurista Karel Vasak e amplamente difundida. A referência ao lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. Essa teoria é a utilizada correntemente pelo STF no Brasil e separa os direitos em três gerações. Os de primeira geração, direitos de liberdade, previstos nos direitos civis e políticos, dispostos no PIDCP. Já os direitos de segunda geração, afetos a igualdade, referidos nos direitos económicos, sociais e culturais, efetivas liberdades positivas, reais

⁴⁰²SHELTON, Dinah L. *Advanced Introduction to International Human Rights*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014, p.8.

⁴⁰³PLOMER, Aurora. *Patents, Human Rights and Access to Science*. Cheltenham: Edward Elgar, 2015, p. 47.

⁴⁰⁴PLOMER, Aurora. *Patents, Human Rights and Access to Science*. Cheltenham: Edward Elgar, 2015, p. 48.

⁴⁰⁵GOMES, Carla de Marcelino; MOREIRA, Vital. *Compreender os direitos humanos: manual de educação para os direitos humanos*. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 54.

⁴⁰⁶SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos in *Revista Crítica de Direitos Sociais*, n. 48. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 20.

ou concretas, previstos no PIDESC. E os de terceira geração, a fraternidade, formada por direitos atinentes à solidariedade social⁴⁰⁷.

Boaventura analisa as gerações de acordo com o papel do Estado em relação aos direitos humanos. A primeira geração como o resultado da luta da sociedade contra o Estado, que era um violador potencial. Enquanto os direitos de segunda e terceira geração foram concebidos numa situação de que o Estado é o garantidor de tais direitos⁴⁰⁸.

Apesar de amplamente repetida, hoje tal teoria é criticável, justamente pelo desenvolvimento cada vez mais acurado dos direitos humanos. As gerações dariam uma ideia infeliz de substituição de uma geração por outra, incoerente com o mínimo para uma vida humana digna, que seria a soma de todos os direitos humanos, indivisíveis e inter-relacionados⁴⁰⁹. O doutrinador Prof. Doutor Bonavides é um dos críticos e sugere a utilização da expressão dimensões para apagar a ideia de sucessão cronológica. Refere que as dimensões são infraestruturais, sustentáculos de um edifício que se absorvem⁴¹⁰.

Sobre a teoria dimensional, vale citação do Professor Dr. Sarlet, que identifica o processo imparável de expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos, que indica a cumulação e complementariedade, sem deixar de observar a unidade e indivisibilidade⁴¹¹. Ainda há quem entenda pela nomenclatura de categorias no lugar das dimensões⁴¹².

Esta interpenetração dimensional pode por exemplo ser exemplificada no direito da propriedade. Na primeira dimensão então, indivíduo *versus* Estado, um sentido de preservar a propriedade privada face ao déspota Estado, a conceção da garantia do Código Civil. Na segunda dimensão, a propriedade já teria de observar a sua aceção social, o direito tem que observar o entorno, menos individual e já deve atender a uma função social. Por fim, com a terceira dimensão, a propriedade deve ultrapassar a função social e observar uma função que atente ao ambiente⁴¹³. No exemplo, ficam visíveis as

⁴⁰⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 53.

⁴⁰⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos *in* Revista Crítica de Direitos Sociais, n. 48. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 13.

⁴⁰⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 54.

⁴¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 572.

⁴¹¹ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 46.

⁴¹² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.35.

⁴¹³ LIMA, George Malmerstein. Crítica à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/4666/criticas-a-teoria-das-geracoes-ou-mesmo-dimensoes-dos-direitos-fundamentais/2>>. Acesso 20 jun. 2017.

dimensões interpenetrando-se numa mesma situação jurídica. A atualidade não comporta apenas a proteção do indivíduo, mas sua inserção no mundo como parte do contrato social e um mesmo direito transmutou. Os direitos humanos em constante reconstrução e adequação aos novos clamores da Humanidade.

Apesar das discussões terminológicas, consenso há sobre a constante evolução dos direitos humanos. Só que ainda há muito o que se fazer. É possível verificar em dias atuais a luta constante por direitos tidos como da primeira dimensão, aparentemente tão elementares e indiscutíveis, mas que ainda não lograram êxito para a maioria da população que clama por sua real concretude⁴¹⁴. Não é preciso muita reflexão, os exemplos são inúmeros... A fome e a violência no continente africano. A seca, a saúde, a corrupção e a violência no Brasil. Marchas neonazistas na Alemanha e nos Estados Unidos. Os direitos humanos continuam necessários, atuais e exigidos, mais carentes de proteção do que de justificação⁴¹⁵.

Isto posto, regista-se a transposição dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, formulada pela Emenda Constitucional n.º 45 de dezembro de 2004, com o acréscimo do importante § 3º do art. 5.º da CRFB que estabelece o procedimento necessário para que os direitos humanos previstos nestes tratados sejam positivados como direitos fundamentais constitucionalmente dispostos.

Face às constatações, oportunamente, diferencia-se direito humano de direito fundamental. A locução direitos fundamentais passa a ser generalizada a partir da Constituição de Weimar de 1919. Para o seu conceito, diz o Professor Doutor Alexandrino que tais direitos se perfazem na expressão constitucional que determina situações jurídicas fundamentais das pessoas que são reconhecidas naquela Carta Magna. Na ótica do mesmo autor, os direitos humanos são aqueles atinentes às situações jurídicas que decorrem da natureza ou da simples condição de ser humano, reconhecidos nas normas de Direito Internacional⁴¹⁶.

Outros eminentes doutrinadores portugueses diferenciam. Nos dizeres dos Professores Doutores Canotilho e Vital Moreira, os direitos humanos são distintos dos direitos fundamentais porque os últimos são os direitos positivados na Constituição e

⁴¹⁴FUHRMANN, Italo Roberto. Revisando a teoria “dimensional” dos direitos fundamentais *in* Revista Eletrônica Direito e Justiça, v. 39, n. 1, 2013. Disponível em <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/12746/9060>>, p. 13. Acesso 15 ago. 2017.

⁴¹⁵MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional - Estado e Constitucionalismo. Constituição. Direitos Fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica, 2016, p. 234.

⁴¹⁶ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais – Introdução geral*. Parede: Principia, 2007, p. 30.

garantidos juridicamente no ordenamento jurídico nacional. Já os direitos humanos, são os direitos de todas as pessoas ou grupos de pessoas, independentemente da sua posituação jurídica nos ordenamentos nacionais⁴¹⁷.

Os ordenamentos jurídicos ainda são elaborados e praticados nas esferas nacionais e a pretendida universalização dos direitos humanos envolve a inclusão dos mesmos nas constituições dos países. A regra internacional só é plenamente aceita na lei nacional quando a integra, logo, há uma necessidade de posituação. Os Estados comprometem-se no tratado e legitimam o direito internacional com a inclusão destes compromissos na lei nacional. É o caminho percorrido pela maioria dos países⁴¹⁸, para conferir força e efetividade.

No aprofundamento do conceito dos direitos fundamentais, socorremo-nos do mais atuante constitucionalista da língua portuguesa, o Prof. Doutor Jorge Miranda. Sua abalizada doutrina clarifica que os direitos fundamentais são as posições jurídicas ativas das pessoas, como indivíduos ou instituições, na forma da Carta Magna. Neste sentir, aduz três pressupostos essenciais. Em primeiro lugar, não existe direito fundamental sem que as pessoas possam ser consideradas autónomas perante o poder político. Em segundo lugar, os direitos fundamentais só existem se as pessoas estiverem uma relação imediata com o poder político, como beneficiárias individuais de um estatuto comum, em relação direta com o Estado. Direitos fundamentais envolvem necessariamente pessoas beneficiárias de um direito e um Estado que proteja ou ao menos respeite este direito. O último pressuposto é a necessidade já falada de uma Constituição, como uma lei maior, ditame do ordenamento jurídico estatal, mesmo que seja também complementada pela Jurisprudência ou costumes⁴¹⁹.

Definidos os direitos fundamentais, analisa-se o estado de tais direitos no Brasil. A CRFB de 1988 foi elaborada após um longo período de autoritarismo. Foram 21 anos de ditadura militar. Neste contexto, uma constituição democrática muito preocupada com o passado foi minuciosa até demais, mas deu prevalência aos direitos fundamentais. Todos são nomeados e especificados, bem como são de mudança mais difícil ou imutáveis, as cláusulas pétreas. Nos dizeres do constitucionalista brasileiro Prof. Doutor Bonavides, os direitos fundamentais são essencialmente definidos como os

⁴¹⁷CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 240.

⁴¹⁸ADEODATO, João Maurício. Retórica e a fundamentação ética dos direitos humanos in BRANDÃO, Claudio (Org.). *Direitos humanos e fundamentais em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 46.

⁴¹⁹MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional - Estado e Constitucionalismo. Constituição. Direitos Fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica, 2016, p. 229.

direitos do homem livre e isolado em face ao Estado⁴²⁰. O Prof. Doutor Sarlet complementa com a recordação histórica e tão necessária num Brasil polarizado por uma crise política: os direitos fundamentais são acima de tudo, resultado de reivindicações concretas, que tiveram de ser feitas por conta de situações de injustiça latentes ou de agressões a bens fundamentais do ser humano⁴²¹.

Sobre a evolução dos direitos fundamentais, a regra é a transmutação hermenêutica mais do que a positivação, assim, a jurisprudência reconhece novos conteúdos de direitos tradicionais, como no exemplo citado sobre o direito de propriedade. Neste sentido, a doutrina trata mesmo com cautela a criação de novos direitos, ao entender que expandir demais direitos fundamentais coloca em risco a condição jurídica e científica que tais direitos ocupam, sob pena de surrupiar-lhes o prestígio e a importância⁴²².

Desta feita, talvez fosse possível até bem pouco tempo, apesar das críticas aos excessos, falar que os direitos fundamentais viviam o melhor de todos os momentos já vividos no Brasil, em razão não só do reconhecimento específico na ordem jurídica, como nas possibilidades de efetivação de tais direitos disponíveis para os operadores do Direito⁴²³. Na humilde visão desta advogada e cidadã brasileira, a concretude de tais direitos nunca foi nem de perto realizada. O mundo sabe das dificuldades que meu país enfrenta, desde sempre. Mas agora, aproveito esta pequena conceituação para pessoalmente questionar se os direitos fundamentais no Brasil continuarão a evoluir ou sofrerão diminuições arbitrárias, dados os últimos acontecimentos...

Compromisso conceitual ultrapassado e desabafo realizado, é hora de voltar o foco para o direito de autor. Cumpre relembrar a constatação da teoria que elucida o direito de autor com natureza de exclusivo. Não haveria o que dizer por exemplo no sentido de direito de autor como direito humano no *copyright*, tendo em vista sua natureza de monopólio legal concedido. Os direitos humanos são naturais e só isto já é motivo suficiente para o direito de autor ser excluído do rol dos direitos humanos.

Todavia, antes de mais, veremos a origem do art. 27 da DUDH, usual argumento do direito de autor como direito humano. O artigo em comento possui dois parágrafos: o

⁴²⁰BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 561.

⁴²¹SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 52.

⁴²²SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 53.

⁴²³SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 53.

direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, fruir as artes e participar do progresso científico e seus benefícios. O segundo, confere o direito que todo o homem tem de proteger interesses morais e materiais que decorrem da produção científica literária ou artística. Sobre este segundo, as discussões durante o projeto da DUDH foram intensas. As delegações de França, Cuba e México insistiram fortemente para a inclusão de proteção dos interesses morais e materiais dos autores, cientistas e inventores.⁴²⁴

Os direitos intelectuais foram apresentados por algumas das delegações como uma necessidade de proteção, vez que estão relacionados com o pleno exercício do direito à liberdade de expressão. Os responsáveis pela redação não chegaram a um consenso sobre um texto final e apresentaram uma série de propostas para uma série de disposições, incluindo as relativas ao vínculo com a liberdade de expressão e outras condizentes com as restrições impostas pelas leis de direitos de autor.

Entre os partidários, a França levantou a bandeira de que a Declaração deveria observar os que contribuíram para o avanço da civilização até aquele momento, se os pioneiros cientistas, autores e artistas eram merecedores da proteção de seus interesses. A União Soviética sugeriu a inclusão de um parágrafo que condicionasse o desenvolvimento da ciência ao progresso e democracia, com fins de paz mundial. Tal proposta foi rechaçada pelos Estados Unidos, Reino Unido e outros, por ser demasiadamente política⁴²⁵.

Os mais eloquentes opositores ao segundo parágrafo foram os Estados Unidos, Reino Unido, Chile e Equador. Os argumentos principais foram três. O primeiro diz respeito a natureza dos direitos de autor, cientistas e inventores. Tais direitos não poderiam ser direitos humanos fundamentais por não possuírem a característica da universalidade, afetos apenas a determinadas pessoas, uma porção da sociedade que cria. O segundo argumento remetia a contraposição de duas ideias que surgem do segundo parágrafo: o direito que o autor tem de ser reconhecido como criador daquela obra, patente ou invento e a proteção dos “direitos de propriedade” vinculados a uma invenção, relacionados às leis de direitos de autor e cujo tratamento já tinha sido realizado por legislação especial e convenções internacionais. Neste caso, os opositores entendiam a primeira parte pertinente e justa, mas incabível a questão proprietária posto

⁴²⁴PLOMER, Aurora. *Patents, Human Rights and Access to Science*. Cheltenham: Edward Elgar, 2015, p. 85.

⁴²⁵PLOMER, Aurora. *Patents, Human Rights and Access to Science*. Cheltenham: Edward Elgar, 2015, p. 85.

que não seria um princípio geral válido para todos indistintamente e não poderia ser um direito humano básico. O terceiro argumento na verdade é uma outra forma de incluir o direito de autor como direito humano, vez que entende a desnecessidade do parágrafo, pois os direitos intelectuais estariam abarcados no atual art. 17 da DUDH, que prevê todos os tipos de propriedade privada em geral⁴²⁶.

Como deduz-se do texto vigente, os intentos de França, México e Cuba foram alcançados. Os países que votaram a favor, fizeram-no por dois motivos: aqueles que acreditavam que os direitos morais mereciam e precisavam de proteção por direitos humanos e aqueles que sentiam que a internacionalização dos direitos de autor precisava de uma ajuda inicial e esta era a ferramenta ideal⁴²⁷.

A conclusão que se pode extrair da elaboração da DUDH é que independentemente de opositores ou defensores, por razões liberais, comunistas, jusnaturalistas ou utilitaristas, houve uma preocupação central: a proteção dos direitos individuais dos cientistas, artistas e autores que não pode atrapalhar o bem público ou dificultar o acesso ao conhecimento, à cultura e à ciência. Portanto, entende-se que a lógica subjacente ao art. 27, parágrafo 2º não traz uma visão inequívoca dos direitos intelectuais como direitos humanos. O que não exclui, obviamente, a possibilidade dos tratados internacionais ou das leis nacionais abordarem direitos intelectuais para apoio da efetivação de direitos humanos⁴²⁸.

O que acontece depois é o esperado. Todas as críticas ressurgiram, principalmente as que giravam em torno do descabimento da proteção dos direitos humanos aos direitos intelectuais ou que era proteção em demasia, visto que estes estariam inseridos na propriedade privada em geral.

O resultado é que a não obrigação de implementação da DUDH combinada com as dúvidas acerca do real enquadramento deu ensejo a expansão desenfreada do direito de autor, por via do direito internacional consuetudinário e da transformação do mesmo em uma das fontes mais autorizadas de normas de direitos humanos. Assim a argumentação se firmou, e hoje, a maioria da doutrina afirma que o direito de autor é

⁴²⁶ PLOMER, Aurora. Patents, *Human Rights and Access to Science*. Cheltenham: Edward Elgar, 2015, p. 91.

⁴²⁷ TORREMANS, Paul. Copyright as a Human Right in TORREMANS, Paul (Org.). Copyright and Human Rights. Freedom of Expression – Intellectual Property – Privacy. Haia: Kluwer Law, 2004, p. 6.

⁴²⁸ PLOMER, Aurora. Patents, *Human Rights and Access to Science*. Cheltenham: Edward Elgar, 2015, p. 93.

direito humano, inserido na segunda dimensão, atinente aos direitos económicos sociais e culturais⁴²⁹.

Mas vale dizer que o próprio texto oferece dicas para sua interpretação por meio de duas posturas: a proteção dos interesses morais e materiais do criador é colocada estrategicamente após a liberdade de participação na vida cultural da comunidade; e em momento algum faz opção de adentrar no modo de proteção, o intuito é a proteção de interesses, sem qualificar como esta proteção será feita. Duas deduções relativamente óbvias a partir daqui. A consideração do direito de autor ou inventor como direito humano só existe se for um direito cultural, como fomento à ciência e à cultura, numa ligação necessária entre o primeiro e segundo parágrafo, num atendimento dos dois vieses filosóficos que baseiam os sistemas existentes: jusnaturalismo e utilitarismo⁴³⁰. Desta feita, os Estados ficam livres para legislarem de acordo com seus regimes e convicções⁴³¹. O direito de autor é concessão do Estado, exclusivo temporário e qualquer país está livre para mudar a forma de proteção a hora que desejar.

Em complemento a DUDH, foi desenvolvido o PIDESC que, por ser tratado internacional, confere obrigatoriedade de implementação nos ordenamentos nacionais. O art. 15, 1, alínea c prevê a obrigação dos Estados no reconhecimento a todos do direito de se beneficiar da proteção dos interesses morais e materiais que decorrem de toda a produção científica, literária ou artística de que cada um é autor. Assim sendo, os Estados teriam a obrigação de legislar num regime apropriado acerca do direito de autor.

Neste artigo, mais uma vez não foi estipulada a forma de proteção e foi mantida a fórmula do direito de autor diretamente vinculado à cultura, tendo em vista a localização da alínea. Outro fator é que teria sido superado o problema da universalidade. A alínea colocada após o direito de participação na vida cultural e de fruição do processo científico e seria estrategicamente feita para reconhecer a todos os indivíduos a autoria, de modo a desenvolver um direito “humano” de autor onde todos são chamados a participar da produção intelectual. Esta leitura pretende a inexistência

⁴²⁹TORREMANS, Paul. Copyright as a Human Right *in* TORREMANS, Paul (Org.). Copyright and Human Rights. Freedom of Expression – Intellectual Property – Privacy. Haia: Kluwer Law, 2004, p. 7.

⁴³⁰GEIGER, Cristophe. Implementando disposições de Propriedade Intelectual em instrumentos de Direitos Humanos: rumo a um novo contrato social para a proteção de intangíveis *in* Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição, v. 9, n. 3, 2015. Disponível em <<http://www.pidcc.com.br/br/2012-10-31-19-03-53/volume-10-n-01-2016>>, p. 18. Acesso 05 mai. 2016.

⁴³¹ASCENSÃO, José de Oliveira. O fundamento do Exclusivo Autoral *in* ASCENSÃO, José de Oliveira; SANTOS, Manoel J. Pereira; JABUR, Wilson Pinheiro (Org.). Propriedade intelectual – Direito Autoral. Série GVlaw. São Paulo. Saraiva. 2014, p. 32.

de um grupo especial privilegiado de autores, um direito de autor concebido para proteção da paternidade e possíveis modificações indesejadas e os interesses materiais apenas para permitir que esses autores desfrutem de um padrão adequado de vida. Estão completamente excluídos deste quadro os interesses de titulares de direitos patrimoniais e/ou pessoas jurídicas⁴³².

Como é possível perceber, é difícil comprovar a conexão entre um direito de autor nuclearmente pecuniário com os direitos humanos e todas as suas razões e justificações nobres. Talvez a melhor hipótese seja a utilização deste direito como instrumento de censura ainda no Século XVIII. A verdade é que o direito de autor sempre foi tratado, mesmo quando romanceado, num prisma económico. Seja sobre a remuneração do autor criador, sobre a proteção do investidor ou sobre a distorção das entidades de gestão coletiva, tudo envolve valores, lucros e dinheiro.

Mire-se no exemplo dos Estados Unidos, atual representante mais genuíno do *copyright*, logo, de conteúdo apenas patrimonial. É um país que sempre advoga por níveis de proteção cada vez maiores dos direitos intelectuais. Como grande produtor de filmes e séries, os níveis mais altos de proteção do direito de autor fazem com que a capacidade lucrativa seja ainda maior, principalmente fora do país. Em Portugal, por exemplo, os bloqueios realizados pelo IGAC de 330 sites de partilhas de arquivos cujo conteúdo é protegido por direito de autor foi elogiado pela assessora jurídica para a Europa da Associação de Obras Audiovisuais dos Estados Unidos⁴³³, nada mais previsível.

Assim, dadas as incompatibilidades características, bem como o carácter pecuniário essencial e prevalente, mesmo uma leitura voltada ao interesse público, enquadrar o direito de autor nos direitos humanos soa embaçada. A olhos nus, os níveis de proteção mais altos de um direito essencialmente patrimonial aparentam apenas maximizar lucros de grandes corporações e beneficiar hegemonias, sem qualquer produtividade para a ciência ou cultura da Humanidade.

Todavia, neste mundo instaurado na sociedade da informação, mais do que discutir o sexo dos anjos e aproximar ou afastar os direitos intelectuais dos direitos humanos, as legislações internacionais já foram escritas e estão vigentes para os Estados

⁴³²SGANGA, Caterina; SHAVER, Lea. The right to take part in Cultural life on copyright and Human Rights *in* Wiscosin International Law Journal, v. 27, 2010. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1437319&rec=1&srcabs=1475430&alg=1&pos=>>, p. 646. Acesso 23 out. 2016.

⁴³³Notícia disponível em <<http://www.jn.pt/justica/interior/mais-de-300-sites-de-partilha-de-conteudos-bloqueados-5147965.html>>. Acesso 23 ago. 2017.

Membros. Dito isto, não é possível verificar afinidade de justificações, características ou finalidades entre direito de autor e direitos humanos, mas a legislação internacional assim o fez.

A melhor saída parece ser realmente o diálogo entre os dois setores e talvez, mesmo sendo impossível afirmar que o direito de autor é direito humano, o resultado desta interação possa mostrar-se positivo, desde que especialistas de ambos os lados empreendam esforços conjuntos⁴³⁴. Não é possível ignorar a trajetória monetária do direito de autor. Mas há de se perceber que sua finalidade como fomentador da cultura e do conhecimento também existe, apesar de ignorada. No que toca aos direitos humanos, a atualidade é evitar a criação sem fim de novos direitos, prevenir a banalização e efetivar os ainda pendentes de concretização. Em tom de contribuição mútua, pode-se voltar o direito de autor para seus objetivos culturais mais nobres, para fins de efetivação de direitos humanos.

Neste caminho, direcionou-se o comentário geral n. ° 17 de 21/11/2005 do Comité de Direitos Económicos, Sociais e Culturais da ONU, acerca do art.15, 1, alínea C do PIDESC, Órgão responsável pelo monitoramento do Pacto. Alguns pontos foram esclarecidos acerca da interpretação que deve ser dada. O Comité foi claro ao dispor que o texto do art. 15 não coincide com o sistema de direitos intelectuais nos acordos internacionais. Por quê? Como pode ser entendido durante toda essa pesquisa, os direitos intelectuais em geral, inclusive o direito de autor são abordados numa ótica eminentemente privatista, exercidos na maioria das vezes por grandes empresas a preços abusivos e não pelo autor/inventor propriamente dito. A prática revela a tensão que envolve na verdade os interesses empresariais leoninos em confronto com os direitos sociais de toda uma coletividade.

Logo, tendo em vista que o direito de autor representa em regra interesses de titulares de direitos de exploração económica, diante dos direitos sociais à educação, alimentação e saúde, bem como aos direitos culturais e de desfrute dos progressos científicos, que tem que ser lido como um direito limitado, de grau hierarquicamente inferior e analisado sob a perspectiva de impacto nos direitos humanos⁴³⁵.

⁴³⁴DRAHOS, Peter. Intellectual Property Rights and Human Rights *in* Westlaw Journal – Intellectual Property Quaterly, n. 3, 1999. Disponível em <<https://www.anu.edu.au/fellows/pdrahos/articles/pdfs/1999iPandhumanrights.pdf>>, p. 6. Acesso 31 jul. 2017.

⁴³⁵PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Propriedade Intelectual. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_propriedade_intelectual.pdf>, p. 23. Acesso 25 mai. 2017.

Portanto, o reconhecimento de direito de autor como direito humano resultante dos artigos e da Recomendação geral deve observar alguns conceitos basilares, como a dignidade da pessoa humana, a relação necessária com a ciência e a promoção do progresso científico e o acesso aos benefícios decorrentes, o respeito a liberdade de pesquisa científica e de criatividade, bem como deve encorajar o desenvolvimento da cooperação e troca internacional nos ramos da ciência e da cultura⁴³⁶.

Logo, na esfera dos direitos humanos, o direito de autor só existe se for duplamente considerado. Na primeira perspectiva que objetiva a garantia para todas as pessoas a participação na vida cultural, o que seria traduzido na síntese no pleno direito de acesso à cultura. A segunda, o direito do autor criador em si na forma do PIDESC: a obrigação dos Estados Membros de reconhecer a toda pessoa o direito a beneficiar-se da proteção dos interesses morais e patrimoniais. Propositamente o direito de autor após a participação na vida cultural, porque mais importante é esta primeira *nuance*.

Evidencia-se que mesmo quem entende o direito de autor como direito humano, confere interpretação específica. Um direito humano de autor que só existe como um direito necessariamente vinculado ao benefício que traz a cultura e ao conhecimento. Antes de um direito individual de motivações pecuniárias, um direito de acesso⁴³⁷ sem compartilhar o mesmo grau hierárquico que outros direitos humanos, por diversos motivos. Entre eles, seu caráter comercial, a sua limitação no tempo, a possibilidade de ser alienável e seu alcance limitado. Diferente seria apenas a porção moral do direito de autor, com as faculdades divididas em duas categorias: as que se integram nos direitos da personalidade e as que não se inserem, mas constituem ainda direitos pessoais. Estas últimas talvez possam ser enquadradas nos direitos humanos por afinidade ética e de embasamento⁴³⁸.

No que toca aos sistemas as interpretações são variáveis. No *copyright*, parte da doutrina afirma a condição do direito de autor como direito humano fundamental efetivo. Há algum movimento naquele contexto de que o artigo 27 da DUDH pode ser

⁴³⁶TORREMANS, Paul. Copyright as a Human Right *in* Copyright and Human Rights. Freedom of Expression – Intellectual Property – Privacy. Haia: Kluwer Law, 2004, p. 9

⁴³⁷GEIGER, Christophe. O Direito de Autor como um direito ao acesso garantindo a participação cultural por meio da proteção dos interesses dos criadores *in* Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição, v. 9, n. 2, 2015. Disponível em <<http://pidcc.com.br/br/component/content/article/2-uncategorised/196-o-direito-de-autor-como-um-direito-ao-acesso-garantindo-a-participacao-cultural-por-meio-da-protecao-dos-interesses-dos-criadores>>, p. 9. Acesso 22 jul. 2016.

⁴³⁸ASCENSÃO, José de Oliveira. O fundamento do Exclusivo Autoral *in* ASCENSÃO, José de Oliveira; SANTOS, Manoel J. Pereira; JABUR, Wilson Pinheiro (Org.). Propriedade intelectual – Direito Autoral. Série GVlaw. São Paulo. Saraiva. 2014, p. 30.

usado como um fio condutor para introduzir considerações de direito natural nas leis de direito de autor americanas, para fins de equilíbrio de interesses. Contudo, muito não se vê a analisar neste sistema sobre o assunto, tendo em vista seu conteúdo ser unicamente patrimonial, a natureza de monopólio concedido pelo Estado na lógica utilitarista e o facto de que pelo menos nos Estados Unidos houve pesquisa que indicou a inexistência de ações acerca de direito de autor nos Tribunais com argumento pautado no artigo 27 da DUDH até o ano de 2004, bem como pouca incidência académica ⁴³⁹.

Ainda sobre o sistema americano, há de se ter atenção quanto a questão de direitos fundamentais. Na verdade a *Copyright Clause* constitucional americana é explícita ao facultar ao Congresso o poder de, se quiser, fazer algo para proteger o direito de autor. Não se trata de uma imposição. Foi utilizado o verbo “*shall*” no texto, caracterizando plenamente o intuito legiferante constitucional. A Constituição americana habilita o Congresso, delimita o poder do legislador, o que não impede que qualquer lei de direito de autor naquele sistema não possa ser verificada face à cláusula.

Desta feita, houve discussão acerca do possível carácter de valor fundamental da cláusula de direito de autor nos Estados Unidos e numa interpretação originalista no caso *Eldred v. Ashcroft*, a propósito do conflito com a liberdade de expressão, a Suprema Corte dos Estados Unidos chegou à conclusão que tais direitos não colidem e afirmaram que a intenção dos fundadores era conceber um direito de autor que fosse o motor da livre expressão, constante na primeira emenda, ou seja, o verdadeiro direito fundamental e motivo para a concessão do exclusivo ao autor. Assim, a impressão que fica, guardadas as devidas diferenças, é que nos Estados Unidos, a lei de direitos de autor reconhece o direito à liberdade de expressão como parte do equilíbrio implícito na lei. Não há qualquer *status* superior, a concessão de monopólios não foi considerada como um direito diferente em espécie ou grau perante outros direitos na Constituição Americana.

No Reino Unido, desde o *Licensing Act* de 1662 e as demais legislações posteriores, bem como a leitura dada a natureza jurídica pelo caso *Donaldson v. Becket*, impediram o desenvolvimento de uma porção moral do direito de autor, bem como de

⁴³⁹ AFORI, Orit Fischman. Human Rights and Copyright: The Introduction of Natural Law Considerations into American Copyright Law in *Fordham Intellectual Property Law, Media and Entertainment Law Journal*, v. 14, n. 2, 2004. Disponível em <<https://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjh9vSBhYTXAhUJVRoKHdQmBOKQFggqMAA&url=http%3A%2F%2Ffir.lawnet.fordham.edu%2Fip%2Fvol14%2Fiss2%2F4%2F&usg=AOvVaw26yzkKPRnkj1f9qa7FFm3P>>, p. 500. Acesso 20 out. 2016.

uma compreensão do *copyright* como direito natural ou humano⁴⁴⁰. Na verdade, a reflexão britânica acerca da natureza, resulta no entendimento doutrinário daquele país que presume o efeito pernicioso do uso do termo propriedade intelectual: a consideração como direito natural de propriedade resulta no reforço de monopólios legais que só existem e são suportados pela sociedade apenas para fins de interesse público⁴⁴¹. Essa ideia proprietária deve ser rechaçada e em assim sendo, não há maneira de prever tais direitos, inclusive o direito de autor, como direito humano.

Atualmente, há de toda a forma quem diga que o *copyright* é um direito humano também neste país, com base na previsão do art. 27, parágrafo 2.º da DUDH⁴⁴². E mesmo quem o entende fundamental por conta da UE no Reino Unido, compreende que tal fundamentalidade não impede o legislador nacional de, por exemplo, estipular limites para atendimento do interesse público, por medo de violar direitos fundamentais⁴⁴³.

Na seara do sistema continental europeu, por óbvio, há muito mais argumentação no sentido de consideração do direito de autor como direito fundamental e humano, fruto da coincidência do viés filosófico e da normatividade. A começar pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), no seu artigo 1.º. Apesar de não tocar os direitos intelectuais, o artigo supra cuida dos direitos de propriedade privada em geral. Já a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia dispõe que a propriedade intelectual é direito fundamental, no capítulo das liberdades, especificamente no que tange a proteção da propriedade privada⁴⁴⁴. Inobstante as nossas opiniões de incompatibilidade, os direitos de autor foram positivados como fundamentais na legislação europeia.

⁴⁴⁰PEIFER, Karl Nicolaus. The return of the Commons – Copyright History as a Common Source in BENTLY, Lionel; DEAZLEY, Ronan; KRETSCHMER, Martin. *Privilege and Property – Essays on the History of Copyright*. Cambridge: Open Book Publishers, 2010, p. 352.

⁴⁴¹TEMPLEMAN, Lord Sidney. Intellectual property in *Journal of International Economic Law*, v. 1, n. 4, 1998. Disponível em < <http://www.worldlii.org/int/journals/lsn/abstracts/915045.html>>, p. 603. Acesso 23 jul. 2017.

⁴⁴²COLSTON, Catherine. *Principles of Intellectual Property Law*. London: Cavendish, 1999, p. 257.

⁴⁴³GRIFFITHS, Jonathan; MCDONAGH, Luke. Fundamental rights and European IP law - the case of art 17(2) of the EU Charter in GEIGER, Christophe (Org.). *Constructing European Intellectual Property Achievements and New Perspectives*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013, p 14.

⁴⁴⁴GEIGER, Christophe. O Direito de Autor como um direito ao acesso garantindo a participação cultural por meio da proteção dos interesses dos criadores in *Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição*, v. 9, n. 2, 2015. Disponível em < <http://pidcc.com.br/br/component/content/article/2-uncategorised/196-o-direito-de-autor-como-um-direito-ao-acesso-garantindo-a-participacao-cultural-por-meio-da-protecao-dos-interesses-dos-criadores>>, p. 14. Acesso 22 jul. 2016.

No que diz respeito ao artigo da propriedade privada em geral na CEDH, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) resolveu pela aplicação da teoria proprietária ao direito de autor, com base no referido art. 1.º. Cabe ressaltar que na esfera internacional nem a DUDH nem o PIDESC formularam que a proteção dos interesses morais e patrimoniais dos autores deveria se dar necessariamente por direito de propriedade. Evidente que se torna problemática a adoção desta teoria proprietária pouco específica, por todos os motivos expostos a propósito da natureza e da incompatibilidade de direitos de autor com direitos humanos, mas além disso, pode ensinar pleitos ainda mais funestos, com a arguição de defesa de direitos humanos em razão de direitos intelectuais por grandes corporações⁴⁴⁵, de forma vã e banal. Sem contar que, como já estudado, a doutrina evoluiu, para no mínimo, um direito de autor como espécie especial de propriedade e aqui está inserido no seio do conceito geral, num aparente retrocesso.

Na Carta dos Direitos Fundamentais a previsão foi explícita. A Carta da UE tem valor de Tratados Internacionais, parte do Direito primário da UE. As justificativas dispostas para a proteção da propriedade intelectual não são em nenhum momento as convencionais para os direitos fundamentais. A crescente importância deste ramo do direito, combinada com a crescente produção legislativa no âmbito da UE foram os argumentos dispostos na preparação deste instrumento.

Em outras palavras, a importância econômica e a forte atuação do legislador comunitário ensejaram a formulação vaga do artigo 17.º, n.º 2. Não há muito o que dizer, os motivos são estes e a razão cai na recorrente seara pecuniária, tanto é assim que nem a figura do autor criador é mencionada. O intento de proteger o investidor não foi nem disfarçado, em completo contrassenso com a justificação e seriedade dos verdadeiros direitos fundamentais⁴⁴⁶. Outra crítica é o desprezo ao caráter moral. Mas também sobressai a não-limitação à propriedade intelectual. Na alínea anterior, da propriedade privada em geral, existe a alusão ao interesse geral. A disposição dos

⁴⁴⁵GEIGER, Cristophe. Implementando disposições de Propriedade Intelectual em instrumentos de Direitos Humanos: rumo a um novo contrato social para a proteção de intangíveis *in* Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição, v. 9, n. 3, 2015. Disponível em <<http://www.pidcc.com.br/br/2012-10-31-19-03-53/volume-10-n-01-2016>>, p. 13. Acesso 05 mai. 2016.

⁴⁴⁶GEIGER, Cristophe. Implementando disposições de Propriedade Intelectual em instrumentos de Direitos Humanos: rumo a um novo contrato social para a proteção de intangíveis *in* Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição, v. 9, n. 3, 2015. Disponível em <<http://www.pidcc.com.br/br/2012-10-31-19-03-53/volume-10-n-01-2016>>, p. 15. Acesso 05 mai. 2016.

direitos intelectuais é prevista sem qualquer limitação⁴⁴⁷. A ideia que aqui se extrai é uma lógica de propriedade autossuficiente, um direito fundamental que pretendido como um fim em si mesmo, frágil por suas características de mercado, não foi limitado propositalmente porque precisa manter o maior nível de proteção possível⁴⁴⁸.

Logo, o sistema europeu de direito de autor elegeu uma lógica maximalista, quiçá absolutista, e por mais descabido que pareça, o direito de autor foi positivado direito fundamental neste contexto, tratado como tal na Jurisprudência, a despeito de qualquer razão ideológica que o confira realmente este status.

Tendo em vista o exame no contexto da UE, verificar-se-á sobre o direito de autor ser direito fundamental num exemplo de ordenamento nacional, como praxe deste estudo, examinamos as terras lusitanas. A CRP dispõe que tudo aquilo que for relacionado com os direitos fundamentais deve ter interpretação em harmonia com a DUDH, art. 16 n.º 2. Assim, o legislador constitucional português toma a declaração como verdadeira bússola hermenêutica para auxiliar na interpretação dos direitos fundamentais previstos na CRP.

O direito de autor é mencionado no art. 42.º da CRP, logo após o direito da liberdade da criação cultural, inserido no título direitos, liberdades e garantias, cujo texto prevê a proteção legal dos direitos de autor.

Uma brecha para as definições de garantias institucionais. São disposições constitucionais que consagram instituição, forma ou princípio que o Estado tem o dever de respeitar, a fim de promover a continuidade de existência de um instituto que é essencial na manutenção do regime político⁴⁴⁹. Logo, as garantias institucionais, apesar de na maioria das vezes figurarem consagradas e protegidas pelas leis constitucionais, não são verdadeiros direitos atribuídos diretamente às pessoas, sempre conexas ou complementares aos direitos fundamentais, justificam-se na representação do interesse público de proteção institucional, a fim de que determinado instituto não seja excluído diante do interesse momentâneo de uma determinada maioria parlamentar⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷GEIGER, Christophe. Implementando disposições de Propriedade Intelectual em instrumentos de Direitos Humanos: rumo a um novo contrato social para a proteção de intangíveis *in* Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição, v. 9, n. 3, 2015. Disponível em <<http://www.pidcc.com.br/br/2012-10-31-19-03-53/volume-10-n-01-2016>>, p. 15. Acesso 05 mai. 2016.

⁴⁴⁸GRIFFITHS, Jonathan; MCDONAGH, Luke. Fundamental rights and European IP law - the case of art 17(2) of the EU Charter *in* GEIGER, Christophe (Org.). Constructing European Intellectual Property Achievements and New Perspectives. Cheltenham: Edward Elgar, 2013, p. 14.

⁴⁴⁹MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional - Estado e Constitucionalismo. Constituição. Direitos Fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica, 2016, p. 245.

⁴⁵⁰ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais*. Londres: Laccademia Publishing, 2014, p. 35.

Assim sendo, a opção da CRP por situar a proteção do direito de autor como elemento para o exercício do direito de invenção, produção e divulgação da obra, perfaz uma garantia institucional de que o legislador infraconstitucional irá agir para proteger o direito de autor em observação das liberdades culturais de criar, fruir, divulgar, ou seja, sem a possibilidade de supressão do direito de autor como um todo, na tutela pessoal e patrimonial⁴⁵¹. Assim sendo, a CRP optou por não qualificar o direito de autor como direito fundamental em Portugal⁴⁵².

Sobre o conteúdo patrimonial, não se filia este estudo a qualificação como propriedade, ante a conclusão deste com a natureza jurídica de exclusivo. Contudo, muito se fala da proteção geral da propriedade privada aplicável ao direito de autor, como disposto nas diversas teorias e no entendimento do TEDH. Outros ramos do Direito e confluente oferecem o conceito amplo de propriedade no sentido constitucional e que engloba todos os direitos patrimoniais privados. Nesta amplitude pode-se dizer que está inserida a garantia individual ao autor da exploração económica da obra, na forma do art. 62 da CRP que trata da propriedade privada⁴⁵³.

Cumprido esclarecer que, mesmo quem defende o direito de autor como direito fundamental em Portugal, o clamor é por uma interpretação que prestigie o equilíbrio de interesses⁴⁵⁴.

De volta à *Terra Brasilis*, a discussão acerca de direito de autor como direitos humanos ou fundamentais é imensa. Desde a Constituição de 1891 o preceito constitucional acerca do Direito de autor no Brasil se refere única e exclusivamente ao conteúdo patrimonial. O atual artigo 5.º XXVII⁴⁵⁵ é o mais abrangente de todos, entretanto ainda não prevê qualquer direito moral.⁴⁵⁶

⁴⁵¹MIRANDA, Jorge. Notas sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais. Disponível em <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Miranda-Jorge-Notas-sobre-cultura-Constituicao-e-direitos-culturais.pdf>>, p. 22. Acesso 22 out. 2017.

⁴⁵²Em sentido contrário, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Liberdade e Exclusivo na Constituição in Direito Industrial*, v. IV. Coimbra: Almedina, 2005, p.63 e AKESTER, Patrícia. *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos tratados internacionais*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 22.

⁴⁵³ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e Direito Intelectual in SANTOS, Manoel J. Pereira (Org.). *Direitos de Autor e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.12.

⁴⁵⁴VICENTE, Dário Moura. O equilíbrio de interesses no direito de autor in *Direito da Sociedade da Informação*, v. IX. Lisboa: Coimbra Editora, 2011, p. 257.

⁴⁵⁵“XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;”

⁴⁵⁶SANTOS, Manoel J. Pereira. Princípios constitucionais e propriedade intelectual in *Direito da Sociedade da Informação* v. VI P. 119. Entende este Professor em posição diferenciada que o direito de publicação incluiria um direito de divulgação, composto pelo direito de inédito e de retirada da obra de circulação.

Mas em primeiro lugar, tendo em vista a adesão do Brasil a tratados internacionais sobre direitos humanos, acolhe e transpõe para o ordenamento nacional apenas em 1992, por meio do Decreto n.º 591 de 06 de julho o PIDESC.⁴⁵⁷

A doutrina brasileira acompanha a tendência mundial de consideração do direito de autor como direito humano, com base no art. 27 da DUDH e no art. 15 do PIDESC⁴⁵⁸, sem deixar de fazer algumas considerações e entender o difícil enquadrar do direito de autor como direito natural e humano.

Neste sentido, é desenvolvida a necessidade de que o direito humano de autor não pode ser considerado em sentido amplo e irrestrito. Há de se ter em conta a concepção de direito de autor decorrente efetivamente de um direito fundamental, a liberdade de criação, fundamento da própria existência do direito de autor. Prova disso seria que apenas o indivíduo dotado desta liberdade tem o poder de escolha de iniciar um processo de criação intelectual e artístico e daí ser titular de direito, com a prevalência da teoria proprietária, faria jus então o indivíduo criador aos frutos do seu trabalho.⁴⁵⁹

Entretanto, não deixam de ser observados os riscos de considerar o direito de autor como um direito humano sem muitas reflexões, baseado apenas na argumentação Lockeano do criador ter direito ao fruto do seu trabalho. Entende-se pela deficiência do sistema disposto nos diplomas de direitos humanos internacionais que assim procedem. Pugna-se pela consideração que faculdades morais, quando forem violadas de maneira que se veja em perigo a dignidade da pessoa humana devem ser protegidas sim, pelos direitos humanos.⁴⁶⁰

Há também uma parcela da doutrina que entende como direitos humanos “mais” verdadeiros nas faculdades pessoais. A inclusão da porção moral é sempre arguida como mais adequada aos direitos humanos por guardar relações com os direitos da personalidade⁴⁶¹. Outra variação é a compreensão do direito de autor como pertencente

⁴⁵⁷Decreto n.º 591/1992 disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso 22 set. 2017.

⁴⁵⁸ BARROS, Carla Eugênia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007, p. 478.

⁴⁵⁹DRUMMOND, Victor Gameiro. Direitos humanos e Direitos de Autor *in* Revista da ABPI, n. 113. Rio de Janeiro: Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, 2011, p. 51.

⁴⁶⁰DRUMMOND, Victor Gameiro. Direitos humanos e Direitos de Autor *in* Revista da ABPI, n. 113. Rio de Janeiro: Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, 2011, p. 57.

⁴⁶¹ MORAES, Rodrigo. *Os Direitos Morais do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 44.

a classe dos direitos humanos em razão da teoria personalista acerca da natureza jurídica.⁴⁶²

Logo, o tom de argumentação no Brasil é também de conciliação. A visão é de que o direito de autor tem que servir aos direitos humanos básicos referentes à educação, ao conhecimento, à informação e à vida cultural, direitos presentes nos instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos e liberdades fundamentais. E aqui, a base do argumento é novamente a questão da ordem disposta nos artigos 27 da DUDH e 15 do PIDESC, com a primeira colocação para a liberdade de participar na vida cultural como plena e após o direito de autor como excepcional na referida liberdade. Assim, há o entendimento de que, num possível conflito, prepondera sempre o direito à liberdade de participar na vida cultural⁴⁶³.

Há também quem discorde e, como já exposto, uma das conclusões deste estudo conduz ao direito de autor como um exclusivo concedido por lei. Neste sentido, o Brillhante Prof. Doutor Denis Borges Barbosa, posicionava-se firmemente: “*Não há um direito humano ao royalty*”⁴⁶⁴. O autor é mesmo enfático ao dizer que todos os direitos intelectuais são uma concessão da sociedade, uma ficção jurídica criada tendo em vista que as criações são essencialmente livres. Não são direitos humanos ou fundamentais, vez que nem se tratam de direitos naturais.

Inspirado em Thomas Jefferson e Adam Smith, o professor interpretou no cenário mundial os propósitos do direito de autor ao longo do tempo e concluiu pela ligação a um movimento de política económica e intelectual, de forma a ratificar um direito eminentemente económico, mesmo no Brasil, filiado ao sistema continental europeu⁴⁶⁵.

Sim. Ante os esforços internacionais, é inafastável a abordagem do direito de autor perante os direitos humanos. Mas quando a reflexão observa a realidade, a natureza de exclusivo do direito de autor é incompatível. Entretanto, sejam quais forem as justificações económicas preferidas: longa proteção, desnecessidade de registo ou qualquer outra coisa, tudo sempre foi sobre dinheiro. Mas o *lobby* venceu e tem-se a

⁴⁶²SOUZA, Allan Rocha. A Construção Social dos Direitos Autorais *in* Revista da ABPI, n. 93. Rio de Janeiro: Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, 2008, p. 18.

⁴⁶³AVANCINI, Helenara. *O Direito Autoral numa perspectiva dos direitos fundamentais: A limitação do excesso de titularidade por meio do Direito da Concorrência e do Consumidor* - Tese de Doutorado – 2009 - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Faculdade de Direito, p. 102.

⁴⁶⁴BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 87.

⁴⁶⁵BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 88.

legislação internacional com a previsão de que todos possuem direito à proteção dos interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística de sua autoria.

Ressalta-se que a tanto a DUDH quanto o PIDESC não mencionam em nenhum momento por qual Instituto há de ser legislado o direito de autor, apenas determina que sejam protegidos interesses, por ser manifestamente contra, por óbvio, que outrem aproveite economicamente a obra do criador. Vale dizer que CRFB escolheu também não referir ao termo propriedade ao tratar do direito de autor e lembra-se que o legislador constituinte foi claro quando desejou manifestar o desejo de conferir natureza proprietária a um instituto no seu texto⁴⁶⁶.

A CRFB, como já dito, aparenta induzir a proteção por exclusivo, dado o texto do artigo 5.º, inciso XXVII. Lembra-se mesmo que a maioria das democracias ocidentais não inclui os direitos intelectuais em suas constituições⁴⁶⁷.

Entretanto a CRFB assim o fez e graças a localização do artigo no capítulo dos direitos fundamentais, a maioria entende no Brasil pela fundamentalidade constitucional de um direito de autor. Há entendimento extremo do direito fundamental de autor como princípio de natureza constitucional, a transcrição de um valor fundamental com reflexos em todo o sistema vigente. Assim, qualquer ofensa se torna mais grave que a violação de uma norma, um descumprimento de preceito maior que implica em subversão de todo o sistema⁴⁶⁸.

Suscita-se a completa ignorância das faculdades pessoais no texto constitucional. Há crítica quanto ao legislador constitucional no sentido de que deveria ter previsto como fundamental apenas o direito moral a paternidade, por ser o único de natureza realmente fundamental e humana⁴⁶⁹. Por outro lado, os defensores da teoria dualista que prevê as faculdades morais como direitos da personalidade, bem como aqueles que entendem pela teoria personalista, compreendem um direito fundamental pleno de autor,

⁴⁶⁶ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas benefícios coletivos: a dimensão pública do Direito Autoral na Sociedade da Informação*. Porto Alegre: Safe, 2008, p. 311.

⁴⁶⁷ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de Autor e Liberdade de Criação *in* Revista de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, v. 34, n. 1, 2014. Disponível em <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1197/1150>>, p. 288. Acesso 21 jul. 2017.

⁴⁶⁸SANTOS, Manuella. *O Direito de Autor na Era digital. Impactos, controvérsias e possíveis soluções*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.13.

⁴⁶⁹CARBONI, Guilherme. Conflitos entre Direito de Autor e Liberdade de Expressão, direito de livre acesso à informação e à Cultura e Direito ao Desenvolvimento Tecnológico *in* Revista da ABPI, n. 85. Rio de Janeiro: Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, 2006, p. 41.

posto que tais faculdades estariam inseridas nos direitos da personalidade, inequivocamente direitos fundamentais⁴⁷⁰.

A realidade é que a maioria entoa o equilíbrio e dispõe o direito de autor, ainda que tratado como direito fundamental, num entendimento uníssono de que não pode nem deve ser absoluto⁴⁷¹, de forma a não ser aplicada isolada e arbitrariamente. Sempre deverá observar e ser sopesado em face principalmente do direito fundamental de acesso da sociedade⁴⁷².

Tanto assim é que a teoria mais popular de conciliação é a aplicabilidade da função social ao direito de autor. Neste sentido, são adeptos os defensores da teoria dualista com entendimento da parcela patrimonial proprietária, mas na verdade, pouco importa a natureza neste sentido, tendo em vista que o sentido constitucional de propriedade é amplo também no Brasil, concernente a todos os direitos patrimoniais privados⁴⁷³.

Presume-se que o silêncio do legislador constitucional acerca da finalidade social do direito de autor é porque esta finalidade é a causa e a manutenção do direito de autor⁴⁷⁴. Mas há de se discordar, porque diferentemente procedeu o legislador constitucional com a propriedade industrial, no art. 5.º inciso XXIX da CRFB. Neste texto, muito cuidadoso, fica claro que os direitos da propriedade industrial não derivam diretamente da Carta Magna, mas sim de lei ordinária e que tais direitos só serão constitucionais na proporção em que atenderem os seguintes objetivos: Visar o interesse social do país, favorecer o desenvolvimento tecnológico do país e favorecer o desenvolvimento económico do país. Muito mais eficaz parece o triangulo necessário e equilibrador, com os três vértices formados pelos objetivos supra que devem ser satisfeitos, de acordo com o que o legislador dispôs acerca da propriedade industrial⁴⁷⁵.

⁴⁷⁰SOUZA, Allan Rocha de. *Função social dos direitos autorais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.128.

⁴⁷¹SANTOS, Manoel J. Pereira. As limitações aos direitos autorais in ASCENSÃO, José de Oliveira; SANTOS, Manoel J. Pereira; JABUR, Wilson Pinheiro (Org.). *Propriedade intelectual – Direito Autoral*. Série GVlaw. São Paulo. Saraiva. 2014, p. 64.

⁴⁷²BRANCO, Sergio. *Direitos autorais na internet e uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 130.

⁴⁷³ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito intelectual, exclusivo e liberdade in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.3. Lisboa: Ordem dos Advogados, 2001, p. 1213.

⁴⁷⁴ABRÃO, Eliane Y. Conhecimento, pesquisa, cultura e os direitos autorais in ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). *Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 167.

⁴⁷⁵CARBONI, Guilherme. Conflitos entre Direito de Autor e Liberdade de Expressão, direito de livre acesso à informação e à Cultura e Direito ao Desenvolvimento Tecnológico in *Revista da ABPI*, n. 85. Rio de Janeiro: Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, 2006, p. 40.

Enfim, da análise mais acurada, o mais coerente é que a CRFB incluiu também uma garantia institucional, só que anômala, posto que não a elaborou como conexa ou complementar, tendo em vista que deixou de fazer a ligação do direito de autor a qualquer interesse público, sem menção a liberdade criativa, liberdade de expressão, acesso à informação ou a qualquer outro direito fundamental⁴⁷⁶. A garantia institucional criada para evitar a destruição de um complexo jurídico ordinário, numa vontade do legislador constitucional de manter a proteção autoral⁴⁷⁷. Criticável é esta pouca precisão técnica do legislador constitucional, tanto na enunciação das faculdades de maneira genérica, como na ausência de previsão de uma função social⁴⁷⁸, de qualquer interesse da sociedade, ou qualquer ponto que perscrute a questão do equilíbrio entre os interesses tutelados⁴⁷⁹.

A CRFB é muito rígida e muito detalhista, leva os direitos fundamentais a outro nível, amplíssimo. Os direitos humanos e fundamentais percorreram um longo percurso até o estado atual, tão distantes da barbárie de quando foram inicialmente elaborados quanto da sua concretude plena. A necessidade é de proteger, fortalecer e não banalizar. E por conta disto, a doutrina entende que aumentar em progressão exponencial a quantidade de direitos que integram este rol fundamental, esvazia de conteúdo aqueles direitos verdadeiramente fundamentais. Não se pode elucidar tudo como direito fundamental, sob pena esvaziar o fundamento⁴⁸⁰.

Neste sentido, por pertinência temática, esta pesquisa filia-se a teoria do Professor Doutor Denis Borges Barbosa, que com base em eminentes constitucionalistas brasileiros entende que, na prática, os direitos de autor não são direitos fundamentais⁴⁸¹.

⁴⁷⁶ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de Autor e Liberdade de Criação *in* Revista de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, v. 34, n. 1, 2014. Disponível em <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1197/1150>>, p. 289. Acesso 21 jul. 2017.

⁴⁷⁷ Para maior aprofundamento: MARTINS, Maria D'Oliveira. Caracterização do artigo 22.º da Constituição como uma garantia institucional e algumas notas sobre o regime das garantias institucionais *in* Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, vol. II. Lisboa: UCE, 2011.

⁴⁷⁸ASCENSÃO, José de Oliveira. O fundamento do Exclusivo Autoral *in* ASCENSÃO, José de Oliveira; SANTOS, Manoel J. Pereira; JABUR, Wilson Pinheiro (Org.). Propriedade intelectual – Direito Autoral. Série GVlaw. São Paulo. Saraiva. 2014, p. 35.

⁴⁷⁹SANTOS, Manoel J. Pereira. Princípios Constitucionais e propriedade intelectual – o regime constitucional do direito autoral *in* ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006, p. 30.

⁴⁸⁰ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e Direito Intelectual *in* SANTOS, Manoel J. Pereira (Org.). Direitos de Autor e Direitos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2011, p.18.

⁴⁸¹BARBOSA, Denis Borges. Bases constitucionais da Propriedade Intelectual. Disponível em <<http://www.nbb.com.br/pub/propriedade13.pdf>>, p. 7. Acesso 25 jan. 2017.

No que toca nos direitos humanos, há um mínimo questionável, tendo em vista a não-determinação de instituto a proteger os interesses dispostos na DUDH.

Entretanto, o douto e sábio Mestre se manifesta: ainda que considerados fundamentais apenas pela inclusão no rol, não se pode deixar de ter em mente que tanto o direito do criador quanto o da sociedade em ter acesso às obras, ambos são fundamentais no contexto brasileiro⁴⁸². Assim sendo, de acordo com o sentido amplo de propriedade, o direito de autor está integralmente submetido às limitações deste instituto, inclusive o uso social, bem como as limitações dispostas na legislação infraconstitucional específica, numa completa aversão a qualquer visão absolutista.

Sem sombra de dúvida, inobstante a nossa insatisfação com a inclusão de um direito exclusivo na categoria dos direitos humanos e fundamentais, de forma incontestável, o direito de autor é um ramo do direito, tutelado pormenorizadamente por lei infraconstitucional no direito brasileiro. Assim sendo, deve obrigatoriamente ser lido no contexto do ordenamento jurídico como um todo, orientado por princípios e garantias constitucionais que ao mesmo tempo são causas da sua existência e limitam o seu exercício. Uma vitória de qualquer forma é a prevalência desta preocupação com o reequilíbrio do direito de autor no Brasil.

4) Utilizações Livres, Limites ou Limitações ao Direito de Autor:

Um introito reflexivo a propósito do estudo dos limites. Até aqui foi desenvolvido o significado do exclusivo autoral, seu cerne no conteúdo patrimonial e seu escopo. Para fins de significância, o estudo da natureza demonstrou de maneira inequívoca: a proteção nasce e se mantém por motivos pecuniários, mas, em contrapartida, lado a lado, sempre houve a preocupação em estimular a criação artística, intelectual e científica, o interesse público de fomento a educação e a cultura. Desta feita, os limites sempre existiram no direito autoral e, presentes desde sua concepção, são integrantes do direito de autor⁴⁸³.

Quando se fala em limites, a história confunde-se com a da natureza do instituto, não há como refletir sobre estes sem olhar para o todo do instituto, por dentro, sentir sua

⁴⁸²BARBOSA, Denis Borges. Bases constitucionais da Propriedade Intelectual. Disponível em <<http://www.nbb.com.br/pub/propriedade13.pdf>>, p. 10. Acesso 25 jan. 2017.

⁴⁸³ASCENSÃO. José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais *in* ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006, p. 91.

finalidade, os verdadeiros interesses que preponderam na prática, o escopo da proteção, a verdade nua e crua. Lembra-se ainda que são limites a um direito subjetivo.

E há necessidade de dar a correta interpretação ao interesse público como princípio abstrato no âmbito autoral, como expressão que subsume a concretização da busca difícil pelo livre desenvolvimento e fruição das artes, da cultura e da ciência de maneira econômica sustentável⁴⁸⁴. As limitações são concebidas para o mesmo fim da proteção. Logo, tanto seu alcance quanto sua poda, ambos são concebidos para atendimento do interesse público, para o bem comum da sociedade sedenta de evolução e cultura. Portanto, ao tratar do interesse público na liberdade de acesso, não se pode presumir um acesso gratuito. Se a obra requer um investimento para que seja disponibilizada, deve ser respeitada a contrapartida necessária⁴⁸⁵.

De forma prática, os limites são as situações de liberdade que devem ser dadas aos autores para criarem e recriarem. Inspirados em obras dantes publicadas, nas reflexões acerca de outras obras ou apenas fazendo uso da sua criatividade, surgem obras originais⁴⁸⁶. São permitidas determinadas utilizações que seriam vedadas por motivo de incentivar a educação e a cultura.

Assim, o direito exclusivo não é e nunca foi absoluto. A atribuição do exclusivo não é idealizada para satisfação plena e regozijo do detentor de direito, mas, como todos os direitos subjetivos, é uma forma de atender o interesse público que anseia pela satisfação de normas constitucionais concebidas para a efetivação de uma vida digna. Determinados interesses delimitam negativamente o direito de autor, entre eles, a promoção do desenvolvimento cultural e educacional, o direito à privacidade e a liberdade de expressão. Nenhum direito se desenvolve sem ser composto por regras positivas e negativas⁴⁸⁷. Ambas são elementos constitutivos do direito, na mesma proporção. Tão normais quanto as regras positivas são as regras negativas, umas

⁴⁸⁴VASCONCELOS, Cláudio Lins de. As limitações, o *fair use* e a guinada utilitarista do direito autoral brasileiro in MARTINS, Guilherme Magalhães (Org.). Direito Privado e Internet. São Paulo: Atlas, 2014, p.483.

⁴⁸⁵ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e Direito Intelectual - in SANTOS, Manoel J. Pereira(Org.). Direitos de Autor e Direitos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2011, p.13.

⁴⁸⁶MENDIS, Dinusha. The Historical Development of exceptions to copyright and its application to copyright law in the twenty – first century in Electronic Journal of Comparative Law, v. 7.5, 2003. Disponível em <<https://www.ejcl.org/75/art75-8.html>>. Acesso 24 mai. 2017.

⁴⁸⁷ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 212.

atribuem poderes enquanto outras recortam⁴⁸⁸, no melhor sentido de equilíbrio. A propósito disto, esclarece-se que o domínio público não se trata de um limite e sim de uma regra relativa a duração, sobre a atribuição do direito⁴⁸⁹.

Neste ponto, faz-se uma distinção entre os limites extrínsecos e intrínsecos. Os limites intrínsecos são inseridos no próprio conteúdo do direito de autor. Já os extrínsecos são os limites resultantes da necessidade de composição com outros direitos. Salienta-se nesse âmbito a colisão entre os direitos intelectuais e outros ramos do direito⁴⁹⁰, como, por exemplo, o direito de acesso à cultura, tratado separadamente nesta tese. Por agora, neste capítulo, ocupamo-nos apenas das intrínsecas.

Dito isto, retomamos agora do ponto histórico de internacionalização do direito de Autor a fim de comprovar essa presença dos limites desde sempre. No século seguinte ao advento do Estatuto da Rainha Ana, mais precisamente em meados do século XIX, diversos países já tinham leis a regulamentar o direito de autor. Todavia, os autores estrangeiros não estavam protegidos em outros países. Houve uma tentativa de solução por meio de tratados bilaterais, mas restaram ineficazes, sendo sempre preteridos os autores estrangeiros nos conflitos com os nacionais⁴⁹¹. Nasce assim a necessidade de criar uma magna carta do Direito Internacional de Autor.

Aquando da primeira Conferência de Berna em 1884, o Presidente da Conferência, Numa Droz, manifesta a preocupação dos países da União com as limitações da proteção absoluta do direito de autor, que devem existir em razão do interesse público para fins de instrução da grande maioria. O Preâmbulo da Convenção Diplomática de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas de 1886⁴⁹², igualmente, manifestou esta intenção com o objetivo precípua de todos os países de proteger de forma tão eficaz e uniforme quanto possível o direito de autor. Este preâmbulo sempre foi interpretado no sentido de que não só os direitos dos criadores

⁴⁸⁸ASCENSÃO, José de Oliveira. Questões críticas do Direito da Internet in PRONER, Carol. WACHOWICZ, Marcos (Org.). *Inclusão Tecnológica e Direito à Cultura – Movimentos rumo à Sociedade Democrática do Desenvolvimento*. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 42.

⁴⁸⁹ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra, 2012, p.212.

⁴⁹⁰ASCENSÃO, José de Oliveira. *O fair use no Direito Autoral in Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor*, v. IV. Coimbra: Coimbra Editora. 2003, p. 91.

⁴⁹¹VICENTE, Dário Moura. *A tutela internacional da propriedade intelectual*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 101.

⁴⁹²Convenção de Berna disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm>. Acesso em 24 mai. 2017.

têm de ser tidos em conta, mas também os interesses públicos devem ser devidamente considerados⁴⁹³.

A CB foi inspirada nas convenções bilaterais e estas continham cláusulas com limites, assim, desde sua redação inicial a CB continha por exemplo o art. 1 acerca da permissão de produção de passagens de obras. Entretanto, em 1885, nova redação optou por retirá-la e deixar a cargo dos estados partes, até porque a proteção obrigatória da reprodução só aparece na revisão de Estocolmo de 1967⁴⁹⁴.

Portanto, desde a gênese da CB de 1886, como instituto mais importante do Direito Internacional de Autor, os limites impostos aos exclusivos concedidos são norteados claramente pelo interesse público. E a partir de então as convenções internacionais sempre propuseram limites, vez que no âmbito de negociação entre os países sempre eram previstas as faculdades garantidas e as limitações que as delineavam⁴⁹⁵. A opção na época foi uma cláusula de cumprimento facultativo para os Estados, mas que permitia determinados usos para fins de ensino e caráter científico, revelando desde sempre alguns valores que são observados⁴⁹⁶.

Entretanto, sabe-se que o tempo da conferência diplomática foi insuficiente para aprofundar as nuances da regra. O prejuízo do autor foi instituído como critério de admissibilidade ao limite. Esse era o critério no direito anglo-americano, mas não no continental europeu. O prejuízo do autor é um dos argumentos para embasar o *fair use* e, com a regra dos três passos, foi introduzido nos países do sistema continental europeu. O eventual prejuízo como uma mera possibilidade⁴⁹⁷ pode significar uma diminuição dos limites.

Mas com as posteriores revisões, foram incorporadas diversas situações para uso da obra com base nos fins didáticos. A revisão de Bruxelas de 1948 insere a citação no art. 10(1), com redação atual constando obrigatoriedade dada na revisão de Estocolmo.

⁴⁹³MENDIS, Dinusha. The Historical Development of exceptions to copyright and its application to copyright law in the twenty – first century *in* Electronic Journal of Comparative Law, v. 7.5, 2003. Disponível em <<https://www.ejcl.org/75/art75-8.html>>. Acesso 24 mai. 2017.

⁴⁹⁴SANTOS, Manoel J. Pereira. As limitações aos direitos autorais *in* ASCENSÃO, José de Oliveira; SANTOS, Manoel J. Pereira; JABUR, Wilson Pinheiro (Org.). Propriedade intelectual – Direito Autoral. Série GVlaw. São Paulo. Saraiva. 2014, p. 79.

⁴⁹⁵ASCENSÃO. José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais *in* ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006, p. 91.

⁴⁹⁶SANTOS, Manoel J. Pereira. As limitações aos direitos autorais *in* ASCENSÃO, José de Oliveira; SANTOS, Manoel J. Pereira; JABUR, Wilson Pinheiro (Org.). Propriedade intelectual – Direito Autoral. Série GVlaw. São Paulo. Saraiva. 2014, p. 79.

⁴⁹⁷ASCENSÃO. José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais *in* ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006, p.92.

O direito de citação vem com três condições para sua licitude: a prévia acessibilidade ao público, a citação feita de acordo com os bons costumes e de extensão necessária para atender ao fim que pretende. Nesta mesma revisão, também de caráter facultativo, inserida a ampla utilização a título de ilustração de ensino presente no art. 10 (2). Aqui não são excertos ou pequenos trechos, tendo a doutrina asseverado que aqui podem ser previstos os usos de trabalhos completos nos ordenamentos nacionais⁴⁹⁸.

Depois disso, o ponto que nos importa é a Revisão de Estocolmo de 1967, com a previsão do art. 9 de um direito geral de reprodução e a introdução da regra dos três passos. A primeira regra geral de limites na CB, o que desencadeou um quiproquó quanto aos limites, um marco para ambos os regimes.

Prevista no art. 9.º, n.º 2, da CB⁴⁹⁹, a regra tem a determinação de três pressupostos: Que não seja prejudicada a exploração normal da obra ou prestação; Que não cause prejuízo injustificado aos legítimos interesses do titular de direitos; Que seja restrita a certos casos especiais. A criação da regra foi sugestão do Reino Unido, com o objetivo de ser suficientemente genérica ao ponto de abarcar qualquer tipo de limite ao Direito de Reprodução, numa alusão ao método utilizado nos países de *common law*⁵⁰⁰. Surge como a única solução encontrada para a falta de consenso entre os países, justamente por não impor um rol taxativo de limites⁵⁰¹.

Entretanto, lembra o Insigne Professor Doutor José Alberto Vieira que a regra também foi pensada como instrumento capaz de travar os Estados na consagração excessiva de limites, que poderia comprometer a exploração da obra no mercado⁵⁰². Ou seja, tal regra foi concebida numa dupla intenção: resguardar a área de liberdade que já era prevista pela maioria dos Estados contratantes, sem diminuir o âmbito de proteção autoral⁵⁰³, um crivo legislativo para evitar excessos de ambos os lados, um baluarte do equilíbrio de interesses.

⁴⁹⁸SANTOS, Manoel J. Pereira. As limitações aos direitos autorais in ASCENSÃO, José de Oliveira; SANTOS, Manoel J. Pereira; JABUR, Wilson Pinheiro (Org.). Propriedade intelectual – Direito Autoral. Série GVlaw. São Paulo. Saraiva. 2014, p. 81.

⁴⁹⁹“Art. 9.º) - 2) Fica reservada às legislações dos países da União a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, desde que tal reprodução não prejudique a exploração normal da obra nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor”.

⁵⁰⁰LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 160.

⁵⁰¹ASCENSÃO, José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais in ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). *Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006, p.91.

⁵⁰²VIEIRA, José Alberto Coelho. Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado in *Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor*, vol. VIII. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 456.

⁵⁰³BESSA, Tiago Emanuel Castanheira. Ensaio sobre a cópia privada de obras protegidas por Direito de Autor – Dissertação de Mestrado – 2013 – Universidade Lisboa – Faculdade de Direito, p. 239.

Depois da sua introdução na CB, a regra foi inserida em diversos outros textos normativos, internacionais, comunitários e nacionais, entre eles o TRIPS, que a aplica no art. 13.^{o504} e o Tratado da OMPI sobre o direito de Autor, no art. 16.^o n.º 2.

A partir do Acordo TRIPS, a regra foi subtilmente modificada e tornou-se um critério geral para aferição da criação de limites relativos a qualquer dos direitos contidos no exclusivo autoral. A regra atinente apenas ao direito de reprodução tem o escopo aumentado francamente para ser aplicada aos direitos exclusivos convencionais⁵⁰⁵. Aqui nasce o limite dos limites ou o limite geral aos limites. Ou seja, os limites ficam limitados, por mais pleonástica que esta frase pareça. Não há necessidade de previsão específica, nem de adaptação do conteúdo dos outros direitos que integram o exclusivo autoral. Muito menos é adaptável ao digital⁵⁰⁶..

Sobre os tratados da OMPI a grande extensão da regra é que passa a ser aplicada também aos direitos conexos e estende a aplicação para todos os direitos constantes também da CB. O crescimento da aplicação da regra é visível. Especificamente sobre o Tratado da OMPI sobre o direito de autor, regista-se também a criação da faculdade de colocação em rede a disposição do público no direito de comunicação, sem criar qualquer restrição. O conteúdo do direito cresceu sem qualquer recorte negativo⁵⁰⁷.

Outro detalhe que releva em âmbito internacional, mas incluído já nos ordenamentos nacionais, a substituição progressiva dos limites por licenças legais remuneradas. Nestes casos, o titular não precisa autorizar o uso, mas recebe remuneração pela utilização feita. Neste caso enquadra-se a compensação equitativa⁵⁰⁸.

Enfim, desta história sintética dos limites no direito internacional não é difícil divisar a caça a estes institutos. Porém, apesar dos subterfúgios, não é possível extingui-los. O direito de autor não é um ramo isolado, está sempre inserido num ordenamento

⁵⁰⁴“Art. 13.º: Os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos excluídos a determinados casos especiais que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito”.

⁵⁰⁵SANTOS, Manoel J. Pereira. As limitações aos direitos autorais in ASCENSÃO, José de Oliveira; SANTOS, Manoel J. Pereira; JABUR, Wilson Pinheiro (Org.). Propriedade intelectual – Direito Autoral. Série GVlaw. São Paulo. Saraiva. 2014, p. 86.

⁵⁰⁶ASCENSÃO, José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais in ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006, p.92.

⁵⁰⁷ASCENSÃO, José de Oliveira. A Recente Lei Brasileira dos Direitos Autorais, comparada com os novos Tratados da OMPI in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 40. Lisboa: AAFDL, 1999, p. 585.

⁵⁰⁸ASCENSÃO, José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais in ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006, p. 108.

jurídico que possui regras e valores de interesse público. Além disso o próprio direito de autor é um limite em si mesmo, posto que atinge a liberdade de exercício intelectual⁵⁰⁹.

Sobre as nomenclaturas, alguma cautela. A grande maioria das democracias ocidentais reveza-se na utilização dos nomes exceções ou limites/limitações⁵¹⁰. Por exemplo, o sistema alemão, especificamente fala em “usos ou utilizações da obra livres de autorização e de pagamento”. Ou o sistema francês, com duas expressões: uso legítimo ou exceções aos direitos pecuniários⁵¹¹. Também o sistema brasileiro com a nomenclatura limites e o português, com as utilizações livres, este último com diversos prosélitos entre os doutrinadores brasileiros⁵¹².

Parece então inapropriada a expressão "exceções", vez que não há o que se falar em exceção a algum suposto direito ilimitado de autor, vez que se objetiva tratar de regras que limitam o exclusivo económico, regras negativas que compõem o direito em si⁵¹³, conteúdo positivo e negativo, como qualquer outro direito subjetivo privado. Em verdade elementos estruturais do direito de autor, que não só limitam, mas também definem este direito⁵¹⁴. Portanto, mais adequados parecem ser os termos limites, limitações ou utilizações livres, ao passo que todos remetem às regras negativas e entre elas, eventualmente, podem existir exceções⁵¹⁵.

Há de se mencionar também as duas técnicas de conceber os limites, em razão dos dois sistemas existentes, *Copyright e Droit d'auteur*. Nos sistemas de *Common Law*, os direitos patrimoniais previstos numa lista fechada, enquanto as exceções numa cláusula geral, aberta e flexível, a cláusula de *fair use nos EUA*. No sistema continental europeu, o oposto, um sistema aberto, mutável e dinâmico de direitos patrimoniais e um rol taxativo para os limites. Hoje, o *fair dealing* se aproxima do continental europeu dada a sua rigidez na área das limitações, como será visto a seguir.

⁵⁰⁹ASCENSÃO, José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais in ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006, p. 109.

⁵¹⁰SILVA, Nuno S.; RENDAS, Tito. *Direito de Autor nos Tribunais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 263.

⁵¹¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Liberdade e Exclusivo na Constituição in Direito Industrial, v. IV. Coimbra: Almedina, 2005, p. 59.

⁵¹²Neste sentido, vide SANTOS, Manoel J. Pereira. As limitações aos direitos autorais in ASCENSÃO, José de Oliveira; SANTOS, Manoel J. Pereira; JABUR, Wilson Pinheiro (Org.). Propriedade intelectual – Direito Autoral - Série GVlaw. São Paulo. Saraiva. 2014, p. 65.

⁵¹³ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas benéficos coletivos: a dimensão pública do Direito Autoral na Sociedade da Informação*. Porto Alegre: Safe, 2008, p. 281.

⁵¹⁴POLI, Leonardo Macedo. *Direito Autoral: parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 83.

⁵¹⁵ASCENSÃO, José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais in ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006, p. 93.

O que ocorre na prática atualmente é justamente um grande alarido acerca do tema, pois grandes são as dúvidas sobre o atendimento das necessidades de todos os interessados envolvidos e sobre o funcionamento da regra na prática na aplicação dos tribunais. Outro fator é que a visão restritiva dos limites favorece normalmente os titulares de direitos, sem observar os interesses dos usuários ou dos outros setores da sociedade⁵¹⁶.

Impende apontar outro instrumento importante para o equilíbrio: as licenças compulsórias, que seriam em tese diferentes dos limites apenas pelo pagamento de uma remuneração. No sistema português, por exemplo, não faz sentido qualquer diferenciação, ao passo que os limites podem gerar remuneração ou não. Logo, descabida a terminologia distinta, posto que todos na verdade são limites⁵¹⁷.

Feitas considerações que importam a ambos os sistemas e o desenvolvimento da regra dos três passos, vejamos resumidamente a trajetória e o estado dos limites em cada um deles, bem como na situação tupiniquim.

4.1) *Fair abridgement, Fair dealing, Fair use*

As limitações começam a ser moldadas nas primeiras menções jurisprudenciais ao interesse público como norteador do *copyright* britânico. Aqui repetem-se *Millar v. Taylor* e *Donaldson v. Beckett*, ainda no século XVIII⁵¹⁸, como decisões precursoras. No primeiro caso, *Millar v. Taylor*, sobressai a opinião divergente do Juiz Yates. Ao analisar a questão da duração do direito, Yates ponderou o provável efeito de uma proteção ao direito de autor perpétua, que, ao invés de encorajar o avanço da literatura, poderia resultar na interrupção desta. Entre outras tantas considerações, o Juiz percebeu o inequívoco direito do autor à recompensa fruto do seu trabalho na obra, mas que isso não justificaria uma recompensa eterna, infinita⁵¹⁹.

⁵¹⁶SANTOS, Manoel J. Pereira. As limitações aos direitos autorais in ASCENSÃO, José de Oliveira; SANTOS, Manoel J. Pereira; JABUR, Wilson Pinheiro (Org.). Propriedade intelectual – Direito Autoral. Série GVlaw. São Paulo. Saraiva. 2014, p. 64.

⁵¹⁷ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 214.

⁵¹⁸BAND, Jonathan; GERAFI, Jonathan. The fair use/fair dealing handbook, 2015. Disponível em <<http://infojustice.org/archives/29136>>, p. 1. Acesso em 20 jun. 2017.

⁵¹⁹SEVILLE, Catherine. The Statue of Anne: Rhetoric and reception in the nineteenth century in *Houston Law Review*, v. 47, n.4, 2010. Disponível em <[http://www.houstonlawreview.org/archive/downloads/47-4_pdf/\(3\)Seville.pdf](http://www.houstonlawreview.org/archive/downloads/47-4_pdf/(3)Seville.pdf)>, p. 824. Acesso 23 mar. 2017.

Já em *Donaldson v. Beckett*, houve um interesse público mais explícito, com o esclarecimento de que, antes da publicação, o autor possui um direito consuetudinário. Entretanto, após a publicação, o direito é positivado, exclusivo concedido e limitado no tempo, na forma do estatuto vigente à época. Em defesa do argumento do interesse público, *Sir John Dalrymple* conjecturou acerca das ideias: um homem guarda suas ideias para si e elas são suas, somente. Mas no momento em que ele as publica, elas já não lhe pertencem. *Lorde Camden* complementa e dispõe da utilidade do conhecimento, que para ter valor até mesmo pecuniário para o autor, tem que ser exposto, comunicado⁵²⁰.

Ainda em *Donaldson v. Beckett*, levantou-se a questão sobre o uso de obras protegidas por estabelecimentos educacionais durante o prazo de proteção. Viu-se a necessidade imperiosa de criar uma exceção, de delinear melhor o interesse público. De facto, este caso foi o marco histórico para evolução do atendimento do interesse público no direito de autor britânico⁵²¹.

A Jurisprudência britânica avança sobre o interesse público e chega ao *fair abridgment*. O surgimento desta primeira forma de limitação aparece em *Gyles v. Wilcox* (1741)⁵²², num processo que versa sobre o possível plágio cometido na reimpressão abreviada de uma obra, como uma obra autónoma, apartada. Uma questão que não foi contemplada pelos legisladores no Estatuto. O conceito deste “resumo justo” é resultado de uma mudança ocorrida durante o século XIX, no qual escrever por dinheiro tornou-se uma atitude louvável.

Nos autos deste processo, *Lorde Chancellor* realizou assumidamente uma interpretação teleológica, e concluiu que o intuito do Legislativo na criação do Estatuto da Rainha Ana era o incentivo ao aprendizado e a produção contínua de livros úteis, para claro atendimento de interesse público, manifestada explicitamente no preâmbulo.

Ainda neste caso, outras considerações são relevantes. *Lorde Hardwicke* analisou que o Estatuto nada dizia acerca do assunto, logo, a interpretação não poderia ser restritiva, mas sim no sentido de liberdade, na busca do atendimento da vontade legislativa. O processo asseverou que este resumo de obras mostra-se útil, de forma a

⁵²⁰ HUA, Jerry Jie. *Toward a more Ballanced Approach: Rethinking and Readjusting Copyright Systems in the Digital Network Era*. Berlin: Springer, 2014, p. 51.

⁵²¹ MENDIS, Dinusha. The Historical Development of Exceptions to Copyright and Its Application to Copyright Law in the Twenty-first Century in *Electronic Journal of Comparative Law*, v. 7, 2003. Disponível em <https://www.ejcl.org/75/art75-8.html#par47>. Acesso em 23 mai. 2017

⁵²² *Gyles v. Wilcox* (Atkin's Reports) in BENTLY, Lionel; KRETSCHMER, Martin (Org.). Primary Sources on Copyright (1450-1900). Disponível em <http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation_uk_1741>. Acesso 15 mai. 2017.

beneficiar o acesso do público leitor. A maioria da doutrina considera este caso como um claro exemplo de ativismo judicial, cujo resultado foi a primeira forma de permitir atos em relação a obra protegida. Em determinados casos a reprodução de parte da obra sem o consentimento do Autor para realização do interesse público é permitida pela primeira vez. A decisão foi reafirmada durante todo o século XVIII e desenvolvida no século XIX⁵²³. Todavia, com a Lei Britânica de 1911 o *fair abridgment* é extinto e toda esta doutrina de prevalência do interesse público foi relativizada, com uma política menos flexível, que resultou no *fair dealing*.

Após esse desenvolvimento puramente jurisprudencial de duas décadas, a doutrina do *fair dealing* faz sua grande estreia legal no *Copyright Act* de 1911. Vale dizer que tal legislação foi elaborada em observância às disposições da Convenção de Berna e da revisão de Berlim em 1908. Entre as aproximações realizadas, a exclusão da necessidade de registo da obra para proteção e aumento do prazo da proteção passa para 50 anos após a morte do autor. O grande mérito de tal legislação é a previsão legal das limitações. O direito que era de titularidade dos livreiros passa ao autor e finalmente com esta lei, chega aos usuários. O ato de 1911 é considerado importantíssimo por codificar os limites pela primeira vez e criar a base sobre a qual os atos de 1956 e 1988 foram finalmente construídos⁵²⁴.

Sobre o Ato de 1956, houve a inclusão da proteção a gravações de som, filmes e publicações de obras relacionadas a ambos. Em 1977, o Comitê do Deputado Whitford notou o óbvio avanço dos meios de reprodução, como as fotocópias e os gravadores, e arguiu a necessidade de modificações⁵²⁵. Além da revolução tecnológica em andamento, a reforma da CB pelas revisões de Estocolmo e de Paris em 1967 e 1971, deram ensejo a criação da nova legislação, o CDPA de 1988⁵²⁶, vigente até a atualidade com alterações. O Ato de 1988 foi fundamental porque incluiu no texto de lei a defesa do interesse público, mesmo sem deixar a atuação Jurisprudencial

⁵²³DEAZLEY, Ronan. Commentary on *Gyles v. Wilcox* (1741) in BENTLY, Lionel; KRETSCHMER, Martin (Org.). Primary Sources on Copyright (1450-1900). Disponível em <http://www.copyrighthistory.org/cam/commentary/uk_1741/uk_1741_com_972007164753.html>. Acesso 15 mai. 2017.

⁵²⁴MENDIS, Dinusha. The Historical Development of Exceptions to Copyright and Its Application to Copyright Law in the Twenty-first Century in *Electronic Journal of Comparative Law*, v. 7, 2003. Disponível em <https://www.ejcl.org/75/art75-8.html#par47>. Acesso 28 mai. 2017.

⁵²⁵TEILMAN, Stina. *British and French Copyright: A Historical Study of Aesthetic Implications*. Tese de Doutorado - 2004 - Universidade de Southern Denmark – Faculdade de Literatura, p. 22.

⁵²⁶Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2014/2361/pdfs/ukxi_20142361_en.pdf>. Acesso 24 jan. 2015.

relativamente livre para também implementá-lo, como praxe dos sistemas de *common law*.

O Capítulo III da Lei intitulado como "Atos permitidos em relação às obras de direitos de autor", secções 29 e 30, tem-se o atual *fair dealing*. O sistema de *fair dealing* é também vigente em países como Austrália, Nova Zelândia e Canadá. Sobre a terminologia, a palavra equivalente no inglês americano ao *dealing* é a palavra "uso", mas qualquer mudança a fim de facilitar o entendimento foi rejeitada pelo governo do Reino Unido que considerou plenamente inteligível essa expressão. *Dealing*, aqui, significa um ato que se presume infração ao direito de um autor que está a queixar-se⁵²⁷. No que diz respeito ao termo *fair*, traduzido como "justo", é amplamente desenvolvido nos tribunais com o exame de todos os fatos e circunstâncias. O principal caso sobre essa aferição da equidade do uso foi o *Hubbard v. Vosper* (1972), na vigência do Ato de 1956, onde o uso justo foi declarado como uma questão de impressão, de facto e de grau, que demanda a análise das circunstâncias, caso a caso. Aferir a justiça do uso neste ponto deve considerar o propósito de tal utilização⁵²⁸. A grande pergunta que pode resumir toda a aplicação do *fair dealing* é "como uma pessoa justa e sincera usaria a obra?"⁵²⁹.

Desta feita, o *fair dealing* é definido como o conjunto de usos da obra não autorizados pelo autor, que, em determinadas circunstâncias, não constituem violação do direito de autor. Não há necessidade de pagamento de qualquer valor. Seu objetivo é o atendimento de alguns interesses públicos, entre eles, viabilizar os usos transformativos para produção de novas obras, curar a falha de mercado e promover a liberdade de expressão⁵³⁰.

O *fair dealing* é arguido em sede de defesa, quando é alegada a violação de um direito de autor e cabe ao usuário, que figura como réu na ação, provar que seu caso enquadra-se na disposição legal, comprovar que o seu uso é realizado para uma das finalidades explicitamente previstas na Lei, quais sejam, pesquisa e estudo privado, críticas, opiniões ou notícias⁵³¹. O escopo então é limitado, segue a tendência da regra

⁵²⁷COLSTON, Catherine. *Principles of Intellectual Property Law*. London: Cavendish, 1999, p. 238.

⁵²⁸COLSTON, Catherine. *Principles of Intellectual Property Law*. London: Cavendish, 1999, p. 239.

⁵²⁹Guidance Exceptions to Copyright. Disponível em <<https://www.gov.uk/guidance/exceptions-to-copyright>>. Acesso em 05 set. 2017.

⁵³⁰MASIYAKURIMA, Patrick. *Fair Dealing and Freedom of Expression in TORREMANS*, Paul (Org.). *Copyright and Human Rights. Freedom of Expression – Intellectual Property – Privacy*. Haia: Kluwer Law, 2004, p. 94.

⁵³¹MAKEEN, Fouad Makeen. *Copyright in a global information society – the scope of copyright protection under international US, UK and French Law*. Hague: Klue Law International, 2000, p. 156.

dos três passos da CB e não se trata de uma cláusula aberta como o *fair use* americano⁵³².

Verifica-se até aqui um regime rígido de limites, nos quais os usos lícitos sem autorização dos autores são apenas os explicitamente inseridos nos propósitos da lei. Além destes propósitos legais, o uso justo ainda passa pela análise de alguns fatores que emergem da Jurisprudência caso a caso, numa vertente desenvolvida com base no pensamento liberal⁵³³. A doutrina enumerou alguns⁵³⁴:

- a) Natureza da obra, se for inédita ou confidencial, mais difícil o enquadramento no *fair dealing*, do que relatórios oficiais de importância pública, por exemplo.
- b) Como a obra foi obtida: se a obra em questão já vazou na Internet, por exemplo, provável que o réu consiga ter seu uso entendido como justo.
- c) Proporção da obra utilizada: quanto menor a porção da obra, mais fácil ser considerado o uso abrigado pelo *fair dealing*. Mas algumas vezes, se o trabalho for curto, é possível utilizá-lo inteiro.
- d) Os tipos de usos realizados: quanto mais inventivo for o uso, quanto mais transformar a obra utilizada, mais fácil será adequar ao *fair dealing*.
- e) Fins comerciais: a obra não deve ser utilizada para fins lucrativos.
- f) Motivação para o uso: e neste caso a Jurisprudência fala num padrão objetivo, se a motivação foi de má-fé ou altruísta.
- g) Consequências da efetividade do uso: se no mercado, com o enquadramento do uso no *fair dealing*, a obra original será prejudicada no mercado, se a obra nova será uma substituta que prejudicará o desempenho económico.
- h) Alternativas ao uso: se existiam outras formas de atingir o mesmo propósito sem a utilização ora questionada⁵³⁵.

⁵³²SANTOS, Manoel J. Pereira. As limitações aos direitos autorais in ASCENSÃO, José de Oliveira; SANTOS, Manoel J. Pereira; JABUR, Wilson Pinheiro (Org.). Propriedade intelectual – Direito Autoral. Série GVlaw. São Paulo. Saraiva. 2014, p. 90.

⁵³³APLIN, Tanya; CORNISH, William; LLEWELYN, David. *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and allied rights*. London: Sweet & Maxwell, 2010, p. 501.

⁵³⁴D`AGOSTINO, Giuseppina. Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canada's Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use in McGill Law Journal, v. 53, n. 309, 2008. Disponível em < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1014404>, p. 343. Acesso 13 fev. 2017.

⁵³⁵EDWÁLD, Johanna. *The Three step of International Copyright Law: Is fair Use the key to balancing interests in the digital age?* - Tese de Doutorado - 2016 – Universidade da Islândia - Faculdade de Direito, p. 58.

A desvantagem deste sistema aparenta ser a falta de flexibilidade, dado o duplo grau de exigências para comprovação do uso justo, combinada com a criação da lei em 1988, sem a capacidade de adaptação para o eclodir tecnológico atual⁵³⁶.

A atualização tornou-se um clamor académico. E aqui surge um exemplo interessante do argumento do direito de autor como direito fundamental para maximização do escopo da proteção e invasão dos limites. Apesar da construção doutrinária da natureza de monopólio legalmente constituído no Reino Unido, a propósito de uma consulta realizada em 2009, uma associação insurge-se quanto ao aumento dos limites ao direito de autor naquele país com a lembrança de que o direito de autor é um direito fundamental na forma da Carta da UE⁵³⁷. A falsa ideia de um direito absoluto surge para inibir limites.

Entretanto, em junho de 2014, após a Consulta n.º 14, a Câmara dos Lordes aprovou uma alteração legislativa no *Copyright Act*, numa reforma do sistema de limitações do Reino Unido passou por mudanças para adequação da emergência tecnológica. No que diz respeito aos usos justos para fins de pesquisa e estudo da secção 29, a alteração da lei foi no sentido de estender a permissão para uma única cópia de parcela limitada a outros tipos de obras, quais sejam, gravações de som, filmes e transmissões para uso próprio, para lecionar, por exemplo. A extensão da parcela copiada não pode prejudicar os interesses económicos do autor⁵³⁸.

Ainda na secção 29, temos a inclusão da possibilidade de cópias realizadas para que sejam feitas análises de textos ou de dados por computador para fins de pesquisa não comercial, com a obrigação de citação da fonte. O primeiro acesso a obra tem que ser lícito e não pode ser transferida para outras pessoas, entendida como uma espécie de cópia pessoal para uso privado. Ademais, tal exceção não pode ser excluída por nenhum tipo de contrato. Aqui pode-se copiar a integralidade da obra.

⁵³⁶THOMPSON, Rachael. Copy or Paste? – UK Copyright Law in light of Modern Education *in* North East Law Review, v. 2, n. 2, 2012, p. 2. Disponível em <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/neastlr2&div=17&id=&page=>>>. Acesso 01 out. 2017.

⁵³⁷GRIFFITHS, Jonathan; MCDONAGH, Luke. Fundamental rights and European IP law - the case of art 17(2) of the EU Charter *in* GEIGER, Christophe (Org.). Constructing European Intellectual Property Achievements and New Perspectives. Cheltenham: Edward Elgar, 2013, p 14. Lembra-se novamente as consequências imprevisíveis do BREXIT.

⁵³⁸Exceptions to Copyright – Education and Teaching – Intellectual Property Office - 2014. Disponível em <[>](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/375951/Education_and_Theaching.pdf), p. 6. Acesso 06 set. 2017.

A lei estendeu também o uso justo de trechos da obra para críticas, opiniões e relatórios de notícias para citar as obras originais para outros fins, ilustrativos numa palestra, por exemplo, desde que seja utilizada apenas a porção necessária para o propósito e atribuída a autoria, indicação de título, de forma razoável e justa como sempre neste sistema. Sobre tamanho dos trechos, a legislação não se manifestou⁵³⁹. A propósito dos fatores que também incidem no *fair dealing*, a Jurisprudência definiu que a proporção que pode ser copiada nos termos de um uso justo, não é efetivamente questionada em quantidade exata e sim num teste qualitativo, desde que tenha sido copiada a parte relevante para o propósito⁵⁴⁰.

Outra inovação foi a inclusão na secção 30 de um uso justo atinente a paródias, caricaturas e cartuns. O advento da era digital facilitou as cópias de obras protegidas e, obviamente, estas atividades criativas que tem por definição o uso de obras anteriores precisaram ser cuidadas. Assim, foi criada esta hipótese de *fair dealing* a fim de permitir que nestas novas obras possam ser copiados trechos das obras originais. O uso precisa ser justo ou razoável e o exemplo disso são algumas linhas de uma música, não a música inteira⁵⁴¹.

Ao lado do *fair dealing* existem outros atos permitidos de aplicação menos amplas. Entre os incluídos também em 2014, a permissão concedida para bibliotecas, arquivos e museus de todas as obras das suas coleções para fins de preservação, quando não é possível comprar a obra para reposição. Quanto à administração pública, determinados documentos produzidos por terceiros, mas de interesse público, podem ser agora compartilhados *on line*, de forma fácil, para oferecer maior transparência e economia, tempo e despesa tanto para entidades públicas quanto para indivíduos⁵⁴². As últimas mudanças são concernentes aos formatos acessíveis de obras protegidas para pessoas com deficiência. A primeira, permite a realização de uma única cópia em formato acessível para o uso pessoal de uma pessoa com deficiência. A segunda,

⁵³⁹OWEN, Lynnete. Fair Dealing: a concept in UK Copyright Law *in* Learned Publishing, v. 28, n. 3, 2015. Disponível em <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1087/20150309/abstract>>, p. 230. Acesso em 25 dez. 2016.

⁵⁴⁰COLSTON, Catherine. *Principles of Intellectual Property Law*. London: Cavendish, 1999, p. 239.

⁵⁴¹Exceptions to Copyright – An Overview – Intellectual Property Office - 2014. Disponível em <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/375951/Education_and_Teaching.pdf>, p. 3. Acesso em 06 set. 2017.

⁵⁴²Exceptions to Copyright – An Overview – Intellectual Property Office - 2014. Disponível em <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/375951/Education_and_Teaching.pdf>, p. 6. Acesso em 06 set. 2017.

permite que as instituições efetuem múltiplas cópias acessíveis para acesso das pessoas com deficiência.

E uma mudança também de 2014 e alheia ao *fair dealing*, para harmonização com a Diretriz 2001/29 da UE, art. 5.º, 2, alínea b que introduziu um direito extremamente limitado a cópia privada na secção 28 B do CDPA 1988. Permissão para copiar arquivos originais (música, fotografias, vídeos, livros) para outros dispositivos, desde que a sua utilização seja privada. A reprodução para uso privado, oriunda de conteúdo adquirido licitamente e que não seja distribuída para outras pessoas, nem mesmo familiar ou amigos, a título oneroso ou não. Basicamente, veio permitir que as pessoas pudessem fazer seus *backups* em formatos diversos. A Câmara foi contra qualquer tipo de compensação equitativa aplicada a dispositivos como *tablets* e *smartphones*⁵⁴³, sob a justificativa de que a cópia privada não traria qualquer prejuízo efetivo aos autores e titulares de direitos, com base em pesquisa realizada. Além disso, ressaltou que os dispositivos com potencial de copiar as obras protegidas já são vendidos com o ínfimo prejuízo acrescido em seus preços, ao abrigo do Considerando 35 da Diretriz 2001/29/ CE, *in fine*.

A legalidade de tal disposição foi arguida perante a Suprema Corte do Reino Unido sob o Caso N.º CO/5444/2014⁵⁴⁴, e foi decidida a ilegalidade da cópia privada sem um sistema de compensação equitativa aos autores, com efeito *ex tunc* e anulação deste limite, ante a inexistência de prova pela Secretaria de Estado Britânica da completa ausência de prejuízo.

Antes de todas as alterações brevemente tratadas aqui, a doutrina sempre debateu fervorosamente o *fair dealing*, com o entendimento de que o sistema desenvolvido possui muitos obstáculos, de finalidades rígidas que acarretam interpretação restritiva⁵⁴⁵. Na verdade, a maioria das interpretações judiciais parecem ter sempre sonogado o interesse público, com prestígio ao benefício económico do

⁵⁴³“5 - A condition that was attached to the right of Member States to exercise the discretion under the Directive was that if the now permitted use caused more than de minimis harm to the copyright owner then compensation had to be payable.” Decisão disponível em <<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2015/06/basca-v-sofs-bis-judgment.pdf>>. Acesso 06 out. 2015.

⁵⁴⁴Decisão CO/544/2014 Disponível em <<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2015/06/basca-v-sofs-bis-judgment.pdf>>. Acesso 06 de set. 2017.

⁵⁴⁵D'AGOSTINO, Giuseppina. Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canada's Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use in *McGill Law Journal*, v. 53, n. 309, 2008. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1014404>, p. 337. Acesso 13 fev. 2017.

autor⁵⁴⁶. As mudanças recentes não parecem ter resultado na flexibilização dos muitos entraves. Verifica-se que o Reino Unido adotou uma rigidez que lembra a lógica jusnaturalista. A ilicitude de um direito tão restrito a cópia privada e o duplo grau de exigência para enquadramento de um ato no *fair dealing*, parecem manter um sistema rígido e inoperante de limites. Em compensação, a questão da possibilidade de utilização de trechos de qualquer tipo de obras para pesquisa, estudo privado e atividade de lecionar parece ser um avanço real no caminho para a adequação tecnológica, bem como a paródia.

Chega-se ao sistema americano, o único de cláusula aberta de limitações. Permite-se alguma definição do instituto antes do entendimento de suas origens. O *fair use* é definido como a possibilidade dada aos usuários de copiar uma obra para os fins de crítica, usos educacionais e paródia, sem a permissão do autor e de forma razoável⁵⁴⁷. Esta permissão de determinados usos pautada na *Copyright Clause* serve para beneficiar o público e promover as artes e as ciências.

O *fair use* foi concebido para evitar o monopólio absoluto do autor, onde naturalmente também entrava a produção de novas criações. É um sistema racional e integrado na lei de direito de autor para que este alcance seus objetivos, o instrumento que envolve o equilíbrio desejado entre o direito de autor e o constante interesse da sociedade na circulação de ideias e informação⁵⁴⁸.

Seu desenvolvimento histórico incipiente coincide com a questão do *abridgment* e do direito de tradução no Reino Unido. Sob a forte influência do entendimento utilitarista acolhido pelos fundadores do país, os tribunais americanos desenvolveram desde o início do século passado uma visão diferente da que vemos mundo afora hoje, o foco central não era a violação do direito de autor da obra original e sim o uso transformador realizado pelo réu⁵⁴⁹.

⁵⁴⁶MASIYAKURIMA, Patrick. Fair Dealing and Freedom of Expression in TORREMANS, Paul (Org.). Copyright and Human Rights. Freedom of Expression – Intellectual Property – Privacy. Haia: Kluwer Law, 2004, p. 106.

⁵⁴⁷POSTEL, Holger. The Fair Use Doctrine in the U.S. American Copyright Act and Similar Regulations in the German Law in Chicago Kent Journal of Intellectual Property, n. 142, 2006. Disponível em <<http://scholarship.kentlaw.iit.edu/ckjip/vol5/iss2/4>>, p. 2. Acesso 18 jan. 2017.

⁵⁴⁸KORTZEVA, Daryana. Public and Private Interests in Copyright Law: Creativity, Science and Democracy, vs. Property and Market - Dissertação de Mestrado – 2002 – Universidade da Georgia – Faculdade de Direito – p. 39.

⁵⁴⁹THERANIAN, John. Et Tu Fair Use? The triumph of Natural Law Copyright in UC Davis Law Review, v. 8, 2005. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=486283>, p. 13. Acesso 02 out. 2017.

E o primeiro caso emblemático americano foi acerca da tradução do livro alemão *Uncle Tom's Cabin*. A análise seguiu de acordo com a natureza jurídica de monopólio estatutário, com o afastamento do direito natural alegado pela Autora Senhora Stowe. Na esteira do entendimento do Reino Unido à época, não se entendeu violação ao direito de autor a tradução sem autorização do livro, tendo em vista o necessário trabalho e conhecimento para a tradução, bem como o benefício trazido⁵⁵⁰, relativo a viabilizar maior acesso e progresso para as artes.

O primeiro caso de *fair abridgment* destoou, tal e qual a pátria colonizadora, em *Wheaton v. Peters*, o próprio autor da ação reconheceu o direito de um indivíduo criar uma obra resumida e autónoma⁵⁵¹. Em síntese, a Jurisprudência até aqui era marcada pela questão de suficiente transformação da obra para benefício da sociedade. A verificação da existência ou não de uma infração ao direito de autor significava uma aferição utilitária, com base nos intentos constitucionais⁵⁵².

A maior parte dos académicos concorda que a doutrina do *fair use* surge como um conceito da *common law*, nascido na Jurisprudência. O século XIX situa a inauguração das discussões acerca de tal teste. O caso *Folson v. Marsh*, apesar de não chegar exatamente na expressão *fair use*, foi a primeira interpretação acerca da possibilidade de uso justo de uma obra protegida, com a adoção de critérios que fundamentaram os contornos atuais⁵⁵³. No caso em comento os autores da ação alegaram que houve plágio de 255 páginas copiadas dos Escritos de George Washington, uma coleção de papéis oficiais e privados de Washington com notas narrativas e editoriais adicionais⁵⁵⁴.

Apesar de tal caso levar a fama de baluarte do interesse público como primeira referência ao *fair use*, há entendimento de que esta foi uma das piores decisões a tratar dos direitos intelectuais de todos os tempos, com o resultado infame do fortalecimento

⁵⁵⁰THERANIAN, John. Et Tu Fair Use? The triumph of Natural Law Copyright *in* UC Davis Law Review, v. 8, 2005. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=486283>, p. 13. Acesso 02 out. 2017.

⁵⁵¹THERANIAN, John. Et Tu Fair Use? The triumph of Natural Law Copyright *in* UC Davis Law Review, v. 8, 2005. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=486283>, p. 19. Acesso 02 out. 2017.

⁵⁵²THERANIAN, John. Et Tu Fair Use? The triumph of Natural Law Copyright *in* UC Davis Law Review, v. 8, 2005. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=486283>, p. 20. Acesso 02 out. 2017.

⁵⁵³THERANIAN, John. Et Tu Fair Use? The triumph of Natural Law Copyright *in* UC Davis Law Review, v. 8, 2005. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=486283>, p. 20. Acesso 02 out. 2017.

⁵⁵⁴PATTERSON, Lyman Ray. *Folson v. Marsh and its legacy* *in* Journal of Intellectual Property Law, v. 5, n. 2, 1998. Disponível em <http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/351/>, p. 433. Acesso 23 ago. 2017.

do direito de autor⁵⁵⁵. Em análise esmiuçada o Prof. Doutor, Patterson concluiu pela mudança do entendimento jurisprudencial utilitário do *fair use*, que ganhou a partir desta decisão uma face de direito natural. O mesmo Juiz Story ignorou o caso anterior *Wheaton* e passa a usar a expressão "a totalidade dos direitos autorais", que até aqui era apenas o direito de imprimir, reimprimir, publicar, e vender o livro que tinha que ser obrigatoriamente publicado, por um período de tempo limitado. Na verdade, tal julgado ampliou o direito de autor nos Estados Unidos, de forma que incluiu a vedação ao plágio e excluiu o *abridgment*. O plágio é desenvolvido como conceito de direito natural relativo a propriedade, o autor pode coibir usos da obra porque esta é sua propriedade⁵⁵⁶.

No texto da decisão, as considerações do Juiz Story dão ensejo ao desenvolvimento do entendimento de que questões como aquela deviam observar fatores tais quais a natureza da obra, o valor do material utilizado e o grau no qual o uso poderia prejudicar a venda, diminuir lucros ou substituir a obra original. Foram então desenvolvidos os três critérios que deram origem ao *fair use*. Foi visível a mudança de abrangência da regra: na antecedente doutrina do *fair abridgment* o único critério era a geração de uma nova obra útil, o indivíduo podia resumir a obra de outrem, desde que desenvolvesse uma nova obra que trazia benefícios a sociedade. A partir do caso *Folson v. Marsh* já são triplicados os critérios para uso de uma obra sem autorização do autor e o prejuízo económico passa ao centro da análise⁵⁵⁷.

Diz-se que a partir daqui houve uma reversão jurisprudencial através da sua reinterpretção da verificação de infração. Ao contrário do *fair abridgment* que limitava o escopo do monopólio concedido, o *fair use* expandiu as faculdades dos detentores de direitos de autor nos Estados Unidos, em discordância aos objetivos utilitários constitucionais⁵⁵⁸.

⁵⁵⁵PATTERSON, Lyman Ray. *Folson v. Marsh and its legacy in Journal of Intellectual Property Law*, v. 5, n. 2, 1998. Disponível em < http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/351/>, p. 431. Acesso 23 ago. 2017.

⁵⁵⁶PATTERSON, Lyman Ray. *Folson v. Marsh and its legacy in Journal of Intellectual Property Law*, v. 5, n. 2, 1998. Disponível em < http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/351/>, p. 446. Acesso 23 ago. 2017.

⁵⁵⁷PATTERSON, Lyman Ray. *Understanding Fair use in Law and Contemporary Problems*, v. 55, n. 2, 1992. Disponível em <<http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol55/iss2/13/>>, p. 256. Acesso 23 jul. 2017.

⁵⁵⁸THERANIAN, John. *Et Tu Fair Use? The triumph of Natural Law Copyright in UC Davis Law Review*, v. 8, 2005. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=486283>, p. 25. Acesso 02 out. 2017.

Após 150 anos de existência apenas na *common law*, o *fair use* é positivado em 1976, na secção 107 no USC⁵⁵⁹, sob o título “*Limitations on exclusive rights: Fair Use*”. O texto autoriza os usos de obras para fins de críticas, comentários, notícias, ensino, pesquisa e as múltiplas cópias para uso em sala de aula. A seguir, ainda na mesma secção, a lei dispõe os critérios que devem ser observados para aferição do *fair use*:

- (a) o propósito e o caráter do uso, se é transformador e para fins comerciais ou educacionais sem fins lucrativos,
- (b) a natureza da obra;
- (c) a parcela usada em relação a obra;
- (d) o efeito do uso no mercado potencial ou o valor da obra.

Para finalizar a secção 107, o legislador americano ainda diz que se a obra não tiver sido publicada, este facto não impede a possibilidade de adequação ao *fair use*, desde que os quatro critérios e uma das motivações tenha sido atendidas.

Os critérios são cláusulas gerais, que deixam espaço aberto para os modos de utilização e desenvolvimento do que é justo ou adequado, a equidade. O *fair use* é concebido para o usuário, visto que é arguido em defesa. A pergunta feita aqui é se o uso é justo. O ónus da prova é de quem realizou o uso. Logicamente que se o uso for comercial, é mais difícil de prosperar o argumento, tendo em vista que nos Estados Unidos a visão patrimonial do direito de autor⁵⁶⁰ é sedimentada.

Nunca existiu hierarquia para aplicação dos critérios mas, a Jurisprudência, em regra, deu ênfase especial a letra d, sem considerar os três primeiros. A letra d trata dos prejuízos que podem ser gerados ao autor/titular de direitos na hipótese de procedência do argumento de defesa. Na prática, a análise da aplicação da doutrina do *fair use* não se prestava mais ao interesse público disposto na Constituição Americana, de modo que era utilizada como instrumento para evitar prejuízos aos autores/titulares⁵⁶¹.

Há alguns anos uma decisão inovadora e alguma sensação de reequilíbrio, o caso *Campbell v. AcuffRose*. Nesta decisão a Corte Americana asseverou que os quatro fatores devem ser explorados e os resultados sopesados juntos na luz dos propósitos do

⁵⁵⁹ USC disponível em <<https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf>>. Acesso 07 set. 2017.

⁵⁶⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O fair use no Direito Autoral in Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor*, v. IV. Coimbra: Coimbra Editora. 2003, p. 95.

⁵⁶¹ KORTZEVA, Daryana. *Public and Private Interests in Copyright Law: Creativity, Science and Democracy, vs. Property and Market* - Dissertação de Mestrado – 2002 – Universidade da Georgia – Faculdade de Direito – p. 42.

USCA⁵⁶². Além disso, foi dada uma reinterpretação dos fatores com a ideia de que quanto mais transformadora for a obra nova, menos significância terão os outros fatores, inclusive o impacto no mercado. O entendimento de que esta obra inovadora criada será suscetível de estimular a criação de outras obras novas e originais, em pleno atendimento dos objetivos constitucionalmente previstos para o *copyright*⁵⁶³.

A argumentação deste caso é tida como complemento a definição de *fair use*, como um sistema que foi racionalmente concebido para atender as preocupações da Primeira Emenda em evitar restrições à liberdade de expressão. A análise do *fair use* deve ser sempre na busca de um equilíbrio entre o direito de exploração da obra que o autor tem e o estímulo às obras novas que surgem inspiradas da obra original⁵⁶⁴.

Apesar do último caso citado, a sensação é de que este foi isolado e a visão voltada para o interesse público não prevaleceu. Essa conotação de direito natural adotada desde *Folson v. Marsh* e subliminarmente concebida na Jurisprudência, trouxe incontáveis prejuízos ao sistema adotado. Se o *copyright* é direito natural, o *fair use* será um conceito também pertencente ao direito natural, uma violação ao direito do autor, só que permitida, escusável e defensável. Se o *copyright* é monopólio legal, o *fair use* será limitação a este, com base no interesse público, um direito afirmativo, não uma violação tolerada. O *copyright* é um monopólio legal, mas o *fair use* é tratado na prática como um conceito de direito natural que mais funciona para proteger o exclusivo concedido⁵⁶⁵.

Verifica-se a adoção de um pensamento jus natural para o *fair use*, uma verdadeira transgressão a toda lógica utilitarista do *copyright* americano, com completo desprezo ao intuito constitucional do progresso do conhecimento e das artes. Pugna-se por uma reavaliação séria do papel do *fair use* na análise das supostas violações, especialmente na era digital, que criou novas formas de experimentação artística e pós-

⁵⁶²HOLLAND, H. Brian. Social Semiotics in the Fair Use Analysis in *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 24, n. 2, 2011. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1706262>, p. 343. Acesso 22 out. 2016.

⁵⁶³HOLLAND, H. Brian. Social Semiotics in the Fair Use Analysis in *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 24, n. 2, 2011. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1706262>, p. 345. Acesso 22 out. 2016.

⁵⁶⁴HOLLAND, H. Brian. Social Semiotics in the Fair Use Analysis in *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 24, n. 2, 2011. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1706262>, p. 352. Acesso 22 out. 2016.

⁵⁶⁵PATTERSON, Lyman Ray. *Folson v. Marsh and its legacy* in *Journal of Intellectual Property Law*, v. 5, n. 2, 1998. Disponível em <http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/351/>, p. 451. Acesso 23 ago. 2017.

moderna⁵⁶⁶. Assim sendo, grande parte da doutrina americana entende que na atualidade o *fair use* nada acrescenta ao interesse público e apenas limita os direitos individuais de utilização das obras protegidas, para benefício patrimonial dos titulares de direitos⁵⁶⁷. O intuito da lei era feliz, mas na prática não se mostra operante para uma cultura livre pretendida⁵⁶⁸.

Assim como no direito britânico, o sistema americano não é só formado pelo *fair use*, e na secção 108 prevê outros limites atinentes a setores como bibliotecas, educação e caridade, bem como uma pela lei apartada, o DMCA. Esta mais recente legislação foi desenvolvida na urgência dos autores/titulares de direito em evitar a morte do *copyright* com o advento da Internet. Assim, foram desenvolvidas as medidas de proteção tecnológica para evitar o suposto assassinio e conferir proteção aos titulares de direitos. O DMCA regulamentou a proibição de dispositivos que violassem estas medidas de proteção tecnológica para material protegido pelo *copyright*. Todavia, esta lei não faz parte do *fair use* e não observou se o uso realizado é ou não uma violação ao *copyright*. Não muito atenta a qualquer finalidade de atendimento do interesse público, essa lei não vislumbrou a possibilidade de que os dispositivos pensados para inutilizar uma medida tecnológica de proteção poderiam possibilitar usos que o USCA considera justo, de finalidade educativa, por exemplo⁵⁶⁹, ou até mesmo a cópia privada, a título de *backup*.

Sobre a cópia para uso privado, dois marcos. A doutrina do *time-shifting* disposta no caso *Sony v. Universal* que entendeu inserida no *fair use* a gravação de vídeos feita diretamente da TV para que pudessem ser vistas pelos indivíduos noutro momento. E depois, a lei de 1992 que protegeu jurídica e tecnologicamente as gravações de som, com a imposição de um sistema de gestão de cópias em todos os aparelhos e suportes de gravação digital sonora importados ou produzidos nos EUA. Pode-se fazer uma cópia digital de primeira geração, ou seja, direto do original, mas não

⁵⁶⁶THERANIAN, John. Et Tu Fair Use? The triumph of Natural Law Copyright *in* UC Davis Law Review, v. 8, 2005, p. 37. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=486283. Acesso 02 out. 2017.

⁵⁶⁷PATTERSON, Lyman Ray. Folson v. Marsh and its legacy *in* Journal of Intellectual Property Law, v. 5, n. 2, 1998. Disponível em < http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/351/>, p. 447. Acesso 23 ago. 2017.

⁵⁶⁸LESSIG, Lawrence. *Free Culture*. New York: Penguin Group, 2004, p. 99

⁵⁶⁹LESSIG, Lawrence. *Free Culture*. New York: Penguin Group, 2004, p. 159.

se consegue fazer o mesmo com a cópia. Também proibiu qualquer dispositivo ou serviço para neutralizar o sistema implementado, de modo a permitir cópias em série⁵⁷⁰.

Apesar de ser mais flexível e mais adaptável à realidade digital, a pesquisa demonstrou que o *fair use* na prática também não se mostra adequado para atendimento do interesse público, com amplo reconhecimento doutrinário desta insuficiência.

4.2) Utilizações Livres no sistema continental europeu

Os limites também são desenvolvidos na Europa fruto das defesas contra as acusações de contrafação, com o surgimento da discussão acerca da citação⁵⁷¹. O debate era muito aguerrido na doutrina, hábito das civilizações herdeiras do sistema romanístico de Direito.

Citam-se as discussões a propósito da lei francesa pós - revolução de 1793, nas quais os parlamentares discutiram em que medida do direito de autor deveria interferir no interesse público. A decisão foi por uma lei que incluiu limites ao direito de autor concebidos para o avanço da instrução pública⁵⁷².

Neste sentido, manifestava-se também Renouard, assumido prosélito do interesse público, e apregou que assim como deve ser facultada ao autor a exploração económica da obra, tem o público a faculdade de fruir intelectualmente a obra, para sedimentar as permitidas transcrições com fins didáticos ou críticos.

A discussão da natureza já bem demonstra que o interesse público, sempre esteve presente nos círculos de discussão do direito de autor. Isto posto, a raiz dos limites na UE coincide obviamente com toda a codificação internacional do tema e o desenvolvimento primevo do *droit d'auteur*, a explosão do Século das Luzes. O ponto de internacionalização do direito de autor que eclode na CB e suas duas revisões tem lugar no continente europeu, com grande influência deste sistema e, como visto, os limites já constavam desde 1886 com grandes discussões.

Até a publicação do Livro Verde, a comunidade europeia tinha uma preocupação centrada em conciliar os direitos de autor com a livre concorrência, com a correção por

⁵⁷⁰PEREIRA, Alexandre Libório. Direito de autor, liberdade electrónica e compensação equitativa *in* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. 81. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2005, p. 84.

⁵⁷¹SANTOS, Manoel J. Pereira. As limitações aos direitos autorais *in* ASCENSÃO, José de Oliveira; SANTOS, Manoel J. Pereira; JABUR, Wilson Pinheiro (Org.). Propriedade intelectual – Direito Autoral. Série GVlaw. São Paulo. Saraiva. 2014, p. 76.

⁵⁷²TAWFIK, Myra. History in the balance: Copyright and Access to Knowledge *in* GEIST, Michael (Org.). From “Radical Extremism” to “Balanced Copyright”. Toronto: Irwin Law, 2010, p. 76.

esta via dos excessos monopolísticos e com uma visão aparentemente mais sensível ao interesse público. De 1988 em diante, a UE muda o foco para o combate à pirataria, e foi iniciada a criação de instrumentos comunitários a fim de elevar a proteção dos autores/titulares destes direitos.

E aqui, dada máxima vénia, fazemos uma pausa para a doutrina portuguesa mais recente acerca do conceito de limites no sistema continental europeu. O doutrinador Prof. Doutor Rebello prevê os limites como situações excepcionais nos quais as obras podem ser utilizadas sem a necessidade de autorização do autor e sem que ele também possa opor-se. Estariam compreendidas nesta classe as licenças obrigatórias e as utilizações livres. As limitações a que comumente dirigimo-nos seriam as utilizações livres sem contrapartida económica, enquanto as licenças dariam ensejo a esta remuneração⁵⁷³. Algumas utilizações livres também dão ensejo a esta compensação equitativa. Assim, as limitações são preceitos inseridos nas leis de direito de autor que servem para restrição do direito de explorar a obra.

Nos dizeres do Prof. Doutor Dario Vicente, a natureza jurídica destas utilizações condiz com poderes de agir que advém do princípio geral de liberdade que baseia todo o sistema de direito de autor e que na prática significa as utilizações de obras e a ficção do exclusivo⁵⁷⁴.

Mas qual a razão de ser dos limites? Eles funcionam como verdadeiras ferramentas das quais utiliza-se o poder legislativo para agir na busca do efetivo equilíbrio dos interesses, fim maior perseguido pelo Direito de Autor, diminuindo a extensão do direito do titular em razão da ordem social, com o intuito de assegurar liberdades, como a de expressão e de acesso a informação para finalidades pedagógicas e culturais.⁵⁷⁵ Desta feita, os direitos patrimoniais de autor podem sofrer limitações no tocante à utilização da obra, por razões de ordem pública⁵⁷⁶.

Por agora, registam-se os sábios dizeres do Insigne Prof. Doutor José Alberto Vieira, um limite ao direito subjetivo de autor reduz o escopo de proteção concedido, constituindo um conteúdo negativo. Essa negatividade significa a retirada de

⁵⁷³REBELLO, Luiz Francisco. *Introdução ao Direito de Autor*. Lisboa: Dom Quixote, 1994, p. 213.

⁵⁷⁴VICENTE, Dário Moura. O equilíbrio de interesses no direito de autor *in* *Direito da Sociedade da Informação*, v. IX. Lisboa: Coimbra Editora, 2011, p. 258.

⁵⁷⁵VIEIRA, José Alberto Coelho. Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado *in* *Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor*, vol. VIII. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 447.

⁵⁷⁶VIEIRA, José Alberto Coelho. *A protecção dos programas de computador pelo Direito de Autor*. Lisboa: Lex, 2005, p.636.

determinados aproveitamentos do bem que seriam comumente executados pelos titulares de direitos de autor e conexos de maneira exclusiva⁵⁷⁷.

Neste sentido, é esclarecedor o conceito de limites na UE elaborados pela *European Copyright Society*. Os limites refletem as políticas culturais, de informação e as liberdades fundamentais universais na UE e devem ser implementados uniformemente em todos os Estados membros. Em suma, os limites são os baluartes do interesse público no direito de autor continental europeu⁵⁷⁸.

Retoma-se a história mais recente europeia num movimento iniciado para a harmonização autoral, com a primeira Dir. de 14/05/1991, a 91/250/CE, relativa à proteção dos programas de computadores. À época, foi contestada a falta de legitimidade da CE⁵⁷⁹ para legislar acerca da matéria, vez que esta não constava do Tratado da CE. Realidade alterada pelo Tratado de Lisboa de 2007, que atribui a competência exclusiva a UE para legislar sobre direito de autor.⁵⁸⁰

Depois deste início, foram criadas oito diretrizes da UE para a pretendida harmonização autoral, são elas: 2009/24/CE, sobre a proteção jurídica dos programas de computador. 2006/115/CE, sobre direito de aluguer, direito de comodato e certos direitos conexos ao direito de autor. Diretriz 93/83/CE, sobre determinadas disposições em direito de autor e direitos conexos aplicáveis a radiodifusão por satélite e a retransmissão por cabo. Dir. 2011/77/CE sobre o prazo de proteção e certos direitos conexos. Dir. 96/9/CE, sobre bases de dados. Dir. 2001/29/CE sobre a harmonização de determinados aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação. Dir. 2011/84/CE, sobre o direito de sequência em benefício do autor de uma obra de arte original que seja objeto de alienações sucessivas. Dir. 2012/28/EU, relativa a determinadas utilizações permitidas de obras órfãs.

Interessante ao tema, o contexto da Dir. 2001/29/CE, desenvolvida para transposição dos Tratados da OMPI e do TRIPS, extrapolou o âmbito de ambos.

⁵⁷⁷VIEIRA, José Alberto Coelho. A posição do editor na cópia privada *in* Revista Direito Intelectual – APDI, n. 1. Coimbra: Almedina, 2014, p.154.

⁵⁷⁸General opinion on the EU Copyright Reform Package. Disponível em <<https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2015/12/ecs-opinion-on-eu-copyright-reform-def.pdf>>. Acesso 30 set. 2017.

⁵⁷⁹ “O que começou por ser uma união meramente económica evoluiu para uma organização que abrange uma vasta gama de domínios de intervenção, desde o clima, o ambiente e a saúde às relações externas e segurança e à justiça e migração. Em 1993, esta evolução refletiu-se na mudança da designação de Comunidade Económica Europeia (CEE) para União Europeia (UE).” A União Europeia. Disponível em <https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief_pt>. Acesso 08 set. 2017.

⁵⁸⁰PAIVA, João Almeida. Limites ao direito de autor: do direito de citação ao direito de acesso ao conhecimento - Dissertação de Mestrado – 2013 – Universidade Lisboa – Faculdade de Direito – p. 21.

Consagra os direitos globais de reprodução distribuição e comunicação ao público, praticamente todo o conteúdo patrimonial do direito de autor para os Estados – Membros.

Alega-se objetivo principal como o de harmonização, praxe nas legislações da UE, com uma das suas intenções principais, o estímulo à criação⁵⁸¹. Mas parece que subsistem motivos implícitos. Um deles, centralizar a competência comunitária acerca de legislações autorais, de forma a vedar os países na voz ativa em foros internacionais, vez que a UE será a porta-voz dos países. Tanto que existe a pretensão do código comunitário de direito de autor, mesmo que este ainda seja impossível. Outro objetivo funesto da Dir. foi proteger legalmente os dispositivos tecnológicos de proteção e de informação para gestão dos direitos⁵⁸², situação que particularmente toca aos limites.

Enfim, a tradição do sistema continental europeu foi mantida e a legislação comunitária fez previsão de um rol *numerus clausus* de 21 limites na Diretriz 2001/29. Entre estes, cinco são referentes a exclusivamente ao direito de reprodução na forma do art. 5 (2) e quinze atinentes aos direitos de reprodução e de comunicação ao público de acordo com o art. 5 (3). É admitida também a criação de limitações ao direito de distribuição, como prevê o art. 5 (4). Ademais, apenas uma limitação de transposição compulsória e a reprodução temporária prevista no art. 5 (1)⁵⁸³.

Restou uma difícil adaptação a era digital como característica latente da Dir., de forma a engessar as legislações nacionais. Ocorre que além desta não-obrigatoriedade de transposição da maioria absoluta dos limites, há de lembrar-se que a Dir. torna compulsória a transposição das regras que protegem a exploração económica do autor e que os Estados Membros não podem incluir outros limites além dos previstos em seus ordenamentos internos. Para qualquer alteração no texto da diretiva, o procedimento

⁵⁸¹“(2) O Conselho Europeu reunido em Corfu em 24 e 25 de Junho de 1994 salientou a necessidade de criar, a nível comunitário, um enquadramento legal geral e flexível que estimule o desenvolvimento da sociedade da informação na Europa. Tal exige, nomeadamente, um mercado interno para os novos produtos e serviços. Existe já, ou está em vias de ser aprovada, importante legislação comunitária para criar tal enquadramento regulamentar. O direito de autor e os direitos conexos desempenham um importante papel neste contexto, uma vez que protegem e estimulam o desenvolvimento e a comercialização de novos produtos e serviços, bem como a criação e a exploração do seu conteúdo criativo.”

⁵⁸²ASCENSÃO. José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais *in* ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006, p. 95.

⁵⁸³AKESTER, Patricia. *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos tratados internacionais*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 350.

comunitário muito feroz⁵⁸⁴ foi necessário. A impressão é de que se tem uma ilha de liberdade no meio de um oceano de exclusividade, ao passo que a exclusividade é a regra.

Por falar em regra, a regra dos três passos foi inserida na Dir. 2011/29/CE, no art. 5 (5)⁵⁸⁵. A estrutura então disposta é de que os Estados podem incluir em seus ordenamentos os limites que estão expressamente previstos no art. 5, desde que sejam preenchidas as condições da regra dos três passos. O rol do art. 5 é exaustivo e apesar de aparentemente enorme, dispõe apenas o inafastável, de forma restrita. Lembra-se que a regra veio a propósito apenas do direito de reprodução e generalizou-se, para abranger todos os limites.

A inserção da regra dos três passos na Dir. traz como repercussão o prestígio assumido da questão do prejuízo do autor/titular de direitos como fator mais importante, em detrimento da visão romântica da autoria. Como já foi visto, o prejuízo é o critério tido como mais importante até hoje nos atuais *fair dealing* e *fair use*, o que parece muito natural nestes sistemas sempre centrados no conteúdo patrimonial. Concebida para ser aplicável em ambos os sistemas, a regra segue uma estrutura de cláusula aberta, mas combinada com a interpretação restritiva do rol taxativo e a importância dada ao prejuízo, diminuiu sensivelmente a abrangência dos limites. Entretanto, é importante lembrar o texto da regra, que diz claramente prejuízo injustificado e não qualquer prejuízo. Exemplo disto é a cópia privada no considerando 35, um limite que era gratuito convertido em oneroso, mediante pagamento de uma compensação equitativa⁵⁸⁶. Existem estudos que negam o prejuízo da cópia privada⁵⁸⁷.

Vê-se aqui que as limitações passaram neste sistema da Dir. a sofrer restrições. Ocorre que a Europa sempre consagrou os limites de maneira taxativa e a regra que deveria funcionar apenas como crivo legislativo foi convertida em critério judicial para

⁵⁸⁴ASCENSÃO. José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais in ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006, p. 95.

⁵⁸⁵“5. As exceções e limitações contempladas nos n.os 1, 2, 3 e 4 só se aplicarão em certos casos especiais que não entrem em conflito com uma exploração normal da obra ou outro material e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito.”

⁵⁸⁶ASCENSÃO. José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais in ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006, p. 92.

⁵⁸⁷Vide o exemplo do realizado em 2014: DEPREEUW, Sari; HUBIN, Jean-Benoît. Study on the making available right and its relationship with the reproduction right in cross-border digital transmissions. Disponível em <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/studies/index_en.htm>. Acesso 17 set. 2017. E outro em 2011: KRETSCHMER, Martin. Private Copying and Fair Compensation. Disponível em <<http://www.ipo.gov.uk/proipresearch/ipresearch-year/ipresearch-year-2011.htm>>. Acesso em 05 de out. 2015.

reafirmação da legalidade de um limite⁵⁸⁸, sob a roupagem de um limite adicional aos limites dispostos taxativamente⁵⁸⁹.

Deste rol *numerus clausus* dos limites nos sistemas de *droit d'auteur*, sempre foi deduzida uma necessária interpretação restritiva, mas há aqui de recordar-se novamente que o direito de autor deve atender a interesses da comunidade. Assim, a doutrina moderna pugna por uma interpretação extensiva, em nome da função social deste direito⁵⁹⁰. O TJUE estipula que a interpretação dos limites deve ser objeto de interpretação estrita, entretanto, esta metodologia parece não ter impedido o tribunal de proferir algumas decisões com interpretação ampla das limitações⁵⁹¹.

Como exposto anteriormente não há uma Jurisprudência uniforme do TJUE. Citam-se alguns casos.

Sobre o único limite obrigatório, qual seja, a reprodução temporária e o já citado acórdão *Infopaq*⁵⁹². No parágrafo 55 desta decisão de 2009, a interpretação do art. 5 (1) é referida pelo TJUE como de interpretação restrita, tendo em vista que para que um ato seja enquadrado neste limite deve preencher os cinco requisitos cumulativos, o não cumprimento de um deles faz com que seja necessário de consentimento do autor/titular de direitos. Ademais, no parágrafo 58 é sublinhada a necessidade de que, para além dos cinco requisitos, o ato ainda deve ser submetido a regra dos três passos. Como já foi referido, o direito de reprodução conceituado neste julgado é amplíssimo e culmina com a definição da reprodução temporária com parâmetros tão altos de alcance que mais parece um limite sem muita eficiência.

Em 2010, nos autos do processo C-467/08, o acórdão *Padawan*⁵⁹³. Neste caso, o TJUE foi explícito ao sopesar interesses na busca pelo justo equilíbrio. Asseverou que um sistema de compensação equitativa decorrente da cópia privada só podia ser tido como equilibrado se os equipamentos, aparelhos e suportes utilizados fossem efetivamente destinados a cópia privada, pois só dessa forma seria possível verificar o

⁵⁸⁸BESSA, Tiago Emanuel Castanheira. Ensaio sobre a cópia privada de obras protegidas por Direito de Autor – Dissertação de Mestrado – 2013 – Universidade Lisboa – Faculdade de Direito – p. 243.

⁵⁸⁹TRABUCO, Cláudia. *O Direito de Reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 495.

⁵⁹⁰TRABUCO, Cláudia. *O Direito de Reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 468.

⁵⁹¹SILVA, Nuno S.; RENDAS, Tito. *Direito de Autor nos Tribunais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 264.

⁵⁹²Acórdão *Infopaq* C – 5/08 disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72482&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=609696>. Acesso 02 jul. 2017.

⁵⁹³Acórdão *Padawan* C – 467/08 disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62008CJ0467&from=EN>>. Acesso 23 fev. 2015.

prejuízo ao titular de direito de autor. Não havia como presumir o prejuízo por entender que todos os cd's fabricados seriam para reproduções para uso privado.

Ainda sobre a cópia privada, seu ponto de intersecção com as medidas tecnológicas de proteção. Nos autos do processo C- 457/11⁵⁹⁴, o acórdão *VG Wort*, o TJUE foi questionado se a adoção destes dispositivos nos aparelhos impressores pessoais comercializados pelas empresas Kyocera, Epson, Xerox e Canon, na forma do artigo 6 da Dir., afastaria o pagamento de compensação equitativa, na subsunção do artigo 5, (2), b. A *decisum* de 2013 dispôs que inobstante as medidas, terá incidência a compensação equitativa. Ou seja, mesmo que sejam impossibilitadas ou limitadas as reproduções pelas medidas de proteção tecnológica, ainda assim tem-se que pagar compensação equitativa? Em miúdos, o dispositivo tecnológico pode impedir a reprodução e mesmo assim gerar pagamento da compensação, mesmo que ela não tenha sido realizada.

Já em 05/03/2015, o caso *Copydan Båndkopi*⁵⁹⁵ houve uma mudança do entendimento do TJUE em relação ao *Padawan*. Nos autos do processo C – 463/12, no parágrafo 25, o TJUE entende que apesar de um dispositivo servir para muitos outros fins que não sejam a reprodução de obras, poderá incidir compensação equitativa, desde que este dispositivo possua o potencial de copiar para uso privado. Não se fala mais em interesses equilibrados ou em efetivo uso do dispositivo para finalidade de cópia privada como averiguação de prejuízo real e justificado.

Relativamente recente, o acórdão de 16/11/2016, nos autos do processo C – 301/15⁵⁹⁶, os autores *Soulier et Doke* lograram êxito em seu pleito de anulação de uma lei francesa que permitia a reprodução digital de obras tidas como indisponíveis. O TJUE inicia a resposta às questões prejudiciais em defesa da proteção dada aos autores como a mais ampla possível e chega a ser explícito ao dizer no parágrafo 34 que cada exceção ou limite integra um rol taxativo. Já no parágrafo 46, há manifestação de que a Dir. não iria se opor a regulamentação nacional que tenha por um objetivo a exploração

⁵⁹⁴Acórdão *VG Wort* C- 457/11 disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=medidas%2Bde%2Bprote%25C3%25A7%25C3%25A3o%2Btecnol%25C3%25B3gica&docid=138854&pageIndex=0&doclang=pt&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=784213#ctx1>>. Acesso 12 ago. 2016.

⁵⁹⁵Acórdão *Copydan Båndkopi* C – 463/12 disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=162691&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=296841>>. Acesso 18 set. 2017.

⁵⁹⁶Acórdão *Soulier et Doke* C - 301/15 disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=185423&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=141480>>. Acesso 17 set. 2017.

digital de livros indisponíveis no interesse cultural dos consumidores e da sociedade no seu conjunto, numa clara alusão ao interesse público. Mas ainda no mesmo parágrafo retrocede, de forma que o atendimento deste interesse não pode justificar uma derrogação não prevista pelo legislador da União à proteção assegurada aos autores na Dir. Outra interpretação por deveras restritiva.

Por fim, um derradeiro acórdão, nos autos do processo C- 527/15⁵⁹⁷ proferido em 26 de abril deste ano para pôr fim a cronologia. No caso em comento, a entidade de gestão coletiva *Stichting Brein* propõe ação em face da empresa *J. F. Wullems* para que esta suspenda a venda de leitores multimédias que contenham aplicações que remetem especificamente para *sites* na Internet nos quais as obras protegidas são colocadas à disposição sem autorização dos autores/titulares dos direitos de forma a possibilitar os detentores dos leitores multimédia assistirem, por exemplo, filmes por *streaming*, sem *download*. A entidade afirma que esta seria uma violação ao direito de comunicação ao público. Em sede de defesa ainda no Tribunal de origem, a empresa arguiu que o *streaming* a partir de um site que não possui autorização para disponibilizar as obras protegidas, ou seja, uma fonte ilícita, é uma situação que afeta a uma exceção na lei holandesa e suscetível de interpretação na forma do art. 5 (1) da Dir., uma utilização legítima posto que é reprodução temporária.

Assim, em sede de questões prejudiciais, pergunta-se se o ato de assistir um filme por *streaming* nestes sites é lícito e cabível no limite de reprodução temporária. Neste caso, ao parágrafo 69 o TJUE levou em consideração o conteúdo da publicidade feita ao leitor multimédia em causa, tendo em vista que o chamariz era a pré-instalação das aplicações complementares que direcionavam para os sites com obras protegidas. Com espeque nesta propaganda, considerou que os compradores dos leitores objetivam assistir gratuitamente obras protegidas sem a autorização dos autores/titulares. Assim, no parágrafo 70 evidenciou que as obras obtidas através de *streaming*, disponibilizadas sem autorização dos autores ou titulares, não se enquadram na exceção do art. 5 (1), pela possibilidade de prejudicar a exploração normal de tais obras e causar um prejuízo injustificado aos interesses legítimos dos titulares dos direitos.

Estes excertos de decisões numa sequência cronológica transparecem a impossibilidade de conceber uma orientação jurisprudencial acerca dos direitos de autor

⁵⁹⁷Acórdão *Stichting C – 527/15* disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62015CJ0527&qid=1505834806969&from=EN>>. Acesso 19 set. 2017.

ou dos limites no TJUE, como também concluiu o já mencionado estudo datado de 2015⁵⁹⁸. Entretanto, de 2015 para cá a sensação é de uma tendência de prestígio ao *enforcement* e conseqüentemente interpretação restritiva dos limites. A Dir. tal como foi concebida, apesar de objetivar estímulo a criação, possibilita interpretações estreitíssimas, de forma a ser criado um sistema de limites muito severo no qual pouco observa-se na prática a efetivação direito de autor no atendimento do interesse público.

Verificada a situação no nível comunitário, um panorama do sistema português, o CDADC, numa postura interessante, adaptou a quase totalidade dos limites aos direitos de reprodução e comunicação ao público permitidos pela Dir. elencados num rol *numerus clausus* no art. 75.º, n. 2, sem menção a nenhuma limitação para fins de caricatura, paródia ou pastiche⁵⁹⁹. De qualquer forma, apesar do sistema rígido, a Dir. teve efeito ampliativo na legislação portuguesa, ao passo que foram implementados limites que não constavam antes⁶⁰⁰.

Sem pecar pelo excesso, traz-se mais alguma doutrina portuguesa acerca dos limites, voltada especificamente para o ordenamento nacional. Nos dizeres do eminente Prof. Doutor Canotilho, o direito de autor é direito fundamental e humano e esta condição implica na análise das limitações a este direito, que neste contexto deve ser feita numa acurada ponderação legislativa convencional entre os interesses dispostos. Conceitua as utilizações livres como as situações nas quais o autor é proibido de proibir certos usos da sua obra. Logo, o autor de certo modo perde legalmente o direito exclusivo em certas situações, “despojado” de seu direito fundamental. Desta forma, tendo em vista que as limitações são restrições violentas, limitações de dimensões jurídico subjetivas do direito fundamental de autor e devem obrigatoriamente obedecer aos ditames dos princípios constitucionais restritivos das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, princípio da proporcionalidade e da igualdade⁶⁰¹. Isto posto, defende a interpretação restritiva do rol dos limites na legislação portuguesa.

⁵⁹⁸FAVALE, Marcella; KRETSCHMER, Martin; TORREMANS, Paul. Is There a EU Copyright Jurisprudence? An Empirical Analysis of the Workings of the European Court of Justice *in* Modern Law Review n. 79, 2016. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2643699>, p. 26. Acesso em 03 ago. 2017.

⁵⁹⁹VICENTE, Dário Moura. O equilíbrio de interesses no direito de autor *in* Direito da Sociedade da Informação, v. IX. Lisboa: Coimbra Editora, 2011, p. 254.

⁶⁰⁰ASCENSÃO, José de Oliveira. Questões críticas do Direito da Internet *in* PRONER, Carol. WACHOWICZ, Marcos (Org.). Inclusão Tecnológica e Direito à Cultura – Movimentos rumo à Sociedade Democrática do Desenvolvimento. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 43.

⁶⁰¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Liberdade e Exclusivo na Constituição *in* Direito Industrial, v. IV. Coimbra: Almedina, 2005, p.63.

Diferente pensa o Prof. Doutor Dario que, apesar de considerar o direito de autor direito fundamental, percebe as limitações como reflexos de direitos fundamentais tais quais a liberdade de expressão e informação, de forma que inexisteria uma hierarquia entre os limites e o direito de autor, com a viabilidade apenas de um sistema equilibrado de interesses⁶⁰², cujo resultado pretendido é a necessidade de ordem didática e cultural na Sociedade⁶⁰³.

Mais pertinente com o raciocínio deste estudo, tendo em vistas as conclusões tiradas acerca do direito de autor como garantia institucional na CRP, esclarece-se definitivamente que os limites presentes no CDADC delimitam intrinsecamente o conteúdo patrimonial de autor a fim de equilibrar interesses públicos relacionados a cultura *lato sensu* e a justa remuneração do autor⁶⁰⁴.

Conceitos colocados, trata-se da transposição da regra dos três passos no art. 75.º, n. 4 do CDADC, sem inserção do primeiro passo, a previsão dos certos casos especiais. Tal omissão dá maior liberdade as limitações, tendo em vista que os tribunais portugueses não ficam obrigados a examinar caso a caso se cada uso não consentido corresponde a tal especialidade⁶⁰⁵.

Quanto aos outros dois passos, a doutrina percebe que a questão do prejuízo injustificado e do prejuízo a exploração normal da obra não são claramente definidas, mas trazem a ideia de que os usos patrimoniais da obra são resguardados aos autores. Assim as utilizações livres estão colocadas fora da alçada do autor, entretanto, não podem afetar qualitativa ou quantitativamente o desfrute patrimonial da sua obra⁶⁰⁶.

Regista-se com louvor outro mérito do CDADC, o art. 75.º n. 5 com o carácter injuntivo dos limites, realizado por meio de vedação explícita de cláusulas contratuais que possam eliminar ou impedir o exercício dos beneficiários das utilizações livres anteriormente dispostas⁶⁰⁷, com manifesta preocupação em atender o interesse público.

⁶⁰²VICENTE, Dário Moura. O equilíbrio de interesses no direito de autor *in* Direito da Sociedade da Informação, v. IX. Lisboa: Coimbra Editora, 2011, p. 265.

⁶⁰³REBELLO, Luiz Francisco. *Introdução ao Direito de Autor*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 213.

⁶⁰⁴ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil. Direito de autor e direitos conexos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 216.

⁶⁰⁵VICENTE, Dário Moura. O equilíbrio de interesses no direito de autor *in* Direito da Sociedade da Informação, v. IX. Lisboa: Coimbra Editora, 2011, p. 262.

⁶⁰⁶MELLO, Alberto de Sá. *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 231.

⁶⁰⁷ASCENSÃO, José de Oliveira. Questões críticas do Direito da Internet *in* PRONER, Carol. WACHOWICZ, Marcos (Org.). *Inclusão Tecnológica e Direito à Cultura – Movimentos rumo à Sociedade Democrática do Desenvolvimento*. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 45.

Aqui complementa-se o conceito dos limites no ordenamento lusitano. Resta claro que os limites são regras injuntivas, ao passo que devem ser aplicadas independentemente do consentimento do autor/titular de direitos⁶⁰⁸, imposição ao sujeito detentor do direito que abandone sua vontade para que seja atendido o interesse público. A importância do caráter injuntivo é que, atribuído aos limites, reconhece-os com a natureza jurídica de direitos subjetivos, protegidos e oponíveis⁶⁰⁹.

Na prática, a legislação portuguesa efetivou o disposto no art. 6 (4) da Dir. que permite aos Estados tomar as medidas adequadas para assegurar que os titulares de direitos deixem a disposição dos beneficiários os meios para que estes possam valer-se dos limites a qual fazem jus. Neste sentido foi o art. 221/1 do CDADC, com a previsão de que os titulares devem depositar as chaves ou outros meios que possibilitem o acesso à obra no IGAC quando forem utilizadas medidas tecnológicas de proteção. Assim, os beneficiários poderiam possibilitar tal acesso.

Entretanto, na prática, apresentam-se algumas situações que mostram a ineficiência prática deste sistema. A impossibilidade de obrigar que todos os sites da internet que tenham obras protegidas no seu conteúdo depositem as chaves no IGAC, por exemplo. Não há qualquer possibilidade de controlo ou forma de compelir. Outro exemplo, comprar um DVD de um filme que possui medidas tecnológicas de proteção para evitar cópias. O proprietário do DVD deseja apenas realizar uma cópia para uso privado, para assistir com os amigos numa viagem e deseja evitar a perda do seu original. Essa pessoa teria de ir pessoalmente ao IGAC. E aqui surge mais um obstáculo, caso, por algum motivo, mesmo a chave tendo sido depositada, o IGAC se negue a permitir o acesso. O litígio advindo dessa negativa é de competência da Comissão de Mediação e Arbitragem criada pela Lei n. 83/2001 e desta decisão ainda cabe recurso ao Tribunal da Relação, com efeito devolutivo. Com certeza essa pessoa desistiria de usufruir da sua utilização livre, seja pelo valor de um processo judicial, seja pelo tempo empreendido para um uso que não ultrapassaria as duas horas. Apesar da tentativa, a prática não se mostra realmente observadora do interesse público⁶¹⁰.

⁶⁰⁸ASCENSÃO. *O direito – Introdução e teoria geral uma perspectiva luso – brasileira*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 506.

⁶⁰⁹Em sentido contrário, quem acredite que ante a impossibilidade dos beneficiários em pleitear perante juízo a efetivação de um limite, o mesmo não pode ser direito subjetivo no direito português. Vide VICENTE, Dário Moura. O equilíbrio de interesses no direito de autor *in* *Direito da Sociedade da Informação*, v. IX. Lisboa: Coimbra Editora, 2011, p. 258.

⁶¹⁰ASCENSÃO, José de Oliveira. Questões críticas do Direito da Internet *in* PRONER, Carol. WACHOWICZ, Marcos (Org.). *Inclusão Tecnológica e Direito à Cultura – Movimentos rumo à Sociedade Democrática do Desenvolvimento*. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 52.

Algumas limitações sobressaem aos olhos por sua atualidade: a reprodução que constitua parte integrante de um processo tecnológico, a utilização para fins de informação, a utilização por bibliotecas públicas ou para fins de ensino e educação, a liberdade de citação, a cópia privada, a inclusão das obras órfãs e a utilização de obras de arquitetura e escultura feitas para serem mantidas permanentemente em lugares públicos⁶¹¹.

A reprodução temporária disposta no art. 75, n. 1 não se trata de uma limitação efetiva, ao passo que apenas define a gravação temporária sem fins lucrativos na memória RAM de um computador pessoal é etapa de uma outra faculdade, qual seja, a colocação a disposição do público e por isto não requer consentimento do autor/titular.

As utilizações livres para fins de informação ao público são inúmeras e encontram-se dispostas no art. 75, n. 2, alíneas b, c, d, e m, dão ensejo ao recebimento de remuneração equitativa e necessidade de indicação de autoria, sempre que possível. Incluem a reprodução e a comunicação ao público para fins de palestras, conferências, discursos em extratos ou resumos. São permitidas as seleções de artigos para revistas de imprensa, bem como a fixação, reprodução e comunicação ao público de trechos de obras literárias ou artísticas para relatos de atualidades. Por fim, também são livres as reproduções, comunicações ao público e colocações a disposição de artigos, discussões económicas, religiosas ou políticas de obras radiodifundidas se não tiver sido expressamente reservada, neste caso, sem remuneração equitativa⁶¹².

No que concerne às bibliotecas e arquivos públicos, acervos, centros de documentação e instituições de ensino e pesquisa científica, o art. 75, n. 2, e, a reprodução das obras protegidas é livre para atividades internas e sem finalidades financeiras. Esta limitação é apenas para manutenção dos acervos. Já no art. 81, trata da limitação para fins científicos ou humanitários, que autoriza a reprodução sem consentimento do autor quando a obra não estiver disponível no comércio ou inacessível a consulta pública.

O art. 75, n. 2, f autoriza a reprodução parcial com fins de educação e ensino, sem fins lucrativos, ou seja, não podem ser comercializadas tais cópias. Logo, não são facultadas cópias integrais aos discentes, em observância a regra dos três passos. Na alínea h, também de finalidade educacional, a possibilidade de inclusão em manual

⁶¹¹MELLO, Alberto de Sá. *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 232.

⁶¹²MELLO, Alberto de Sá. *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 234.

escolar de partes de apresentação *power point*, fragmentos ou peças curtas de obras alheias. Essa limitação no âmbito analógico dá ensejo a recebimento de compensação equitativa e implica na indicação de autoria sempre que possível⁶¹³.

A faculdade de citação no art. 75, n. 2, alínea g pretende assegurar a licitude de inserção de excertos ou resumos de obras alheias de qualquer tipo para apoio das próprias doutrinas e finalidades de críticas, discussão ou ensino, na medida necessária para o objetivo que se pretende atingir. A vontade legislativa é de propiciar o debate intelectual que de facto necessita sempre referenciar, sem que isto seja violação de direitos de autor ou titulares. A citação deve indicar, sempre que possível, a autoria e identificação suficiente da obra, no caso das obras literárias. Entretanto, a lei veda a citação que seja extensa o suficiente para prejudicar o interesse pela obra citada, vez que tal conduta lesaria a exclusividade de exploração económica da obra no art. 76, n. 2⁶¹⁴.

A cópia privada é o grande problema das utilizações livres no sistema continental europeu. A tecnologia deu ensejo a dois tipos de cópia privada, o analógico e o digital. Esta divisão foi respeitada pelo sistema português, com a reprografia na primeira parte do art. 75.º, n. 2, a e a digital na segunda parte do mesmo artigo.

É conceituada como um limite intrínseco que autoriza a reprodução de obras e prestações protegidas para fins exclusivamente privados, sem o consentimento dos titulares de direitos e sem fim lucrativo, para satisfazer necessidades pessoais do utilizador⁶¹⁵. Diferente pensa o Insigne Doutor Ascensão, que é enfático ao dizer que qualquer utilização da obra para fins privados não se trata de uma limitação ao direito de autor, seria mesmo exterior à proteção⁶¹⁶ e no mesmo sentido o Prof. Doutor Leitão⁶¹⁷. Para fins deste estudo, na orientação do Prof. Doutor José Alberto Vieira, considera-se a cópia privada um verdadeiro limite⁶¹⁸.

Importa-nos a reforma empenhada no sistema da cópia privada em 2015, muitíssimo criticada, foi até objeto de veto presidencial detalhado. O projeto da Lei n.º

⁶¹³MELLO, Alberto de Sá. *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 235.

⁶¹⁴LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 248.

⁶¹⁵BESSA, Tiago Emanuel Castanheira. Ensaio sobre a cópia privada de obras protegidas por Direito de Autor – Dissertação de Mestrado – 2013 – Universidade Lisboa – Faculdade de Direito – p. 111.

⁶¹⁶ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e Direito Intelectual - *in* Direitos de Autor e Direitos Fundamentais. Manoel J. Pereira dos Santos (Org.). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 22.

⁶¹⁷LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2011, p.161.

⁶¹⁸VIEIRA, José Alberto. A cópia privada e seu regime de compensação *in* Revista Direito Intelectual – APDI, n. 2. Coimbra: Almedina, 2016, p. 53.

49/2015 de 05/06/2015⁶¹⁹ dizia que a mesma foi concebida para "*reforçar o legítimo interesse dos diversos titulares de direitos abrangidos pelo regime normalmente designado por 'cópia privada'*"⁶²⁰. Já aqui, ressalta-se que a reforma de uma limitação ao direito de autor foi reformada para beneficiar o autor.

Diferentemente da situação do Reino Unido, a lei portuguesa não trouxe nenhum estudo prévio como embasamento para a comprovação do prejuízo efetivo gerado pela cópia privada. Todos os aparelhos dotados por um potencial "copiador" foram taxados, como por exemplo, o cartão de memória para a máquina fotográfica digital. Usado comumente para salvar as próprias fotos tiradas pela pessoa, taxado de acordo com a tabela constante do Anexo I da nova Lei⁶²¹. Um sistema que não se importa se o usuário irá ou não realizar cópia privada.

Neste ponto, há de observar-se a Espanha e a postura do TJUE. Na sequência do Caso *Padawan*, a Espanha reformou o sistema da cópia privada, com a promulgação dos Reais Decretos-Leis de números 20/2011⁶²² e 1889/2011⁶²³. Estas legislações extinguiram a cobrança de compensação equitativa assente em taxas sobre equipamentos e suportes. O governo espanhol calculou o máximo de compensação para o exercício do ano de 2012 em 5 milhões de euros⁶²⁴, sob muitas reclamações das entidades de gestão coletiva. Tal escolha espanhola foi baseada em estimativas de cópias realizadas, preços médios de vendas e impactos nas vendas de obras originais.

Posteriormente, já em 2012, o Real Decreto 1657/2012. O seu art. 3.º determinou que o montante de compensação equitativa por cópia privada naquele país será determinado, dentro dos limites orçamentais estabelecidos para cada exercício, por Despacho do Ministro de Educação, Cultura e Desporto. Desta feita, numa inovação, o resultado deste prejuízo seria pago pelo Orçamento do Estado, no montante entendido cabível pelo Ministro da Cultura, tendo em vista que toda a sociedade seria responsável

⁶¹⁹Projeto disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?tabela=leis&nid=2359&pagina=1&ficha=1>. Acesso 22 set. 2017.

⁶²⁰Informação disponível em <http://www.jn.pt/PaginaInicial/Cultura/Interior.aspx?content_id=2275694>. Acesso 05 out. 2015.

⁶²¹"ANEXO I - (a que se refere o n.º 4 do artigo 3.º da Lei n.º 62/98) – Tabela da Compensação Equitativa
1) Cartões de memória — € 0,016 por cada GB de capacidade de armazenamento ou fração, com o limite de € 7,5;".

⁶²²Real Decreto disponível em <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Fiscal/rdl20-2011.htm>. Acesso 20 jul. 2017.

⁶²³Real Decreto disponível em <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-20652>>. Acesso 20 jul. 2017.

⁶²⁴Informação disponível em <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Fiscal/516623-orden-ecd-2128-2013-de-14-nov-cuantia-de-compensacion-equitativa-por-copia.html>. Acesso 24 jul. 2015.

pela contribuição para aplacar o prejuízo suportado pelos autores, em razão do exercício do direito à informação.

Inconformadas as entidades de gestão coletiva propuseram ação para anulação desta Lei, sob a alegação de incompatibilidade com o art. 5, n. 2, alínea b da Dir. por duas razões. A primeira seria que o referido artigo exige que o valor da compensação equitativa deveria ser pago pelos indivíduos que deram causa ao prejuízo gerado aos autores/titulares de direito. A segunda, seria o facto de que esta regulamentação não garante o carácter equitativo da referida compensação. As leis foram mantidas no Tribunal nacional.

Foi então remetido ao TJUE, para resposta das questões prejudiciais pautadas nas alegações das entidades. Assim, o acórdão *EGEDA*⁶²⁵, o TJUE ressaltou que o conceito de compensação equitativa é atinente ao direito da UE entre outros fatores. Por fim, em resposta as questões prejudiciais, no parágrafo 39, com o entendimento de que o pagamento pelo orçamento geral atinge a totalidade dos contribuintes, inclusive pessoas coletivas. Depreendeu assim que o sistema desenvolvido em concreto não garante que apenas os utilizadores das cópias privadas suportam o custo da compensação equitativa e portanto, não está conforme a Dir.

Duas maneiras diferentes de transformar a cópia privada numa “plena faculdade patrimonial”. Se a lei portuguesa taxa tudo e todos independentemente de a compensação equitativa derivar efetivamente da realização de uma cópia privada, o TJUE, por outro lado, entende como inapropriada uma legislação que não garante que os efetivos beneficiários da cópia privada que suportam o custo da compensação equitativa, bem como se o prejuízo é efetivamente ressarcido. Dois exemplos de como a cópia privada tem sido interpretada apenas na esfera do prejuízo sempre em benefício dos autores/titulares. O limite da cópia privada, de qualquer forma, tal e qual concebido no direito comunitário ou na legislação portuguesa, não está a servir de jeito e maneira ao interesse público, tendo em vista que a prioridade aqui é a compensação equitativa.

Cita-se também a liberdade de panorama em transposição do art. 5, n. 3, alínea h da Dir. 2001/29. Presente no art. 75.º, 2 do CDADC, trata-se de um limite a tutela do direito de autor quando a obra de arquitetura ou escultura é concebida para ser localizada permanentemente em logradouro público. Logo, é lícita a utilização de tais

⁶²⁵Acórdão *Egeda* C 470/14 disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=179784&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=816453>. Acesso 20 jul. 2017.

obras. Crítica a transposição do texto da legislação comunitária a legislação portuguesa é condizente com a previsão apenas para esculturas e obras arquitetônicas, quando também se vê azulejos e outros tipos de obras em logradouro público⁶²⁶.

Atenção também a recente transposição da Dir. 2012/ 28 UE, inclusão da reprodução e colocação a disposição do público livre das obras órfãs. Entende-se por obras órfãs aquelas que nenhum dos titulares de direitos estão identificados, ou mesmo que os titulares estejam identificados, não foram encontrados após pesquisa diligente. De acordo com o CDADC, art. 75, n. 2, alínea u. nestas condições, dado o consentimento inviável, a liberdade de uso destas obras por bibliotecas, estabelecimentos de ensino e museus, arquivos, instituições responsáveis por patrimónios cinematográficos, organizações de radiodifusão de serviço público. Tudo isto só é autorizado para finalidades de interesse público. Vale dizer que na forma do art. 26 – B, 1, 2 e 3 os titulares antes não encontrados, podem reclamar seus direitos e fazer jus a compensação equitativa pelas utilizações realizadas, cujo valor será calculado com base na natureza não comercial e nas finalidades de interesse público prosseguidas⁶²⁷. Esta novidade parece ser louvável e homenagear o interesse público, principalmente na questão das bibliotecas digitais.

Ainda na esfera dos limites intrínsecos, merece registo o sistema de licenças. Obrigatórias, legais ou compulsivas, elas implicam na derrogação do exclusivo do autor de autorizar ou proibir a utilização da obra por terceiros. O Autor perde o direito de consentir a utilização, em compensação recebe um direito a remuneração⁶²⁸.

As licenças legais, dispostas na própria lei a permissão de utilização, como por exemplo no art. 144, n. 2; art. 71 e art. 70 n.3. Já nas obrigatórias, o consentimento do autor é exigido, mas caso ele se negue, pode ser substituído por suprimento judicial ou administrativo. É o que ocorre nos art. 52 e 53, com a reedição de obra esgotada. No que tange a autorização judicial, nos termos do art. 53, deve ser solicitada por processo de suprimento de consentimento disposto no art. 1425 e seguintes do CPC⁶²⁹.

Acerca da nomenclatura licença legal, parece contraditória na realidade portuguesa, porque parece mesmo um limite, tendo em vista que o direito é mantido,

⁶²⁶SANCHES, Murillo Costa. Um atentado sem limites ao Direito de Autor em Portugal. Disponível em <https://www.albuquerque-associados.pt/xms/files/Publicacoes_old/Murillo_Costa_Sanches_-_Liberdade_de_Panorama_-1-.pdf>, p. 21. Acesso 25 out. 2017.

⁶²⁷MELLO, Alberto de Sá. *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 236.

⁶²⁸REBELLO, Luiz Francisco. *Introdução ao Direito de Autor*. Lisboa: Dom Quixote, 1994, p. 218.

⁶²⁹LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 167.

mas um interessado pode praticar aquele ato, na forma da Lei. Logo, no CDADC parece não haver diferença entre limite e licença legal, vez que ambas podem ou não ser remuneradas⁶³⁰.

Enfim, as percepções deste estudo relatam uma situação europeia e também portuguesa de insuficiência dos limites. A cópia privada é o limite que mais risco corre, tendo em vista os dispositivos tecnológicos que beiram impedi-la e a compensação equitativa, cobrada independentemente da sua realização. Os limites em geral ainda sofrem todos com a limitação adicional da regra dos três passos. O interesse público, cada vez mais longe, dá ensejo ao direito de autor em benefício único dos titulares de direito de autor, seja nos posicionamentos do TJUE, seja no reflexo da legislação comunitária num ordenamento nacional tal qual o exemplificado português.

4.3) Limites, a situação brasileira

Até aqui, foi vista a importância do estudo dos alicerces do direito do autor nos dois sistemas e sua localização atual no direito brasileiro, tracejo elaborado para chegarmos aos limites. As limitações nos dois sistemas são historicamente vistas como secundárias. Primeiro veio o direito de autor em ambos os sistemas. Os limites nasceram da necessidade casuística, como teses de defesa e sem regulação. A adequação da natureza jurídica mostrou-se de inafastável importância. Em conformidade com esta, o tratamento dos limites é diferenciado. De número limitado ou flexível.

Apesar do belo discurso da eterna busca pelo equilíbrio entre o direito de autor e o fomento ao conhecimento, quando suscitados os limites, o assunto muda de foco e o cerne parece migrar para a proteção única e exclusiva do autor, baluarte constante para o aprimoramento do escopo do exclusivo, quando tem-se noção de que esta não é a verdade absoluta.

Isto posto, chega-se a um breve histórico tupiniquim. A Lei Medeiros e Albuquerque de n.º 496 de 1898, além de ser a primeira lei específica brasileira de direitos autorais é também a responsável pela estreia da previsão acerca das limitações ao direito de autor no Brasil.

O rol do art. 22 da referida Lei muito assemelha-se ao presente art. 46 na atual LDA. A técnica utilizada era a mesma, com os incisos a determinar quais condutas

⁶³⁰MELLO, Alberto de Sá. *Manual de Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 218. Vide também ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 214.

podem ser praticadas sem autorização e não serão consideradas contrafações. O interesse público era latente para fins de educação e liberdade de expressão⁶³¹.

A *posteriori*, o CC de 1916 manteve a previsão das limitações, de acordo com o art. 666. A grande inovação constava do inciso VI, com uma espécie de direito a cópia privada, a permissão para uma cópia manuscrita⁶³², desde que não se destinasse a venda.

Mais adiante, a Lei 5988/73, sob a égide da Constituição brasileira de 1967, muito intervencionista por conta da ditadura militar vigente. O Presidente General Ernesto Garrastazu Médici, sob o *slogan* “Brasil, ame-o ou deixe-o”, foi o responsável por sancionar tal Lei, inclusive com política de censura intensa no campo das artes e das manifestações.

Na contramão da total falta de liberdade do país à época, relativamente louvável foi a Lei 5.988/73 quando incluiu a previsão da possibilidade de reprodução da obra na íntegra de exemplar único, desde que o objetivo não fosse obter lucro. Tal e qual os países mais desenvolvidos, a previsão legal de ao menos uma cópia privada deixava claro o objetivo legislativo de preservar a esfera do uso privado ao indivíduo, vez que a vida privada reside completamente fora do círculo de exclusividade reservado ao autor⁶³³.

Finda a ditadura militar, uma nova ordem constitucional é instaurada, com a promulgação da CRFB em 1988 e a proteção do exclusivo do autor na forma do art. 5.º, incisos XXVII e XXVIII, com alusão apenas ao conteúdo patrimonial.

A doutrina brasileira, ainda que tarde, segue um movimento chamado socialização do direito, surgido entre as duas grandes guerras, com o acréscimo de novos ramos do direito privado e público, a criação de microssistemas, entre eles, a LDA. Assim, a maior parte da doutrina entende que não há mais a dicotomia público-privado, e é fundamental e suficiente analisar os problemas práticos que surgem numa interpretação constitucional⁶³⁴.

Esta menção apenas a porção pecuniária é resolvida pela doutrina com fulcro no inciso XXVII, tida como a referência a proteção do direito do autor, *stricto sensu*,

⁶³¹MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função Social da Propriedade Intelectual: compartilhamento de arquivos e Direitos Autorais na CF/88 - Dissertação de Mestrado – 2007 – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Faculdade de Direito*, p. 289.

⁶³²Uma provável alusão ao art. 68 da Lei Autoral italiana de 1941, vide BRANCO, Sergio. *Direitos autorais na internet e uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 83.

⁶³³BRANCO, Sergio. *Direitos autorais na internet e uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 82.

⁶³⁴BRANCO, Sergio; PARANAGUÁ, Pedro. *Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 74.

⁶³⁴AFONSO, Otavio. *Direitos Autorais: conceitos essenciais*. Barueri, Manole, 2009, p. 20.

explícito ao qualificar tal direito como um exclusivo e, assim sendo, uma espécie de monopólio concedido para a exploração económica da obra, sujeito aos limites e todos os condicionamentos constitucionais⁶³⁵.

E aqui permite-se algum contexto da repercussão da internacionalização do direito de autor na LDA. Na década de 80, dois entendimentos acerca dos direitos intelectuais emergem nas interpretações distintas entre países subdesenvolvidos e países mais ricos. O primeiro condizente com a ideia de que os bens intelectuais deveriam ser públicos e universais indispensáveis para promover o desenvolvimento económico e social da humanidade, a bandeira levantada pelos países subdesenvolvidos, obviamente ansiosos pelo acesso ao conhecimento. Por outro lado, a compreensão da propriedade intelectual como um bem privado que precisa ser protegido, posicionamento dos países mais ricos⁶³⁶, desejosos de lucros maiores. Neste viés maximalista defendido pelos países mais desenvolvidos, foram elaborados TRIPS e os tratados da OMPI.

Acerca dos tratados da OMPI, os países ricos e integrantes da indústria cultural como detentores de direitos de autor viram a oportunidade de expandir os parâmetros mínimos de proteção dispostos em TRIPS, de obter vantagens comerciais ao modificar questões formais ou técnicas. Com os países em desenvolvimento um tanto quanto inseguros, surge a Proposta da Argentina e do Brasil para o estabelecimento de uma agenda de desenvolvimento para o OMPI. A proposta foi recebida com grande excitação e foi recebida pelos países mais ricos com maus olhos. Entre os pontos da proposta, destaca-se a importância dada ao interesse público, com a afirmativa da observação de limites que devam ser preservados nos países em desenvolvimento em virtude da sua condição, bem como a convocação da OMPI na observância destes fatores⁶³⁷. A proposta não foi aprovada e por um lado, os países em desenvolvimento elevaram ainda mais o nível de proteção dos direitos de autor, tais ferramentas para responder às suas necessidades culturais.

Assim, o Brasil não aderiu aos Tratados da OMPI, apesar de ter participado ativamente das negociações. Segundo consta, a postura adotada seria uma estratégia para manter o patamar de proteção de TRIPS, afastando-se dos tratados que os

⁶³⁵ BARBOSA, Denis Borges. Bases constitucionais da Propriedade Intelectual. Disponível em <<http://www.nbb.com.br/pub/propriedade13.pdf>>, p. 147. Acesso 25 jan. 2017.

⁶³⁶ PRONER, Carol. *Propriedade Intelectual. Para outra ordem jurídica possível*. São Paulo: 2007, Cortez, p. 40

⁶³⁷ SOUZA, Roberto Castelo Branco. TRIPS na Organização Mundial da Propriedade Intelectual in *Economia Política Internacional: Análise Estratégica*, n. 5, 2005. Disponível em <<http://www.eco.unicamp.br/docprod/downarq.php?id=76&tp=a>>, p. 30. Acesso 23 jul. 2017.

excedam, conhecidos também como TRIPS – *plus*⁶³⁸. Entretanto, como já referido anteriormente, há quem entenda que a LDA muito incorporou dos Tratados da OMPI.

A regra dos três passos foi incorporada em TRIPS, com a já referida expansão, no art. 9, n. 2. Obviamente, todas as limitações previstas na legislação brasileira deverão ser conformadas com a regra dos três passos.

Isto posto, a CB e TRIPS são os norteadores de interpretação e aplicação dos limites no Brasil, de modo que a lei nacional deve conformar-se a estes dois principais tratados. A CB foi transposta para o Brasil pelo Decreto n. 75.699/1975 e o TRIPS pelo Decreto n. 1.355/1994. Tem-se o regime jurídico brasileiro central de direito de autor completo com o acréscimo dos instrumentos nacionais, a CRFB e a LDA.

A grande consagração da teoria proprietária no Brasil assevera os limites ao direito de autor fundamentados no art. 5.º, XXIII da CRFB, que prevê a função social da propriedade. O legislador infraconstitucional então só delimitaria o exclusivo dos autores com base na teoria da função social constitucionalmente prevista⁶³⁹. Já nos referimos ao conceito de propriedade constitucional amplo que abarca todos os direitos patrimoniais, inclusive a porção patrimonial do direito de autor, mesmo que não o consideremos proprietária. Desta feita, inequívoca é a aplicação da função social da propriedade ao direito de autor, sendo um dos fundamentos para elaboração dos limites.

Há de destacar-se que a doutrina avança e hoje os limites ao direito de autor encontram embasamento constitucional pleno nos artigos 215 e 216 da CRFB, relacionados aos três princípios fundamentais para o desenvolvimento social do país e a vida contemporânea: informação, cultura e educação. Tais artigos traduzem o interesse público que deve ser atendido pelo direito de autor como um exclusivo tolerável, bem como os seus limites.

Sobre a LDA e seu desenvolvimento, temos alguns factos. Entre o PL 5430/90 e a publicação da LDA em 1998, houve um lapso temporal de quase uma década, justamente num tempo líquido. Nada é para durar, muito menos a tecnologia que se supera a todo o instante. Tudo faz-se e desfaz-se com imensa facilidade. Desta feita,

⁶³⁸AFONSO, Otavio. *Direitos Autorais: conceitos essenciais*. Barueri, Manole, 2009, p. 151.

⁶³⁹BRANCO, Sergio. *Direitos autorais na internet e uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 64.

nasce envolvida em polémicas, vista por muitos como defasada desde a sua promulgação, posto que é inadequada a realidade tecnológica⁶⁴⁰.

Ainda na esfera da PL, o art. 49 da PL, atual 46 da LDA, com a grande perda da cópia privada⁶⁴¹. Entre as emendas propostas, a fatídica n.º 19, aprovada pelos seus próprios fundamentos e sem discussões na última sessão plenária da Câmara dos Deputados, num intervalo de apenas 95 dias entre a proposição da emenda, sua aprovação e a promulgação da Lei (06/12/1997 a 20/02/1998). Aqui jaz a parca reprodução de exemplar único para uso privado no Brasil, num reflexo de extrema ignorância do Legislativo acerca do tema⁶⁴².

Durante os vinte e cinco anos de vigência da Lei 5988/73, copiar a saudosa fita cassete para um amigo ou fotocopiar um livro para pesquisa académica foram atividades lícitas no Brasil. Entretanto, fruto das pressões externas e sedento por investimentos, na homenagem a tendência maximalista da propriedade intelectual, este limite foi completamente excluído. O resultado foi a implantação da LDA flagrantemente redutora de limites e a vitória da corrente que preza pela maximização do direito de autor⁶⁴³, com constante reforço e ampliação do seu escopo.

A historicidade das limitações no Brasil chega a sua era atual, a LDA vigente. Sem prestígio, é conhecida como a lei que na ânsia de tudo proibir, mistura as lógicas dos sistemas e nada proíbe⁶⁴⁴.

Como era de se esperar, já em 2007 surgiu grande movimento para a revisão da lei de direito autoral no Brasil. O MINC promoveu um movimento de reforma profunda até 2010, com debates intensos e consulta pública *online*, na esteira da disponibilização da consulta pública também para o Marco Civil da Internet⁶⁴⁵. Foram mais de 8 mil comentários contributivos para uma redação final de um projeto de lei que seria revisto

⁶⁴⁰WACHOWICZ, Marcos. A revisão da lei autoral, principais alterações, debates e motivações *in* Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição, v. 8, 2015. Disponível em <<http://pidcc.com.br/artigos/082015/21082015.pdf>>, p. 2. Acesso 22 jul. 2016.

⁶⁴¹Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD11DEZ1997.pdf#page=138>>. Acesso 24 set. 2017.

⁶⁴²LEONE, Elisa Gremen Mimary. O direito de acesso à cultura como escusa legítima para a reprodução não autorizada de obra esgotada - Dissertação de Mestrado – 2016 – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Faculdade de Direito, p. 11.

⁶⁴³MAGRANI, Bruno. Função Social do Direito de Autor: análise crítica e alternativas conciliatórias *in* PRETTO, Nelson de Luca; SILVEIRA, Sergio Amadeu (Org.). Além das Redes de Colaboração. Internet, Diversidade Cultural e tecnologias do Poder. Salvador: EDUFBA, 2008, p. 159.

⁶⁴⁴POLI, Leonardo Macedo. *Direito autoral – Parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 76.

⁶⁴⁵Lei n.º 12.965/2014 disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso 23 set. 2017.

por outro Ministério para posterior procedimento legislativo padrão, com a apreciação do Congresso Nacional.

Todavia, a eleição da Presidenta Dilma Rousseff alterou o quadro do MINC e a nova gestão reabriu as discussões em 2011, sem muita transparência. Daí para frente, só um avanço, a reforma do regime das entidades de gestão coletiva por meio da já mencionada Lei n.º 12.853/2013. O projeto final de reforma da LDA nunca foi remetido ao Congresso Nacional⁶⁴⁶. Uma lástima, tendo em vista que a última versão após consulta pública aumentava sensivelmente os limites de 8 para 18, numa demonstração verosímil de que o interesse público era perscrutado, num tom de conciliação⁶⁴⁷.

Dito isto, a LDA segue vigente e faz-se imprescindível uma primeira observação quanto a regra dos três passos. Há quem entenda que a regra dos três passos foi introduzida no art. 46, VIII da LDA⁶⁴⁸, cuja redação duvidosa merece ser transcrita:

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.

A semelhança com os dois passos da regra é óbvia. Mas sim, a redação aparenta ter adaptado o texto apenas para as obras de artes plásticas e há quem assim o entenda na doutrina⁶⁴⁹. Na realidade, parece que o artigo foi infeliz numa tentativa de inclusão da regra, de forma que o Brasil não teria transposto para o seu sistema⁶⁵⁰ e provavelmente esteja a infringir obrigações internacionais assumidas que dão ensejo a punições comerciais no âmbito da OMC.

⁶⁴⁶BRANCO, Sergio. Por que o Brasil precisa de uma nova lei de direitos autorais? Disponível em <<https://feed.itsrio.org/porqu%C3%AA-o-brasil-precisa-de-uma-nova-lei-de-direitos-autorais-dfdeb54a17ba>>. Acesso 25 set. 2017.

⁶⁴⁷ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e Direito Intelectual - in Direitos de Autor e Direitos Fundamentais. Manoel J. Pereira dos Santos (Org.). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 26.

⁶⁴⁸BASSO, Maristela. Exceções e limitações aos direitos do autor e a observância da regra dos três passos in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 102, 2007. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67766/70374>>, p. 500. Acesso 23 out. 2017.

⁶⁴⁹SOUSA, Marcos Rogério. Nem tanto ao mar nem tanto a terra: “regra dos três passos” e as limitações aos direitos autorais in Revista Jurídica ESMP, v. 3, 2013. Disponível em <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/download/82/46>, p. 220. Acesso 25 jul. 2017.

⁶⁵⁰Neste sentido, o Prof. Doutor Ascensão manifesta-se ao destacar a importância fulcral da introdução da regra no direito brasileiro, mesmo que limitada só aos dois últimos passos. ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e Direito Intelectual - in SANTOS, Manoel J. Pereira (Org.) Direitos de Autor e Direitos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27.

Relevam alguns detalhes. Ainda que fosse considerada como transposição da regra para o ordenamento brasileiro, foi omitido o primeiro passo, logo, como na lei portuguesa, também os tribunais brasileiros não estariam obrigados a analisar os casos especiais *in concreto*. Apesar do TRIPS ter avançado a regra para todas principais faculdades patrimoniais, o legislador brasileiro na lei específica só o fez em relação ao direito de reprodução como era na CB.

Num esclarecimento acerca da situação da regra dos três passos no ordenamento brasileiro, a Prof.^a Doutora Maristela Basso propõe uma visão à luz da doutrina norte-americana da interpretação consistente, que tal teste deve servir como espécie de norteador a ser empregado pelo operador, intérprete ou aplicador da LDA no caso concreto⁶⁵¹. Atenção que tal proposta não aborda a regra como um crivo legislativo. Assim também posição do Prof. Doutor Adolfo, que tenciona a regra dos três passos a funcionar como um ventilador do ordenamento jurídico, uma espécie de crivo para examinar no caso concreto os limites concebidos, corroboram com a lógica do sistema do direito de autor⁶⁵². E nesta lógica, precedente do STJ no RESP 1320007 / SE que inclusive cita esta interpretação para afastar a alegação de violação da regra dos três passos⁶⁵³.

Isto posto, faz-se a conceituação doutrinária neste país.

O Prof. Doutor Ascensão define as limitações ao direito de autor como os baluartes do interesse público no contexto brasileiro, verdadeiros soldados da liberdade que merecem preservação de acordo com os interesses superiores coletivos. Entretanto alerta: a LDA não tem a menor sensibilidade ao atendimento do interesse público⁶⁵⁴.

A Prof.^a Doutora Eliane define os limites como as verdadeiras barreiras ao absolutismo indevido de direitos privados, para que nunca se perca a finalidade de interesse público⁶⁵⁵.

⁶⁵¹BASSO, Maristela. Exceções e limitações aos direitos do autor e a observância da regra dos três passos *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 102, 2007. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67766/70374>>, p. 500. Acesso 23 out. 2017.

⁶⁵²ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas benefícios coletivos: a dimensão pública do Direito Autoral na Sociedade da Informação*. Porto Alegre: Safe, 2008, p. 238.

⁶⁵³Recurso Especial n.º 1320007 disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1216562&n_um_registro=201200822344&data=20130909&formato=PDF>. Acesso 25 set. 2017

⁶⁵⁴ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e Direito Intelectual - *in* Direitos de Autor e Direitos Fundamentais. Manoel J. Pereira dos Santos (Org.). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 26.

⁶⁵⁵ABRÃO, Eliane Y. Conhecimento, pesquisa, cultura e os direitos autorais *in* ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). *Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 167.

Entendem os professores Branco e Paranaguá que as limitações guardam em comum o uso não comercial e o caráter informativo, educacional e social, com a ressalva dos incisos III e VIII, que permitem a exploração comercial da obra nova em que se inserem trechos de obra preexistente⁶⁵⁶.

Já Otávio Afonso percebe as limitações como a efetivação do reconhecimento dos legítimos interesses dos usuários de utilizar em certa medida as obras protegidas sem a necessidade de autorização. Esclarece que interesse público pode variar de país para país e que pode compreender a proteção dos direitos fundamentais dos usuários, a livre circulação da informação e a difusão de conhecimentos⁶⁵⁷.

Consta então da LDA o capítulo chamado “Das Limitações aos Direitos Autorais”, composto por três artigos, com a previsão de treze hipóteses em que as obras podem ser usadas independentemente de autorização prévia. Em suma, o art. 46 sem qualquer técnica legislativa notável enumera os casos em que o uso de obra de outrem não configura violação aos direitos autorais. O art. 47 trata das paráfrases e paródias e o art. 48 das obras situadas permanentemente em logradouros públicos. Os ideais partilhados em todos os artigos são o uso não comercial da obra, o caráter informativo, bem como os objetivos educacionais e sociais⁶⁵⁸.

O art. 46 traz a colação o dogma da taxatividade. Durante muito tempo a grande maioria da doutrina posicionou-se pela interpretação taxativa desse rol em consonância com a filiação ao sistema continental europeu⁶⁵⁹.

Todavia, o Prof. Doutor Ascensão inaugura corrente de vanguarda acerca da hermenêutica jurídica dos limites ao direito de autor. Desenvolve o entendimento de que a legislação brasileira não se proclama taxativa em relação aos limites em nenhum momento. Verifica ainda que não existe qualquer previsão de que a restrição ao direito de autor será somente por força de lei. Portanto, conclui pela aplicabilidade de todos os princípios gerais da analogia na determinação dos limites admissíveis⁶⁶⁰. A hermenêutica deixa de ser restritiva, e compreende que o rol dos limites deve ser dinâmico, exemplificativo, em observância aos clamores para suprimimento das

⁶⁵⁶BRANCO, Sergio; PARANAGUÁ, Pedro. *Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 74.

⁶⁵⁷AFONSO, Otavio. *Direitos Autorais: conceitos essenciais*. Barueri, Manole, 2009, p. 54.

⁶⁵⁸BRANCO, Sergio. *Direitos autorais na internet e uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 66.

⁶⁵⁹SOUZA, Allan Rocha de. *Função social dos direitos autorais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 271.

⁶⁶⁰ASCENSÃO. José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais in ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). *Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 91.

necessidades culturais e contemporâneas que estão previstos na CRFB e ignoradas na LDA⁶⁶¹. Esta passa a ser a orientação aparentemente dominante e seguida por muitos como o Prof. Doutor Luiz Adolfo, o Prof. Doutor Leonardo Poli⁶⁶² e o Prof. Doutor Allan Souza⁶⁶³.

Não restam dúvidas de que esta é a interpretação mais correta ante a avareza da LDA. Neste sentido já asseverou a jurisprudência do STJ iniciada no supracitado RESP n.º 964404. O caso envolve uma entidade religiosa que por realizar uma sonorização ambiente é cobrada, como se esta exploração atingisse o direito patrimonial do autor. O STJ entende que a cobrança do ECAD é indevida. O Ministro manifesta-se claramente pela interpretação extensiva, vez que os artigos 46, 47 e 48 da LDA não podem ser considerados a totalidade dos limites existentes, que significam a proteção de direitos e garantias fundamentais frente ao direito de autor. O Desembargador ainda examina a situação perante a regra dos três passos, conferindo maior importância assumidamente aos passos 2 e 3, atinentes a exploração econômica da obra e o prejuízo injustificado dos interesses do autor⁶⁶⁴.

Contextualiza-se que essa interpretação é decorrente de uma aproximação do direito brasileiro como um todo de recursos normativos típicos dos países *de common law*. Na esfera do direito processual civil, por exemplo, citam-se as cláusulas gerais, como a boa-fé subjetiva e a onerosidade excessiva, que tem conteúdo exato definido na Jurisprudência. De relevância ainda maior, as Súmulas Vinculantes exaradas pelos Tribunais como reflexão da mudança de postura cultural⁶⁶⁵.

Nesta toada enquadra-se ainda mais o direito de autor após a interpretação extensiva do rol dos limites. Pacífico parece ser este microsistema específico, apesar de manter a tradição civilista, caminha para um sistema misto com cláusula geral em

⁶⁶¹SOUZA, Allan Rocha de. *Função social dos direitos autorais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 273.

⁶⁶²POLI, Leonardo Macedo. *Direito autoral – Parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 81.

⁶⁶³ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas benefícios coletivos: a dimensão pública do Direito Autoral na Sociedade da Informação*. Porto Alegre: Safe, 2008, p. 280.

⁶⁶⁴Recurso Especial n.º 964404 Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12856614&num_registro=200701444505&data=20110523&tipo=51&formato=PDF>. Acesso 09 out. 2016.

⁶⁶⁵VASCONCELOS, Cláudio Lins de. *As limitações, o fair use e a guinada utilitarista do direito autoral brasileiro in Direito Privado e Internet*. Rio de Janeiro: Atlas, 2014, p.493.

complemento dos elencados limites⁶⁶⁶, numa franca aproximação do sistema anglo-saxão, apelidada de guinada utilitarista⁶⁶⁷.

Apesar deste facto positivo da hermenêutica extensiva, os limites no Brasil, diferentemente de Portugal, não têm carácter injuntivo. Portanto, estão disponíveis aos usuários tal e qual liberdades que podem ou não ser exercidas. Os beneficiários não podem pleitear perante o Judiciário seu exercício. Além disso, podem ser contratualmente afastados, sujeitos a vontade da autonomia privada. Só não acontece dessa forma se outros princípios sobrepuserem-se, como a ordem pública e os bons costumes⁶⁶⁸.

Passa-se a uma sucinta observação de cada limitação presente na LDA. O rol do art. 46 com seus 8 incisos, suscita os seguintes entendimentos⁶⁶⁹:

- D) Aqui listam-se limites relativos ao direito de reprodução, divididos em quatro alíneas.
 - A) Dispõe a livre reprodução das notícias diárias pela imprensa, sem especificar, o que nos leva a crer que estão incluídos também a radiodifusão e a Internet. Incluem-se artigos de atualidade, de conteúdo económico, político e religioso, sempre com a menção da autoria e órgão publicador. A intenção tem que se fazer informar. Limite ligado a liberdade de informação e ao direito de acesso à informação.
 - B) Aplicável aos discursos em reuniões públicas veiculados na imprensa diária ou periódica, quando considerados verdadeiras obras orais, suficientemente distintas e inspiradoras. Pertinente.
 - C) A reprodução de retratos, efígies ou outras formas de imagem, sob encomenda, pelo proprietário do objeto encomendado e que não haja oposição do retratado ou representado ou herdeiros. Parece tratar-se de mais do que uma limitação ao direito de autor, ao passo que trata

⁶⁶⁶ASCENSÃO, José de Oliveira. Questões críticas do Direito da Internet *in* PRONER, Carol. WACHOWICZ, Marcos (Org.). Inclusão Tecnológica e Direito à Cultura – Movimentos rumo à Sociedade Democrática do Desenvolvimento. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 44.

⁶⁶⁷VASCONCELOS, Cláudio Lins de. As limitações, o *fair use* e a guinada utilitarista do direito autoral brasileiro *in* Direito Privado e Internet. Rio de Janeiro: Atlas, 2014, p.483.

⁶⁶⁸ASCENSÃO, José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais *in* ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006, p. 101.

⁶⁶⁹Sobre o art. 46, alíneas e incisos ver as páginas 315 a 329 da obra FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito Autoral da Antiguidade a Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

da imagem de alguém. Frisa-se que a figura do autor desaparece, sem qualquer influência no destino da obra.

D) Este limite é o de mais importante finalidade, com a reprodução em qualquer suporte material de obras para deficientes visuais, sem fins comerciais em braile ou outro sistema adequado. A grande crítica é não observar os deficientes auditivos, sem qualquernexo. Aqui é importante registrar a recente adesão do Brasil ao Tratado de Marraquexe e a urgência de reforma deste inciso.

- II) O grande desastre da lei brasileira já tratado. A reprodução para uso privado só pode ser realizada em pequenos trechos da obra. O assassinio da cópia privada. A maior diminuição dos limites. O interessante aqui é pensar num paralelo com os outros sistemas. No Reino Unido a cópia privada foi suspensa por falta de comprovação do prejuízo, em observância a regra dos três passos, recentemente. Não se discutiu nem a licitude de uma cópia integral para uso privado, mas sim se a falta de previsão de compensação equitativa era viável. Na Europa em geral a cópia privada existe, mediante a compensação equitativa, numa clara invasão do uso privado, mas, ao menos, sem extinguir completamente. No Brasil o limite foi excluído.
- III) Este inciso viabiliza a citação para fins de crítica, estudos ou polémicas na justa medida ao fim que se pretende atingir. Também é um artigo criticado e sem efeito, porque o art. 33 da LDA proíbe a reprodução da obra para comentários, anotações ou melhorias, ou seja, não faz sentido. Não se sabe se é possível citar pequenos trechos ou reproduzir as obras. A técnica legislativa não parece nem ter observado a diferença entre citação e reprodução, sem contar que limita o direito de citar, criticar ou comentar, em atentado a liberdade de expressão.
- IV) Permite a compilação de lições em aulas pelos alunos, mas veda sua publicação sem a autorização do autor. Sem problemas e justo parece ser esse limite, tendo em vista a possibilidade de aproveitamento do trabalho do professor em aula a ser compilado e utilizado para fins comerciais.

- V) Este inciso é para a demonstração de obras à clientela desde que o estabelecimento comercialize o suporte ou equipamento que permita a sua utilização. O importante é interpretar a demonstração a clientela como um elemento para convencimento do cliente, que diante do demonstrado na TV ou no aparelho de som, fica mais propensa a comprar. Também não enseja grandes discussões dada a especificidade da exigência para o estabelecimento. Logo, todo e qualquer estabelecimento que não venda suportes ou aparelhos, não poderá se valer dessa limitação.
- VI) As faculdades de representação teatral ou execução musical livres no ambiente familiar ou em estabelecimentos de ensino para fins didáticos sem intuito de lucro. Finalidade de ensino e espécie de uso privado, plenamente justificáveis.
- VII) A óbvia livre utilização de obras em instrução processual quando as mesmas estiverem envolvidas no litígio, tal e qual nos casos de plágio, por exemplo.
- VIII) Por fim neste inciso, a faculdade universal de citação, o legislador recorreu novamente ao conceito incerto de pequenos trechos. Sobre a inclusão da regra dos três passos já manifestamo-nos, bem como acerca das obras plásticas. A redação é confusa novamente, vez que o texto de lei fala em reprodução. Não se enquadra citação de obra musical em outra obra musical, por exemplo. Outro dos grandes problemas da limitação.

Sobre o art. 47, as paródias e paráfrases são consideradas livres desde que não reproduzam a obra ou desmereçam-na. Esclarece a doutrina que a liberdade de parodiar também tem íntima ligação com a liberdade de expressão, tendo em vista que em regra trata de uma crítica divertida. A crítica é sobre a questão da vedação ao descrédito da obra, que abre espaço para qualquer autor alegar tal facto para coibir a paródia e tornar ineficiente a liberdade. A caricatura estaria incluída, mas pode ter a divulgação proibida com base no art. 20.

O art. 48 dá liberdade de representação por qualquer meio de todas as obras sitas permanentemente em logradouros públicos. Uma espécie de liberdade de panorama tal e qual no sistema português, sem a restrição apenas a obras de escultura ou arquitetônicas.

Sobre as licenças, muito não há o que se falar. Licenças podem também ser legais ou compulsórias, numa lógica bem parecida com a portuguesa. Não são reconhecidas licenças compulsórias. No que diz respeito a licença legal, tal e qual Portugal, mas parece desnecessária a terminologia e separação, dada a afinidade com os limites⁶⁷⁰.

Ainda sobre as pessoas com necessidades especiais, regista-se importante avanço na adequação dos limites para propiciar o acesso à cultura de pessoas com deficiência, com a ratificação e entrada em vigor do Tratado de Marraquexe, que complementa a Convenção da ONU dos Direitos da Pessoa com Deficiência. Releva o art. 30 do Tratado da ONU dos Direitos da Pessoa que cria a obrigação estatal de disponibilizar bens culturais em formatos acessíveis para todas as pessoas portadoras de qualquer deficiência⁶⁷¹.

Optou-se aqui por comentar a íntegra dos três artigos que compõem o sistema de limitações do direito de autor no Brasil e não foi em vão. Por quê? Para demonstrar a completa insuficiência das previsões legais para adaptação a todas as situações fáticas que mereceriam sua aplicação, constituindo uma das legislações mais rígidas⁶⁷² e inoperantes do mundo.

Como já citado no decorrer deste estudo, o PL 5430/90 demonstra que assuntos foram misturados e outros nem sequer discutidos. A confusão sempre foi tanta que foram inseridas no rol de limitações algumas situações que na verdade ampliam a abrangência do direito de autor, como as menções ao uso privado, todas restritivas⁶⁷³. A tal da ininteligível expressão pequenos trechos, totalmente imprecisa e assassina da cópia privada integral.

É inevitável fazer alguma comparação. Optou-se em não pormenorizar os sistemas anteriormente estudados propositalmente. As principais preocupações repetidas de acordo com as linhas gerais dos três países tratados: educação, crítica e afins para debate intelectual, paródias e afins, manutenção de acervos de bibliotecas e museus e a cópia privada.

⁶⁷⁰ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 258.

⁶⁷¹FAIRBANKS, Alexandre de Serpa Pinto; SOUZA, Allan Rocha de. A função social da propriedade e do contrato e a inclusão cultural das pessoas com deficiência *in* WACHOWICZ, Marcos (Org.). Estudos de Direito de Autor e Interesse Público - Anais X CODAIP – X Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2016, p. 195.

⁶⁷²O último estudo encontrado colocava o Brasil como a 5.ª pior lei de direito de autor no mundo em 2012. Disponível em <<https://idec.org.br/em-acao/em-foco/brasil-e-5-colocado-entre-os-piores-regimes-de-direitos-autorais-do-mundo>>. Acesso 26 set. 2017.

⁶⁷³POLI, Leonardo Macedo. *Direito autorial – Parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 69.

Na abordagem item a item no Brasil observam-se algumas ausências. As finalidades educacionais são preteridas. Autorizar o apanhado de lições não parece nem necessário. A única menção efetiva ao ensino é vista na possibilidade das representações teatrais ou execuções musicais nos estabelecimentos de ensino. A citação para fins de crítica restou prejudicada como visto acima, não se sabe se é possível ou não, dado o texto legislativo. O direito de parodiar pode ser limitado quando trata-se de caricatura. Não se vê qualquer menção aos museus e bibliotecas. A cópia privada integral não existe.

Também não existe qualquer previsão acerca das obras órfãs. O legislador não se preocupou sequer em implementar todas as flexibilidades previstas em tratados internacionais⁶⁷⁴. Regista-se também a ausência de um limite que trate das obras esgotadas. Relembra-se o caso do falecido doutrinador Nelson Hungria que deixou obras de extrema relevância para o estudo do Direito Penal no Brasil. Seus herdeiros negam-se a autorizar novas edições⁶⁷⁵.

A insuficiência de previsões é agravada pela disposição do art. 107 da LDA com repressão aos atos de supressão ou alteração de dispositivos tecnológicos ou de informação sobre os direitos, bem como a comercialização de exemplares em que esses dispositivos foram suprimidos ou alterados. Não há qualquer previsão de hipótese na qual o beneficiário de um limite possa neutralizar os dispositivos, como o já mencionado procedimento português. Também não se vê solução qualquer, tendo em vista que a LDA não confere caráter injuntivo às utilizações livres.

Difícil não é concluir o quão sofrível é o sistema tupiniquim, estipulado num mínimo esdrúxulo, sem qualquer preocupação real de fomento à cultura. Uma legislação repressiva que por certo nem é desejada pelo autor comum, que vê sua capacidade de inspiração também cerceada.

A doutrina sempre falou em não-funcionamento dos limites no Brasil, seja pela já superada interpretação restritiva do rol, seja pela soberania do autor ou pelo poder absoluto dado a propriedade desde sempre⁶⁷⁶. Mas o estudo ora empenhado vê mais que um mau funcionamento, vê uma inexistência. Ao pensar nos limites dispostos, faltam

⁶⁷⁴PARANAGUÁ, Pedro. Direitos Autorais, novas tecnologias e acesso ao conhecimento *in* PRETTO, Nelson de Luca; SILVEIRA, Sergio Amadeu (Org.). Além das Redes de Colaboração. Internet, Diversidade Cultural e tecnologias do Poder. Salvador: EDUFBA, 2008, p. 126.

⁶⁷⁵MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. Função Social da Propriedade Intelectual: compartilhamento de arquivos e Direitos Autorais na CF/88 - Dissertação de Mestrado – 2007 – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Faculdade de Direito, p. 329.

⁶⁷⁶ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas benefícios coletivos: a dimensão pública do Direito Autoral na Sociedade da Informação*. Porto Alegre: SafE, 2008, p.312.

muitos para chegar a um mínimo razoável de observação do interesse público, sem contar a falta de adaptação na era digital.

Volta-se a falar da completa anacronização da LDA. Neste âmbito, arrisca-se dizer que no que concerne às utilizações livres, mais que anacrônica, a situação é paradoxal. Em primeiro lugar porque nenhum ramo do direito privado passou por tantas coisas em decorrência da tecnologia acelerada e nenhum permaneceu tão imutável a essa influência⁶⁷⁷. Em segundo lugar, porque os limites elaborados já para aquele distante ano de 1990 do PL já eram parcos. Observadas as outras leis estrangeiras aqui citadas, com alguma cautela lógica ante algumas reformas, todas sempre, desde sua concepção, observaram limites para educação e ensino, por exemplo. O direito de autor parou no Brasil. A única reforma feita diz respeito às entidades de gestão coletiva e seus abusos.

E sim, se a situação já era ruim antes do advento da sociedade da informação, imagine agora, onde as obras estão na rede. Felizmente a doutrina movimentou-se e restou evidente que não há como homenagear as teorias tradicionais de que as limitações tais quais estão positivadas seriam suficientes⁶⁷⁸.

Resultado, no conteúdo patrimonial do direito de autor a conclusão foi óbvia: os direitos patrimoniais funcionam como paladinos da política crescente de fortificação dos direitos da propriedade intelectual. A política adotada pela indústria cultural dos países desenvolvidos é difundida ao redor do mundo como certa. Tal política, traduzida na costumeira reprodução acrítica brasileira, concebeu a LDA, criadora de um direito de autor intransponível. Com intensa regulação, faculta a capitalização da informação em níveis obscenos. De tanto sonegar, a LDA é pouco observada na sociedade, com a cópia privada integral no ambiente universitário, por exemplo, feita sem qualquer controle ou até compensação equitativa. O prejuízo é geral: Autores, Titulares e Sociedade.

Este sistema de limites é um dos agravantes na efetivação de direitos fundamentais como os de acesso à informação, à educação, à cultura, grosso modo, ao conhecimento em geral. Ocorre que nos países pobres como o Brasil, os preços de livros, CDs e DVDs e peças de teatro, por exemplo, são exorbitantes. O resultado é o exclusivo de exploração econômica como um elemento de exclusão da população

⁶⁷⁷LEWICI, Bruno. A Historicidade do Direito Autoral *in* ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006, p. 287.

⁶⁷⁸ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas benefícios coletivos: a dimensão pública do Direito Autoral na Sociedade da Informação*. Porto Alegre: SafE, 2008, p. 276.

menos abastada, ignorada pelo governo, invisível e sem acesso ao conhecimento mínimo⁶⁷⁹.

5) Equilíbrio de interesses: busca incessante.

O fortalecimento do direito de autor como um fim em si mesmo ainda é propagado e remete diretamente ao desenvolvimento tecnológico, económico e social dos países desenvolvidos que protegeriam com excelência tais matérias. A justificativa invocada para defender a ampliação da proteção é a alegada relação de causalidade entre a proteção e a atração de investimentos, principalmente para os países em desenvolvimento. Neste discurso, sente-se falta de qualquer preocupação com a cultura e da educação⁶⁸⁰.

Por outro lado, apesar da teoria apresentar-nos os limites ao direito de autor como meios de efetivação do interesse público para o equilíbrio, a realidade é que os

⁶⁷⁹PARANAGUÁ, Pedro. Direitos Autorais, novas tecnologias e acesso ao conhecimento *in* PRETTO, Nelson de Luca; SILVEIRA, Sergio Amadeu (Org.). Além das Redes de Colaboração. Internet, Diversidade Cultural e tecnologias do Poder. Salvador: EDUFBA, 2008, p. 126.

⁶⁸⁰GEIGER, Cristophe. O Direito de Autor como um direito ao acesso garantindo a participação cultural por meio da proteção dos interesses dos criadores *in* Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição, v. 9, n. 2, 2015. Disponível em <<http://pidcc.com.br/br/component/content/article/2-uncategorised/196-o-direito-de-autor-como-um-direito-ao-acesso-garantindo-a-participacao-cultural-por-meio-da-protecao-dos-interesses-dos-criadores>>, p. 4. Acesso 22 jul. 2016.

limites têm sido considerados exceções de menor relevância⁶⁸¹, suprimidos e ignorados, sobretudo nos países em desenvolvimento, vide o exemplo brasileiro.

Resta evidente que ambos os sistemas têm seus lados positivos e negativos. Ponto comum entre eles? O afastamento do interesse público. Apesar do ressurgimento do interesse público e da popularidade de conceitos como o abuso do direito e a função social na Constituição de Weimar com a instauração da era dos direitos sociais, o direito de autor especificamente permaneceu na involução, sob a influência dos *lobbies* das indústrias culturais⁶⁸², defensoras óbvias da proteção e atração dos investimentos.

O mais famoso exemplo de *lobby*, o da *Disney* com o *Mickey*, e a prorrogação do prazo de proteção nos EUA por mais 20 anos e aprisionamento de inúmeras outras obras⁶⁸³. Na Europa também o *lobby* sempre foi presente, seja no Reino Unido para evitar a expansão de limites, seja na preocupação incessante europeia e brasileira com a pirataria.

Logo, todo o estudo empenhado até aqui leva a crer que a doutrina em geral não vê em nenhum dos dois centros culturais e económicos do mundo sistema de proteção de direito de autor que atenda satisfatoriamente ao interesse público. O equilíbrio de interesses segue como luz no fim do túnel.

Na percepção do quão longínquo a luz do equilíbrio permanece, os movimentos em busca de solução proliferaram. Pode-se dizer em linhas gerais que o surgimento do movimento A2K é o marco histórico. Entre os anos 50 e 60, nasce este movimento pelo acesso ao conhecimento criado por ativistas que o definem como a busca de um acesso mais igualitário a cultura e a educação. Desfruta hoje de amplitude global e estável, formado por grupos da sociedade civil, indivíduos e organizações internacionais que buscam defender o pleno acesso ao conhecimento relacionado à garantia de direitos fundamentais como o acesso à educação e cultura, liberdade e justiça económica. O

⁶⁸¹AGUIAR, Marcus Pinto. FILHO, Francisco Humberto Cunha. Limitações ao direito de autor na sociedade informacional. Disponível em <[https://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiM55DmYXXAhVBOBQKHRPdBjwQFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.publicadireito.com.br%2Fartigos%2F%3Fcod%3D5b69b9cb83065d40&usq=AOvVaw0SeLBw4Fi_cKV-1Odbjx92](https://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiM55DmYXXAhVBOBQKHRPdBjwQFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.publicadireito.com.br%2Fartigos%2F%3Fcod%3D5b69b9cb83065d40&usq=AOvVaw0SeLBw4Fi_cKV-1Odbjx92>)>, p. 9. Acesso 22 jun. 2017.

⁶⁸²ASCENSÃO. José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais *in* ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006, p. 87.

⁶⁸³BRANCO, Sergio. *Direitos autorais na internet e uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 60.

movimento é ativo no Brasil, sob a coordenação de profissionais vinculados à Fundação Getúlio Vargas⁶⁸⁴.

Em tempos mais recentes, o objetivo principal deste movimento é a compatibilização dos interesses dos autores/ titulares de direito com os dos defensores do acesso ao conhecimento nos moldes supramencionados. Neste sentido em 2008 o movimento apresentou no âmbito da OMPI um Tratado sobre o Acesso ao Conhecimento, como uma das recomendações integrantes da Agenda para o Desenvolvimento.

A iniciativa da Agenda foi liderada pelo Brasil, e entende pela reforma do sistema de direitos intelectuais como um todo, a ser procedida pela produção de tratados multilaterais. Estudos promovidos pela OMPI reafirmaram a condição decadente dos limites nos países em desenvolvimento, o que justifica a participação ativa do Brasil. Aprovada pelo Comité da OMPI e apoiada por académicos em todo o mundo. O primeiro movimento pela implementação é o Tratado de Marraquexe para proteção dos interesses das pessoas com deficiência visual⁶⁸⁵.

O Tratado sobre o Acesso ao conhecimento prioriza as limitações aos direitos de patentes e de direito de autor. No que diz respeito às limitações ao direito de autor, prevê um art. 3, n. 1, alínea a, direcionado para o uso da obra nos fins educacionais. Mas chamam a atenção as outras alíneas do mesmo artigo. A alínea b, por exemplo, que dispõe que tais usos não conflitam com a exploração normal da obra nem prejudicam os interesses legítimos dos titulares do direito. Numa lógica interessante, o Tratado propõe o aproveitamento das legislações internacionais existentes, principalmente TRIPS e CB, de forma que as entrelaça com os direitos humanos a fim de obter uma nova, porém possível ferramenta normativa para obtenção do equilíbrio de interesses⁶⁸⁶.

A proposta é interessante e o movimento é tão forte quanto crescente. A maior vitória do movimento foi levar o tema ao ambiente hostil da OMPI e elevar o debate. Sem sombra de dúvida o Tratado objetiva o reequilíbrio e carrega a vantagem de propor uma adaptação do sistema vigente.

⁶⁸⁴Site do movimento A2K Brasil disponível em <<http://direitorio.fgv.br/cts/a2k>>. Acesso 29 set. 2017.

⁶⁸⁵GONÇALVES, Nuno. Notas sobre limitações e exceções no direito de autor *in* VICENTE, Dário Moura; VIERA, José Alberto Coelho e outros (Org.). Estudos de Direito Intelectual em homenagem ao Professor Doutor José Oliveira de Ascensão. Lisboa: Almedina, 2015, p. 486.

⁶⁸⁶RODRIGUES, Daniela Oliveira. Limites ao direito de autor sob a perspectiva do direito internacional dos direitos humanos - Dissertação de Mestrado – 2014 – Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito, p. 110.

Entretanto, pessoalmente, carrega-se alguma dúvida aplicabilidade prática. A realidade é que o sistema internacional tal qual concebido na atualidade não garante a satisfação do interesse público. Neste sentido, impende lembrar o protagonismo do sistema internacional de direitos de autor na formação das legislações nacionais, com o intuito de orientar o atendimento do interesse público em relação a liberdade de imprensa e de informação, bem como o acesso e incentivo à cultura⁶⁸⁷. Talvez a desvantagem desta proposta seja a mudança insuficiente de um sistema conceitualmente arraigado na construção privatista sobretudo nos países desenvolvidos, que olham com desconfiança para estas proposituras. O sistema internacional atual é pautado na fórmula que elenca os poderes que compõem o exclusivo, com os limites no segundo plano, principalmente por seu caráter facultativo. Todavia, tornar os limites na esfera internacional como obrigatórios também implicaria numa difícil harmonização legislativa que teria de observar a diversidade cultural⁶⁸⁸.

As discussões ganham mais vulto a partir da introdução dos três institutos de direitos intelectuais em TRIPS, de modo que a Convenção de Berna ficou para trás. Como resultado a interpretação do teste focada nas questões económicas e de mercado, sendo verdadeiramente ignorado o interesse público. Não muito tempo depois, os Tratados da OMPI com a obrigação de expansão dos direitos de autor no ciberespaço, com limites não obrigatórios e a UE segue o exemplo com a Dir. 2001/29. Os países em desenvolvimento são compelidos a reforçar a proteção do direito de autor, sem quaisquer linhas gerais para a implementação de limites⁶⁸⁹.

Com o quadro internacional de superproteção instaurado e a soberania do autor ovacionada, a Academia começou a insurgir de maneira específica acerca da regra dos três passos. E ao socorrer-se do direito internacional, algumas considerações não de ser feitas. A regra é imposta por tratados internacionais, ou seja, tratam-se do comando ao legislador para pronunciarem-se na legislação interna, como pode ser visto claramente

⁶⁸⁷OKEDIJI, Ruth L. *The International Copyright System: Limitations, Exceptions and Public Interest Considerations for Developing Countries*. Geneva: ICTSD, 2006, p. 35.

⁶⁸⁸GONÇALVES, Nuno. Notas sobre limitações e exceções no direito de autor in VICENTE, Dário Moura; VIERA, José Alberto Coelho e outros (Org.). *Estudos de Direito Intelectual em homenagem ao Professor Doutor José Oliveira de Ascensão*. Lisboa: Almedina, 2015, p. 487.

⁶⁸⁹SGANGA, Caterina. Right to culture and copyright. Participation and Access in GEIGER, Christophe (Org.). *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*. Cheltenham: Edward Elgar, 2015, p. 10.

nos textos dos art. 14 do TRIPS e do art. 10 do Tratado da OMPI, direcionados ao legislativo. As regras internacionais devem ser tratadas sempre como generalizadoras⁶⁹⁰.

O mais famoso estudo acadêmico empreendido nesta área surge em 2008 com a "Declaração sobre a interpretação equilibrada do Teste dos Três Passos na Lei de Direitos Autorais"⁶⁹¹. Um grupo de 26 pesquisadores, encabeçados pelos renomados Professores Cristophe Geiger, Jonathan Griffiths e Reto M. Hilty, no Instituto Max Planck para a Propriedade Intelectual, Concorrência e Direito Tributário em Munique e pela Queen Mary University of London.

A declaração reconhece a aplicação do teste como limite adicional e pugna pelo entendimento dos três passos como pressupostos indissociáveis, que sempre devem ser analisados conjuntamente na busca pelo reequilíbrio de interesses. A proposta é efetivamente a restauração da regra como norma relativamente flexível, de acordo com seus intentos originais e libertá-la do confinamento na análise econômica.

Um ano depois, o Prof. Doutor Geiger em novo texto propõe uma evolução da interpretação equilibrada do teste, com espeque nos objetivos de TRIPS, mais precisamente os artigos 7 e 8, com o estabelecimento do princípio do equilíbrio e a possibilidade de um Estado Membro adotar medidas para a promoção do interesse público para desenvolvimento socioeconômico e tecnológico⁶⁹². E neste sentido, compreende que de mais valia seria a criação de um instrumento internacional normativo que orientasse a interpretação equilibrada da regra.

Pesquisador incessante do assunto, em 2015 o Prof. Doutor Geiger promove uma nova visão conceitual: o direito de autor como direito de acesso garantindo a participação cultural por meio da proteção dos interesses dos criadores⁶⁹³. Neste sentido, aborda a função social dos direitos intelectuais e prevê que um novo passo para a observância do interesse público neste ramo tem obrigatoriamente de passar pelo

⁶⁹⁰ASCENSÃO, José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais *in* ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006, p. 97.

⁶⁹¹GEIGER, Cristophe; GRIFIITS, Jonathan; HILTY, Reto M. Declaração sobre o Teste dos Três Passos do Direito de Autor *in* Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor, vol. VIII. Coimbra: Coimbra, 2009.

⁶⁹²GEIGER, Cristophe. Implementando um instrumento internacional para a interpretação das limitações e exceções aos direitos de autor *in* Revista Jurídica do Cesuca, n. 1, v. I. Disponível em <<http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/381>>. Acesso 29 set. 2017.

⁶⁹³GEIGER, Cristophe. O Direito de Autor como um direito ao acesso garantindo a participação cultural por meio da proteção dos interesses dos criadores *in* Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição, v. 9, n. 2, 2015. Disponível em <<http://pidcc.com.br/br/component/content/article/2-uncategorised/196-o-direito-de-autor-como-um-direito-ao-acesso-garantindo-a-participacao-cultural-por-meio-da-protecao-dos-interesses-dos-criadores>>, p. 1. Acesso 22 jul. 2016.

legislativo, com medidas mandatórias para assegurar os limites justificados nos direitos fundamentais, sobretudo na era digital, aplicadas de maneira a estabelecer o direito de autor como um direito ao acesso e não como um direito de proibir ou sancionar tornou-se extremamente necessário.

Isto posto, o insigne mestre propõe a inversão do teste: concebido para definir as utilizações livres e não as condições para a proteção, aplicável pelo Judiciário. Merece menção a literalidade:

“Somente expressões que sejam o resultado de um processo criativo em que a liberdade do criador foi superior às restrições impostas e que não interfira indevidamente no futuro de outras criações, nem causem um prejuízo injustificável aos interesses do domínio público, tais como a participação cultural, podem receber a proteção pelo direito de autor⁶⁹⁴.”

A teoria do Prof. Doutor Geiger reconstrói a lógica da proteção do direito de autor com os olhos postos no interesse público. Leva o foco da regra para a análise do direito de autor como direito de acesso, tendo em vista que este é um ónus suportado pela sociedade que tem sua liberdade restringida e, portanto, deve ser justificado. Trata-se da compreensão extensiva e flexível dos limites como inafastável.

Justifica que essa conceção inovadora não visa a extinção do direito de autor, mas implicaria numa provável mudança nas legislações internas, também para o alcance da participação justa destes nos seus ganhos pela exploração económica de suas criações. Tendo em vista que a popular conceção proprietária não tem oferecido tal justiça, conjectura as pouco exploradas licenças legais, como possíveis melhores opções de remuneração ao autor⁶⁹⁵.

⁶⁹⁴GEIGER, Cristophe. O Direito de Autor como um direito ao acesso garantindo a participação cultural por meio da proteção dos interesses dos criadores *in* Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição, v. 9, n. 2, 2015. Disponível em <<http://pidcc.com.br/br/component/content/article/2-uncategorised/196-o-direito-de-autor-como-um-direito-ao-acesso-garantindo-a-participacao-cultural-por-meio-da-protecao-dos-interesses-dos-criadores>>, p. 23. Acesso 22 jul. 2016.

⁶⁹⁵GEIGER, Cristophe. O Direito de Autor como um direito ao acesso garantindo a participação cultural por meio da proteção dos interesses dos criadores *in* Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição, v. 9, n. 2, 2015. Disponível em <<http://pidcc.com.br/br/component/content/article/2-uncategorised/196-o-direito-de-autor-como-um-direito-ao-acesso-garantindo-a-participacao-cultural-por-meio-da-protecao-dos-interesses-dos-criadores>>, p. 29. Acesso 22 jul. 2016.

A teoria do Prof. Geiger chega a esta proposição de um novo teste por vias interessantes. Assim como depreendido neste estudo por outras fontes, esta proposta entende que o direito de autor não é necessariamente direito de propriedade. Sem efetivamente posicionar-se sobre a natureza jurídica do direito de autor, mas compreendendo o mesmo como restritivo da liberdade.

De forma esmiuçada, o direito de autor cria zonas de acesso interdito ou pelo menos de utilização condicionada. Quanto mais forte o direito de autor, mais limitada a utilização de bens intelectuais, neste caso obras protegidas que também são bens culturais, são indispensáveis ao desenvolvimento da cultura e do conhecimento. Logo, a regra pretendida trabalha com a melhoria dos limites como paladinos da liberdade da sociedade para atendimento do interesse público. Acredita-se fortemente que uma regra nos moldes pretendidos nesta proposta seria capaz de reequilibrar os interesses do direito de autor a nível internacional pela observância conceitual abalizada.

Existem outras sugestões para uma releitura da regra⁶⁹⁶. O Prof. Doutor Daniel Gervais, por exemplo, idealiza uma orientação geral com base no *fair use* que passaria necessariamente por reformulação dos textos internacionais para abordagem dos efeitos do uso da obra combinados com a regra tal e qual consta na CB⁶⁹⁷.

O *fair use*, como visto anteriormente, tem mais facilidade de amoldar-se a inovações tecnológicas ante a sua característica de cláusula geral, mas também encontra dificuldades na fluidez de seus contornos, que permitem interpretações restritivas na prática.

Como visto a propósito deste sistema, sua flexibilidade sempre foi apontada como uma mais-valia, mas a interpretação jusnaturalista no âmbito dos limites, propiciou uma sensação de insuficiência do *fair use* no atendimento ao interesse público. A partir dos anos 80 e o pulular da visão maximalista dos direitos intelectuais, a doutrina passou a buscar saídas para assegurar as limitações, talvez no movimento mais ativo neste sentido.

Para além de soluções positivas sobre limitações, menciona-se primeiro o *Copyright Misuse*, como um princípio do *common law*, desenvolvido a partir do seu

⁶⁹⁶Para crítica a Declaração do teste vide LUCAS, André. *For a Reasonable Interpretation of the Three-Step Test in European Intellectual Property Review*, Volume 32, Issue 6, 2010, 277-560. Disponível em <<http://lawlib.wlu.edu/CLJC/index.aspx?mainid=775&issuedate=2010-11-23&homepage=no>>. Acesso em 21 set. 2015.

⁶⁹⁷GERVAIS, Daniel. Em busca de uma nova norma internacional para os Direitos de Autor: o Teste dos três passos reversos in RODRIGUES, Edson Beas; POLIDO, Fabrício (Org.). *Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 218.

antecessor, o *patent misuse*. O primeiro raciocínio desta teoria reconhece o poder de mercado imenso que é garantido pelo monopólio de direito de autor e a tendência empresarial de tentativa de ampliação deste poder económico.

O objetivo deste princípio é impedir o titular legítimo de exclusivo de exploração económica, de exercer de forma abusiva a fim de controlar a concorrência. Ou seja, os tribunais aplicaram o *copyright misuse* para equilibrar o exclusivo com o direito da concorrência e as políticas públicas. Vale dizer que já houveram julgamentos que, com base neste princípio, levaram em consideração que, embora o comportamento dos titulares não tenha violado a lei antitruste, violou a política pública subjacente ao *Copyright Act* de estímulo a inovação e a criatividade⁶⁹⁸.

Entretanto os tribunais têm dificuldades de aplicar tal princípio, vez que a doutrina e os tribunais ainda permanecem confusos acerca do assunto, sem conseguir diferenciar o *copyright misuse* de uma reivindicação antitruste⁶⁹⁹. Apresenta-se, pois, este princípio como espécie de “interpretação extensiva” do *fair use*, muito útil e bem-intencionada, mas aparentemente não soluciona todos os problemas por não ser unânime.

A busca continua nos EUA. Eclodem estudos interessantes sobre o tema, com o natural pragmatismo económico daquele país. Os Estudos realizados confirmam que o sistema vigente não faz justiça com os autores que recebem muito pouco e as indústrias culturais enriquecendo. O aumento do escopo, só beneficia as já beneficiadas indústrias culturais⁷⁰⁰. Sobre a repressão à pirataria, os resultados dos estudos não são suficientes para a repressão que se implementou por exemplo na indústria da música nos USA, nem para a indústria, nem para os autores, nem para os usuários⁷⁰¹.

Isto posto algumas multinacionais optaram pela adaptação dos modelos de negócios. Vê-se por exemplo a IBM e a Oracle que participam de desenvolvimentos dos chamados espaços de partilha, entre eles, *copyleft*, *open source*, *creative commons*, *open content*. Tal opção leva a conclusão de que tais iniciativas geram algum lucro, o que

⁶⁹⁸FELLMETH, Aaron. Copyright Misuse and the Limits of the Intellectual Property Monopoly in Journal of Intellectual Property Law, v. 6, n. 1. Disponível em <<http://digitalcommons.law.uga.edu/jipl/vol6/iss1/2/>>, p. 34. Acesso 23 jul. 2017.

⁶⁹⁹FELLMETH, Aaron. Copyright Misuse and the Limits of the Intellectual Property Monopoly in Journal of Intellectual Property Law, v. 6, n. 1. Disponível em <<http://digitalcommons.law.uga.edu/jipl/vol6/iss1/2/>>, p. 39. Acesso 23 jul. 2017.

⁷⁰⁰MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 341.

⁷⁰¹MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 354.

indica talvez uma hipótese mais promissora que o monopólio de facto desfrutaria na ausência total de produtos partilhados⁷⁰².

A nós interessa o *creative commons*, mas merece registo algum contexto histórico. No final do século XX surge também nos EUA um movimento pela rutura da hegemonia da indústria cultural. Essa hegemonia, exercida em regra por editoras, gravadoras e produtoras, determinava o tipo de obra que “merecia” o investimento e quantas cópias estariam à disposição do público⁷⁰³. Neste contexto, como resposta às barreiras de acesso ao código-fonte de alguns softwares, surge o *software livre* baseado na partilha de conhecimento e na solidariedade praticada pela inteligência coletiva, com a distribuição de programas e ferramentas livres de código-fonte aberto⁷⁰⁴.

Esta ideia de liberdade principalmente na Internet propagou-se mundo afora e as obras protegidas detidas pela indústria cultural entraram no cenário. Os titulares queriam resguardar-se. Surge o *copyleft* como licenças, mecanismos jurídicos para garantir aos titulares de direitos de autor que possam licenciar além da previsão legal as obras, mas os licenciados obrigam-se na indicação de autoria e na utilização do mesmo modelo de licenciamento nas posteriores redistribuições do original, de cópias ou de versões derivadas⁷⁰⁵.

A partir destes antecedentes de projetos colaborativos, surge o *creative commons*. Concebido nos Estados Unidos pelo Prof. Doutor Lawrence Lessig em 2001, enquanto lecionava na Universidade de Stanford, com o objetivo de expandir a quantidade de obras disponíveis ao público, de forma a permitir a criação de outras obras sobre elas e compartilhá-las. Os autores/titulares de direito podem licenciar sob condições mais flexíveis suas obras protegidas, de forma que é facultado a coletividade do uso destas obras dentro dos parâmetros estabelecidos em tal licença.

As licenças são voluntárias, resguardadas na liberdade de contratar e possuem a vantagem de facilitar a vida de autores e usuários. Os autores que desejarem licenciar suas obras, podem valer-se de textos padronizados para deixar claro como e em quais condições desejam permitir os usos de suas obras. Os usuários que desejam utilizar,

⁷⁰²MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 362.

⁷⁰³BRANCO, Sergio; BRITTO, Walter. *O que é Creative Commons? Novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo*. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 64.

⁷⁰⁴SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. Inclusão digital, software livre e globalização contra-hegemônica. [S.l.: s.n.], p. 36 2014. Disponível em:<http://www.softwarelivre.gov.br/artigos/artigo_02/>. Acesso em: 03 mar. 2014.

⁷⁰⁵BRANCO, Sergio; BRITTO, Walter. *O que é Creative Commons? Novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo*. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 54.

acessam e encontram as utilizações permitidas pelo autor. Sem intermediários, as licenças *Creative Commons* funcionam como uma fonte de instrumentos jurídicos que permite aos autores que desejam abrir mão de alguns de seus direitos, dar oportunidade de acesso a coletividade em prol da difusão de obras culturais. Em outras palavras, na carência de limites que possam prever esses usos que os autores desejam liberar, a licença não deixa dúvidas.

Para tanto, foram idealizadas três camadas e as licenças são realizadas em três formatos textuais: uma versão contratual, de texto jurídico e direcionada para advogados e outros profissionais atuantes na área. A segunda, para os autores e usuários em geral, numa linguagem mais acessível, e a terceira, que torna o licenciamento legível por máquinas.

O Brasil aderiu a iniciativa pioneiramente, sendo o terceiro país a adotar as licenças, após a Finlândia e o Japão. No Brasil, o *Creative Commons* funciona em parceria com a Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, responsável por atualizar, traduzir e adaptar as licenças ao ordenamento nacional, com o apoio do Ministério da Cultura⁷⁰⁶. E no que diz respeito a adaptação, tais licenças encontram abrigo no art. 425 do CC que trata da licitude de contratos atípicos, ou seja, que não estão expressamente previstos na legislação, tal e qual as licenças públicas do *Creative Commons*. Ademais, o mesmo art. 425 remete à necessidade de obediência às normas gerais contratuais, quais sejam, a boa-fé, a impossibilidade do contrato para fraudar a lei ou para contratar acerca de objeto ilícito, entre outras hipóteses espalhadas no CC⁷⁰⁷.

Entretanto, apesar dos entusiastas do *Creative Commons* no Brasil afirmarem a completa compatibilidade do sistema com a LDA, a doutrina já regista alguma opinião contrária. De acordo com o Prof. Doutor Victor Gameiro, diferenças fulcrais entre os sistemas tal como a possibilidade de transferência de todos os direitos no *copyright* e a possibilidade de autoria originária às pessoas jurídicas seriam impeditivos para que soluções como *Creative Commons*, derivadas totalmente do *Copyright* sejam completamente aceitas e inseridas na discussão pela modernização do direito de autor em Portugal e no Brasil. Pugna pela continuidade das discussões, mas compreende que não há correlação absoluta entre as problemáticas⁷⁰⁸. Concorde-se com este

⁷⁰⁶LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 85.

⁷⁰⁷BRANCO, Sergio; BRITTO, Walter. *O que é Creative Commons? Novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo*. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 96.

⁷⁰⁸DRUMMOND, Victor Gameiro. O Estado fomentador e protetor do desenvolvimento da cultura in Revista Jurídica Jurismat, n. 5, 2014. Disponível em <

entendimento, tendo em vista que, apesar do Brasil estar numa dita guinada utilitarista, ainda sim, tal e qual a LDA é atualmente, a discussão no Brasil tem de ser pautada na direção de num sistema que dê efetividade e extensão aos limites.

No sistema continental europeu tudo começa com a instauração do mercado comum. A prioridade era acabar com as barreiras que impediam a livre circulação de bens e mercadorias, inclusive as culturais, de acordo com o interesse dos países mais desenvolvidos, como sempre. A história muda a partir do Livro Verde. Assegurado o Mercado Comum, a UE resolve voltar a tomar para si a competência legislativa dos direitos intelectuais e prestigiar a teoria proprietária com certo grau de absolutismo⁷⁰⁹.

Neste contexto, a lembrança do considerando 9 da Dir. 2001/29 que norteou um bocado toda a legislação da UE: qualquer harmonização do direito de autor deve ser baseada num elevado nível de proteção, ou seja, há um reforço da posição dos autores/titulares de direitos sob o argumento de que este promove a cultura.

Outro ponto é a forma de *conceção* dos limites no sistema continental europeu: o rol exaustivo do art. 5.º da Dir. que deu ensejo, por exemplo, à postura portuguesa, que afinal transpôs todos os limites possíveis, mesmo que sejam considerados insuficientes. Por outro lado, tendo em vista o caráter facultativo da maioria dos limites, também propiciou que alguns países possam escolher quais os limites querem transpor⁷¹⁰.

A interpretação restritiva do rol ainda é um problema, o desejo da Dir. foi pela taxatividade, agravada pela submissão a regra dos três passos. Parte da doutrina europeia hesita na introdução de uma cláusula geral como no *fair use*, com o entendimento de que o rol atualmente disposto combinado com a semiabertura do teste dos três passos deixa margem de flexibilidade suficiente para criação de limites em observância do interesse público. Neste sentido, cita-se uma visão doutrinária otimista que aconselha os Estados Membros da UE a introduzir os limites possíveis, tendo em vista que uma reforma na legislação comunitária pode demorar uma década⁷¹¹.

http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/6413/jurismat5_305-344.pdf?sequence=1, p. 316. Acesso 22 set. 2017.

⁷⁰⁹ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e Direito Intelectual - *in* Direitos de Autor e Direitos Fundamentais. Manoel J. Pereira dos Santos (Org.). São Paulo: Saraiva, 2011, p.14.

⁷¹⁰GONÇALVES, Nuno. Notas sobre limitações e exceções no direito de autor *in* VICENTE, Dário Moura; VIERA, José Alberto Coelho e outros (Org.). Estudos de Direito Intelectual em homenagem ao Professor Doutor José Oliveira de Ascensão. Lisboa: Almedina, 2015, p. 484.

⁷¹¹HUGENHOLTZ, Bernt. SENFTLEBEN, Martin. Fair use in Europe in search of flexibilities. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1959554>, p. 30. Acesso 23 jan. 2017.

Como já posicionado antes, discorda-se dessa corrente doutrinária e verifica-se que a legislação comunitária observou a tendência do *enforcement*, num resquício da visão liberalista radical que prestigia em demasia os direitos subjetivos dos titulares e abandona o interesse público. Neste quadro, claro, surgem também movimentos pelo reequilíbrio. O princípio da função social ressurge como herói, única alternativa capaz de lutar com o hiperliberalismo selvagem atual. Seu objetivo é conciliar atendimento dos interesses particulares e públicos⁷¹². A Europa como grande centro intelectual, em regra, sedia as manifestações internacionais, como visto acima a propósito da regra dos três passos, mas ainda podem-se citar algumas conjecturas de reequilíbrio locais.

No âmbito político da UE, viu-se o nascimento em 2006 do Partido Pirata Sueco, fundado por três motivos, entre eles, a criminalização de *download* de obra protegida naquele país. Rapidamente o partido cresceu e ganhou popularidade em todo o mundo. Venceu eleições na Islândia em 2016. Em Portugal, existe iniciativa desde 2009 pela oficialização do Partido Pirata Português. No Brasil também são recolhidas as assinaturas para fundação do mesmo e os integrantes participam ativamente na difusão de cultura, com a divulgação de plataformas de compartilhamento entre outras ações⁷¹³.

Dentro do partido, diversos são os posicionamentos e variam, claro, de país para país, os mais radicais pela exclusão do direito de autor e outros, em tom de conciliação⁷¹⁴.

No Parlamento Europeu, temos a Eurodeputada alemã e pirata Julia Rueda que advoga em tom de conciliação e equilíbrio entre direito de autor e interesse público. Neste sentido, traz-se a baila intensa discussão atualíssima em razão da proposta de reforma da legislação europeia na era digital apresentada pela ex-comissária Günther Oettinger e que será votada no Plenário do Parlamento Europeu até o final de 2017⁷¹⁵.

Na página da Eurodeputada, em tom de protesto pela reforma, existem diversos *links* para estudos e opiniões. Entre eles, o primeiro que nos interessa, uma carta aberta⁷¹⁶ elaborada por acadêmicos de diversas universidades europeias. A carta

⁷¹²ASCENSÃO. José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais *in* ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006, p.89.

⁷¹³Disponível em <<https://partidopirata.org/libreflix-plataforma-aberta-e-colaborativa/>>. Acesso 30 set. 2017.

⁷¹⁴PEREIRA, Alexandre Liborio Dias. Pirataria e cópia privada *in* Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor, v. IX. Coimbra: Coimbra Editora. 2009, p. 126.

⁷¹⁵Disponível em <<https://juliareda.eu/eu-copyright-reform/>>. Acesso 30 set. 2017.

⁷¹⁶Disponível em <http://www.create.ac.uk/wp-content/uploads/2017/02/OpenLetter_EU_Copyright_Reform_22_02_2017.pdf>. Acesso 30 set. 2017.

concorda que algumas medidas são razoáveis, como por exemplo, aquelas que pretendem facilitar o acesso para o benefício das pessoas com deficiência visual, entretanto, chegam ao consenso de afastamento de pelo menos duas disposições da reforma, por afastamento do interesse público.

Esta unanimidade negativa, o artigo 11 cria um direito exclusivo adicional para editores de imprensa, de 20 anos após a publicação. Qualquer pessoa que use trechos de conteúdo *on-line* jornalístico, teria então de obter uma autorização de uso da editora. Neste sentido, a carta manifesta a obstrução da comunicação de notícias. Não há nem o que refletir, em nada esta alteração se presta ao interesse público, ao acesso à cultura ou para algo além do benefício das editoras de imprensa.

O ponto que mais nos interessa, a carta opina pela impossibilidade do art. 13, que propõe que as plataformas de Internet que hospedam "grandes quantidades" de conteúdo cujo *upload* é feito pelos usuários devem monitorar o comportamento dos usuários para identificar e prevenir a violação de direitos de autor.

E aqui um outro documento exarado por ONG'S polonesas⁷¹⁷ complementa o anterior, com a avaliação do efeito do art. 13 nos limites. Como? O *software* de monitoramento de upload não é capaz de diferenciar por exemplo uma utilização livre, tal qual a paródia. Obviamente, as plataformas bloquearão para evitar ações judiciais. Como resultado, o conteúdo legal será retirado. A utilização livre da paródia extinta no ambiente digital.

Logo, a perspectiva de mudanças atuais dos limites no contexto da UE não é das melhores. Mas o debate é positivo e a eurodeputada conclama a todos para participarem da consulta pública, o que ainda pode resultar em reviravoltas positivas para o atual cenário dos limites ao direito de autor. As vitórias do Partido Pirata são demonstrativas da preocupação da sociedade com o assunto. É preciso lembrar que as limitações são concebidas para proteger a livre circulação da cultura e educação não podem ser ignoradas no contexto digital. O bom e velho desafio da manutenção do almejado equilíbrio justo e eficaz de interesses.

Outro movimento nasce na doutrina principalmente em razão da qualificação do direito de autor como propriedade, a já mencionada função social do direito. Até aqui,

⁷¹⁷Disponível em <http://www.politico.eu/wp-content/uploads/2017/07/Open-Letter-to-MEPs-by-Polish-Digital-Rights-Organisations.pdf?utm_source=POLITICO.EU&utm_campaign=19f822444a-EMAIL_CAMPAIGN_2017_07_18&utm_medium=email&utm_term=0_10959edeb5-19f822444a-189710657>. Acesso 30 set. 2017.

muitas observações já foram feitas e conclusões construídas. E para introduzir mesmo que em apertada síntese a função social, é preciso algum esclarecimento.

A função social faz parte do entendimento da superação do Estado Liberal pelo Estado Social que surge com força na Europa em resposta ao advento das duas grandes guerras. Nesse cenário de reconstrução, o Estado passa a ter duas funções principais, a promoção do bem comum e a garantia da justiça social⁷¹⁸. Assim sendo, a função social cujo eixo central é o conceito de balanceamento e funciona como princípio geral norteador de toda a vida jurídica⁷¹⁹.

Este entendimento deriva da construção alemã da teoria da função social do direito privado a partir do fim do Séc. XIX. Em apertada síntese, essa teoria ressalta que o direito privado exerce a função de conciliação entre os interesses dos indivíduos e da sociedade, o sistema legal deve garantir os direitos subjetivos dos indivíduos sem deixar de observar os direitos da sociedade. Logo, os termos sociais limitam os direitos dos indivíduos⁷²⁰. Também na Alemanha, a teoria da função social expande-se para o direito de autor, de forma que este deve ser analisado à luz do interesse público.

Tradicionalmente os Estados Membros da UE limitam a propriedade por meio da função social em patamar constitucional. E aqueles que entendem o direito de autor como direito de propriedade estendem esta proteção. A doutrina entende que a legislação europeia assim fez na Carta de Direitos Fundamentais da UE, com fulcro no sistema do art. 17, já tratado anteriormente. Em suma, estende-se a função social aos direitos intelectuais e por conseguinte ao direito de autor na previsão de observância do interesse público. Neste sentido, já manifestou-se o TJUE em relação aos direitos intelectuais em geral, com base exatamente no art. 17 da Carta no caso *Lukas v. Petrus*⁷²¹.

⁷¹⁸ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas benefícios coletivos: a dimensão pública do Direito Autoral na Sociedade da Informação*. Porto Alegre: SafE, 2008, p. 340.

⁷¹⁹ASCENSÃO. José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais in ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). *Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 90.

⁷²⁰GEIGER, Christophe. O Direito de Autor como um direito ao acesso garantindo a participação cultural por meio da proteção dos interesses dos criadores in *Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição*, v. 9, n. 2, 2015. Disponível em <<http://pidcc.com.br/br/component/content/article/2-uncategorised/196-o-direito-de-autor-como-um-direito-ao-acesso-garantindo-a-participacao-cultural-por-meio-da-protecao-dos-interesses-dos-criadores>>, p. 6. Acesso 22 jul. 2016.

⁷²¹GEIGER, Christophe. O Direito de Autor como um direito ao acesso garantindo a participação cultural por meio da proteção dos interesses dos criadores in *Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição*, v. 9, n. 2, 2015. Disponível em <<http://pidcc.com.br/br/component/content/article/2-uncategorised/196-o-direito-de-autor-como-um>>

Nota-se que a função social traz alguma lógica utilitarista para os sistemas de direito de autor continental europeu, com a previsão de observância do interesse público da sociedade e alguma semelhança com o *welfare*. Neste caso, diferente do ocorrido no sistema de *copyright*, ~~que~~ a influência jusnaturalista pesa para o individualismo, aumento do escopo e redução dos limites, a influência utilitária volta os olhos do *droit d'auteur* para o interesse público, vez que a hermenêutica extensiva dos limites tem por principal fundamento a função social. No caso da UE, ~~que~~ onde a atualidade da Dir. foi taxativa nos limites não obrigatórios, a função social apresenta-se muito louvável como instrumento de equidade na mão dos Juízes dos Estados-Membros.

No contexto brasileiro, alguns fatores contribuíram para a especial fama da teoria da função social do direito de autor. A lei rígida demais, a adesão da maioria a teoria proprietária e o fenômeno recente da constitucionalização do direito⁷²², dado o encerramento da ditadura militar e a promulgação da CRFB em 1988. É também especialmente importante no que tange aos contratos que envolvem direito de autor, por ausência legislação suficiente⁷²³.

O instituto da função social da propriedade está previsto no artigo 5º, inciso XXIII, da CRFB e funciona como base jurídica para a interpretação extensiva do rol de limites, em tese, taxativo na LDA na busca do equilíbrio almejado. O Judiciário então socorre-se neste dispositivo constitucional para dar amplitude aos limites ante a insuficiência da LDA, mas pela interpretação e aplicação da lei nesta racionalidade.

Neste sentido, alguma doutrina manifesta-se pela adoção da função social do direito de autor, numa visão que o Prof. Doutor Luiz Gonzaga Adolfo chama interna, porque aplica a função social apenas no que refere a leitura das previsões da LDA e a necessidade de modificação desta. Neste sentido, cita a teoria do Prof. Doutor Allan Rocha de Souza, disposta em quatro momentos para efetivação: *creative Commons*, possibilidade de desapropriação de obras pelo poder executivo, conformação da lei pelo

direito-ao-acesso-garantindo-a-participacao-cultural-por-meio-da-protecao-dos-interesses-dos-criadores>, p. 15. Acesso 22 jul. 2016.

⁷²² “A idéia de constitucionalização do direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico.”. Neste sentido vide BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo in ARAGÃO, Alexandre; NETO, Floriano (Org.). Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 32

⁷²³ ASCENSÃO. José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais in ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006, p. 90.

legislativo e a interpretação do direito⁷²⁴. Para o Prof. Doutor Adolfo a melhor opção desta teoria na concretização da função social é a interpretação do direito que configura uma visão externa de que o direito de autor no Brasil deve ser lido conforme a CRFB.

Relembra-se que o direito de autor é incluído na CRFB sob a nomenclatura de exclusivo, o que se justifica numa manifestação explícita de repugnância pelo facto de um terceiro aproveitar da criação de outrem para obter dinheiro. Isto posto, dúvidas não restam de que LDA como lei infraconstitucional que é, não está imune à CRFB. No que diz respeito aos limites, a única correlação que se pode fazer entre a CRFB e a LDA é pela via da função social. Mas alguns detalhes são observados: A LDA não fala em exceções e não define nem genericamente os limites com alguma observação de desejo legislativo diferente. Logo, os limites da LDA estão sujeitos aos princípios gerais do direito, sobremaneira os constitucionais⁷²⁵.

Neste sentido, a visão externa é sublime, vez que ao utilizar-se da função social como argumento centralizador de outros artigos que remetem ao interesse público constata-se do direito de autor, possibilita a leitura constitucional deste direito baseada nas três racionalidades já dispostas, de forma a possibilitar tecnicamente a hermenêutica extensiva do insuficiente rol de limitações da LDA.

Desta feita, o direito de autor figura como elemento integrante de um sistema de estímulo ao desenvolvimento cultural da sociedade, formado pelos artigos 5º, incisos IX e XIV, e o artigo 215 da Constituição, que fazem as previsões relativas a liberdade de expressão da atividade intelectual e da comunicação, o acesso à informação, bem como o exercício, acesso e apoio aos direitos culturais. Há quem entenda que mesmo desconsiderada a aplicação da função social, este sistema por si só é o arcabouço jurídico das limitações ao direito de autor e já implicaria numa visão constitucional e extensiva⁷²⁶.

Neste sentido, o artigo do Professor e Mestre pela Universidade de Harvard Bruno Magrani apresenta uma crítica à função social do direito de autor. Resumidamente, entende-se que o autor que, apesar do discurso da função social apresentar vantagens argumentativas de curto prazo, pode acabar por sacrificar

⁷²⁴ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas benefícios coletivos: a dimensão pública do Direito Autoral na Sociedade da Informação*. Porto Alegre: SafE, 2008, p.277.

⁷²⁵ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito fundamental de acesso à cultura e Direito Intelectual - in Direitos de Autor e Direitos Fundamentais*. Manoel J. Pereira dos Santos (Org.). São Paulo: Saraiva, 2011, p.10.

⁷²⁶MAGRANI, Bruno. *Função Social do Direito de Autor: análise crítica e alternativas conciliatórias in PRETTO, Nelson de Luca; SILVEIRA, Sergio Amadeu (Org.). Além das Redes de Colaboração. Internet, Diversidade Cultural e tecnologias do Poder*. Salvador: EDUFBA, 2008, p. 166.

mudanças mais profundas de forma a comprometer o movimento pelo equilíbrio do direito de autor e do interesse público no Brasil. O autor baseia sua crítica fortemente na teoria proprietária e sua inaplicabilidade e vislumbra a interpretação extensiva nos princípios do parágrafo acima ⁷²⁷.

O resultado da análise do autor muito corrobora com os conceitos encontrados neste estudo. Enredar a função social como carro chefe do direito de autor na CRFB resultaria no discurso de que a propriedade é a regra que tolera “exceções”, quais sejam, e os limites. Por outro lado, basear o direito de autor nos princípios de liberdade de expressão e de informação inverte esta ótica, com a sociedade baseada na liberdade, tal e qual foi o anseio do legislador constituinte. A regra é a liberdade. E assim também deve ser interpretado o direito de autor e seus limites, vez que ele é a restrição à liberdade. Logo, limitado durante a sua vida finita, de forma a propiciar o acesso e o desenvolvimento cultural da sociedade, mesmo enquanto suporta o ônus da sua existência ⁷²⁸.

Assim, a nosso ver, assiste razão em parte ao Prof. Doutor Magrani. A função social sozinha e sem embasamento profundo, aplicável ao direito de autor simplesmente na adequação a teoria proprietária deste direito surge contra a teoria maximalista, mas parece ingênua. Mesmo apenas uma releitura constitucional no Brasil parece insuficiente. Na verdade, dada a sua recente constitucionalização do direito, o Brasil segue a tendência expansiva dos princípios e dos direitos fundamentais que por vezes os esvazia de conteúdo, vide o art. 5.º da CRFB. Este fenómeno expansivo é metaforicamente comparado a Hidra mitológica, no qual os princípios são multiplicados, alusão feita às múltiplas cabeças. Enquanto as regras - Hércules, num esforço heroico - correm para enquadrar-se na determinação jurídica das situações sociais e na delimitação das decisões tomadas no âmbito do direito, mediante procedimentos argumentativos e interpretativos. Hércules em sua missão de improvável sucesso de ceifar a Hidra, sempre regeneradora de sua policefalia ⁷²⁹.

Desta feita, chegamos a algumas conclusões. Inafastável parece-nos a consideração de três racionalidades jurídicas para consideração do equilíbrio de

⁷²⁷MAGRANI, Bruno. Função Social do Direito de Autor: análise crítica e alternativas conciliatórias in PRETTO, Nelson de Luca; SILVEIRA, Sergio Amadeu (Org.). Além das Redes de Colaboração. Internet, Diversidade Cultural e tecnologias do Poder. Salvador: EDUFBA, 2008, p. 161.

⁷²⁸MAGRANI, Bruno. Função Social do Direito de Autor: análise crítica e alternativas conciliatórias in PRETTO, Nelson de Luca; SILVEIRA, Sergio Amadeu (Org.). Além das Redes de Colaboração. Internet, Diversidade Cultural e tecnologias do Poder. Salvador: EDUFBA, 2008, p. 167.

⁷²⁹NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

interesses no direito de autor. Duas racionalidades subjacentes ao direito de autor emergiram em momentos anteriores. Num primeiro momento, o reconhecimento nos instrumentos internacionais do direito de autor vinculado à cultura. Em segundo lugar, a importância das liberdades reconhecidas nos instrumentos internacionais e nas constituições de expressão e de livre circulação cultural, importante para o entendimento do conceito de direito de autor como exclusivo de exploração económica suportado pela sociedade. E complementa-se com uma terceira racionalidade com a observância da função social aplicada aos direitos patrimoniais, a fim de evitar qualquer absolutismo⁷³⁰. Como já referido, apesar da discordância da natureza jurídica proprietária do direito de autor, concorda-se com a aplicação da função social às faculdades patrimoniais por direitos privados que são.

Estas três racionalidades levam a mais um ponto importante para o equilíbrio do direito de autor no mundo. O Direito de autor passou muito tempo a “tutelar a cultura”, sem estudá-la. E toda a interpretação doutrinária que busca corrigir a distorção da expansão do escopo do direito de autor passa necessariamente por esta correção, de encarar o direito de autor como um direito de acesso à cultura, dada a utilidade social que lhe é ínsita desde a concepção.

A busca incessante pelo título deste capítulo mostrou-se uma odisseia para o Direito e sobretudo para a Academia. Uma busca para transformar o direito de autor caracterizado sempre como um muro em uma ponte para a cultura, para a criação, para a liberdade real e virtual e para o incentivo à tecnologia. Um direito dinâmico que não se perpetua como um instrumento de preservação do passado, mas sim como um veículo de transição para o futuro⁷³¹.

Vistos alguns dos movimentos que prezam pelo reequilíbrio na seara do direito de autor, há de destacar-se, por fim, uma triste conclusão. No que diz respeito a uma harmonização legislativa mundial, a previsão académica não é das melhores, com a provável suspensão na aprovação de novos tratados, dada a complexidade da situação:

⁷³⁰GEIGER, Cristophe. O Direito de Autor como um direito ao acesso garantindo a participação cultural por meio da proteção dos interesses dos criadores *in* Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição, v. 9, n. 2, 2015. Disponível em <<http://pidcc.com.br/br/component/content/article/2-uncategorised/196-o-direito-de-autor-como-um-direito-ao-acesso-garantindo-a-participacao-cultural-por-meio-da-protecao-dos-interesses-dos-criadores>>, p. 8. Acesso 22 jul. 2016.

⁷³¹LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 92.

os países desenvolvidos com o desejo de manutenção dos seus modelos jurídicos e os países subdesenvolvidos com a necessidade imprescindível de cultura e tecnologia⁷³².

Sobre o Brasil, destaca-se a sua participação académica ativa em diversos dos movimentos aqui dispostos, com seu crescimento e vanguardismo na seara do direito de autor.

6) Conclusão

Para compreensão das inúmeras teorias acerca do assunto, optou-se sempre por levar em consideração alguma contextualização histórica, não como acessória ao objeto principal do estudo, mas como identificação dos fatores que levaram a situação atual, para que o estudo possa ser concebido como resultado do pensamento da sociedade à época e o porquê do seu posicionamento.

Cada leitura, cada incursão na história do direito de autor, cada reflexão suscitada, relevam os incontáveis grandiosos defensores do Direito de Autor como um direito concebido à observância do interesse público. Notou-se que cada sistema, na sua

⁷³²GONÇALVES, Nuno. Notas sobre limitações e exceções no direito de autor *in* VICENTE, Dário Moura; VIERA, José Alberto Coelho e outros (Org.). Estudos de Direito Intelectual em homenagem ao Professor Doutor José Oliveira de Ascensão. Lisboa: Almedina, 2015, p. 487.

localização histórica e geográfica desenvolveu-se no seguimento dos adventos históricos, de forma que sempre foi observado algum conflito entre os interesses pecuniários da indústria cultural e o interesse público.

A História é justamente uma ferramenta para evitar que os mesmos erros sejam repetidos. Falhou-se com o direito de autor anteriormente e a falha persiste. Este trabalho percorreu a história justamente para demonstrar que inobstante a evolução tecnológica, as condutas anteriores repetem-se. E na esteira da globalização os sistemas chegaram por vias argumentativas diferentes à vitória do dinheiro e do *lobby*, permitindo que a indústria cultural influenciasse no cenário internacional atual de *enforcement* do direito de autor. Depreende-se do estudo dos sistemas ora analisados que todos, de certa feita, apesar de por vias distintas, não estão a atender efetivamente o interesse público.

Assim sendo, a primeira parte deste trabalho objetivou encontrar o significado do exclusivo concedido pelo direito de autor. Para o primeiro conceito, foram estudadas as teorias estruturais e da natureza jurídica nos dois principais sistemas existentes, bem como o estado da doutrina no Brasil. O intuito não foi uma visão do jurista ortodoxo, arcaico preso a necessidade de prever conceitos. Considerou-se essa reflexão imprescindível para o caminho, para entender o que o direito de autor protege e sua funcionalidade atual. Tornou-se imperiosa a necessidade de saber o que ele é e como se comporta na prática.

A diferença clara entre os dois sistemas é que o *copyright* foi concebido para proteção apenas dos direitos patrimoniais, mas em compensação, serve diretamente ao interesse público. A concessão do direito de autor é para o bem-estar social. Já o continental europeu baseado no direito natural do autor que pretende se impor ao interesse público, criado para atendimento em primeiro lugar dos interesses individuais. E aqui um dos motivos pelos quais apregoa-se a superioridade do sistema de *copyright* norte-americano.

Assim foi encetada a definição do direito de autor. Sobre as estruturas, dada a complexidade das faculdades diversas previstas na prática no sistema continental europeu, especificamente no exemplo do ordenamento português examinado, o estudo levou-nos a conclusão da adoção da teoria pluralista, com o reconhecimento de no mínimo três segmentos: faculdades pessoais, patrimoniais e complementares, tais quais o direito de sequência que não podem se enquadrar nas patrimoniais. No Brasil,

verificou-se situação semelhante. Sobre as faculdades pessoais foram realizadas explicações a propósito das abordagens necessárias durante todo o curso da pesquisa.

Concebidas as faculdades integrantes, a fim de divisar uma definição completa, o estudo chegou à noção da natureza jurídica. Tal noção ensejou a separação em sistemas nos dois primeiros itens, bem como um terceiro dedicado apenas ao Brasil. Toda a discussão da natureza nos remete ao séc. XVIII, o século das Luzes e este foi o marco histórico para inaugurar o passeio pelas teorias. Depreende-se da pesquisa que os países que adotam o *Copyright* discutiam de forma restrita se o direito de autor é direito natural de propriedade ou monopólio de exclusivo comercial concedido pelo Estado. Ao mesmo tempo, na Europa, a questão era apenas se o direito de autor enquadrava-se na seara dos direitos de propriedade, especial ou não, nos direitos da personalidade ou num exclusivo comercial.

Sobre a atualidade da natureza jurídica foi possível perceber que não é assunto superado e talvez nunca o seja, com defensores de algumas muitas teorias até a atualidade. Mas inevitável é um posicionamento para a definição do direito de autor e assim foi feito. Nos sistemas de *copyright*, ante o viés utilitarista, a doutrina majoritária posicionou-se pela natureza de monopólio concedido por lei, visão que homenageia o interesse público. Já no sistema continental europeu, em observação especial ao sistema português, filiou-se a doutrina magistral do Prof. Doutor Oliveira Ascensão, com a qualificação do direito de autor como um exclusivo de exploração económica, decorrente da análise profunda deste direito subjetivo. Em última análise a situação brasileira com discussões tardias dada a sua própria História. Neste sentido, novamente foram analisadas algumas teorias e filiou-se a doutrina do exclusivo de exploração económica pelas mesmas razões.

Inobstante aos posicionamentos, alguns pontos merecem atenção. Desde Locke, no anterior século XVII, o direito de autor aparece relacionado com a função de fomentar a cultura como um empreendimento social. A reflexão que não sai da mente durante todo o estudo diz respeito ao retorno do direito de autor para a raiz desenvolvida ainda no Iluminismo, pelos pensadores autores que, sendo muito interessados em proteger seus escritos, viam como objetivo maior a difusão do conhecimento, do ideal iluminista de liberdade conquistada pela informação às luzes do saber. O coração de uma teoria que pode basear um direito de autor mais equilibrado.

Outro fator que salta aos olhos é a grande popularidade da teoria dualista, no Brasil e no mundo, até a atualidade e de uma superioridade defendida dos direitos

morais e a manutenção do direito patrimonial como propriedade especial. Esta qualificação resultou num constante desprestígio do interesse público. No contexto do positivismo do século XIX, liberal e conservador, o Direito desenvolveu-se em legislações e doutrinas. Essa concepção proprietária deu ensejo a uma interpretação errónea, de um direito de propriedade exclusivo e absoluto, sem qualquer restrição.

Fez-se questão do afastamento desta teoria. Em suma, as diferenças são tantas que entravam a aplicabilidade do regime da propriedade, mesmo que especial, ao direito de autor. *A priori*, a obviedade da disciplina dos direitos reais recai sobre coisas, totalmente diferente da destinação do direito autoral, que diz respeito a bens incorpóreos. A forma de aquisição e de perda do direito. A composição híbrida do direito de autor, composto de faculdades pessoais, patrimoniais e complementares. O prazo prescricional distinto. A viabilidade de desapropriação e da posse no direito de propriedade simples, entre outros. Ora, mesmo sendo uma pretensa propriedade diferente, fica difícil achar correlação para embasar tal ficção jurídica.

Na situação do Brasil, estruturalmente não existe dúvidas sobre a supremacia da maioria dualista. Contudo, no que toca a natureza jurídica, esta pesquisa encontrou imensas variações de teorias e algumas omissões. Há uma espécie de tabu talvez maior que no resto do mundo e este foi o motivo principal da escolha da estrutura deste estudo. A preocupação atual da doutrina brasileira não reside na estrutura e/ou na natureza jurídica e viu-se a necessidade imperiosa de abordar o tema dentro de alguma contextualização histórica a fim de entender o presente e tentar promover o futuro.

Definido assim o direito de autor como um direito subjetivo, qual seja, exclusivo de exploração económica, nuclearmente centralizado no seu conteúdo patrimonial desde a sua concepção. Direito individual que na prática demonstrada faculta principalmente ao autor o poder de impedir outrem de explorar economicamente sua obra.

é chegada a hora de tratar deste núcleo económico. Neste sentido, a análise observou o sistema internacional, os dois sistemas vigentes e o Brasil. A História novamente faz-se presente para algumas conclusões.

O sistema económico atual está em pleno deslocamento do modelo industrial para um modelo cultural, uma transição. Possuir o bem não importa tanto quando se pode ter acesso a ele. Para muitos talvez a concretização de uma utopia do Manifesto Comunista.

Essa transição para uma economia baseada em produtos de conhecimento e intangíveis transformou gradualmente os direitos intelectuais em mecanismos de

proteção ao investimento. Tanto os legisladores nacionais como os internacionais produziram novas leis para proteção abrangente do investidor.

A era digital configurou então um novo paradoxo novo: bem cultural em face da ainda viva propriedade. Uma luta entre a cultura como baluarte da liberdade de informação e de acesso contra as velhas empresas, baseadas em velhos modelos proprietários, querendo manter-se no poder sem investir ou pensar. Sob o argumento da soberania do autor a luta envolve a restrição sobre o material cultural, a fim de lucrar com este material, mas sem grandes adequações a nova realidade e sem incentivar a produção. A indústria cultural antiga, que tal qual cão ranhoso, defende-se irracionalmente buscando recuperar, manter e aprisionar os lucros de outrora, arguindo pirataria eletrônica, sem observar por exemplo seus preços altos e seus modelos ultrapassados.

Entraram mais atores no cenário e mais interesses envolvidos. O investimento passou a ser central, sendo o maior motivo da proteção e ficou difícil pensar em quem é ou deveria ser o detentor do direito, no nosso caso, o autor criador ou o investidor. O direito de autor separou-se do criador, vinculadíssimo às grandes empresas da indústria cultural. Mas ainda sob o argumento da soberania, proliferou a gestão coletiva, como única maneira de remuneração dos autores num mundo sem fronteiras. Distorcidas suas intenções no exercício monopolístico, passaram a figurar como portadoras de um interesse próprio também conflitante com os demais. Durante o estudo focou-se nos quatro interesses centrais: do autor em receber sua remuneração justa, da sociedade em ter acesso a obra, da indústria cultural no retorno do investimento e da entidade de gestão coletiva por lucro, em franca distorção. Pode-se divisar também do estudo o interesse dos provedores de internet, das plataformas que distribuem conteúdo entre outros interesses.

Na esfera internacional, o primeiro Tratado desta era de reforço das faculdades patrimoniais é o Acordo TRIPS, com o tratamento das obras como mercadorias, a previsão do mínimo de proteção do direito de autor como inafastável e, por fim, a determinação da proteção dos programas de computadores por direito de autor.

Nos Tratados da OMPI, interessa-nos apenas aquele sobre direito de autor, que ampliou ainda mais o escopo da proteção, com a mesma referência ao mínimo de proteção. Ainda implementa a nova faculdade de colocação da obra à disposição do público na Internet e amplia a faculdade de distribuição que antes era apenas para os

autores de obras cinematográficas para todo o tipo de obras. E por fim, a novidade da proteção dos dispositivos tecnológicos.

Desta feita na esfera internacional, apesar de alguma menção ao interesse público nos dois tratados vemos a vitória do *enforcement* como motor para investimentos e ampliação do escopo do conteúdo patrimonial do direito de autor. A Internet que nasceu para ser o paraíso do acesso, acaba de ser invadida.

Assim foi consolidada a visão do mais elevado nível de proteção aos direitos intelectuais como propriedade nas legislações internacionais e constitucionais, de forma a sobrar pouco espaço para a afirmação da necessidade de equilíbrio dos interesses. Resultado desta postura, as legislações infraconstitucionais da atualidade também não se mostraram muito sensíveis ao interesse público.

Na análise do *copyright*, só há o conteúdo patrimonial, apesar da existência de alguns direitos morais tanto no Reino Unido quanto nos EUA. Registou-se nos EUA iniciativas legislativas para reforço da proteção do direito de autor que não prosperaram graças a manifestação de grande vulto, popular e de empresas que entendeu o grande potencial de censura de tais projetos de lei.

A situação na Europa um pouco mais complexa. Dada a estrutura pluralista, estuda-se com mais afinco o conteúdo patrimonial, bem como o contexto da proteção no âmbito da UE e Portugal. No âmbito da UE, após a preocupação suscitada no Livro Verde de 1988 com a pirataria, os direitos intelectuais em geral aparecem como prioridades legislativas. Neste contexto, é iniciada uma intensa produção legislativa. Destacam-se neste sentido as Diretrizes 2004/48 e 2001/29.

A transposição do Tratado da OMPI, por exemplo, confirma a tendência legislativa de reforço da proteção e invasão do uso privado pela proteção dos dispositivos tecnológicos de proteção. São proibidas medidas que neutralizem esses dispositivos. O direito de autor invade a vida privada da sociedade como se fosse uma faculdade patrimonial nova. Essa tendência legislativa confirma-se na reforma que será votada em breve, como por exemplo, na criação de um direito para o editor de imprensa no prazo de 20 anos.

Na interpretação destas Diretrizes, de acordo com estudo, o TJUE não possui ainda Jurisprudência uniforme, mas, por um percentual mínimo, ainda prevalece uma visão para elevação do máximo nível de proteção. Destaca-se também outro estudo com a visão da sociedade de que as verdadeiras beneficiadas pelo direito de autor são as indústrias culturais.

Especificamente na faculdade mais questionada, em comunicação com o público, o TJUE mudou de ideia algumas vezes, sendo as últimas numa visão extensiva. Destaca-se a posição contrária do Supremo Tribunal Português na interpretação restritiva da faculdade de comunicação ao público. Parte da doutrina entende que essa posição do Judiciário português não está conforme o TJUE, portanto, não merece prosperar.

Neste sentido, tendo em vista que a UE aderiu aos dois principais tratados de reforço da proteção e produziu Diretrizes com estes objetivos, verifica-se uma ampliação do escopo do conteúdo patrimonial na UE e nos Estados – Membros.

O Brasil não aderiu ao Tratado da OMPI, apesar da sua ativa participação na Agenda do Desenvolvimento. Há quem diga que apesar de não aderir, o Tratado produziu efeitos no país.

Neste primeiro momento mais profundo do estudo da LDA verificou-se uma lei muito rígida e ao mesmo tempo anacrônica, desrespeitada, obsoleta, praticamente inútil. Esta configuração gera interpretações confusas, sem a possibilidade de enxergar também uma jurisprudência uniforme.

Saltaram aos olhos os esforços conceituais e propositais desleixos jurisprudenciais, legislativos e doutrinários em ambos os sistemas para expansão do direito de autor, sobremaneira num país eternamente em desenvolvimento tal e qual o Brasil. Tanto é assim que a concepção proprietária consolidou o direito de autor à serviço dos interesses economicamente motivados, elevando cada vez mais forte e mais distante do interesse público. Sempre sob o argumento romântico do autor génio, do usuário pirata, uma série de condutas que naturalizaram o direito de autor como um deus, um direito nuclearmente patrimonial que a doutrina esforça-se para tornar humano, fundamental, imprescindível.

A grande ideia é que ninguém nasce autor, editor ou produtor de filmes. A condição humana é mutável e influenciada. Quando trata-se de cultura principalmente, porque ninguém parte do nada. Aprende-se a ler e escrever concomitantemente. Ninguém é nada e todos estamos exercendo funções. Essa soberania do autor pintada então por uma indústria cultural pecadora de gula lucrativa cai por si só, num raciocínio que nem jurídico precisa ser. Todos colaboramos na troca e não podemos exigir uma exclusividade eterna e extrema, sendo que nem eternos nossos corpos são e nunca podemos controlar tudo.

Isto posto, por mais sem motivo que pareça ser, prosperam os argumentos das indústrias culturais e a inclusão do direito de autor no elenco dos direitos humanos e fundamentais.

Os direitos humanos surgem no pós-guerra e tem por base a dignidade da pessoa humana com base na DUDH que por ser declaração não é considerada obrigatória. Tais direitos estão em constante evolução, de acordo com a sociedade, em constante mutação. Apesar dos ideais nobres, semelhante ao direito de autor, também serviu aos interesses económicos de países desenvolvidos.

Ressalta-se a inclusão do direito de autor acerca do art. 27. O argumento principal era a necessidade vista pelos países do sistema continental europeu em proteger os interesses morais do autor. Mas durante as discussões outros valores foram suscitados, como a necessidade desta proteção não implicar no impedimento do interesse público de acesso à cultura e liberdade de expressão.

A leitura do art. 27 carece de clareza no pleno enquadramento do direito de autor como direito humano, mas a sua estrutura conduz a uma visão que remete ao interesse público.

A produção do posterior PIDESC de implementação obrigatória resolve um pouco esse dilema. Com redação da proteção dos interesses morais e patrimoniais do direito de autor vinculada à liberdade artística leva a uma conceção de direito de autor duplamente considerado, em atenção ao interesse público de participação plena do indivíduo na vida cultural para atingir a dignidade da pessoa humana. A doutrina aplaude tal conceção que foi reafirmada no Comentário Geral da ONU.

Assim, apesar da dificuldade de enquadrar o direito de autor como direito humano ante seu núcleo patrimonial que conduz a incompatibilidade de justificações características e finalidades com os direitos humanos, a legislação internacional assim o fez, mas verifica-se uma interpretação doutrinária pendente para o equilíbrio de interesses.

Tal enquadramento não é muito realizado nos sistemas de *copyright*. Na esfera dos direitos fundamentais, definidos em apertada síntese como os direitos humanos positivados nos ordenamentos nacionais, também foi verificada a situação do direito de autor.

Nos EUA houve alguma movimentação do direito de autor como fundamental por conta da *Copyright Clause*. Todavia, a doutrina já asseverou que o texto da Constituição tem o intuito de facultar ao legislador infraconstitucional a possibilidade

de legislar sobre direito de autor para o interesse público de fomento e acesso à cultura. A Jurisprudência confirmou em *leading case* que proteger o direito de autor é alavancar a liberdade de expressão, verdadeiro direito fundamental constante da primeira emenda.

No Reino Unido pouco posicionamento neste sentido e o que há, em razão da inserção do país na UE, situação em vias de mudança por conta do *Brexit*.

Já na UE, a teoria é enorme. A CEDH dispôs no art. 1.º a previsão da propriedade privada em geral, plenamente aplicável aos direitos intelectuais de acordo com o entendimento do TEDH. Contrária a legislação internacional que não se posicionou quanto à natureza, a UE adota a teoria proprietária. Desta feita, o direito de autor é considerado direito humano.

Já na Carta Europeia dos Direitos Fundamentais foi explícita na inclusão da “propriedade” intelectual no art. 17, 2, as motivações para a inserção da matéria a importância do ramo e a intensa produção legislativa no contexto da UE. A redação do artigo é criticada por três motivos. São eles: a ignorância das faculdades morais e do autor criador, bem como a falta de limitação expressa. A soma dos fatores motivações mais redação do artigo demonstra a lógica maximalista eleita, no intuito de proteger ao máximo os direitos intelectuais em geral, inclusive o direito de autor. Resulta no direito de autor como direito fundamental na UE.

No exemplo português de ordenamento europeu interno, o direito de autor está previsto no art. 42 da CRP, após a liberdade de criação cultural. Esta lógica leva a doutrina a percebê-lo como uma garantia institucional conexa às liberdades fundamentais culturais de criar, fruir e divulgar. O intuito é assegurar que o direito de autor não seja suprimido da legislação infraconstitucional. Desta feita, entende-se que em Portugal o direito de autor não é fundamental.

Já no Brasil, a discussão é intensa. O alicerce do direito de autor como direito humano no país é construído na DUDH e no PIDESC. Para evitar repetição, alguma variação doutrinária, com o entendimento de que apenas as faculdades pessoais são verdadeiros direitos humanos e fundamentais. Mas a maioria entende que o direito de autor é humano, felizmente com interpretação sempre tendenciosa ao equilíbrio e numa situação de “conflito” com o também humano direito de acesso à cultura, por exemplo, prevalecerá o último por prestigiar a ordem de liberdade. A cultura é reconhecida como imprescindível na constituição do ser humano e no inafastável direito a uma vida digna.

A questão do direito de autor na CRFB leva a crer que assim desejou o legislador constituinte, dada sua inclusão no art. 5.º, XIX e assim a maioria da doutrina entende, com apelo à teoria proprietária.

Enfim, da definição dos direitos humanos e dos direitos fundamentais é possível perceber que antes e acima de tudo está a pessoa humana, razão de ser de tais direitos. No atual estado de busca por efetivação de tais direitos, vale a pena estender o conteúdo? O resultado pode ser esvaziar de importância os direitos que guardam a dignidade humana. Considerar direito humano ou fundamental o direito de autor, pode esvaziá-los e não parece valer a pena no estado de busca pela concretude de direitos tão importantes quanto a liberdade, numa realidade que exsurge a extrema-direita que prega irresponsavelmente que direitos humanos são direitos de bandidos posto que, por exemplo, há camada da sociedade que diante da violência clama pelo retorno da pena de morte em diversos países do mundo.

Há de se ressaltar o estado dos direitos fundamentais no Brasil, como país em desenvolvimento. Exemplifico a recentíssima reforma trabalhista, que para além da precarização do trabalho, prevê acintosamente atrocidades como a permissão do labor da mulher grávida em ambiente insalubre⁷³³. Fica a insegurança de um porvir perigoso para a República Federativa do Brasil e o registo de uma brasileira consternada. Os direitos fundamentais correm perigo.

Portanto, a nosso ver, precedente é a teoria do Prof. Doutor Denis Borges Barbosa que desacredita o direito de autor como humano e fundamental no Brasil tendo em vista sua natureza jurídica de exclusivo de exploração económica, uma concessão legislativa autorizada pela sociedade de um direito eminentemente patrimonial.

A realidade demonstrou que a legislação atinente a direitos humanos e fundamentais elaborou uma visão de um direito patrimonial absoluto e incondicional de autor, imune ao equilíbrio necessário com outros direitos. Esta visão deixa de observar o acesso à cultura, à educação, à informação e ao conhecimento que representam o alimento e a bebida que mantém vivo e saudável o processo dinâmico almejado pela instituição jurídica da garantia de proteção patrimonial ao autor.

Positivamente, o estudo observou que a doutrina moderna modifica esta tendência e clama pelo equilíbrio de interesses mesmo com a intensa legislação

⁷³³ A Reforma Trabalhista foi recentemente aprovada, convertida da Lei n.º 13.467/2017, em *vacatio legis* de 120 dias após a publicação. O Ministério Público do Trabalho se manifestou contra a reforma durante todo o trâmite legislativo e cogita propor ação direta de inconstitucionalidade. A Lei está disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em 16 ago. 2017.

internacional maximalista, no entendimento de que o interesse público não pode ser reduzido exclusivamente a interesses económicos. O direito de autor deve servir aos direitos humanos básicos referentes à educação, ao conhecimento, à informação e à vida cultural, afirmados nos instrumentos internacionais e na Constituição da maioria dos países do mundo.

Esta maneira de pensar reconduz o direito de autor para a sua dupla dimensão e como um dos instrumentos que tem por objetivo ajudar o desenvolvimento cultural, é reconduzido ao seu senso cultural, por todas as suas perspetivas. O direito de autor é e sempre foi fundamentado na cultura e ambos não devem entrar em conflito. Perto deste sentido o PIDESC e o Comentário Geral n.º 17, mas ainda estão longe de concretude prática, em virtude de todo o sistema internacional de tratados existente.

Infelizmente reafirmada a lógica patrimonial maximalista em todos os territórios de estudo, inclusive na previsão internacional deste direito como direito humano e/ou fundamental, mesmo diante da sua pouca adequação aos objetivos deste grupo de direitos.

Compromisso conceitual cumprido, é hora de estudar a delimitação negativa vigente neste infinito de proteção. Feitas considerações terminológicas e conceituais dos limites.

Parte-se do pressuposto de que o próprio direito de autor é um limite, porque restringe a ordem que é a liberdade de criação e de acesso. Assim sendo, sempre houve preocupação com interesse público e nenhum direito é absoluto. O direito subjetivo de autor nasce composto por regras positivas que concedem as faculdades e negativas que recortam estas faculdades, tais e quais os dois lados de uma balança.

Desta feita, os limites intrínsecos, constantes das próprias legislações autorais, definidos como executores do recorte negativo do direito individual de autor, são os soldados do interesse público, da sociedade em geral, para fins de acesso à cultura lato sensu, bem como de preservação do património cultural, entre outras necessidades coletivas que não podem ser completamente suprimidas.

Desde a CB o interesse público é representado pelos limites atinentes a finalidades educacionais e desde então as legislações internacionais sempre observaram as limitações. Em ponto de interesse, temos a revisão de Estocolmo de 1967 com a criação da faculdade de reprodução. Na mesma revisão, a inclusão da regra dos três passos, cláusula geral por conta da necessidade de conciliação dos sistemas, concebida para impedimento do estabelecimento excessivo de limites ao direito de reprodução. O

primeiro dos passos trata do prejuízo do autor e esta era uma ideia dos sistemas anglo-americanos.

Na sequência, o teste foi inserido em TRIPS com o aumento do seu alcance, para averiguar a estipulação de limites a todas as faculdades patrimoniais. OMPI seguiu a mesma tendência. Na esfera internacional, nos três principais tratados, os limites foram “limitados” pela regra dos três passos.

No sistema britânico, avaliou-se a origem dos limites no *fair abridgment*, fortemente baseado no interesse público com a permissão de resumo de obras por facilitar o acesso. A extinção do *fair abridgment* e a transição para o *fair dealing* marca a redução do alcance dos limites.

O *fair dealing* surge como conceito do *common law* e é definido como o conjunto de atos legalmente autorizados de uso da obra, que não constituem infração ao *copyright*. É concebido claramente para atendimento de interesses públicos, tais como proporcionar usos transformativos e liberdade expressão. Por exemplo, a crítica favorece a democracia, ao propor debates e difundir ideias diversas sobre política e cultura. Já o propósito de pesquisa e estudo privado vem para o fomento do conhecimento, entre outros elencados.

A positivação do *fair dealing* é acusada de reduzir a flexibilidade do sistema. Passou por reformas recentes e algumas louváveis como a inclusão do limite atinente a paródia e da possibilidade de citação de trecho de qualquer tipo de obras para fins didáticos e de pesquisa.

Ao lado do *fair dealing* existem outros limites e foi inserida a cópia privada que foi rejeitada pela Suprema Corte por não vincular compensação equitativa e não restar prova de que inexistia prejuízo.

É tido pela doutrina como um sistema ainda insuficiente de limitações ao direito de autor no que tange ao interesse público.

Já no sistema americano, tem-se o *fair use*, a única cláusula geral aberta de limitações, para fins de crítica, educacionais e de paródia.

Nasce também na *common law*, com origens coincidentes com *fair abridgment* de lógica utilitarista, para proporcionar acesso e progresso da cultura. Refere-se que o *leading case Folson v. Marsh*, na verdade insere o conceito de plágio no direito de autor daquele país, como uma introdução da lógica jusnaturalista no conceito e expansão do escopo. Mas também desenvolveu os três critérios que deram origem ao *fair use* atual, positivado após 150 anos.

Segundo a doutrina a causa de insuficiência deste sistema tem origem nesse caso, com essa mistura de vieses filosóficos. Neste caso, com base nos critérios desenvolvidos, o *fair use* é desenvolvido como violação tolerada e escusável pela justiça da finalidade, como se o *copyright* fosse um direito natural. Ressalta-se que para aquele sistema o direito de autor é um monopólio concedido por lei e assim devia ser considerado o *fair use*, como um limite, um direito afirmativo.

Apesar de amplamente difundido como um sistema de limitação mais atencioso ao interesse público, também mostra-se relativamente insuficiente. O "xis" do problema é justamente a implementação da ótica do jusnaturalismo na interpretação dos critérios.

A

O sistema continental europeu de limite pode se dizer efetivamente iniciado mesmo com as discussões acerca da natureza e da internacionalização do direito de autor.

A partir do Livro Verde de 1988 a preocupação da UE com o combate à pirataria emerge e o interesse público é esquecido.

Neste contexto em razão da virtude da revolução tecnológica é iniciada a produção de inúmeras diretrizes acerca do direito de autor. Os limites então são entendidos como ferramentas legais para a diminuição do escopo de proteção das faculdades patrimoniais de autor para assegurar liberdade de expressão e acesso à cultura e são vistos com maus olhos, ao passo que o objetivo era a máxima proteção possível.

Esse desprestígio é constatado por meio do rol taxativo de vinte e um limites da Dir. 2001/29, com apenas um atinente a reprodução temporária de transposição obrigatória, enquanto todas as normas que tratam das faculdades patrimoniais são obrigatórias. Os Estados-Membros ficam proibidos de incluir limites além daqueles previstos neste rol.

Consequências disto? A análise jurisprudencial confirmou que a regra dos três passos utilizada como critério judicial de avaliação da pertinência de um limite, combinada com o rol taxativo interpretado restritivamente e a supervalorização do passo que trata do prejuízo a exploração económica torna praticamente impossível ao beneficiário usufruir dos limites. As interpretações podem variar incontavelmente para impedir que um caso seja considerado uma utilização livre.

Portugal transpôs todos os limites autorizados na Diretriz numa postura arrojada. No que diz respeito à regra dos três passos, optou por não abordar o primeiro passo, dos

casos especiais. É vista como uma vantagem essa postura, vez que o Judiciário português liberta-se da obrigação de analisar caso a caso se a utilização livre é permitida.

Outra mais-valia do sistema português é o caráter injuntivo dos limites, apesar de alguma dificuldade prática.

Destacaram-se algumas limitações por sua afinidade com a era digital e importância: a utilização para fins de informação, a utilização por bibliotecas públicas ou para fins de ensino e educação, a liberdade de citação, a cópia privada, a inclusão das obras órfãs e a utilização de obras de arquitetura e escultura feitas para serem mantidas permanentemente em lugares públicos. Conceituadas, todas pareceram justificáveis e válidas no sistema português.

Exceto pela cópia privada, recentemente reformada e exemplo excelente da visão do *enforcement*. A nova lei não observou o básico: se o aparelho que irá taxar é utilizado efetivamente para a cópia privada. Combinado com isto, a proteção das medidas tecnológicas de proteção que visam evitar ou regular a cópia privada. O uso privado que era livre, é invadido e transformado em faculdade patrimonial. Tendência infeliz confirmada na jurisprudência do TJUE. A maior crítica ao sistema de limitações português atual.

De modo geral, a legislação comunitária mais restritiva que os tratados internacionais contribuiu para um quadro dos limites restritíssimo na UE, com a interpretação destes como exceções, que para existirem devem ser positivados e de interpretação restritiva.

No Brasil, os limites surgem apenas no séc. XIX em razão da superação tardia da concepção do direito de autor como privilégio.

O sistema de limitações desta época é muito parecido com o sistema atual que numa lógica jusnaturalista prevê utilizações que podem ser praticadas sem autorização sem que sejam consideradas contrafações.

A partir daí, mais nos interessa a CRFB de 1988 que prevê o direito de autor, sem qualquer limitação explícita. Assim, a doutrina embasada na teoria da constitucionalização do direito, compreendeu que os limites do direito de autor estão dispostos com base na função social da propriedade.

Analizou-se alguma matéria do processo legislativo que deu ensejo a atual LDA, tendo em vista o interregno de 10 anos entre a proposta de reforma e a aprovação da lei. Desta forma, a LDA vigente até hoje nasce obsoleta e sem ritmo para a era digital.

No que toca a regra dos três passos, considera-se que esta não foi inserida no art. 46, VIII dada a redação confusa.

Quando chega-se ao capítulo dos limites na LDA, verifica-se que não se configuram injuntivos, não sendo possível ao beneficiário propor ação para usufruir.

Sobre a técnica disposta do continental europeu na qual os limites são elencados num rol taxativo, a doutrina e a jurisprudência já entendem pela inexistência de proibição constitucional da interpretação extensiva. Diz-se então que o Brasil está numa guinada utilitarista do direito de autor. Um movimento que caminha para combinar uma cláusula geral com um rol extensivo, que resultaria num sistema misto, na clara mistura dos dois vieses filosóficos.

Aqui regista-se que, diferente do que ocorre nos EUA, este possível sistema misto no Brasil seria positivo, vez que se utilizaria da lógica utilitarista para atendimento do interesse público.

Da análise dos limites um a um no sistema brasileiro, chega-se a uma das leis mais rígidas do mundo, principalmente comparado com os limites nos EUA e na Europa. Não se observam finalidades educacionais, não existe sistema que auxilie no caso das obras órfãs. O direito à citação é confuso e talvez inexistente. A caricatura é limitada. Não são observados quaisquer limites para preservação de acervos de museus e bibliotecas. As medidas de proteção tecnológicas são plenamente protegidas. Por fim não existe cópia privada integral, analógica ou digital.

A situação é periclitante, não existe uma preocupação legislativa real com o interesse público. E aqui é importante lembrar que para um país em desenvolvimento como o Brasil, só por meio dos limites é possível facilitar o desenvolvimento económico, ao “empoderar” a população com acesso à cultura e estímulo a participação cultural e inserir-se no mercado global atual na era da informação. A conjectura atual não contribui em nada na facilitação do acesso e do desenvolvimento e perpetua a discrepância social e a involução de um país em crise.

A conclusão deste capítulo é óbvia. Não é encontrado nenhum sistema ideal na prática daqueles analisados e nem a doutrina ousa prever. Todos eles são criticados pela doutrina e mostram-se insuficientes quanto aos limites. Ante a comparação inevitável dos sistemas, alguma superioridade para o sistema de *copyright* britânico e norte-americano, seja pela sua manifesta sinceridade de proteção apenas do conteúdo patrimonial num rol de direitos *numerus clausus*, seja pelo triunfo da doutrina

utilitarista no conceito do direito de autor como um direito de monopólio concedido pelo Estado.

A lógica do *fair use* leva vantagem específica. Em primeiro lugar por possibilitar o uso independente da autorização do autor e depois, no caso de litígio, ser defendida a equidade do uso. Depois, pela interpretação ampla da cláusula geral. As críticas operadas a este sistema de limitações são atinentes a interpretação dos tribunais do *fair use* numa lógica de direito natural. Tal lógica confere então uma interpretação demasiada restrita dos limites, de forma que os usos justos estão muito ligados a questões de cunho económico e distanciadas do verdadeiro intuito de atendimento do interesse público, naquele sistema o bem-estar social, para o almejado equilíbrio de interesses.

Outra reflexão que aparece a propósito deste estudo é que se pensarmos bem, os direitos humanos e/ou fundamentais parecem ter muito mais afinidade com as finalidades de interesse público atinentes às limitações ao direito de autor do que o próprio direito de autor em si, mas, enfim, assim não o fez a legislação internacional.

No que diz respeito aos sistemas de limites existentes nos países do sistema continental europeu amarrados pela legislação comunitária, no Reino Unido e claro no Brasil, a doutrina encontra vários pontos de melhoria para atendimento do interesse público e conseguinte equilíbrio efetivo. Resultado, a preocupação por equilíbrio surge em todos os lugares ao mesmo tempo, numa resposta a cultura aprisionada.

Abordou-se alguns dos movimentos pelo equilíbrio. O primeiro movimento provável foi o A2K, nascido para o acesso ao conhecimento nos anos 50. Atualmente o movimento tem por objetivo precípua o equilíbrio entre os interesses dos autores/titulares de direito e os interesses da sociedade por acesso ao cultural *lato sensu*. O Brasil tem participantes do movimento.

Atividade relevante do movimento foi a apresentação do Tratado sobre o conhecimento, cuja prioridade é o estabelecimento de limites ao direito de autor com finalidades educacionais em 2008 na OMPI. No progresso da efetivação desta proposta, apenas o Tratado de Marraquexe que se beneficia o acesso de invisuais.

Outro movimento exsurge após a inserção da regra dos três passos em TRIPS e OMPI e a aplicação desta como limite dos limites, principalmente no contexto do TJUE. A academia insurge-se e produz uma declaração de iniciativa europeia, mas de alcance mundial para uma interpretação equilibrada do teste também em 2008. Depois disso académicos do mundo inteiro enveredam por este caminho.

Este estudo seguiu a linha adotada pelo doutrinador Prof. Doutor Cristophe Geiger que é um dos que assinam a primeira declaração. A teoria do Professor evoluiu e na atualidade a proposta é pela elaboração de uma regra invertida no direito internacional. Assim, os limites seriam a regra normal e a proteção concedida no preenchimento das condições como a exceção. Esta transformação faria com que o direito de autor passasse a ser um direito de acesso, sensível ao interesse público. Foi a melhor medida encontrada na opinião desta pesquisa para o equilíbrio almejado.

Já no *fair use* surge o *copyright misuse* para coibir o abuso do direito de autor. A Jurisprudência construiu este conceito de *common law* e até há casos de utilização desta teoria, mas é relutante e carece de construção doutrinária.

A era digital cada vez mais acelerada dá ensejo a outros movimentos. Surge o *software* livre e é inaugurada a mentalidade da circulação cultural na internet. Vê-se o surgimento do *copyleft* e do *Creative Commons*. Este último espalha-se no mundo. Um sistema de licenças voluntárias no qual os autores autorizam os usos que desejam, com textos inclusive para quem não tem conhecimento jurídico. O Brasil é um dos pioneiros e apesar de adepto do sistema continental europeu adaptou o formato do *creative Commons* que opera com a disponibilização de milhares de obras.

Na Europa destaca-se o movimento de iniciativa política, com o Partido Pirata. Com representação em várias partes do mundo, ganha visibilidade na Europa com representação no Parlamento Europeu, entre outras vitórias.

Neste momento o Partido Pirata lidera a luta para impedir a reforma que está prestes a ser votada e entre outras providências estende o escopo da proteção com a criação de um direito conexo ao de autor para a imprensa de 20 anos de duração, bem como coloca em risco os limites com o controle das plataformas de conteúdo.

A solução acadêmica que também tem origem europeia é a função social, de alguma lógica utilitarista, nascida no direito constitucional alemão e aplicável ao direito privado que não tarda a ser estendido ao direito de autor.

Essa teoria vira a tábua de salvação do direito de autor no Brasil, ante a deplorável situação dos limites. Entende-se que esta teoria é aplicável sim, mas não em virtude da teoria proprietária, mas sim pela natureza privada das faculdades patrimoniais.

Este estudo, contudo, acha que essa interpretação civil constitucional não é suficiente para corrigir o estado dos limites do direito de autor no Brasil, mas é uma

contribuição para uma visão mais ampla que pode ser aplicada inclusive no cenário mundial.

Esta visão seria formada por três racionalidades jurídicas tratadas durante todo o estudo: a vinculação do direito de autor à cultura, o direito de autor sem impedir o direito de acesso, as liberdades e o desenvolvimento cultural; e a função social do direito de autor. Estas três concepções formariam uma teoria que de facto seria capaz de orientar qualquer mudança no sentido do equilíbrio.

A busca continua e o porvir não é colorido, vez que a previsão académica é de nenhuma mudança imediata no cenário legislativo internacional e que acaba por engessar os ordenamentos nacionais.

Neste sentido alguma vantagem leva o Brasil, tendo em vista que só tem que respeitar TRIPS e a CB. Diferente dos EUA que precisam observar TRIPS e OMPI e a UE que além de TRIPS e OMPI criou diretrizes ainda mais restritivas.

Abordada a pesquisa completa, sentiu-se necessidade de registar alguns pensamentos.

Um caminho para o equilíbrio talvez precise envolver a ideia acerca da correlação entre direitos e deveres. Durante todo este trabalho vê-se um embate entre a vocação, o cordão umbilical entre o direito de autor culturalmente concebido e sua atividade convertida em essencial na prática: fins lucrativos para as indústrias do entretenimento. É importante perceber o direito de autor como uma situação jurídica subjetiva complexa onde podemos divisar direitos e deveres. O autor como ator da relação cultural que também envolve a indústria cultural, e a sociedade, que tem o seu direito adquirido e também o seu dever. Os limites são então a nosso ver a concretização dos deveres da indústria e do autor, que não podem apenas querer seus direitos. A Humanidade é uma eterna luta de classes que em regra significa uma classe derrubar a outra para prevalecer.

Já não é hora de o direito assumir lados ou lutas particulares, é tempo de sociedade em si, de sopesar valores e interesses. Não se pode tratar o direito na mesma perspectiva. Afastar-se dessas definições normativas, abandonar qualificações legais concebidas na doutrina do século passado e concluir que estas não refletem o regime legal como um desejo legislativo completo. Tudo isto é importante e cabe na consideração de uma produção legislativa internacional inovadora, talvez com sistemas de normas que criem vinculação aos tratados anteriores, mas possam conferir nova interpretação, releitura equilibrada do sistema antigo e algumas inserções pontuais.

Certo é que devem ser adotadas estratégias a nível internacional, práticas concertadas que facilitem ações que concretizam o acesso à cultura para que não sejam tratadas na ilegalidade. O equilíbrio entre os interesses tem que ser alcançado a partir de algum ponto. E aqui a saída mais interessante é a ideia de uma nova regra dos três passos de lógica invertida.

Mais importante que tudo na atualidade é defender as liberdades mais do que as leis. A vida digna prevê o acesso à cultura e à informação, em face de um direito de autor, individual e privado. A prática parece demonstrar que o indivíduo criador reconhece isso, quando abandona métodos clássicos de proteção, com adesão aos modelos como o *Creative Commons*. A relutância é apenas da indústria cultural e das entidades de gestão coletiva.

Não foi difícil depreender de todo este estudo que o direito de autor é perscrutado num objetivo puramente económico, gestado na confluência de interesses dos livreiros e nascido acidentalmente em favor do autor, como argumento para obtenção de vantagem. Mas desde o início, a lógica utilitarista concebida na esfera do *copyright* é mais coerente por proteger algo para o bem futuro e coletivo, no perfeito interesse público. É fácil perceber num olhar atento que a instituição dos direitos intelectuais como um todo, apesar da finalidade pública pretendida, está sempre entrelaçada em teias económicas.

O sistema continental europeu, diferentemente, sempre alegou a visão romântica do direito de autor e talvez seja hora de reconhecer que na verdade tudo trata do conteúdo patrimonial e este reconhecimento tem de ser honesto para uma mudança futura e distante, dada a dificuldade de reforma da legislação comunitária.

Neste ponto, o Brasil como pior situação aqui estudada pode oferecer um exemplo a ser construído. A anacronização é tamanha que gera um costume *contra legem* que resulta na sociedade desconsiderando a excessiva restrição da lei que tudo proíbe e participa do livre compartilhamento de cultura e informação na rede. Não é possível consertar o paradoxo atual com uma releitura.

A legislação brasileira precisa enfrentar e resolver as questões emergenciais mínimas de viabilização de acesso à cultura *lato sensu* e deve evoluir para acompanhar o mundo tecnológico, veloz, totalmente diferente daquele distante ano de 1990 do projeto de lei que deu origem à lei ainda vigente. Pode-se, por exemplo, numa atividade legiferante infraconstitucional criar alguns limites intrínsecos que tratem da visão

constitucional destes assuntos para deixar clara a causa de sua existência e manutenção, na perfeita aplicação das racionalidades jurídicas averiguadas.

Limitações de motivação constitucional expressa poderiam plenamente ser configuradas como finalidades numa cláusula geral, para a maior adequação aos casos concretos, com observação obrigatória do caráter injuntivo. Limitações mais específicas, reformuladas, claras, tais como a reprodução e digitalização de acervos bibliográficos das bibliotecas públicas como guardiões do património cultural mobiliário do país. Estas poderiam ser elencadas num rol taxativo. Tais medidas poderiam evitar a necessidade de reforma constante do direito de autor. A criação de dois tipos de cópia privada integral, analógica e digital condizente com a realidade.

O Brasil, apesar de possuir um sistema anacrónico na atualidade, caminha para um sistema misto e talvez este seja o pontapé inicial para um sistema mais equilibrado, observador real do interesse público. Misto porque mantém as características de um sistema continental europeu de previsão do rol amplo das faculdades patrimoniais e proteção dos direitos morais, combinado com uma interpretação ampla dos limites, já asseverada pelo STJ.

A necessidade de reforma legislativa do sistema brasileiro de direito de autor é imperiosa e alguns de seus defensores pugnam pela inserção de uma cláusula geral dos limites, em lógica já utilizada no Brasil em outros ramos do Direito.

Inúmeras propostas já foram feitas e poderiam conjeturar-se inúmeras outras. Essa lentidão da lei brasileira é voluntária e conveniente. É o *lobby*, o medo do futuro que amarra uma evolução. Entre tantas propostas, esse estudo cita o Anexo I com a proposta feita há tempos atrás pela ABPI, por sua tecnicidade.

Há de se ter em mente que o estudo aqui empreendido em nenhum momento deseja a morte do direito de autor. A conclusão deste trabalho pugna por uma reforma legiferante, mas não qualquer reforma. Estamos falando de um sistema internacional bem pensado e elaborado, direito e sério, concebido para proteger as pessoas e as relações entre elas. Leis jurídicas não apenas legais.

Cita-se a teoria do *Imprinting*, de Konrad Lawrence. De repente, apenas agora a Humanidade está em plena condição física e neuropsicológica de chegar nesse ponto do entendimento, de que sim, a exclusividade é imprescindível, mas não absoluta quando confrontada com bens maiores, direitos humanos efetivos como o de acesso à cultura *lato sensu*.

É hora de dar o *reboot*. Reiniciar. Viajar até o passado para antecipar e não repetir. E este esforço hercúleo certamente é da academia, é dos autores, da produção científica séria e equilibrada, protegida pelo próprio direito de autor, mas ao mesmo tempo desprovida de egoísmo, alheia a tal soberania. Nos deleites da reflexão desta pesquisa, chega-se à conclusão de que com as mudanças do mundo numa velocidade incrível, cumpre a academia problematizar e prever a problematização ante as possibilidades infinitas. Facto e Direito, sempre nesta ordem. Agora, podemos antecipar para Direito e facto, projetar, conjeturar... Pode parecer uma ideia quimérica, mas sim, cabe a academia refletir e até certo ponto prever os fatos, antecipá-los na medida do possível. Falar sobre o que ninguém fala na busca ainda viva pelo equilíbrio no direito de autor.

7) Bibliografia

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

ABRÃO, Eliane Y. Conhecimento, pesquisa, cultura e os direitos autorais *in* ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). *Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006.

ADEODATO, João Maurício. Retórica e a fundamentação ética dos direitos humanos *in* BRANDÃO, Claudio (Org.). *Direitos humanos e fundamentais em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2014.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Estudo comparado do direito de sequência na legislação autoral de Brasil, Alemanha, Espanha, França e Portugal *in* Revista da ABPI, n. 35. Rio de Janeiro: Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, 1998.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas benefícios coletivos: a dimensão pública do Direito Autoral na Sociedade da Informação*. Porto Alegre: Safe, 2008.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. SOUZA, Laís Cristina. Ser ou não ser: o dilema hamletiano do pirata e a fundamentalidade que há no acesso à informação como no direito autoral *in* SANTOS, Manoel J. Pereira (Org.). *Direitos de Autor e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

AFONSO, Otavio. *Direitos Autorais: conceitos essenciais*. Barueri, Manole, 2009

AFORI, Orit Fischman. Human Rights and Copyright: The Introduction of Natural Law Considerations into American Copyright Law *in* Fordham Intellectual Property Law, Media and Entertainment Law Journal, v. 14, n. 2, 2004. Disponível em <<https://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjh9vSBhYTXAhUJVRoKHdQmBokQFggqMAA&url=http%3A%2F%2Ffir.lawnet.fordham.edu%2Fipj%2Fvol14%2Fiss2%2F4%2F&usg=AOvVaw26yzkKPRnkj1f9qa7FFm3P>>. Acesso 20 out. 2016.

AKESTER, Patricia. *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos tratados internacionais*. Coimbra: Almedina, 2013.

ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais – Introdução geral*. Parede: Principia, 2007.

APLIN, Tanya; CORNISH, William; LLEWELYN, David. *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and allied rights*. London: Sweet & Maxwell, 2010.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A Recente Lei Brasileira dos Direitos Autorais, comparada com os novos Tratados da OMPI *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 40. Lisboa: AAFDL, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito intelectual, exclusivo e liberdade *in* Revista da Ordem dos Advogados, n.3. Lisboa: Ordem dos Advogados, 2001.

ASCENSÃO. *O direito – Introdução e teoria geral uma perspectiva luso – brasileira*. Coimbra: Almedina, 2001.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O *fair use* no Direito Autoral *in* Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor, v. IV. Coimbra: Coimbra Editora. 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais *in* ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito Autoral numa perspectiva de reforma *in* WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manoel J. Pereira (Org.). Estudos de Direito de Autor - A Revisão da Lei de Direito Autorais. Florianópolis: Boiteux, 2010.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e Direito Intelectual *in* SANTOS, Manoel J. Pereira (Org.). Direitos de Autor e Direitos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2011.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Questões críticas do Direito da Internet *in* PRONER, Carol. WACHOWICZ, Marcos (Org.). Inclusão Tecnológica e Direito à Cultura – Movimentos rumo à Sociedade Democrática do Desenvolvimento. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 42.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra, 2012.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de Autor e Liberdade de Criação *in* Revista de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, v. 34, n. 1, 2014. Disponível em < <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1197/1150>>, p. 289.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O fundamento do Exclusivo Autoral *in* ASCENSÃO, José de Oliveira; SANTOS, Manoel J. Pereira; JABUR, Wilson Pinheiro (Org.). Propriedade intelectual – Direito Autoral. Série GVlaw. São Paulo. Saraiva. 2014.

ASCENSÃO, José Oliveira. *Obra musical e lítero-musical, telefone móvel e execução pública – Parecer in ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva (Org.). Temas atuais de direito da sociedade da informação.* Salvador: EDUFBA, 2015.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Representatividade e Legitimidade das Entidades de Gestão Coletiva. Disponível em <<http://www.oa.pt/upl/%7B4b4a9e38-4966-454c-ae50-678ff72be95c%7D.pdf>>. Acesso 17 jan. 2015.

AVANCINI, Helenara. *O Direito Autoral numa perspectiva dos direitos fundamentais: A limitação do excesso de titularidade por meio do Direito da Concorrência e do Consumidor* - Tese de Doutorado - 2009 - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Faculdade de Direito.

BAND, Jonathan; GERAFFI, Jonathan. *The fair use/fair dealing handbook*, 2015. Disponível em <<http://infojustice.org/archives/29136>>, p. 1. Acesso 20 jun. 2017.

BARBOSA, Denis Borges. Domínio Público e Patrimônio Cultural *in ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). Direito da Propriedade Intelectual. Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes.* Curitiba: Juruá, 2006.

BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

BARROS, Carla Eugênia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual.* Aracaju: Evocati, 2007.

BASSO, Maristela. Exceções e limitações aos direitos do autor e a observância da regra dos três passos *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102, 2007. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67766/70374>>. Acesso 23 out. 2017.

BATISTA, Pedro, Henrique Dias. A Comunicação ao Público da Obra no Direito Autoral – Novos Fundamentos Vindos de Portugal? *in* Revista Eletrônica do Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual – Europa, n. 10, 2014. Disponível em <<https://ibpieuropa.org/book/revista-eletronica-do-ibpi-nr-10>>. Acesso 23 ago. 2016.

BELL, Abraham; PARCHOMOVSKY, Gideon. Reinventing Copyright and Patent *in* Faculty Scholarship, Paper 1017, 2014. Disponível em <http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1017>. Acesso em 23 jan. 2017.

BESSA, Tiago. Direito Contratual de Autor e Licenças voluntárias de exploração da obra *in* Revista da Ordem dos Advogados, v. IV, 2012. Disponível em <http://www.vda.pt/xms/files/Publicacoes/Artigo_TCb_Direito_Contratual_de_Autor_e_Licencas_Voluntarias_de_Exploracao_da_Obra.pdf>. Acesso 07 jan. 2017.

BESSA, Tiago Emanuel Castanheira. Ensaio sobre a cópia privada de obras protegidas por Direito de Autor – Dissertação de Mestrado – 2013 – Universidade Lisboa – Faculdade de Direito.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BOBBIO, Norberto. *Na Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

BRANCO, Sergio. *Direitos autorais na internet e uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRANCO, Sergio; PARANAGUÁ, Pedro. *Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

BRANCO, Sérgio. *O Domínio Público Autoral Brasileiro - Uma Obra em domínio público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOYLE, James. *The Public Domain*. New Haven: Yale University Press, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Liberdade e Exclusivo na Constituição in Direito Industrial*, v. IV. Coimbra: Almedina, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 240.

CARBONI, Guilherme. *Conflitos entre Direito de Autor e Liberdade de Expressão, direito de livre acesso à informação e à Cultura e Direito ao Desenvolvimento Tecnológico in Revista da ABPI*, n. 85. Rio de Janeiro: Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, 2006.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*, v. II. Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direitos de Autor e Direitos da Personalidade: reflexões a luz do código civil - Tese de Doutorado - 2008 - Universidade de São Paulo - Faculdade de Direito*.

COLSTON, Catherine. *Principles of Intellectual Property Law*. London: Cavendish, 1999.

COLSTON, Catherine; MIDDLETON, Kirsty. *Modern intellectual property law*. London: Cavendish Publishing, 2005.

CONDORCET, Nicolas. *Fragments on the Freedom of Press in BENTLY, Lionel; KRETSCHMER, Martin (Org.). Primary Sources on Copyright (1450-1900)*. Disponível em http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation_f_1776a&pagenumber=1_2&show=translation>. Acesso 15 mai. 2017.

COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. São Paulo: FTD, 2008.

D'AGOSTINO, Giuseppina. Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canada's Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use *in* McGill Law Journal, v. 53, n. 309, 2008. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1014404>. Acesso 13 fev. 2017.

D'HÉRICOURT, Louis. Louis d'Héricourt's memorandum *in* BENTLY, Lionel; KRETSCHMER, Martin (Org.). Primary Sources on Copyright (1450-1900). Disponível em <http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation_f_1725b&pagenumber=1_2&show=translation>. Acesso 16 mai. 2017.

DEAZLEY, Ronan. Commentary on *Gyles v. Wilcox* (1741) *in* BENTLY, Lionel; KRETSCHMER, Martin (Org.). Primary Sources on Copyright (1450-1900). Disponível em <http://www.copyrighthistory.org/cam/commentary/uk_1741/uk_1741_com_972007164753.html>. Acesso 15 mai. 2017.

DE MATTIA, Fabio Maria. *O Direito de tradução no direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1975.

DIDEROT, Denis. Diderot's Letter on the book trade *in* BENTLY, Lionel; KRETSCHMER, Martin (Org.). Primary Sources on Copyright (1450-1900). Disponível em <http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation_f_1763&pagenumber=1_1&show=translation>. Acesso 15 mai. 2017.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DRAHOS, Peter. Intellectual Property Rights and Human Rights *in* Westlaw Journal – Intellectual Property Quaterly, n. 3, 1999. Disponível em <<https://www.anu.edu.au/fellows/pdrahos/articles/pdfs/1999iPandhumanrights.pdf>>. Acesso 31 jul. 2017.

DRUMMOND, Victor Gameiro. Direitos humanos e Direitos de Autor *in* Revista da ABPI, n. 113. Rio de Janeiro: Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, 2011.

DRUMMOND, Victor Gameiro. O Estado fomentador e protetor do desenvolvimento da cultura *in* Revista Jurídica Jurismat, n. 5, 2014. Disponível em <http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/6413/jurismat5_305-344.pdf?sequence=1>. Acesso 22 set. 2017.

EDWÁLD, Johanna. *The Three step of International Copyright Law: Is fair Use the key to balancing interests in the digital age?* - Tese de Doutorado - 2016 – Universidade da Islândia - Faculdade de Direito.

FAIRBANKS, Alexandre de Serpa Pinto; SOUZA, Allan Rocha de. A função social da propriedade e do contrato e a inclusão cultural das pessoas com deficiência *in* WACHOWICZ, Marcos (Org.). Estudos de Direito de Autor e Interesse Público - Anais X CODAIP – X Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2016.

FAVALE, Marcella; KRETSCHMER, Martin; TORREMANS, Paul. Is There a EU Copyright Jurisprudence? An Empirical Analysis of the Workings of the European Court of Justice *in* Modern Law Review n. 79, 2016. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2643699>. Acesso em 03 ago. 2017.

FERREIRA, Luisa Lemos; SOUZA, Allan Rocha de. As limitações dos direitos autorais no Superior Tribunal de Justiça *in* WACHOWICZ, Marcos (Org.). Estudos de Direito de Autor e Interesse Público - Anais X CODAIP – X Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2016.

FISCHER, William. Theories of Intellectual Property. Disponível em <<http://www.law.harvard.edu/faculty/tfisher/iptheory.html>>. Acesso 23 mai. 2017.

FUHRMANN, Italo Roberto. Revisando a teoria “dimensional” dos direitos fundamentais *in* Revista Eletrônica Direito e Justiça, v. 39, n. 1, 2013. Disponível em

<<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/12746/9060>>.

Acesso 15 ago. 2017.

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

FIGUEIREDO, Fabio Vieira. *Direito de Autor: Proteção e disposição extrapatrimonial*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAULTIER, Jean. Gaultier's memorandum for the provincial booksellers in BENTLY, Lionel; KRETSCHMER, Martin (Org.). Primary Sources on Copyright (1450-1900).

Disponível em

<http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation_f_1776&pagenumber=1_1&show=translation>. Acesso 17 mai. 2017.

GEIGER, Cristophe. O Direito de Autor como um direito ao acesso garantindo a participação cultural por meio da proteção dos interesses dos criadores in Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição, v. 9, n. 2, 2015. Disponível em <<http://pidcc.com.br/br/component/content/article/2-uncategorised/196-o-direito-de-autor-como-um-direito-ao-acesso-garantindo-a-participacao-cultural-por-meio-da-protecao-dos-interesses-dos-criadores>>. Acesso 22 jul. 2016.

GEIGER, Cristophe. Implementando disposições de Propriedade Intelectual em instrumentos de Direitos Humanos: rumo a um novo contrato social para a proteção de intangíveis in Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição, v. 9, n. 3, 2015. Disponível em <<http://www.pidcc.com.br/br/2012-10-31-19-03-53/volume-10-n-01-2016>>. Acesso 05 mai. 2016.

GOMES, Carla de Marcelino; MOREIRA, Vital. *Compreender os direitos humanos: manual de educação para os direitos humanos*. Coimbra: Coimbra, 2014.

GONÇALVES, Nuno. Notas sobre limitações e exceções no direito de autor in VICENTE, Dário Moura; VIERA, José Alberto Coelho e outros (Org.). Estudos de

Direito Intelectual em homenagem ao Professor Doutor José Oliveira de Ascensão. Lisboa: Almedina, 2015.

GRAU-KUNTZ, Karin. Direito de Autor – Um ensaio histórico *in* Revista da Escola da Magistratura Regional Federal da 2.^a Região, v. 13, n. 1. Rio de Janeiro: EMARF, 2010.

GRAU-KUNTZ, Karin. Domínio Público e Direito de Autor. Do requisito da originalidade como contribuição reflexivo-transformadora *in* Revista Eletrônica do Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual – Europa, n. 6, 2012. Disponível em <<http://ibpieuropa.org/pt/revista-eletronica-do-ibpi-publicacoes>>. Acesso 23 ago. 2016.

GRIFFITHS, Jonathan; MCDONAGH, Luke. Fundamental rights and European IP law - the case of art 17(2) of the EU Charter *in* GEIGER, Christophe (Org.). Constructing European Intellectual Property Achievements and New Perspectives. Cheltenham: Edward Elgar, 2013.

HOLLAND, H. Brian. Social Semiotics in the Fair Use Analysis *in* Harvard Journal of Law & Technology, v. 24, n. 2, 2011. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1706262>. Acesso 22 out. 2016.

HOMEM, António Pedro Barbas. Conceito de Direitos Humanos *in* BRANDÃO, Claudio (Org.). Direitos humanos e fundamentais em perspectiva. São Paulo: Atlas, 2014.

HUA, Jerry Jie. *Toward a more Ballanced Approach: Rethinking and Readjusting Copyright Systems in the Digital Network Era*. Berlim: Springer, 2014.

HUGENHOLTZ, Bernt. SENFTLEBEN, Martin. Fair use in Europe in search of flexibilities. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1959554>. Acesso 23 jan. 2017.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos – uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

KORTZEVA, Daryana. Public and Private Interests in Copyright Law: Creativity, Science and Democracy, vs. Property and Market - Dissertação de Mestrado – 2002 – Universidade da Georgia – Faculdade de Direito.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. An economic analysis of copyright law *in* Journal of Legal Studies, v. 18, 1989. Disponível em <<https://cyber.harvard.edu/IPCoop/89land1.html>>. Acesso 24 jan. 2016.

LEITÃO, Adelaide Menezes. A Directiva 2014/26/UE relativa a gestão coletiva de direitos de autor e direitos conexos *in* Revista Direito Intelectual – APDI, n. 1. Coimbra: Almedina, 2015.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2011.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Dispositivos tecnológicos de proteção e direito de acesso do público *in* Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor, vol. X. Coimbra: Coimbra. 2012.

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

LESSIG, Lawrence. *Free Culture*. New York: Penguin Group, 2004.

LEWICI, Bruno. A Historicidade do Direito Autoral *in* ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Org.). *Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006.

LIMA, George Malmerstein. Crítica à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/4666/criticas-a-teoria-das-geracoes-ou-mesmo-dimensoes-dos-direitos-fundamentais/2>>. Acesso 20 jun. 2017.

MACHADO, Carla. A interpretação (des)conforme ao direito da União Europeia patente no acórdão uniformizador de jurisprudência n. °15/2013 do Supremo Tribunal de Justiça Português *in* UNIO - EU Law Journal. v.2, n. 2, 2016. Disponível em <

http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%20-%20202%20Pt/Carla_Machado_PT.pdf>. Acesso 25 fev. 2017.

MAGRANI, Bruno. Função Social do Direito de Autor: análise crítica e alternativas conciliatórias *in* PRETTO, Nelson de Luca; SILVEIRA, Sergio Amadeu (Org.). Além das Redes de Colaboração. Internet, Diversidade Cultural e tecnologias do Poder. Salvador: EDUFBA, 2008.

MALLMAN, 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, v. 8, 2015. Disponível em <<http://pidcc.com.br/artigos/082015/11082015.pdf>>. Acesso 22 jul. 2017.

MAKEEN, Fouad Makeen. *Copyright in a global information society – the scope of copyright protection under international US, UK and French Law*. Hague: Klue Law International, 2000.

MASIYAKURIMA, Patrick. Fair Dealing and Freedom of Expression *in* TORREMANS, Paul (Org.). Copyright and Human Rights. Freedom of Expression – Intellectual Property – Privacy. Haia: Kluwer Law, 2004.

MELLO, Alberto Sá. *Contrato de Direito de Autor – A autonomia contratual na formação do direito de autor*. Lisboa: Almedina, 2008.

MELLO, Alberto de Sá. *Manual de Direito de Autor*. Coimbra: Almedina, 2014.

MENDES, Manuel Dehen. *Os efeitos do BREXIT sobre a proteção da propriedade industrial - Algumas reflexões preliminares in* Revista Direito Intelectual – APDI, n. 2. Coimbra: Almedina, 2016.

MENDIS, Dinusha. The Historical Development of exceptions to copyright and its application to copyright law in the twenty – first century *in* Electronic Journal of Comparative Law, v. 7.5, 2003. Disponível em <<https://www.ejcl.org/75/art75-8.html>>. Acesso 24 mai. 2017.

MENDONÇA, João Josué Walmor. Direito de Autor: Natureza Jurídica *in* Revista Nucleus, v. 9, n. 1, 2012. Disponível em <<http://www.nucleus.feituverava.com.br/index.php/nucleus/article/view/689/859>>. Acesso 24 jul. 2016.

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

MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional - Estado e Constitucionalismo. Constituição. Direitos Fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica, 2016.

MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. Função Social da Propriedade Intelectual: compartilhamento de arquivos e Direitos Autorais na CF/88 - Dissertação de Mestrado – 2007 – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Faculdade de Direito.

MORAES, Rodrigo. *Os Direitos Morais do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

NG, Alina. Literary Property and Copyright *in* Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, v. 10, n. 7, 2012. Disponível em <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1175&context=njtip>>. Acesso em 05 dez. 2016.

OWEN, Lynnete. Fair Dealing: a concept in UK Copyright Law *in* Learned Publishing, v. 28, n. 3, 2015. Disponível em <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1087/20150309/abstract>>. Acesso 25 dez. 2016.

PAIVA, João Almeida. Limites ao direito de autor: do direito de citação ao direito de acesso ao conhecimento - Dissertação de Mestrado – 2013 – Universidade Lisboa – Faculdade de Direito.

PARANAGUÁ, Pedro. Direitos Autorais, novas tecnologias e acesso ao conhecimento *in* PRETTO, Nelson de Luca; SILVEIRA, Sergio Amadeu (Org.). Além das Redes de Colaboração. Internet, Diversidade Cultural e tecnologias do Poder. Salvador: EDUFBA, 2008.

PATTERSON, Lyman Ray. Copyright and “the exclusive right” of authors *in* The Journal of Intellectual Property Law, v. 1, n. 1, 1993. Disponível em <<http://moritzlaw.osu.edu/students/groups/oslj/files/2012/03/62.2.patterson.pdf>>. Acesso 28 nov. 2016.

PATTERSON, Lyman Ray. Folson v. Marsh and its legacy *in* Journal of Intellectual Property Law, v. 5, n. 2, 1998. Disponível em <http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/351/>. Acesso 23 ago. 2017.

PATTERSON, Lyman Ray. Copyright in the New Millennium: Resolving the Conflict between Property Rights and Political Rights *in* Ohio State Law Journal, v. 62, n. 2, 2001. Disponível em <https://kb.osu.edu/dspace/bitstream/handle/1811/70448/OSLJ_V62N2_0703.pdf>. Acesso 20 fev. 2017.

PATTERSON, Lyman Ray. Understanding Fair use *in* Law and Contemporary Problems, v. 55, n. 2, 1992. Disponível em <<http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol55/iss2/13/>>. Acesso 23 jul. 2017.

PEREIRA, Alexandre Libório. Direito de autor, liberdade electrónica e compensação equitativa *in* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. 81. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2005.

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

PEREIRA, Alexandre Liborio Dias. Pirataria e cópia privada *in* Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor, v. IX. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Aplicação efetiva dos direitos de autor e conexos (*Enforcement*) in Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição, v. 11, n. 2, 2017. Disponível em <<http://pidcc.com.br/br/component/content/article/2-uncategorised/267-aplicacao-efetiva-dos-direitos-de-autor-e-conexos>>. Acesso 24 jul. 2017.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Direito de autor: história, fundamentos, continuidade in Direito de autor – que futuro na era digital?. Lisboa: Guerra e Paz, 2016.

PFISTER, Laurent. Author and Work in the French Print Privileges System: some milestones in BENTLY, Lionel; DEAZLEY, Ronan; KRETSCHMER, Martin (Org.). Privilège and Property – Essays on the History of Copyright. Cambridge: Open Book Publishers, 2010.

PEIFER, Karl Nicolaus. The return of the Commons – Copyright History as a Common Source in BENTLY, Lionel; DEAZLEY, Ronan; KRETSCHMER, Martin. Privilège and Property – Essays on the History of Copyright. Cambridge: Open Book Publishers, 2010.

PIMENTA, Eduardo. *Princípios de Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2004.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Propriedade Intelectual. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_propriedade_intelectual.pdf>. Acesso 25 mai. 2017.

PLOMER, Aurora. *Patents, Human Rights and Access to Science*. Cheltenham: Edward Elgar, 2015.

PONTES, Hildebrando. *Os contratos de cessão de direitos autorais e as licenças virtuais creative commons*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

POSTEL, Holger. The Fair Use Doctrine in the U.S. American Copyright Act and Similar Regulations in the German Law *in* Chicago Kent Journal of Intellectual Property, n. 142, 2006. Disponível em <<http://scholarship.kentlaw.iit.edu/ckjip/vol5/iss2/4>>. Acesso 18 jan. 2017.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

REBELLO, Luiz Francisco. *Introdução ao Direito de Autor*. Lisboa: Dom Quixote, 1994.

RIDEAU, Frédéric. Commentary on Diderot's Letter on the book trade (1763) *in* BENTLY, Lionel; KRETSCHMER, Martin (Org.). Primary Sources on Copyright (1450-1900). Disponível em <http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord?id=commentary_f_1763>. Acesso 15 mai. 2017.

ROCHA, Daniel. *Direito de Autor*. São Paulo: Irmãos Vitale, 2001.

ROCHA, Maria Victória. Obra radiodifundida e comunicação pública *in* WACHOWICZ, Marcos (Org.). Estudos de Direito de Autor e Interesse Público - Anais X CODAIP – X Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2016.

ROSENBLATT, Betsy. Moral Rights Basics. Disponível em <<https://cyber.harvard.edu/property/library/moralprimer.html>>. Acesso 09 mai. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos *in* Revista Crítica de Direitos Sociais, n. 48. Coimbra: Coimbra, 1997.

SANTOS, Manoel J. Pereira. As limitações aos direitos autorais *in* ASCENSÃO, José de Oliveira; SANTOS, Manoel J. Pereira; JABUR, Wilson Pinheiro (Org.). Propriedade intelectual – Direito Autoral. Série GVlaw. São Paulo. Saraiva. 2014.

SANTOS, Manuella. *O Direito de Autor na Era digital. Impactos, controvérsias e possíveis soluções*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SEVILLE, Catherine. The Statue of Anne: Rhetoric and reception in the nineteenth century *in* *Houston Law Review*, v. 47, n.4, 2010. Disponível em <[http://www.houstonlawreview.org/archive/downloads/47-4_pdf/\(3\)Seville.pdf](http://www.houstonlawreview.org/archive/downloads/47-4_pdf/(3)Seville.pdf)>. Acesso 23 mar. 2017.

SGANGA, Caterina; SHAVER, Lea. The right to take part in Cultural life on copyright and Human Rights *in* *Wiscosin International Law Journal*, v. 27, 2010. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1437319&rec=1&srcabs=1475430&alg=1&pos=>>. Acesso 23 out. 2016.

SHELTON, Dinah L. *Advanced Introduction to International Human Rights*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 249.

SILVA, Miguel Moura: *Direito da concorrência. Uma introdução jurisprudencial*. Coimbra: Almedina, 2008.

SILVA, Nuno S.; RENDAS, Tito. *Direito de Autor nos Tribunais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

SILVA, Nuno Sousa; SILVA, Paula Martinho. A Jurisprudência Portuguesa e Europeia de Direito de Autor entre 2015 e a primeira metade de 2016 *in* *Propriedades Intelectuais*, n. 6, 2016. Disponível em <https://www.plmj.com/xms/files/2017_PDF/Martinho_da_Silva_Direito_de_Autor.pdf>. Acesso 20 out. 2017.

SOUSA, Marcos Rogério. Nem tanto ao mar nem tanto a terra: “regra dos três passos” e as limitações aos direitos autorais *in* Revista Jurídica ESMP, v. 3, 2013. Disponível em <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/download/82/46>. Acesso 25 jul. 2017.

SOUZA, Allan Rocha de. Direitos Autorais: a História da proteção jurídica *in* Revista da Faculdade de Direito de Campos, n. 7. Rio de Janeiro: UNIFLU, 2005.

SOUZA, Allan Rocha de. *Função social dos direitos autorais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUZA, Allan Rocha de. Resgatando a função cultural nos direitos autorais *in* VICENTE, Dário Moura; VIERA, José Alberto Coelho e outros (Org.). Estudos de Direito Intelectual em homenagem ao Professor Doutor José Oliveira de Ascensão. Lisboa: Almedina, 2015.

SOUZA, Roberto Castelo Branco. TRIPS na Organização Mundial da Propriedade Intelectual *in* Economia Política Internacional: Análise Estratégica, n. 5, 2005. Disponível em < <http://www.eco.unicamp.br/docprod/downarq.php?id=76&tp=a>>. Acesso 23 jul. 2017.

SYDNOR, Tom. Can Economic or Historical Analyses end Copyright’s Law Property/Monopoly disputes?. Disponível em <<http://www.aei.org/publication/can-economic-and-historical-analyses-end-copyright-laws-property-monopoly-disputes/>>. Acesso 25 out. 2017.

TAWFIK, Myra. History in the balance: Copyright and Access to Knowledge *in* GEIST, Michael (Org.). From “Radical Extremism” to “Balanced Copyright”. Toronto: Irwin Law, 2010.

TEILMAN, Stina. *British and French Copyright: A Historical Study of Aesthetic Implications*. Tese de Doutorado - 2004 - Universidade de Southern Denmark – Faculdade de Literatura, p. 22.

TEMPLEMAN, Lord Sidney. Intellectual property *in* Journal of International Economic Law, v. 1, n. 4, 1998. Disponível em <<http://www.worldlii.org/int/journals/lsn/abstracts/915045.html>>. Acesso 23 jul. 2017.

THERANIAN, John. Et Tu Fair Use? The triumph of Natural Law Copyright *in* UC Davis Law Review, v. 8, 2005. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=486283>, p. 11. Acesso 02 out. 2017.

THOMPSON, Rachael. Copy or Paste? – UK Copyright Law in light of Modern Education *in* North East Law Review, v. 2, n. 2, 2012. Disponível em <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/neastlr2&div=17&id=&page=>>>. Acesso 01 out. 2017.

TORREMANS, Paul. Copyright as a Human Right *in* TORREMANS, Paul (Org.). Copyright and Human Rights. Freedom of Expression – Intellectual Property – Privacy. Haia: Kluwer Law, 2004

TRABUCO, Cláudia. *O Direito de Reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

VASCONCELOS, Cláudio Lins de. As limitações, o *fair use* e a guinada utilitarista do direito autoral brasileiro *in* MARTINS, Guilherme Magalhães (Org.). Direito Privado e Internet. São Paulo: Atlas, 2014.

VICENTE, Dário Moura. *A tutela internacional da propriedade intelectual*. Coimbra: Almedina, 2008.

VICENTE, Dário Moura. O equilíbrio de interesses no direito de autor *in* Direito da Sociedade da Informação, v. IX. Lisboa: Coimbra Editora, 2011.

VIEIRA, José Alberto Coelho. A estrutura do direito de autor no ordenamento jurídico português – Relatório de Mestrado – 1992 – Universidade Lisboa – Faculdade de Direito.

VIEIRA, José Alberto Coelho. Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado *in* Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor, v. VIII. Coimbra: Coimbra, 2009.

VIEIRA, José Alberto. O direito de sequência *in* Revista Direito Intelectual - APDI, n. 1. Coimbra: Almedina, 2015.

VIEIRA, José Alberto. A cópia privada e seu regime de compensação *in* Revista Direito Intelectual – APDI, n. 2. Coimbra: Almedina, 2016.

WANG, Amy. Graffiti and the visual arts rights *in* Washington Journal of Law, v. 11, n. 2, 2015. Disponível em <<https://digital.law.washington.edu/dspace-law/bitstream/handle/1773.1/1479/11WJLTA141.pdf?sequence=3>>. Acesso 02 nov. 2016.

WOLKMER, Antonio Carlos. O Direito Legal. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

ZEMER, Lion. The making of a New Copyright Lockean *in* Harvard Journal of Law & Public Policy, v. 29, n. 3, 2006. Disponível em <http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlpp/Vol29_No3_Zemer.pdf>. Acesso em 10 jan.2017.

8) Anexo I

7) Anexo I

Proposta de alteração do artigo 46 da LDA sugerida pela ABPI na Resolução n.º 67 de outubro de 2005. Texto da proposta é encontrado na obra: SANTOS, Manuela. *O Direito de Autor na Era digital. Impactos, controvérsias e possíveis soluções*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 67.

I. PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO ARTIGO 46 DA LEI No 9.610/98.

O artigo 46 da Lei 9.610/98 passaria a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais, a reprodução parcial ou integral, a distribuição e qualquer forma de utilização de obras intelectuais que, em função de sua natureza, atenda a dois ou mais dos seguintes princípios, respeitados os direitos morais previstos no art. 24:

I - tenha como objetivo, crítica, comentário, noticiário, educação, ensino, pesquisa, produção de prova judiciária ou administrativa, uso exclusivo de deficientes visuais em sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários, preservação ou estudo da obra, ou ainda, para demonstração à clientela em estabelecimentos comerciais, desde que estes comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização, sempre na medida justificada pelo fim a atingir;

II - sua finalidade não seja essencialmente comercial para o destinatário da reprodução e para quem se vale da distribuição e da utilização das obras intelectuais;

III - o efeito no mercado potencial da obra seja individualmente desprezível, não acarretando prejuízo à exploração normal da obra;

Parágrafo Único - A aplicação da hipótese prevista no inciso II deste artigo não se justifica somente pelo fato de o destinatário da reprodução e quem se vale da distribuição e da utilização das obras intelectuais ser empresa ou órgão público, fundação, associação ou qualquer outra entidade sem fins lucrativos;#