

UNIVERSIDADE CESUMAR – UNICESUMAR

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS OU DOUTORADO EM DIREITO

ERNANI JOSÉ PERA JUNIOR

**ENTRE A LIBERDADE CRIATIVA E OS GRILHÕES DO DIREITO DE AUTOR:
UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE OS LIMITES AUTORAIS**

MARINGÁ/PR

2024

ERNANI JOSÉ PERA JUNIOR

**ENTRE A LIBERDADE CRIATIVA E OS GRILHÕES DO DIREITO DE AUTOR:
UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE OS LIMITES AUTORAIS**

Tese apresentada ao Programa de Mestrado e Doutorado em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar, como requisito para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Direitos da Personalidade

Linha de Pesquisa: Direitos de Personalidade e seu Alcance na Contemporaneidade.

Orientador: Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira.

MARINGÁ/PR

2024

ERNANI JOSÉ PERA JUNIOR

**ENTRE A LIBERDADE CRIATIVA E OS GRILHÕES DO DIREITO DE AUTOR:
UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE OS LIMITES AUTORAIS**

Tese apresentada ao Programa de Mestrado e
Doutorado em Ciências Jurídicas da Universidade
Cesumar, como requisito para a obtenção do
título de Doutor em Direito.

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira
Universidade Cesumar (UNICESUMAR)

Examinador 1: Prof. xxxx
Universidade Cesumar (UNICESUMAR)

Examinador 2: Prof. xxxx
Universidade Cesumar (UNICESUMAR)

Examinador 3: Prof. xxxxx
Instituição do professor externo

Examinador 4: Prof. xxxxx
Instituição do professor externo

Maringá/PR, ____ de _____ 2024.

Dedico este trabalho a minha família, refúgio
onde obtenho apoio, respeito e amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelo dom da vida, por zelar e me guiar pelo seu caminho. Ebenézer.

À minha amada esposa, lausy, com quem compartilho meus sonhos, alegrias e dificuldades, por compreender os momentos de ausência, por acreditar que sempre seria possível. Que nosso amor e cumplicidade continuem a florescer.

Aos Meus filhos, Ana Elisa, João Victor e João Pedro, que me enchem de felicidade, que coloreem meus dias, que dão significado aos desafios.

Aos meus pais, Ernani e Elizabeth, por ensinarem o bom caminho e por me amarem. Que eu seja capaz de transmitir aos meus o mesmo amor que recebi.

Ao Prof. Dr. Dirceu, pessoa a quem nutro profundo respeito e admiração, por todo auxílio e amizade, por me inspirar e me conduzir na conclusão deste trabalho.

Aos Professores do Programa de Pós-Graduação pelos ensinamentos e agradável convívio.

RESUMO

Esta tese tem por objetivo promover reflexão e análise sobre os limites ao direito de autor, mediante o uso de revisão sistemática e análises qualitativa e quantitativa de julgados proferidos pelo STF e pelo STJ. A avaliação crítica sobre a formação histórica e os fundamentos filosóficos permite a compreensão das causas que justificam a condição do direito de autor, tido como um direito isolado, insulado em uma realidade que desconsidera modificações da realidade social e da jurídica. A avaliação da legislação autoral e do entendimento aplicado aos casos concretos pelos Tribunais Superiores possibilita a conclusão de uma evidente antinomia entre o cenário existente e as expectativas criadas, segundo a retórica de formação de tal direito. A ampla dificuldade em se conciliar o direito de autor e os demais direitos em perene estado de colisão retrata a imediata carência do tratamento acerca de seus limites. Insta uma mudança sobre a normatividade autoral, capaz de atribuir, ao direito de autor, valores humanos e constitucionais e instrumentos para que seja possível se alcançar a devida equalização entre o fiel cumprimento dos ideários autorais e a conjugação com os demais direitos.

Palavras-chave: limites do direito de autor; tribunais superiores; normatividade autoral.

ABSTRACT

The aim of this thesis is to promote reflection and analysis on the limits of copyright, using a systematic review and qualitative and quantitative analysis of judgments handed down by the Supreme Court and the Superior Court of Justice. A critical assessment of the historical background and philosophical foundations allows us to understand the causes that justify the condition of copyright, seen as an isolated right, insulated in a reality that disregards changes in social and legal reality. The evaluation of copyright legislation and the understanding applied to concrete cases by the Higher Courts makes it possible to conclude that there is a clear antinomy between the existing scenario and the expectations created, according to the rhetoric of the formation of such a right. The widespread difficulty in reconciling copyright with other rights in a state of perennial collision shows an immediate lack of treatment of its limits. There is a need for a change in authorial norms, capable of attributing human and constitutional values to author's rights and instruments so that it is possible to achieve a proper equalization between the faithful fulfillment of author's ideals and the conjugation with other rights.

Keywords: limits of copyright; higher courts; authorial normativity.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABDA – Agência Brasileira de Desenvolvimento Socioambiental

ABDR – Associação Brasileira de Direitos Reprográficos

ABERT – Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e TV

ABIH – Associação Brasileira da Indústria de Hotéis

ABPI/SICAV – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual

ABRAMUS – Associação Brasileira de Música e Artes

ABRASEL – Associação Brasileira de Bares e Restaurantes

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ADPIC – Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio

Ag – Agravo de Instrumento

AgInt – Agravo Interno

AgR – Agravo Regimental

AgRg – Agravo Regimental

AI – Agravo de Instrumento

AMARSOMBRÁS – Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes/Sociedade Musical Brasileira

AR – Agravo Regimental

ARE – Recurso Extraordinário com Agravo

Aresp - Agravo em Recurso Especial

ARPUB – Associação das Rádios Públicas do Brasil

ASSIM – Associação de Intérpretes de Músicos

BDTD – Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior

CBL – Câmara Brasileira do Livro

CC – Código Civil

CC – Conflito de Competência

CD – Compact Disk

CF – Constituição Federal

CNDA – Conselho Nacional de Direito Autoral

CNPJ – Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

CQS – Certificado de Qualificação de Soldador

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DJ – Diário da Justiça

DRM – Digital Rights Management

DVD – Digital Versatile Disc

E&L – Sistema de Informação e Inteligência de Logística

EBC – Empresa Brasil de Comunicação

Ebsco – Elton Bryson Stephens Company

ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição

Edcl – Embargos de Declaração

EMBRATUR – Instituto Brasileiro de Turismo

EResp – Embargos de Recurso Especial

FBHA – Federação Brasileira de Hospedagem e Alimentação

FECOMÉRCIO – Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo

FOHB – Fórum de Operadores Hoteleiros do Brasil

GATT – Acordo Geral de Tarifas e Comércio

HC – Habeas Corpus

HDE – Homologação de Decisão Estrangeira

HIV – Human Immunodeficiency Virus

ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços

ISS – Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza

LDA - Lei dos Direitos Autorais

MC – Medida Cautelar

MinC – Ministério da Cultura

MP-AL – Ministério Público do Estado de Alagoas

MS – Mandado de Segurança

NR – Normas Regulamentadoras

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual

ONU – Organização das Nações Unidas

PIDESC – Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos Sociais e Culturais

PLS – Projeto de Lei do Senado

PPGCJ – Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

PST – Partido Social Trabalhista

RE – Recurso Extraordinário

Resp – Recurso Especial

RHC – Recurso Ordinário em Habeas Corpus

RMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança

SACEM – Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique

SBACEM – Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música

Sbat – Sociedade Brasileira de Autores Teatrais

SciELO – Scientific Electronic Library Online

SICAM – Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais

SINDCINE – Sindicato dos Trabalhadores na Indústria Cinematográfica do Estado de São Paulo

SOCINPRO – Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais

SSRN – Social Science Research Network

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TODA – Tratado da OMPI sobre Direito de Autor

TOEIF – Tratado da OMPI sobre Interpretação ou Execução de Fonogramas ou Tratado sobre Artistas-Intérpretes e Produtores de Fonogramas

TRIPS – Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights

UBC – União Brasileira de Compositores

UBEM – União Brasileira de Editoras de Música

UBV&G – União Brasileira De Vídeo & Games

UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

WCT – WIPO Copyright Treaty

WPPT - WIPO Performances and Phonograms Treaty

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 ASPECTOS METODOLÓGICOS DA PESQUISA.....	18
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A REVISÃO SISTEMÁTICA DE LITERATURA.....	19
2.2 DAS ETAPAS DA REVISÃO SISTEMÁTICA DA LITERATURA	20
2.3. ETAPA EXPLORATÓRIA DA PESQUISA CIENTÍFICA EM CURSO.....	37
3 EM BUSCA DE UM MARCO TEÓRICO DO DIREITO DE AUTOR	39
3.1 DIREITO DE AUTOR EM PERSPECTIVA HISTÓRICA: AS REMINISCÊNCIAS DO PASSADO AO ENCONTRO COM PRESENTE	40
3.1.1 Direito de Autor na Antiguidade Clássica: Entre a Realidade e a “Rhetorica”	43
3.1.2 Da Autoria Divina no Medievo à Preparação para a Afirmação da Individualidade Autoral.....	49
3.1.3 A “Impressão” do Direito de Autor na História: Algumas Linhas sobre as Profundas Transformações Sociais por Gutenberg e o Sistema de Privilégios das Obras Literárias	59
3.1.4 Surge um Direito ou se Preserva um Privilégio? O Direito de Autor Insular - Copyright	69
3.1.5 Droit D’auteur: Um Direito sem Alma. Um Apelo Realista ao Arranjo de Forças na Criação das Leis Autorais Francesas	78
3.2 FUNDAMENTOS JUSFILOSÓFICOS: ENTRE A ONTOLOGIA E A HISTORICIDADE	92
3.2.1 John Locke e a propriedade intelectual: a conquista pelo trabalho	93
3.2.2 O Bem-Estar Social e o Direito de Autor: uma resposta utilitária à fundamentação filosófica do tema	99
3.2.3 A Contribuição Germânica ao Direito de Autor: O Direito Moral do Autor Em Kant e Fichte.....	105
3.2.4 Uma Possível Confluência Entre a Historicidade e a Filosofia do Direito de Autor	112
3.3 A DOGMÁTICA JURÍDICA DO DIREITO DE AUTOR.....	115
3.3.1 Natureza Jurídica: A Repersonificação do Direito de Autor	116

3.3.2 Reconhecimento e Desenvolvimento da Normatividade do Direito de Autor no Cenário Internacional: Afinal, “a Maré Crescente Levanta Todos os Barcos?”	125
3.3.3 Experiência Normativa Brasileira sobre o Direito De Autor.....	131
4 DOS LIMITES DO DIREITO DE AUTOR	141
4.1 UMA VISÃO REALISTA DA LEGISLAÇÃO AUTORAL BRASILEIRA: FUNCIONALIZAÇÃO E SEMÂNTICA	143
4.1.1 Hipertrofia e Maximização do Direito de Autor: Uma Avaliação sobre a Funcionalização do Direito de Autor	144
4.1.2 Limitações e/ou Exceções ao Direito de Autor? Por um Consenso Semântico.....	151
4.2 DOS LIMITES INTRÍNSECOS AO DIREITO DE AUTOR	154
4.2.1 Dos Pressupostos para a Tutela Autoral	155
4.2.2 Da (In)Suficiência dos Limites Intrínsecos Previstos na Legislação Brasileira.....	160
4.2.3 Da Dicotomia “Regra-Exceção”: Um Necessário Ponto de Partida para a Compreensão dos Limites ao Direito de Autor	176
4.3 DOS LIMITES EXTRÍNSECOS AO DIREITO DE AUTOR	182
4.3.1 Haveria um “Direito Constitucional de Autor”? Contributo Inicial para a Compreensão dos Limites Extrínsecos.....	185
4.3.2 No Campo de Batalha Autoral: Avaliação dos Direitos Públicos em Colisão ao Direito de Autor	195
4.3.3 O Direito de Autor ainda em Batalha: A Esfera Privada do Conflito	206
5 OS LIMITES DO DIREITO DE AUTOR SOB A PERSPECTIVA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....	226
5.1 OS CRITÉRIOS PARA LEVANTAMENTO E AVALIAÇÃO DAS DECISÕES..	227
5.2 O DIREITO DE AUTOR SOB AS LENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	233
5.3 O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O DIREITO DE AUTOR: UMA AVALIAÇÃO QUALITATIVA DOS JULGADOS	254
6 DA SIMBOLOGIA DO DIREITO DE AUTOR E DA DEFINIÇÃO DOS ATORES	315
6.1 AFINAL, A NORMA DEFEITUOSA PODE ATINGIR SEUS FINS SE INTELIGENTEMENTE APLICADA?.....	316

6.2 DO JOGO POLÍTICO E DA DEFINIÇÃO DOS ATORES NO PALCO AUTORAL	327
6.3 DO FORTALECIMENTO DA LEGISLAÇÃO AUTORAL: PODERÍAMOS CONJUGAR SIMBOLISMO COM EFICÁCIA? UMA PERSPECTIVA AOS LIMITES DO DIREITO DE AUTOR	341
7 CONCLUSÃO	385
REFERÊNCIAS.....	393

1 INTRODUÇÃO

O direito de autor exsurge como um dos pilares da proteção ao bem intelectual e tem se tornado um tema de crescente relevância no contexto jurídico contemporâneo. Trata-se de um assunto que não abrange apenas a proteção das criações intelectuais, porquanto perpassa também por uma intrincada intersecção entre direitos individuais e interesses coletivos. A própria natureza e o caráter teleológico do direito autoral, para alguns contraditório, enquanto para outros complexo, propiciam adversidades e embates. Afinal, como conferir um tratamento adequado a um direito que tem como escopo a proteção individual do criador nas perspectivas moral e econômica, e ao mesmo tempo a função de propagar e difundir o conhecimento, a cultura e o ensino? Imersos em uma cultura e sistema social que atribuem maior valor à produção e ao resultado econômico, parece inconciliável a concretização do ideário atribuído ao direito de autor.

Além dos próprios dilemas que cercam o direito de autor, têm-se ainda os conflitos decorrentes de sua intersecção entre variados direitos e interesses; ilustradamente podem-se citar: acesso à cultura, ao conhecimento, à informação e ao ensino, liberdade de expressão, direito de concorrência e negocial, direito à privacidade. Os limites ao direito de autor, assim, traduzem-se no instrumento de interlocução da proteção à criação autoral com outros direitos que se avizinham e que, dada a divergência entre em interesses, acabam por erigir iminentes conflitos. Os limites ao direito de autor, portanto, constituem relevante expediente para que haja a devida equalização entre o direito de autor com os demais direitos, sejam eles de natureza privada ou pública.

O tratamento dos limites ao direito de autor tradicionalmente foi relegado a um amontado de hipóteses legais, desconexas e destituídas de qualquer paradigma interpretativo que fosse capaz de responder ao seu propósito, fruto de uma crença que oferecia, ao direito de autor, uma condição especial, de um direito desconexo do sistema jurídico, que lhe outorgava certo isolacionismo. O direito de autor, por isso, não experimentou inúmeros movimentos, inspirados pelo fortalecimento dos direitos humanos e pela centralidade da dignidade da pessoa humana, que romperam com a orientação patrimonialista e a individualista, inspirada no positivismo clássico, aplicada essencialmente às relações civis.

Como resultado, viu-se um crescente fortalecimento do direito autoral, impulsionado por interesses de produção e econômicos e que, propositalmente, atribuíam descrédito a qualquer instrumento mais amplo e eficaz que viesse mitigar a exploração de um bem que paulatinamente passou a ganhar maior espaço no sistema produtivo, vide a escalada da indústria do entretenimento. A inserção do direito de autor nessa interlocução que se movimenta na direção da consideração dos valores humanos, inserto em uma perspectiva sistêmica que exige constante diálogo entre as inúmeras fontes, especialmente a Constituição, foi preterida e postergada.

Atualmente se vê essa tentativa de realocação do direito de autor como parte integrante do sistema jurídico e de uma tábula axiológica que tem como componente aglutinador a Constituição. Com efeito, a necessidade em estabelecer bases mais sólidas que venham conjugar a proteção ao processo criativo com os demais direitos passa pela reformulação dos limites autorais. Diante dessa conjuntura, a presente pesquisa tem por objetivo explorar os limites ao direito de autor, mediante uma análise mais profunda sobre o tratamento legal e jurisprudencial aplicado ao assunto, de modo que seja possível apurar a adequação ou a necessidade de ajustes.

Nesse contexto, a presente pesquisa se propõe a explorar os aspectos históricos, filosóficos e dogmáticos do direito de autor bem como a análise crítica dos limites que a legislação e a jurisprudência impõem a esse direito, tanto em sua dimensão intrínseca quanto extrínseca. O trabalho será dividido em quatro capítulos (além do capítulo inicial, que envolve a abordagem sobre questões de ordem metodológica).

No primeiro capítulo, serão abordados os marcos teóricos sobre o direito de autor. Para tanto, serão trabalhados os aspectos históricos de formação do direito de autor, os fundamentos filosóficos aplicados e, por derradeiro, os elementos dogmáticos de normatividades nacional e internacional e a discussão sobre o delicado problema que envolve a natureza jurídica do direito de autor.

Historicamente, o direito de autor emergiu como uma resposta à necessidade de se proteger as criações intelectuais em um mundo que alvorecia e preparava o caminho para um sistema de produção em massa. A absorção do livro como primeiro bem produzido em série, como um prelúdio que antecedia ao sistema capitalista, trouxe a produção intelectual para o centro das atenções, o que redundou na sua inserção na realidade jurídica como um bem tutelado juridicamente. A análise histórica permitirá compreender como as transformações sociais e tecnológicas influenciaram

a concepção e a aplicação do direito de autor, revelando a necessidade de adaptabilidade e a necessidade de constante revisão. Pelo descortinar histórico, espera-se que seja possível apurar as condicionantes que guiam o tratamento jurídico aplicado ao direito de autor, forças que dissimulam suas intenções no uso de uma renitente retórica de proteção a um, muitas vezes, romantizado e solitário sujeito-criador.

Filosoficamente, o direito de autor levanta questões fundamentais sobre a natureza da criatividade e a legitimidade da proteção das obras. A pesquisa abordará as teorias que sustentam o direito de autor, passando pela teoria que se funda na aquisição do bem intelectual pelo trabalho, pelas teorias utilitaristas e pelas teorias dotadas de apelo moral.

No que tange aos aspectos dogmáticos, a partir dos fundamentos filosóficos desenvolvidos, será abordada a discussão sobre a natureza jurídica do direito de autor, questão que constitui considerável celeuma no âmbito jurídico que merece uma revisão. Também será abordada a formação da normatividade internacional, a partir dos diplomas legais materializados em Acordos e Convenções Internacionais, bem como a formação da normatividade nacional.

Pelo conteúdo tratado neste capítulo, pode-se supor que a formação do direito autoral não ocorreu de forma espontânea, certa e determinada, tampouco neutra, antes se formou de forma contingente, dirigida por interesses nem sempre expressamente revelados. Essa compreensão mostra-se de imensa importância para o capítulo seguinte, em que os limites ao direito de autor seriam tratados de forma pontual, pois inegavelmente o entendimento do manejo das forças condicionantes que concretizaram a forma de ser das restrições autorais permite um olhar mais realista e crítico sobre o assunto. Também se tratará sobre os limites intrínsecos e os limites extrínsecos ao direito de autor, com análise pormenorizada sobre as hipóteses e fundamentos legais previstos e a indicação de seus acertos e desacertos e da forma de interpretação utilizada. Enquanto os limites intrínsecos exigem avaliação da própria legislação, de modo que seja possível a apuração da adequação normativa ao cenário social, os limites extrínsecos envolvem necessariamente a identificação de direitos dotados de abrangência potencial para que venha colidir com o direito de autor, o que exigirá a abordagem teórica (não necessariamente legislativa) sobre tais direitos.

Estabelecidas as bases normativas e doutrinárias que sustentam os limites intrínsecos e extrínsecos, será possível se dar o passo seguinte que envolverá a

avaliação do tratamento aplicado pelo Ordenamento Jurídico pátrio. A pesquisa buscará mapear as decisões mais relevantes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, destacando como essas Cortes têm abordado os limites ao direito autoral.

A análise do tratamento jurídico dos limites ao direito de autor pelos tribunais superiores revelará não apenas a postura das Cortes em relação à proteção dos direitos dos autores, mas também a sua disposição em considerar as demandas sociais e as mudanças tecnológicas. A jurisprudência, ao interpretar a legislação, pode contribuir para a evolução do direito autoral, adaptando-o às novas realidades e desafios que surgem no cenário contemporâneo. Pela análise da jurisprudência, será possível se apurar a integração e inserção do direito de autor em um contexto sistêmico de valores e princípios mais amplos que integram e sustentam o Direito brasileiro ou confirmar o conhecido isolacionismo autoral (para além da avaliação teórica).

Por fim, a pesquisa se debruçará sobre os caminhos que poderão ser trilhados na hipótese de o tratamento legal e jurisprudencial ser considerado inadequado. A identificação de lacunas e insuficiências na legislação e na jurisprudência poderá abrir espaço para propostas de reforma e inovação no campo do direito autoral. A discussão sobre a necessidade de uma abordagem mais flexível e adaptativa será central para a construção de um sistema de proteção que atenda tanto aos interesses dos autores quanto às demandas da sociedade.

Em suma, a presente pesquisa se propõe a realizar uma análise abrangente e crítica do direito de autor, considerando seus aspectos históricos, filosóficos e dogmáticos bem como o tratamento jurídico dos limites a esse direito. A metodologia adotada incluirá revisão bibliográfica, análise de legislação e jurisprudência, além de uma reflexão crítica sobre as implicações sociais e culturais do direito autoral. A expectativa é que os resultados desta pesquisa contribuam para um entendimento mais profundo do direito de autor e para a formulação de propostas que visem à sua evolução e adequação às necessidades contemporâneas.

2 ASPECTOS METODOLÓGICOS DA PESQUISA

A pesquisa científica deve amparar-se sobre balizas metodológicas, capazes de proporcionar segurança ao resultado obtido. Para tanto, os instrumentos metodológicos de pesquisa servem como mecanismos para proporcionar o direcionamento hábil a guiar cada um dos passos do trabalho científico, mediante passos cientificamente reconhecidos e aceitos.

O primeiro capítulo da tese será destinado a demonstrar os meios metodológicos que serão utilizados na trilha da pesquisa até seu resultado final. Serão indicados quais serão os critérios científicos adotados, como meio de se demonstrar a validade, segurança e adequação dos resultados aplicados à problemática. A metodologia apresentada também servirá para revelar o ineditismo do trabalho acadêmico.

Cumpr-se salientar, ainda, que a metodologia, a seguir descrita, além de constituir exigência do Programa de Pós-graduação “*stricto sensu*” em Direito, da Universidade Cesumar (PPGCJ – Unicesumar), auxiliará o leitor na avaliação do grau de originalidade do trabalho e na confiabilidade da pesquisa, sobretudo no alinhamento com a linha de pesquisa.

Crê-se que o trabalho proporcionará contribuições acadêmica e social e que será desenvolvido segundo um critério de metodologia confiável e claro, proporcionando credibilidade nas conclusões obtidas diante da problemática apresentada.

A fundamentação teórica, indispensável para se apontar hipóteses, variáveis e os próprios subsídios para a avaliação dos julgados, será guiada pela metodologia de revisão sistemática de literatura, cujo objetivo consiste em examinar, na literatura, pesquisas relacionadas ao excesso e às limitações impostas ao direito de autor e sua avaliação jurisprudencial.

A eleição da revisão sistemática de literatura deu-se em virtude de seu rigor técnico e científico, capaz de evitar viés subjetivista, permitindo, assim, sua replicação e eleição adequada de literaturas que sejam efetivamente apropriadas ao desenvolvimento da fundamentação teórica (Galvão; Pereira, 2014).

Com o encerramento do conteúdo que envolve a aplicação da revisão sistemática de literatura, este trabalho ainda indicará os mecanismos para obtenção

do material empírico, relacionado aos julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça.

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A REVISÃO SISTEMÁTICA DE LITERATURA

A revisão sistemática de literatura não se confunde com a revisão de literatura, porquanto esta constitui termo amplo que compreende a revisão de trabalhos publicados sobre determinado assunto, enquanto aquela é dotada de critérios objetivos predeterminados que permitem um direcionamento objetivo e reprodutível das pesquisas. Trata-se de uma técnica abrangente, transparente e replicável, de modo que o manejo sistemático de busca possa alcançar trabalhos relevantes e excluir aqueles que não tenham pertinência com a pesquisa, de forma que possam ser reduzidos a subjetividade e pré-conceitos (Siddaway; Wood; Hedges, 2019).

A aplicação da revisão sistemática de literatura para os trabalhos jurídicos revela-se de grande importância, já que se mostra presente em nosso meio um viés investigativo destituído de isenção, que se justifica muitas vezes por um vício que envolve a pesquisa advocatícia, tendente sempre a busca do melhor posicionamento à causa que patrocina. Sim, há muitas vezes uma confusão entre as figuras do advogado e do pesquisador (Lara; Siqueira; De Abreu Siqueira, 2022).

Nesses termos, diante da eleição de critérios objetivos, meios de seleção e procedimentos sistemáticos e explícitos, capazes de identificar, eleger e avaliar criticamente materiais adequados para a formulação da pesquisa, tem-se que tal técnica revela-se notadamente adequada para o avanço do presente estudo. A revisão sistemática, ao delimitar objetivamente os materiais de estudo, revela também as limitações da própria revisão e, por conseguinte, da pesquisa, o que permitirá a compreensão realista do leitor sobre as conclusões trazidas e a possibilidade de que a pesquisa venha ser retomada, a partir de novos elementos que venham sobrepujar as limitações anteriormente verificadas (Galvão; Ricarte, 2019).

Essa limitação explícita das pesquisas e sua replicabilidade da pesquisa, dado seu caráter impessoal e o uso de critérios objetivos, contribuiu não somente para o desenvolvimento de uma pesquisa dotada de rigor científico, mas também ofereceu uma nota de continuidade e de proliferação do saber, já que se mostrou possível o prosseguimento, em diferentes perspectivas, Cortes ou momentos, do trabalho

anteriormente realizado (Siddaway; Wodd; Hedges, 2019). Isso permite, assim, o desenvolvimento da própria ciência e contribui para replicação do conhecimento e aprofundamento do saber. Afinal, segundo Webster e Watson (2002), uma revisão sistemática eficaz cria uma base sólida para o avanço do conhecimento.

Há de se mencionar, ainda, que as revisões sistemáticas são divididas em três modalidades: revisões sistemáticas com meta-análise; revisões sistemáticas narrativas; e revisões sistemáticas com metassíntese (Siddaway; Wood; Hedges, 2019) e (Cronin; Ryan; Coughlan, 2008). Nesta pesquisa, durante a etapa inicial que antecede a pesquisa empírica (coleta e avaliação de jurisprudências), será adotada a espécie de revisão sistemática de literatura com metassíntese, tendo como finalidade a sintetização de estudos qualitativos sobre um tópico, de modo que sejam “localizados temas, conceitos ou teorias-chave que forneçam novas ou mais poderosas explicações para o fenômeno sob análise” (Galvão; Ricarte, 2019, p. 60).

Com a eleição da revisão sistemática de literatura, na modalidade de metassíntese, como técnica para averiguação do ineditismo da tese proposta, há de se mencionar, também, o manejo do método hipotético-dedutivo e da análise de casos (avaliação empírica do direito aplicado), como instrumentos necessários para a construção de um arcabouço científico objetivo e replicável, alheio aos interesses, tendências e preferências do pesquisador. Deseja-se, com o uso dos métodos e das técnicas, a persecução das respostas às questões trazidas quanto ao excesso protetivo ou à suficiência de exceções e limitações ao direito de autor, tendo-se em vista a colisão com os demais direitos.

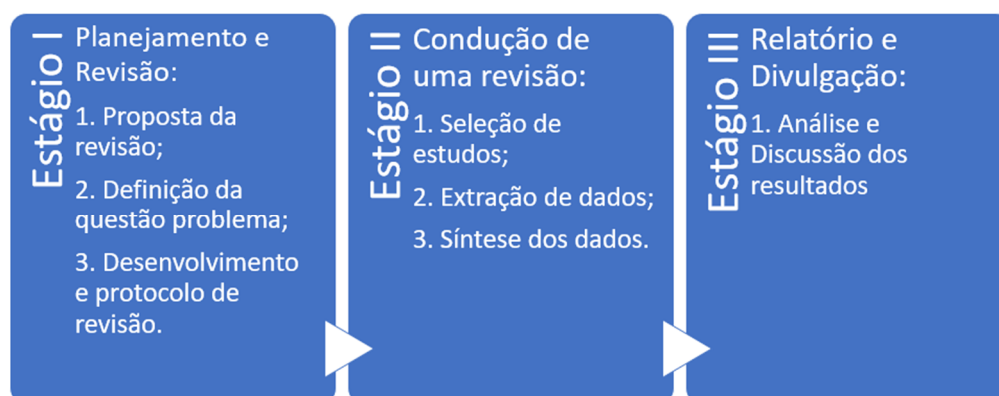
Segue-se, assim, à etapa seguinte da investigação científica em curso, qual seja, a realização da revisão sistemática da literatura, com os objetivos de localizar, selecionar e analisar o material teórico sobre a presente temática.

2.2 DAS ETAPAS DA REVISÃO SISTEMÁTICA DA LITERATURA

A objetividade, as limitações ao subjetivismo do pesquisador, a eleição de critérios seguros e adequados e a possibilidade de continuidade às pesquisas demonstraram a correção na escolha da técnica de revisão sistemática da literatura. No presente momento, resta oportuna a indicação dos passos para que seja realizada a referida técnica. Com efeito, inicialmente serão apresentadas, de forma sucinta, as

etapas que consistem na aplicação da técnica e, na sequência, esta será efetivamente realizada, tendo-se em vista o objeto de estudo da temática proposta.

Segundo Tranfield, Denyer e Smart (2003), as etapas de revisão sistemática de literatura são formadas por três momentos: Estágio I – Planejamento e Revisão: consiste na identificação da necessidade de revisão, definição da questão problema, preparação e desenvolvimento de um protocolo de pesquisa; Estágio II – Condução de uma revisão: se caracteriza pelas fases de identificação da pesquisa, seleção de estudos, avaliação da qualidade do estudo, compilação dos dados, progresso de monitoramento e, por fim, síntese dos dados coletados; Estágio III – Relatório e Divulgação: trata-se da elaboração de relatório e inserção de evidências encontradas. Cada um desses estágios envolve práticas que devem ser realizadas para sua superação e alcance do estágio seguinte, seguindo uma ordem lógica e progressiva de avanço da pesquisa:



Iniciam-se, assim, os estágios de execução da revisão sistemática da literatura aplicada à problemática suscitada na presente pesquisa.

Estágio I – Planejamento e Revisão

No primeiro estágio da pesquisa, o planejamento deve ser voltado à condução de uma discussão sobre as questões conceituais do problema. Considerando-se que o objetivo é afastar a subjetividade do pesquisador, mostra-se indispensável que a questão problema venha a ser apresentada de forma mais clara possível (Lara; de Abreu Siqueira; Siqueira, 2022). Com efeito, adota-se como questão central a problemática que dirige a tese: as limitações ao direito de autor são ajustadas à

necessidade de impedimento de excesso protetivo, à preservação do núcleo do direito e ao respeito aos demais princípios e direitos colidentes?

Uma análise mais superficial do corpo legislativo vigente no Ordenamento Jurídico brasileiro, tendo como parâmetro mais próximo a Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98), em seus artigos 46 a 48, pode dar a falsa impressão de que o sistema de delimitações previsto poderia estabelecer restrições suficientes, para que fosse possível a proteção do núcleo essencial do direito de autor, e os limites para que seu espectro não viesse atingir direitos afetos, colidentes em determinado caso concreto.

Todavia, a legislação não foi capaz de acompanhar as mudanças sociais, tecnológicas e dos valores impostos sobre a temática direito de autor (Magrani, 2019). E, mesmo diante do fracasso normativo, o Direito não poderia sucumbir à ação do tempo e das novas formas de expressão social, sob pena de tornar-se obsoleto e totalmente ineficaz.

Veja-se que o direito de autor foi concebido em um momento histórico de privilégio ao individualismo e à propriedade privada, típico do Estado erigido sob os cânones burgueses e iluministas do século XVIII. Tal conclusão permite a constatação de que a propriedade intelectual também foi totalmente influenciada pelos mesmos valores, já que o direito de autor, enquanto categoria jurídica, apresenta nascimento contemporâneo ao Estado Moderno.

Além disso, observou-se um movimento mais recente de proteção aos direitos de autor, especialmente com o escopo de proteger as criações proporcionadas pelas posteriores Revoluções Industriais, cujo interesse se afeiçoava ao desiderato capitalista (Ferreira Gomes, 2014, p. 22).

Forte na afirmação dos direitos de autor, influenciada pelas conquistas tecnológicas, nos valores ainda ressoantes do individualismo e patrimonialismo e no descompasso legal entre as evoluções sociais e tecnológicas e a tardia atualização legislativa, há quem defenda a existência de proteção excessiva do direito de autor. A propósito, a tese denominada “O abuso do direito autoral”, de Carlos Affonso Pereira de Souza, aprofunda-se na temática que se relaciona à excessiva proteção do direito de autor. Como consequência da hipertrofia protetiva ao direito de autor, tem-se a estagnação de direitos e valores que acabam por colidirem e que representam, da mesma forma, interesses de grande pertinência e importância.

Já nos idos do final do século passado, José Oliveira Ascensão já alertava as condicionantes do direito de autor, tendo em vista a internet, a que denominou, na

ocasião, de Ciberespaço. Na ocasião, chamou a atenção para o crescente incremento protetivo outorgado ao direito de autor na Comunidade Europeia e nos Estados Unidos. Ao fim, entretanto, apontou que a proteção não envolvia a efetiva à proteção ao autor, mas a proteção do investimento econômico, porquanto o que se tutelava eram os aspectos patrimoniais do direito de autor, a ponto de afirmar que o direito de autor teria sido transformado em direito da empresa (Ascensão, 1999).

Nesse sentido, a constatação de que as limitações são essenciais e inerentes a qualquer direito mostra-se de grande relevância, para que seja possível estabelecê-las como premissa básica de qualquer estudo coerente de dado instituto jurídico. O direito de autor, portanto, não seria diferente, pois (Ascensão, 2022, p. 87)

O direito de autor é um direito como qualquer outro. Por isso, como todo o direito, tem limites. Os limites, como ocorrência comum, modelam a atribuição realizada. É normalmente através deles que se dá abertura a exigências de interesses públicos ou gerais, como os que têm por finalidade a promoção da cultura ou da educação; ou de interesses do público em geral, como o uso privado. Mas há sempre na base dum limite, como na base de qualquer preceito legal, uma motivação de interesse geral (Ascensão, 2022, p. 87).

A problemática, portanto, envolve a demonstração dos limites enquanto elemento integrante do próprio direito de autor. Como busca da solução da problemática, há de se buscar a concretização do direito de autor como um complexo harmônico, em que regras atributivas coexistem com restrições, devendo tais limites serem vistos não como exceções, mas como a via da satisfação simultânea de interesses individuais e da comunidade (Ascensão, 2022). Em uma perspectiva complementar, pode-se afirmar que as limitações ao direito de autor também serviriam para outorgar liberdade coletiva aos próprios autores para desenvolverem suas atividades intelectuais a partir da criação e recriação. Por isso, é indispensável a mitigação da exclusividade da obra.

Parece restar evidente, neste momento desta breve exposição, que as limitações impostas ao direito de autor, a par de serem tratadas de maneira insuficiente pela norma legal, reclamam ponderação mais profunda. Portanto, diante da ausência de normas mais abertas e de disposição legais específicas, a equalização que venha equilibrar a proteção do direito de autor e dos demais interesses conflitantes seria uma tarefa própria do Poder Judiciário. Afinal, “o Judiciário deve agir sopesando os diversos interesses envolvidos, afastando quando for o caso, a

proteção autoral, nas situações onde se identifica supremacia dos interesses da coletividade sobre os interesses privados” (Magrani, 2019, p. 195).

Por certo, durante o curso do desenvolvimento do trabalho encontrar-se-ão situações específicas que reclamaram a ponderação sobre os limites ao direito de autor que não estão diretamente plasmadas em um texto normativo, dentre as quais seria possível se citar os conflitos decorrentes entre o direito de autor e o direito à imagem ou à intimidade (como as discussões que foram proporcionadas pelo julgamento do caso das biografias não autorizadas); aqueles que envolvem o direito à informação, à cultura (veja-se, por exemplo, a reprodução sem autorização de obras esgotadas) ou à educação. Há de se buscar, assim, equilíbrio para que não seja permitida a eliminação do direito autoral, em nome de interesses da coletividade, ao mesmo tempo que não seja outorgado o direito de proteção exclusiva ao autor (Branco,). A obtenção dos elementos para esse tênue equilíbrio será indispensável para a avaliação posterior acerca do entendimento judicial plasmado pelas decisões proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, de modo que seja possível a devida apuração da racionalidade jurídica aplicada.

Nessa etapa, sugere-se que, após a definição das questões conceituais do problema, sejam realizados alguns protocolos de pesquisa (Lara; de Abreu Siqueira; Siqueira, 2022). No que tange à eleição das bases de dados, o protocolo de pesquisa considerou limitar algumas bases de dados, buscando abordar as maiores bases de dados nacionais e internacionais que contemplam maior número de artigos científicos qualificados e revisados por pares antes de publicações, realizando, portanto, a pesquisa nas seguintes bases: *BDTD – Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações*; *SciELO*; *Ebsco*; *Social Science Research Network (SSRN)*; e *Banco de Teses e Dissertações da CAPES*. Por derradeiro, em relação ao critério de livros e artigos científicos, buscou-se avaliar os autores com maiores índices de citação sobre a temática.

Quanto aos aspectos da temporalidade, considerando-se que a Constituição Federal proporcionou modificação profunda nos valores e princípios aplicáveis à presente pesquisa, limitou-se a busca entre o período de 1988 a 2023 nas bases supracitadas.

Protocolo de pesquisa:

1. Acesso a livros e artigos com os seguintes temas interligados: Direitos de autor; propriedade

intelectual; limites.

2.Acesso às bases de dados: *Scielo*, *EBSCOHost*, *Social Science Research Network (SSRN)*.

3.Acesso à Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações – BDTD – e Banco de Teses e Dissertações da CAPES.

Com a definição dos protocolos de pesquisa, o percurso dos trabalhos segue para a condução da revisão sistemática de literatura, oportunidade em que será possível se identificar os entrecortes temáticos de pesquisas que abordam o direito de autor e seus limites. Essa primeira revisão busca encontrar pesquisas teóricas, isto é, de revisão de literatura de modo a se compreender o padrão e resultados de pesquisas realizadas sobre o “direito de autor” OR “direito do autor” e o tratamento dispensado aos seus respectivos “limites”. Caso seja necessário, será utilizada, como critério de exclusão, “propriedade industrial”, por não se afinar com o escopo deste trabalho.

Revisão Sistemática 1: Direito de Autor e Limites

Estágio II – Condução a uma revisão

Para que fosse possível demonstrar, de forma mais clara, a obtenção dos resultados da busca na condução da revisão sistemática, os Estágios II e III serão apresentados de forma descritiva e separadamente. Os filtros já foram aplicados logo na primeira busca, de acordo com as possibilidades disponíveis em cada base de dados, e seguindo os critérios já detalhados no Estágio I – Planejamento e Revisão, excluindo-se artigos repetidos e fora do contexto da pesquisa que consiste em relacionar direito de autor e limites.

Em todo caso, buscou-se, em outras bibliotecas fisicamente, e encontrou-se algumas obras importantes para a temática, mas que não abordam a questão central de problemática da tese. Em sua grande maioria, as obras que se correlacionam com a temática são as de José de Oliveira Ascensão. Foi encontrada uma obra com temática aproximada, “Direitos autorais de acordo com o STJ”, em que o autor Pedro de Abreu M. Campo traz decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o direito de autor, mais especificamente, sobre a caracterização da obra intelectual, não há,

entretanto, o desenvolvimento sobre os limites do direito de autor, seja na perspectiva teórica, seja na avaliação dos julgados.

Portanto, seguindo-se a senda metodológica, buscou-se pelos termos “Direito de autor” AND “Limites”, nos idiomas português, espanhol (“derecho de autor” AND “limites”) e inglês (“Copyright” AND “limits”). Na base da *Scielo* foram encontrados dez trabalhos, em sua maioria escritos em língua espanhola. Após a leitura e análise, restaram quatro artigos, todos em língua espanhola.

Na consulta à base de dados da SSRN, foram encontrados cinco textos, quando consultado exclusivamente o termo “direito de autor”, e nenhum dos textos representou qualquer elemento significativamente relevante para a pesquisa. Quando foi realizada a consulta unicamente no termo em inglês “copyright”, no título, foram encontrados 3.579 *papers*. Sobre esse resultado, foi inserido, como filtro, o termo “limits”, sendo encontrados 138 *papers*. Dos textos avaliados, 13 se revelaram pertinentes à pesquisa, mas nenhum deles compreendia o escopo total do trabalho, porquanto ora se referiam a questões históricas, ora a questões específicas.

Quando a consulta foi realizada em espanhol, encontraram-se 26 textos com a expressão “derecho de autor”; quando incluso o filtro “limites”, foi encontrado apenas um texto, idêntico a outro em inglês. Foram avaliados os 26 textos com a única expressão “derecho de autor”, e foram localizados quatro artigos que poderiam ser utilizados na pesquisa. Demais disso, considerando-se que o escopo da pesquisa envolve a avaliação do direito de autor, seus limites, no cenário jurídico nacional e seu tratamento pelo Superior Tribunal de Justiça, não há similaridade da temática com os trabalhos verificados.

Na base de dados da Biblioteca Digital de Dissertações e Teses, foram encontradas duas dissertações, sendo uma delas com enfoque próximo, porém com viés voltado ao direito internacional; o outro trabalho não se relacionava com temática.

Já na base de dados da EBSCOhost, utilizando-se as palavras-chave: “Direito de autor” AND “Limites” bem como suas traduções, encontraram-se 61 textos do período correspondente ao período de 1984 a 2023. Excluindo-se textos jornalísticos, e realizada a leitura dos textos, foram eliminados os que não coadunavam com contexto de direito de autor e os respectivos limites, restando cinco artigos e um livro atrelados a alguma ideia de limitações ao direito de autor, mas nenhum texto que tratasse diretamente, de forma mais abrangente, sobre as restrições ao direito de autor e sua aplicação pelo Poder Judiciário.

Os textos selecionados, em geral, apresentam abordagem mais específicas, trazendo limitações casuísticas ao direito de autor, podendo, todavia, contribuir para o desenvolvimento da pesquisa mais adiante com os resultados apresentados. Realizada a consulta dos termos em inglês “copyright” AND “limits” em todos os campos e todos as bases de dados da EBSCOhost, foi obtido o total de 1.284 textos.

Aplicaram-se, então, filtros “de 1988 a 2023”, “revistas acadêmicas” e base de dados “legal source”, e chegou-se ao total de 257 textos. Após a avaliação dos artigos, verificou-se a pertinência de 14 artigos, já que inúmeros textos mostravam-se, especificamente, reduzidos a questões locais, em geral, norte-americanas. A pesquisa na língua espanhola obteve 11 artigos, sendo aqueles pertinentes já encontrados por ocasião das pesquisas realizadas em português e inglês.

Por derradeiro, no catálogo de teses e dissertações da CAPES, foram encontrados 43 resultados para os termos “Direito de autor” e “Limites”. A avaliação, do plano, do título e do resumo, permitiu a exclusão de 22 obras, e outra obra já tinha sido encontrada na busca realizada no BDTD. Foi verificado que três obras tangenciam o tema central da pesquisa, o que será abordado no tópico seguinte.

Tabela 4 - Procedimento de busca e seleção de Artigos para Revisão Sistemática 1

Base de Dados	Termos de Busca (Título/Resumo/Palavras-Chave)	Saída 1	Filtros	Saída 2	Após leitura
Scielo (2003 – 2006)	“direito de autor” AND “limites”; “derecho de autor” AND “limites”; “Copyright” AND “limits”	10	Todos os resultados	10	4
Ebsco	i) “direito de autor” AND “limites”; ii) “Copyright” AND “limits” iii) “derecho de autor” AND “limites	61 1.284 11	Todos os resultados “1988/2023” “revistas acadêmicas” “legal source”	61 257 11	6 15 0
BDTD (N/A)	“direito de autor” AND “limites”; “derecho de autor” AND “limites”; “Copyright” AND “limits”	2	“Direito de autor” – título; “limites” - resumo;	2	1
CAPES (N/A)	“direito de autor” AND “limites”; “derecho de autor” AND “limites”; “Copyright” AND “limits”	43	Todos os resultados;	43	21

SSRN (N/A)	i) “derecho de autor”;	5	Todos os resultados	5	0
	ii) “copyright” AND “limits”;	138		138	13
	iii) “derecho de autor”	26		26	4
Total		1580	Total	553	64

Fonte: Elaborada pelo autor.

Estágio III – Relatório e Divulgação

Nessa primeira Revisão Sistemática, buscou-se uma análise mais intensa e abrangente, de modo a se possibilitar um levantamento de trabalhos publicados acerca da temática que norteia a questão da tese.

Logo, nessa primeira fase da revisão sistemática, como se poderá verificar, não foi encontrada pesquisa alguma que analisasse a questão central da presente tese, o que permite se presumir, com mais certeza do que no início deste projeto de pesquisa, que há evidência de a referida pesquisa ser inédita no campo acadêmico.

Tabela 5 - Procedimento de busca e seleção de Artigos para Revisão Sistemática 1

Base de Dados	Referências: Autor(es)/ Título da Pesquisa / Periódico / Local/ Ano de publicação	Temática Central/Palavras-chave
BDTD	OLIVEIRA RODRIGUES, Daniela. Limites aos direitos de autor sob a perspectiva do direito internacional dos direitos humanos: estudo dos limites aos direitos de autor frente aos direitos de acesso ao conhecimento e à educação nos ordenamentos internacional e interno. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.	Limites aos direitos de autor; equalização do direito de autor com o direito ao acesso à educação; perspectiva internacional
SCIELO	PEREDA MIRABAL, Ana María. Derechos de autor vs derecho de acceso a la cultura: en busca del justo equilibrio. Universidad y Sociedad , Cienfuegos , v. 12, n. 3, p. 151-159, jun. 2020.	Derechos de autor; derechos de acceso a la cultura; justo equilibrio.
	SALA MERCADO, José Pablo. El derecho de autor frente a las nuevas tecnologías desde una perspectiva ius privatista y su reflejo actual en el derecho argentino. Rev. chil. derecho tecnol. , Santiago , v. 6, n. 2, p. 97-120, dic. 2017.	Derechos de autor; internet; intermediarios; jurisdicción; Argentina.

	GARCIA, Paula Vega. Las nuevas excepciones al derecho de autor en la Unión Europea: en favor del empleo de la tecnología en la investigación y la edycación. Rev. Derecho Privado n. 43. Bogotá July/Dec. 2022.	Derechos de autor; excepciones; Unión Europea; Mercado único digital.
	MARENTES, Juan F. Córdoba; LONDOÑO, María Carmelina. Los límites al derecho de autor en el comercio internacional: una fórmula para la búsqueda del bien común em los procesos de integración económica. Rev. lus , vol. 8, n. 33. Puebla ene/jun. 2014.	Derechos de autor; propiedad intelectual; excepciones y limitaciones; integración económica; derechos humanos; bien común; ADPIC; ACTA; TPP; Conferencia de Marrakech.
CAPES	THEOPHILO, Patricia Silva. O Direito de Autor e seus Limites' 31/03/2002 105 f. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro Biblioteca Depositária: Pós-Graduação em Direito / UERJ.	
	CRIVELLI, Ivana Có Galdino. Direito de autor: exceções, com ênfase em normas técnicas' 30/09/2012 189 f. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, São Paulo Biblioteca Depositária: Biblioteca da FDUSP.	
	SUEYOSHI, Tabir Dal Poggetto Oliveira. Aspectos jurídicos do plágio literário 12/06/2013 139 f. Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, São Paulo Biblioteca Depositária: Biblioteca da Faculdade de Direito da USP.	Direito de autor; plágio; obra literária; violações do direito do autor.
	BEFFA, Maria Lucia. Proteção dos direitos autorais das bibliotecas 20/06/2016 318 f. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, São Paulo Biblioteca Depositária: Biblioteca da Faculdade de Direito da USP.	Direito autoral; biblioteca; direitos autorais.
	RIBAS, Marcos José Ferraz. As Limitações do Direito de Autor (Lei 9610/98) ' 31/05/2002 149 f. Mestrado em DIREITO DAS OBRIGAÇÕES Instituição de Ensino: UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA JÚLIO DE MESQUITA FILHO (SEDE, São Paulo Biblioteca Depositária: UNESP - Campus de Franca.	
	SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. "Objeto e limites da proteção autoral de programas de computador" ' 31/01/2003 256 f. Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, São Paulo Biblioteca Depositária: Faculdade de Direito da USP.	
	LEWICKI, Bruno Costa. Limitações aos direitos do autor: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo' 28/02/2007 309 f. Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro Biblioteca Depositária: CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS.	Direito de autor e seus limites.
	SPERLI, Fabian Mori. O Direito De Autor À Luz Do Direito Civil Contemporâneo' 31/10/2006 149 f. Mestrado em DIREITO Instituição	

de Ensino: PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO, São Paulo Biblioteca Depositária: Puc/SP.	
DRUMMOND, Victor Gameiro. Do círculo hermenêutico ao círculo criativo: (as novas) perspectivas filosóficas do direito de autor' 08/06/2014 717 f. Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ, Rio de Janeiro Biblioteca Depositária: Biblioteca Setorial Menezes Côrtes.	Utilitarista, filosofias de Locke.
SANTANA, Daniela Cristina Alves. As criações de moda e o direito de autor' 31/12/2006 202 f. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, São Paulo Biblioteca Depositária: Fac Dir USP.	
SEIXAS, Elaine Teixeira. Possibilidades de proteção às receitas culinárias pelo direito de autor: limites e desafios' 23/07/2020 72 f. Mestrado Profissional em PROPRIEDADE INTELECTUAL E INOVAÇÃO Instituição de Ensino: INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL, Rio de Janeiro Biblioteca Depositária: Biblioteca do INPI.	Direito de autor; receitas culinárias; proteção legal.
ANJOS, Marco Antonio dos. O humor: estudo à luz do direito de autor e da personalidade' 31/03/2009 128 f. Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, São Paulo Biblioteca Depositária: FDUSP.	
BASSO, Mateus Barreto. Direito de autor e obras audiovisuais publicitárias' 08/06/2020 264 f. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, São Paulo Biblioteca Depositária: Faculdade de Direito da USP.	Direito autoral; obras publicitárias; autoria; titularidade de direitos autorais; obras audiovisuais publicitárias.
CALOMENO, Cassiana Gomes. O direito de autor e a liberdade de expressão na sociedade em rede' 29/03/2021 94 f. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL, Curitiba Biblioteca Depositária: Biblioteca do UniBrasil.	Direito autoral; liberdade de expressão; sociedade em rede.
MÜLLER, Eugélio Luis. A Publicação, a Divulgação e a reprodução de Obras Intelectuais na Internet: Mudanças e Desafios para o Direito do Autor' 31/01/2004 156 f. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS, SÃO LEOPOLDO Biblioteca Depositária: Biblioteca Central.	
RECENA, Martina Gaudie Ley. A proteção autoral dos jogos eletrônicos no Brasil: análise dos elementos visuais no caso Zynga v. Vostu' 08/01/2020 180 f. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL, Porto Alegre Biblioteca Depositária: Biblioteca Central Irmão José Otão.	Direito de autor; vídeo game; requisito.
SUZUKI, Ivina Cavalcanti. Direitos de autor e a gestão coletiva no Brasil: uma perspectiva regulatória como instrumento limitador do abuso de direito' 31/08/2012 138 f. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES, Rio de Janeiro Biblioteca Depositária: Biblioteca Central UCAM.	
ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Obras Privadas, Benefícios	

	Coletivos: A Dimensão Pública do Direito Autoral na Sociedade da Informação' 31/07/2006 387 f. Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS, SÃO LEOPOLDO Biblioteca Depositária: Unisinos.	
	CRIVELLI, Ivana Galdino. A obra sob encomenda no direito autoral' 11/12/2019 244 f. Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, São Paulo Biblioteca Depositária: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo	Direito brasileiro; regime legal; ideológica arraigada; direito de autor; titularidade originária.
	SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos culturais e as obras audiovisuais cinematográficas: entre a proteção e o acesso' 31/05/2010 266 f. Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro Biblioteca Depositária: CCS UERJ.	
	SOUZA, Maria Clara Maia de. Os Direitos Autorais na Dança: em busca do eixo para equilíbrio entre a proteção dos autores e o acesso à cultura' 03/05/2022 129 f. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ, Curitiba Biblioteca Depositária: Biblioteca Central UFPR.	Direitos autorais; dança; produção artística; acesso à cultura.
Ebsco	MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Nuria. Los fines educativos y de investigación como limite al derecho de autor. Madrid: Dykinson. 2018. eBook. Language: Spanish , Base de dados: eBook Collection (EBSCOhost)	Law; Intellectual property; General; Fair use (copyright).
	ASSED FERREIRA, G.; ASSED FERREIRA, C. Limites dos direitos autorais no Brasil e o dilema da inclusão social das pessoas com deficiência: o Tratado de Marraquexe e a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. Emancipação , [s. l.], v. 22, p. 1–23, 2022. DOI 10.5212/Emancipação.v.22.2217176.015.	Direito brasileiro; regime legal; ideológica arraigada.
	GOMES PEQUENO, J.; LACS SICHEL, D. A Convivência Harmônica Entre O Direito Autoral E O Direito De Acesso À Cultura E Ao Conhecimento. Revista Foco (Interdisciplinary Studies Journal) , [s. l.], v. 16, n. 7, p. 1–24, 2023. DOI 10.54751/revistafoco.v16n7-087.	Acesso à cultura; copyright; direito autoral.
	GONÇALVES RIBEIRO, D. M. Tratado de Marraqueche de acessibilidade a obras literárias às pessoas com deficiências visuais: a responsabilidade do mercado editorial na efetividade dos direitos da personalidade. (Portuguese). Revista Thesis Juris , [s. l.], v. 11, n. 2, p. 416–438, 2022. DOI 10.5585/rjt.v11i2.18183.	Direito de personalidade; mercado editorial; pessoas com deficiências; Tratado de Marraqueche
	MELLO, Renato Dolabella. Direito Autoral e a independência das autorizações de uso. PHRONESIS - Revista do Curso de Direito da FEAD , [s. l.], n. 5, p. 89–104, 2009.	Direitos autorais; autorização direito patrimonial; função social; Direito de acesso a bens culturais.

	DE ALMEIDA, A. R. Aspectos Da Propriedade Intelectual Relacionados Com O Comércio. Lusíada. Direito, [s. l.], v. 10, n. 2, p. 70–93, 2012. ZEMER, L. “We-intention” and the Limits of Copyright. Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, [s. l.], v. 24, n. 1, p. 99–120, 2006. Disponível em: https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=ip,uid&db=lgs&AN=502633218&lang=pt-br&site=ehost-live. Acesso em: 9 out. 2023. KHONG, D. W. K. Copyright Doctrines, Abstraction and Court Error. Review of Law & Economics, [s. l.], v. 3, n. 3, p. 715–743, 2007. DOI 10.2202/1555-5879.1157. Disponível em: https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=ip,uid&db=lgs&AN=28097611&lang=pt-br&site=ehost-live. Acesso em: 9 out. 2023. BECKERMAN-RODAU, A. The Problem with Intellectual Property Rights: Subject Matter Expansion. Yale Journal of Law & Technology, [s. l.], v. 13, p. 36–89, 2010. Disponível em: https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=ip,uid&db=lgs&AN=502633446&lang=pt-br&site=ehost-live. Acesso em: 9 out. 2023. BEZERRA DE MENEZES, J.; AUGUSTO DE OLIVEIRA JUNIOR, V. de P. LIMITES AO DIREITO AUTORAL POST MORTEM. (Portuguese). Revista de Direitos Fundamentais & Democracia, [s. l.], v. 11, n. 11, p. 404–428, 2012. Disponível em: https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=ip,uid&db=lgs&AN=90541719&lang=pt-br&site=ehost-live. Acesso em: 9 out. 2023. WILLIAMS, M. Silence and Postmodern Copyright. Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, [s. l.], v. 29, n. 1, p. 47–84, 2011. Disponível em: https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=ip,uid&db=lgs&AN=502643880&lang=pt-br&site=ehost-live. Acesso em: 9 out. 2023. LIOR, “We-intention” and the limits of copyright. Cardozo Arts & Entertainment Law Journal; 2006, Vol. 24 Issue 1, p99-120, 22p. MARTÍNEZ-SALCEDO. Juan Carlos. Las reproducciones provisionales y la copia privada digital como límites al derecho de reproducción. Opinión Jurídica – Universidad de Medellín; Vol. 12, n. 24, p. 119-	Acordos de comércio livre; aplicação efetiva; direito de propriedade industrial; multilateralismo. Authors; Copyright; Intention (Law); Collectivism Authorship Intellectual cooperation Civil law. Copyright; Errors; Courts Copyright infringement Abstract . Property rights Intellectual property Patentability Direito Autoral; Direito Personalidade Direito Fundamental Post Mortem Copyright theory Copyright Silence Postmodernism Philosophy Authors Buddhists Progress Authors Copyright Intention (Law) Collectivism (Social psychology) Intellectual property Intangible property Derecho de autor; reproducción

	134, 2013.	provisional, copia privada, medidas de protección del copiado
	COOK, Trevor. Excepcion And Limitations in European Union Copyright Law. Journal of Intellectual Property Rights ; May2012, Vol. 17 Issue 3, p. 243-245, 3p.	Copyright fair use human rights three step test
	FROMMER, Jeanne C. The Intellectual Property Clause's External Limitations. Duke Journal ; Apr2012, Vol. 61 Issue 7, p. 1329-1414, 86p.	Copyright Commercial law Intellectual property Piracy Intangible property
	O'SULLIVAN, Kevin. Regulation Copyright Enforcement Online: Defining Plurarism through the Neo-Liberal Limits of Copyright. Annual International Conference On Law , Regulations & Public Policy; 2014, p. 18-24, 7.	Enforcement Online-Piracy Policy Property Theory
	HICKEY, Kevin J. Copyright Paternalism. Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law ; Spring2017, Vol. 19 Issue 3, p. 415-471, 51p.	Prevention of copyright Law & economics Copyright Copyright policy Incentive (Psychology)
	MOFFAT, Viva R. Human Capital as Intellectual Property? Non-Competes and the limits of ip protection. Akron Law Review ; 2017, vol. 50 Issue 4, P. 903-931, 29p.	Intellectual property Covenants not to compete Labor laws Employee rights Labor contracts.
	BRACHA, Oren. Nont de minimis: (Improper) Appropriation in copyright. American University Law Review ; Oct218, Vol. 68 Issue 1, p. 139-203, 65p.	Copyright Intellectual property Copyright policy Copyright registration.
	LUNNEY JR, Glynn S. A natural right to copy. Boston University Law Review ; Dec2019, Vol. 99 Issue 6, p. 2491-2519, 28p.	Natural law Intellectual property Property rights Self-expression
	Protecting Ravenstail: Cultural Appropriation and the Outer Limits of Copyright Law. Cardozo Arts & Entertainment Law Journal , [s. l.], v. 40, n. 3, p. 893-925, 2023. Disponível em: https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=ip,uid&db=lgs&AN=164422916&lang=pt-br&site=ehost-live . Acesso em: 9 out. 2023.	Copyright Indigenous peoples Copyright infringement Cultural appropriation Authorship
SSRNA	OKEDIJI, Ruth, The Limits of International Copyright Exceptions for Developing Countries (May 6, 2019). Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law , Vol. 21, No. 3, 2019, Harvard	Limites ao direito de autor para

Public Law Working Paper No. 19-34	desenvolviment o dos países.
DRASSINOWER, Abraham, Labour and Intersubjectivity: Notes on the Natural Law of Copyright (2001).	
CARRIER, Michael A., Limiting Copyright Through Property (June 24, 2012). Forthcoming in Concepts of Property in Intellectual Property (Cambridge 2013).	Copyright, property, propertization, rights
LIU, Joseph P., Fair Use, Notice Failure, and the Limits of Copyright as Property (2016). Boston University Law Review , Vol. 96, No. 3, 2016, Boston College Law School Legal Studies Research Paper No. 445.	
CONTRERAS, Juan, El Agotamiento de los derechos de autor como un remedio. La Propiedad Inmaterial No. 34. julio-diciembre de 2022.	Exhaustion; copyright; remedy
SAID VIEIRA, Miguel, Limitaciones al derecho de autor: Equilibrio entre titulares y la sociedad (November 6, 2008). Slides for a lecture presented at the IV FILVEN (Venezuela's International Book Fair), Caracas, 2008.	Copyright, balance, human rights, limitations to copyright
SAID VIEIRA, Miguel, La 'Carta de São Paulo por el acceso a los bienes culturales' y las limitaciones al derecho de autor: Análisis de la pertinencia a las legislaciones brasileña y venezolana (The 'São Paulo Letter for Open Access to Cultural Goods' and Limitations to Copyright: Analysis of Its Pertinence to Brazilian and Venezuelan Legislation) (December 1, 2008). Master's thesis . Caracas: SAPI /UBV/OCPI, 2008.	Copyright limitations, Brazil, Venezuela, copyright reform, imperialism, capitalism
PEREZ, Ana María, Análisis Económico Del Derecho De Autor (Economic Analysis of the Related Rights to the Copyright) (November 30, 2011). La Propiedad Inmaterial , No. 15, 2011.	Information technologies, copyright protection, individual and collective administration of rights, legal- economic analysis of the administration of rights
ANAYA-QUINTERO, Laura and Cruz-Fino, Jéssica, Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del derecho de autor (Remarks on the Nature of Copyright) (December 6, 2018). La Propiedad Inmaterial N° 26, Julio-Diciembre 2018.	intellectual property; copyright; nature of intellectual property rights; property right; personality rights
PERZANOWSKI, Aaron, The Penumbra Public Domain: Constitutional Limits on Quasi-Copyright Legislation (October 14, 2010). University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law , Vol. 10, No. 5, p. 1081, 2008	Clause 8, copyright, Martignon, commerce clause,

	copyright clause, antbootlegging, inter-clause conflict, constitution
CRAIG, Carys J., Globalizing User Rights-Talk: On Copyright Limits and Rhetorical Risks (December 2, 2017). AM. U. INT'L L. REV. Vol 33, No. 1, 2017, Osgoode Legal Studies Research Paper	Copyright, Fair Dealing, Fair Use, User Rights, Critical Legal Theory, International Law, Intellectual Property
SIEBRASSE, Norman, A Property Rights Theory of the Limits of Copyright (July 7, 2001). University of Toronto Law Journal , Vol. 51, No. 1, pp. 1-61, 2001	Copyright, limits, property.
GARFIELD, Alan E., The Case for First Amendment Limits on Copyright Law (2007). Hofstra Law Review , Vol. 35, 2007,	First amendment, copyright, constitutional law
STERN, Simon, Towards a Pre-History of the Public Domain: Copyright Law and its Limits in Eighteenth-Century England (December 12, 2014). This is a pre-review draft of a chapter in the Oxford Literature Handbooks series (2015).	Copyright law, English literature, legal history, eighteenth century, authorship, intellectual property, property law, public domain, piracy, plagiarism, law and literature, book history, common law
NEWMAN, Christopher M., Transformation in Property and Copyright (October 6, 2010). Villanova Law Review , Vol. 56, No. 2, pp. 251-325, 2011, George Mason Law & Economics Research Paper No. 10-51.	Blackstone, Campbell v. Acuff-Rose Music, IP, Neil Netanel, Shyamkrishna Balganesh, accession, adaptive, consumptive, elements, essence, free riding, in rem, intellectual, interaction, non-possessory uses, ownership,

		possessory, potential
	SAMUELSON, Pamela, Justifications for Copyright Limitations & Exceptions (February 10, 2015). Forthcoming chapter in Ruth Okediji (ed.), Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions.	Copyright limitations and exceptions, US copyright law
	PEREDA MIRABAL, Ana María. Límites Al Derecho De Autor En Favor De Las Bibliotecas Digitales Como Presupuesto Del Derecho Fundamental De Acceso a La Cultura (Limits on Copyright in Favor of Digital Libraries As a Supposition of the Fundamental Right of Access to Culture) (July 30, 2018). La Propiedad Inmaterial N° 25, Enero-Junio 2018.	Right of access to culture; copyright and digital libraries.

Fonte: Elaborada pelo autor.

Diante dos textos mapeados, foi possível se identificar algumas temáticas relacionadas aos limites do direito de autor, mas não diretamente interligadas ao tratamento jurídico dispensado pelo Superior Tribunal de Justiça, com o objetivo de que fosse apresentado um diagnóstico da racionalidade aplicada ao julgamento dos casos.

Duas dissertações e uma tese chegaram mais próximas ao tema que será desenvolvido. A dissertação elaborada por Patrícia Silva Theophilo, intitulada “Direito de autor e seus limites”, e a dissertação elaborada por Marcos José Ferraz Ribas, denominada “As limitações do direito de autor (Lei 9.610/98), abordam a temática teórica do objeto do estudo. Porém, a data da elaboração dos trabalhos (ambas de 2002) já revela que os marcos teóricos sofreram inúmeras mudanças, não somente legislativas, mas também quanto ao desenvolvimento da própria sociedade, porquanto a historicidade constitui elemento indispensável para o tema direito de autor. Além disso, tem-se que as perspectivas mostram-se voltadas a questões legais.

Sobre a tese elaborada por Bruno Costa Lewicki, com o título “Limitações aos direitos do autor: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo”, pode-se vislumbrar que se trata de um importante marco teórico, porquanto se verificam inúmeras citações da referida obra em outros textos sobre o assunto. Todavia, não se verifica comprometimento com o ineditismo deste trabalho, já que os limites abordados, como as outras duas dissertações, sofreu mudanças desde sua confecção (2007). Além disso, a tese não abordou questões relacionadas ao estado da arte das razões de decidir aplicadas aos julgamentos pelo Poder Judiciário. Assim, a despeito da importante obra sobre temática, o viés aplicado ao presente estudo sugere distinção relevante.

Conclui-se que, com a análise dos textos dessa etapa de revisão sistemática, não se encontraram pressupostos científicos robustos que envolvessem o eixo temático: limites ao direito de autor e a racionalidade jurídica aplicada às decisões do Superior Tribunal de Justiça. O resultado evidenciou uma lacuna, visto que, além de poucos trabalhos realizados que abordassem, de forma mais abrangente, os limites do direito de autor, nenhum deles se dedicou à análise jurisprudencial qualitativa. Vê-se, portanto, a caracterização do ineditismo da pesquisa em curso, ante a verificação dos resultados quantitativos obtidos pela revisão sistemática de literatura que não encontrou qualquer trabalho que enfrentasse a problemática da tese, de maneira teórica e empírica, como se propõe a presente pesquisa.

2.3. ETAPA EXPLORATÓRIA DA PESQUISA CIENTÍFICA EM CURSO

As etapas de Revisão Sistemática de Literatura foram encerradas e, com efeito, será possível a abordagem teórica dos conceitos, fundamentos e nuances jurídicas que representam o conteúdo doutrinário e normativo sobre o direito de autor e seus respectivos limites, de modo a permitir a demonstração de situações ou hipóteses que demonstrem cabimento ou não das restrições impostas ao direito de autor a caracterizar a interlocução com os demais direitos que muitas vezes se encontram em posição antagônica. O trabalho, porém, não se limitará à avaliação abstrata do direito de autor, porquanto a efetiva preservação do núcleo central do direito e o respeito aos demais direitos, *in concreto*, colidentes, abarcarão, também, a análise da aplicação pelo Poder Judiciário, em especial, pelo Superior Tribunal de Justiça.

Considerando-se que os estudos mais recentes sobre a temática em específico datam de muitos anos, mostrar-se-ia adequada a revisitação do tema diante das modificações legislativas, sociais, doutrinárias ocorridas. Todavia, o incremento da análise qualitativa dos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, em cotejo com os fundamentos teóricos, proporcionará a demonstração tanto do ineditismo quanto da relevância do estudo. Essa lacuna, identificada por meio da análise do conjunto de materiais resultantes da revisão sistemática de literatura realizada, será enfrentada na pesquisa em curso.

O levantamento das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e sua avaliação qualitativa permitirão a obtenção de resultados importantes para que seja possível a ponderação sobre a existência de adequação entre os fundamentos

teóricos e as razões de decidir, com a demonstração da pertinência da racionalidade aplicada no caso concreto e da existência ou não de um percurso coerente e construtivo no desenvolvimento jurisprudencial. Será possível, também, a demonstração (ou não), de fato, de um excesso protetivo do direito de autor, face à parca existência de regras de restrição, ou mesmo se esse direito subjaz face a outros direitos em colisão.

Crê-se que a análise qualitativa dos julgados, amparada por fundamento teórico, revelará se a trilha seguida pelo direito de autor apresenta um percurso seguro ou se deverá sofrer uma guinada. Por isso, a pesquisa jurisprudencial e a análise qualitativa de seus resultados serão apresentadas oportunamente, após, a compreensão e análise dos fundamentos teóricos sobre o direito de autor e seus limites.

3 EM BUSCA DE UM MARCO TEÓRICO DO DIREITO DE AUTOR

Este capítulo se dedicará a traçar os fundamentos históricos, filosóficos, identificar os marcos dogmáticos, que possam indicar a natureza jurídica e, ainda, as bases normativas, nacional e internacional, do direito de autor.

Serão desenvolvidas temáticas sobre a formação histórica do direito de autor, que seguirá um desencadeamento cronológico de acontecimentos que redundaram no direito autoral que atualmente se conhece. Ao invés de uma investigação jurídica sobre o instituto, que seria pautada em evidências que retratem a existência ou não de indicadores que acenem para um prelúdio ou existência do direito de autor, se fará opção por uma análise que venha contextualizar os elementos formadores do direito de autor inserido naquele dado momento da História. Deseja-se evitar o erro de transportar um instituto jurídico construído em um marco longínquo, sob elementos totalmente estranhos à realidade à qual seria trazido, e tratá-lo como se fosse sempre havido em um mesmo contexto e condicionantes. Pensa-se que essa falha confere suposições equivocadas e atrapalha a compreensão adequada do objeto de estudo pois tende a romantizar o instituto jurídico estudado, como se fosse fruto de percurso histórico constante e linear. Por isso, a avaliação do direito de autor nesse contexto histórico será desenvolvida a partir de ponderação crítica que envolva uma análise da realidade contemporânea aos fatos e que permita se entender o ambiente e as variáveis condicionantes.

Na sequência, pretende-se abordar os fundamentos filosóficos do direito de autor. Pela compreensão das bases filosóficas de um instituto jurídico, mostra-se possível apurar a essência que aponta para sua natureza jurídica e, por conseguinte, para o conjunto de regramentos, valores e princípios jurídicos que devem se dirigir à regulação das relações sociais daquele conteúdo. Serão visitados os principais filósofos que contribuíram, direta ou indiretamente, para a formação da base filosófica do instituto.

Ao fim, será apresentada a dogmática do direito de autor. A natureza jurídica será tratada; em razão da considerável dissensão que existe sobre o assunto, serão apresentados as variadas posições e entendimentos, de modo que se possa ter uma visão mais completa sobre a temática. Será avaliado, ao fim deste tópico, o cabimento de se admitir o direito de autor como integrante de uma natureza jurídica de um direito de personalidade. Ainda serão apresentados o tratamento normativo do direito autoral

no cenário internacional e as bases normativas de igual direito em nossa realidade doméstica.

Antes de se iniciar o desenvolvimento do conteúdo deste capítulo, sente-se a necessidade de justificar os motivos de uma abordagem que poderia ser considerada por demais ampla para o tema. Entende-se razoável responder à indagação: seriam adequadas as abordagens histórica, filosófica e dogmática do direito de autor, tendo-se em vista a temática relacionada aos seus limites?

Primeiramente, tem-se de pontuar que o tema perpassa pelo entendimento que envolve o direito de autor e que, por isso, a exata compreensão e desenvolvimento sobre os seus limites têm como pressuposto indispensável a devida abordagem do que seria o objeto que sofrerá as devidas restrições. Podem-se pensar os limites ao direito de autor como as barreiras, os extremos, que delimitam ou circunscrevem as zonas de atuação e aplicação desse direito. Dizer os limites de um direito é tratar do próprio direito, sob uma perspectiva diversa, talvez negativa, talvez dinâmica, ao se considerar os outros direitos confinantes.

Da mesma forma, quando se avaliam especificamente o direito de autor e seus respectivos limites, a avaliação crítica sobre seu percurso histórico e sobre suas bases filosóficas torna-se ainda mais relevante e consubstancia uma necessidade imperiosa para a intelecção das restrições impostas ao direito. Confirmando-se a afirmação de que o direito de autor desenvolveu-se sempre alinhado a interesses econômicos, que nem sempre eram coincidentes ao direito de autor, tem-se que o tratamento quanto aos seus limites igualmente se formou a partir de retórica capaz de impedir a ampliação das restrições ao direito autoral. Dito isso, tem-se que se mostra plenamente congruente a investigação minuciosa da formação do direito de autor, porquanto essas conclusões servirão de importante material para o avanço da temática estudada.

3.1 DIREITO DE AUTOR EM PERSPECTIVA HISTÓRICA: AS REMINISCÊNCIAS DO PASSADO AO ENCONTRO COM PRESENTE

Ao se iniciar um estudo sobre a revisitação histórica com vista à (re)significação do direito de autor, exsurtem reflexões sobre a brevidade da existência humana e a

importância da memória, enquanto fragmento individual componente da História¹.
 Afinal,

O passado contém o acervo de dados, o único que possuímos, o tesouro que nos permite traçar linhas a partir dele, atravessando, rumo ao futuro, o efêmero presente em que vivemos. Não somos outra coisa se não isso; (...) se não recebemos amor quando crianças, dificilmente saberemos oferecê-lo quando adultos (Isquierdo, 2014, p. 3).

É-se o reflexo daquilo que se vivencia e recebe. A compreensão do hoje parte da compreensão sobre o passado. Norberto Bobbio, em sua obra “O tempo da memória: da senectute e outros escritos autobiográficos”, reflete sobre o papel da memória para a formação da pessoa: “dizemos: afinal, somos aquilo que pensamos, amamos, realizamos. E eu acrescentaria: somos aquilo que lembramos” (Bobbio, 1997, p. 30). Parafraseando-se as reflexões de Norberto Bobbio, pode-se afirmar que, assim como as memórias definem os sujeitos enquanto indivíduo e como povo, a História os orienta quanto a qualquer objeto de estudo.

A relevância da memória e da História sempre esteve atrelada à existência humana; desde as artes rupestres, a capacidade humana conjuga o passado e futuro. As linhas traçadas nas paredes da reminiscência histórica humana, quando o caçador retratava os perigos a que estava exposto, expunha não somente as experiências absorvidas, o descortinar do passado, mas também proporcionava a abertura de uma fresta para o olhar o futuro². Pelas experiências armazenadas, o caçador alertava sobre os perigos futuros. Por isso, o estudo sobre o descortinar histórico do direito de autor, pautado em uma perspectiva crítica, constitui elemento de grande importância para a compreensão acerca do instituto jurídico e do atual estado deste.

Compreender o passado é dedicar-se a definir fatores sociais, descobrir suas interações, suas relações de força e descobrir, por trás dos textos, os impulsos que ditam os atos. Conhecer o presente é saber, através da aplicação dos mesmos métodos de observação, análise e crítica que a história exige, submeter à reflexão as informações distorcidas que nos chegam através dos meios de comunicação. Compreender é impossível sem

¹ Para Iván Izquierdo, a composição das inúmeras correlações intersubjetivas que formam as memórias de vários indivíduos alocados em um mesmo tempo e espaço, considerada memórias comuns, define o que é História (Izquierdo, 2014, p. 5).

² “Nós também estamos olhando através do telescópio da imaginação; a imaginação é um telescópio no tempo e o que vemos é uma experiência no passado. O homem que pintou essas figuras e os homens que ali estavam presentes olhavam para uma experiência no futuro. Eles olharam na linha da escalada do homem porque o que chamamos evolução cultural é, essencialmente, o crescimento e a expansão contínua da imaginação humana” (Bronowski, 1992, p. 19).

saber. A história deve nos ensinar, em primeiro lugar, a ler um jornal. (Vilar, 1999, p. 12, tradução nossa)³

O estudo histórico de dado assunto permite a identificação dos fatores sociais, das relações de força que se encontram nos bastidores daquilo que foi declarado. A compreensão da História permite ir além daquilo que é transmitido como fosse algo natural e pronto e proporciona a identificação daquele do interesse que, muitas vezes, sagrou-se vencedor. A compreensão do atual direito de autor e de suas limitações, com efeito, exige o conhecimento de condicionantes sociais, culturais e econômicas que perfilharam o percurso histórico. O desprezo à história do direito de autor impediria a compreensão exata das dificuldades, paradoxos e imprecisões que carecem de ponderação mais profunda atualmente.

Negar a história do direito de autor seria confiar em um discurso que prima por uma criação espontânea e acabada de um instituto jurídico que sabidamente se mostra contraditório e repleto de interesses discrepantes.

Neste momento preliminar do estudo, dedicar-se-á, assim, ao conhecimento do iter historial, para que sirva de fundamento para a devida compreensão e desenvolvimento do assunto e, quem sabe, para a abertura de uma fresta para se olhar o futuro do direito de autor⁴. Serão abordados neste tópico o desenvolvimento e formação históricos do direito de autor, desde o passado antigo, a fim de se apurar se, desde então, seria possível afirmar a existência de uma tutela do autor; transcorrer-se-á medievo e pelo alvorecer da Idade Moderna. Dada a relevância para a matéria, serão trazidas as consideráveis mudanças em virtude do desenvolvimento das prensas móveis, por Gutenberg. Ao fim, serão revelados os motivos que justificaram a existência de dois eixos diversos relacionados ao tratamento aplicado ao direito de autor, refere-se, aqui, ao *copyright* e ao *droit d'auteur*. Espera-se que

³ No original: *comprender el pasado es dedicarse a definir los factores sociales, descubrir sus interacciones, sus relaciones de fuerza, y a descubrir, tras los textos, los impulsos que dictan lo actos. Conocer el presente equivale, mediante la aplicación de los mismos métodos de observación, de análisis y de crítica que exige la historia, a someter a reflexión la información deformante que nos llega a través de los media. Comprender es imposible sin conocer. La historia debe enseñarnos, en primer lugar, a leer un periódico.*

⁴ Não se deseja, ao se asseverar a necessidade de uma avaliação crítica da história do direito de autor, acolher uma posição que defenda o uso da História, como fosse destinado a uma finalidade instrumental e política, mas uma forma de se avaliar os acontecimentos em um viés não somente contemplativo e descritivo de acontecimentos, de modo que seja possível indagar algumas posições usualmente aceitas como verdadeiras. DA COSTA, Ricardo. O conhecimento histórico e a compreensão do passado: o historiador e a arqueologia das palavras. **Outros Tempos: Pesquisa em Foco-História**, v. 1, n. 1, 2004.

essa abordagem histórica possibilite a inserção da contextualização do ambiente em que se deu o avanço no direito de autor bem como a compreensão crítica dos fatores sociais, culturais e econômicos que condicionaram a formação desse direito em cada das etapas estudadas.

3.1.1 Direito de Autor na Antiguidade Clássica: Entre a Realidade e a “Rhetorica”

A formação do direito de autor atribui-se ao Estatuto da Rainha Ana, de 1710, e aos decretos revolucionários franceses de 1791 e 1793 (Fragoso, 2012). Antes da formalização do direito de autor pelos instrumentos normativos, poder-se-ia afirmar que as questões que circundam a autoria já estiveram presentes em tempos bem mais remotos? O presente tópico, com efeito, visa responder à indagação lançada, de modo que seja possível se apurar a existência (ou não) de contribuições da sociedade clássica greco-romana para formação do direito de autor.

Importante se frisar que a análise histórica, especialmente de um período tão remoto, deve ser amparada não somente pela avaliação do desenvolvimento do instituto jurídico, mas também pelo contexto cultural que condiciona o direito de autor naquele recorte histórico estudado. Por isso, a investigação não poderá simplesmente se circunscrever à existência ou não de um direito de autor na Era Clássica, já que a perscrutação deverá ser dirigida por uma avaliação das condicionantes culturais e morais, a fim de que seja possível se apurar a efetiva contribuição da sociedade greco-romana ao direito de autor.

Desde as expressões mais rudimentares do intelecto humano, poder-se-iam vislumbrar elementos típicos do direito de autor. Discussões sobre a paternidade da obra, a integridade da propriedade intelectual, as formas de proteção contra o plágio e contrafação já estavam presentes na Idade Clássica.

João Henrique da Rocha Françoso relata que a alteração do estilo de pintura dos vasos, ao ser substituído o padrão geométrico de pintura, por meio do uso de figuras de animais, de seres humanos e de objetos, ocorrida no século VII a.C., trouxe consigo a noção de individualidade do artista. Atribui-se, inclusive, a Aristonotos aquele que primeiro se utilizou da identificação pessoal, por aposição de assinatura, nos vasos que pintava. A prática foi popularizada por outros pintores de vasos, sendo incorporada, também, pelos autores de obras literárias (Fragoso, 2012).

Sobre a literatura, conta-se que o primeiro a reivindicar a autoria teria sido Teógnis de Magara, quando relata, a um amigo, a ideia de colocar um selo identificativo de suas obras, para que ninguém pudesse deturpá-las ou roubá-las (Fragoso, 2012). Interessante se dizer que, até a prática que levou ao reconhecimento da autoria da obra literária, a sociedade helênica reconhecia licitude nas modificações, transformações e manipulações das obras, por compreender que a imortalidade correspondia à recordação e que, após a morte do autor, as novas gerações continuariam a aprender com o trabalho deixado por ele (Zanini, 2013).

A partir de então, ainda na sociedade grega, inúmeros outros fatos demonstram o acolhimento de facetas típicas do conhecido direito de autor. Não por acaso,

Os gregos reconheceram que o processo criativo impulsionado por um estado cultural gerava problemas que precisavam ser resolvidos pela lei. A cidade de Atenas considerava suas três grandes tragédias tão importantes que, aproximadamente em 330 a.C., foram feitas cópias estatais de suas obras para preservação. (Czychowski, 1998, p. 1, tradução nossa) ⁵

O retrato acima, descrito entre a busca pela preservação do individualismo e a disseminação do valor coletivo, é ilustrativo para expressar uma tensão própria da sociedade helênica. A ideia de coletividade, típica da pólis grega, conferia certa funcionalização humana, sendo sacrificado o individual em benefício do coletivo⁶. Não por acaso, o reconhecimento de expressões conhecidas hoje como direito de autor foi justificado muito mais por valores coletivos do que por questões de ordem individual, o que será mais bem desenvolvido na sequência.

Com a queda do Império Grego e a ascensão do Império Romano, viu-se erigir um acontecimento inédito. Arnaldo Momigliano, em sua obra “Os limites da helenização”, leciona que

Roma, não a Grécia, preparou as condições que iriam tornar as relações entre ambas um caso tão singular. Os gregos não foram além daquele mínimo de atenção que a sua posição exigia (...) os romanos resolveram decifrar os gregos, tentaram aprender a língua, aceitaram deuses gregos e reformularam a sua constituição segundo orientações que alguns gregos reconheceram como semelhantes às suas próprias constituições. (Momigliano, 2003, p. 20)

⁵ No original: *Die Griechen erkannten zwar, daß der einen Kulturstaat vorantreibende Schaffensprozeß Probleme aufwarf, die das Recht zu lösen aufgerufen ist: Die attische Polis wertete ihre drei großen Tragiker als so überragende Erscheinungen, daß Lykurg ca. 330 v. Chr. ein Staatsexemplar ihrer Werke anfertigen ließ, das den Text vor willkürlichen Eingriffen Dritter schützen sollte.*

⁶ Citam-se, por exemplo, as relações – homem e mulher, senhor e escravo – trazidas por Francis Wolff. WOLFF, Francis. **Aristóteles e Política**. Trad. Thereza Cristina Ferreira Stummer, Lygia Araújo Watanabe. São Paulo: Discurso Editorial, 1999, p. 60.

Por assim dizer, o “povo romano, hegemônico no campo bélico e político, envolvera-se de tal forma com a civilização helênica, que esta, de certo modo, passou a ocupar o papel de metrópole cultural” (Fragoso, 2012, p. 31). A manutenção da cultura helenista no subsequente Império Romano proporcionou a manutenção e continuidade do enfoque autoral das produções intelectuais iniciado pela sociedade grega. Acrescentou-se, aos tratamentos cultural e social das produções intelectuais na sociedade grega, o desenvolvimento, no Império Romano, da prática de edição de livros. Tal prática trouxe novos atores e interesses no cenário autoral e contribuiu para situações violadoras dos preceitos autorais já acolhidos.

O longo desenvolvimento da atividade literária permitiu um proporcional desenvolvimento de produção, edição e comércio de livros. Via-se na Roma clássica a figura de mecenas, que financiavam autores, geralmente libertinos (escravos libertos), muito embora menos da metade dos autores dependesse financeiramente da produção literária. As figuras do editor, que também acumulava a função de livreiro, e de pequenos comerciantes (que não produziam livros) já eram presentes na Antiguidade romana. Também estavam presentes a figura do revisor e a do escriba, pagos de acordo com o número de linhas copiadas, no círculo de produção literária romana. O local onde era praticado o comércio – livraria – era um espaço amplamente difundido, e os livros eram materializados em pergaminho, sendo popularizado o uso do códice a partir do século IV d.C. As obras eram disponibilizadas em bibliotecas privadas e públicas, sendo, quanto ao conteúdo, divididas em bibliotecas gregas e bibliotecas latinas (Durantaye, 2006).

As diversas figuras, acima pontadas, na produção, edição, comercialização e disponibilização de obras traziam consigo questões e conflitos. A reivindicação da paternidade da obra e acusações de plágio ocorriam frequentemente. Daniel Rocha (2001), por exemplo, relata inúmeras acusações de plágio realizadas na Antiguidade⁷ também o uso, por Euforion, de peças do pai falecido deste como se fossem suas, para conquistar torneios de tragédias, o que, segundo o autor, revelaria a autorização para que a paternidade fosse transmitida como se fosse bem comum⁸.

⁷ Zanini (2013) explica o desvio histórico da expressão “plágio”, antes utilizada para definir a pena de escravidão do homem livre, e relata caso célebre de plágio entre Virgílio (autor de Eneida) e Batilo.

⁸ “Philostrato de Alexandria acusava Sófocles de ter aproveitado de Esquilo. A Esquilo de ter feito o mesmo com Frínico. A Frínico, de agir assim com seus antecessores. Platão censurava Eurípedes pela reprodução literal em seus coros da filosofia de Anaxágoras. Aristófanes, em “As rãs”, não poupa

A fim de esclarecer o cenário próprio da Antiguidade romana, Katharina Durantaye (2006) apresenta inúmeras relações proporcionadas pelas obras intelectuais, que se podem assim sintetizar: i) qualquer pessoa poderia realizar cópias de uma obra já publicada e distribuí-las; ii) o contrato celebrado entre o autor e o editor tinha como objeto a transferência do direito de publicação, que se traduzia no direito de primeira reprodução e distribuição; iii) não havia qualquer proteção jurídica dirigida ao editor, caso o autor viesse a disponibilizar a obra a outro editor; iv) não havia, entre os estudiosos, consenso quanto ao pagamento ao autor pelo trabalho realizado, tampouco se receberia pelo resultado das vendas; v) as dedicatórias, inicialmente utilizadas para se fazer referência a pessoas queridas ou respeitadas, voltaram-se a um uso financeiro (transformaram-se em uma súplica vergonhosa), pois usualmente passaram a ser dirigidas a pessoas ricas, na esperança de o autor receber delas apoio financeiro (Durantaye, 2006).

A despeito das relações estabelecidas entre o autor, editor e usuários, não se viu em Roma uma tutela jurídica específica aplicada ao direito de autor. As razões que são atribuídas à ausência de proteção jurídica específica ao direito de autor repousam na (não) valorização da remuneração àqueles que exerciam artes liberais, sendo dignos de honorários (agradecimento honroso) (Grau-Kuntz, 2010), e não de contraprestação pelo trabalho realizado, o que era explicado pela consciência coletiva romana que entendia ser o trabalho remunerado desonroso (Durantaye, 2006). O vínculo moral-espiritual justificava o processo criativo, as obras eram inspiradas pelos deuses e musas. A expressão da atividade intelectual destinava-se à consagração da fama e da imortalidade, esta considerada não uma vida após a morte, mas a lembrança duradoura dos vivos, por isso a remuneração como exata contraprestação do trabalho realizado não se adequava à finalidade da atividade.

Há quem defenda, também, que a causa pela ausência de proteção jurídica específica ao direito de autor repousava na não distinção entre o suporte físico (*corpus mechanicum*) e a criação intelectual (*corpus mysticum*), em virtude da ligação, pela sociedade romana, à ideia de materialidade (Durantaye, 2006). Parece, todavia, que o primeiro fundamento lançado mostra-se mais adequado, porquanto não seria crível

Eurípedes, e propõe que se coloque num prato da balança apenas os seus versos, e no outro, Eurípedes, mulher e filhos e Cephisophon (amigo e colaborador de Eurípedes) com todos os livros. Aristófanes não ficou imune à acusação de haver se aproveitado de Crátinos e Eupólis, o que levou a qualificar este último de “miserável plagiário” de sua obra *Les Chevaliers* (“As nuvens – verso 533”) (Rocha, 2001, p. 14).

se afirmar qualquer dificuldade na realização de processo intelectual de abstração pelo pensamento greco-romano (Durantaye, 2006).

A partir desse contexto axiológico de análise do direito de autor na Antiguidade greco-romana, pode-se, agora, compreender que as formas de expressão de tutela do direito de autor perpassaram os valores acima apresentados. A paternidade da obra, assim, representaria a preservação do vínculo moral do autor com a divindade e seria destinada à fama e imortalidade, enquanto o plágio seria visto como desrespeito à divindade que atribuiu a terceiro a honra da criação. Não se estranha, assim, que não se tenha notícia de discussão jurídica que tenha reclamada a paternidade de uma obra, porquanto o resultado positivo do pretor não seria suficiente para amparar o interesse do vencedor, sem que fosse conjugado com o reconhecimento popular (Durantaye, 2006).

De outro lado, vislumbra-se que a pouca proteção conferida ao editor também se justifica pelo fato de que a exploração comercial da produção intelectual consistia em mero apelo econômico-financeiro, já que não integrava a tábua axiológica moral-espiritual da criação, tampouco trazia consigo qualquer signo direto de imortalidade ou fama.

Quer-se, assim, vislumbrar que a normatividade aplicada ao direito de autor encontrava eco em aspectos morais e culturais e não propriamente em disposições legais ou jurídicas. Repisa-se, com efeito, a importância da pontuação feita acerca do papel da História na avaliação de um instituto jurídico, já que a análise não poderia limitar-se à investigação da existência ou não do próprio instituto jurídico em determinado recorte histórico sem que fossem avaliadas as conjunturas social, econômica e moral.

Por oportuno, cumpre se salientar que a ausência de disciplina legal na Antiguidade greco-romana não impediu que fosse proporcionada certa tutela ao direito de autor. O instrumento aplicável à proteção ao direito de autor era a *actio iniuriarum*. Inicialmente, a injúria era considerada tão-somente lesões físicas. Houve, todavia, a ampliação do conceito de injúria no Direito Romano, abrangendo três sentidos: “danos causados por culpa punível pela lei aquiliana; como equivalente à injustiça em alusão aos pronunciamentos judiciais de magistrados que eram ilegais (...) e como

contumélia ou desprezo, de onde surge a intenção ofensiva”⁹ (Díaz, 2021, p. 351, tradução nossa). Tornou-se possível, com isso, o manejo da demanda para uso de casos que envolvessem qualquer desrespeito à personalidade da pessoa.

Seria possível, diante da ampliação da noção de injúria, a utilização da *actio iniuriarum* para proteção de aspectos relacionados ao direito de autor tais como plágio, publicação sem o consentimento do autor, preservação da paternidade e integridade da obra (Zanini, 2013).

Espera-se, a esta altura, terem sido apresentadas as conjunturas social, moral e jurídica da Antiguidade greco-romana de modo que seja possível caminhar para a conclusão do intento lançado: quais foram as contribuições da Antiguidade trazidas ao direito de autor? Sendo-se um pouco mais ambicioso, seria possível afirmar a existência de um direito de autor nesse momento histórico?

Há quem defenda que a expressão de inúmeros fenômenos ligados ao direito de autor, que envolvem a afirmação do individualismo e da personalidade, constituíram a célula mater do direito moral de autor e do próprio direito de autor. A propósito,

Em suas atitudes individuais em face de suas criações, identificamos a célula mater, a matriz psicológica do direito moral de autor e do próprio direito de autor como o conhecemos. Sobre os alicerces da paternidade e da integridade das criações intelectuais, preservados incólumes sob a areia do deserto dos tempos, erigiu-se a pedra fundamental da doutrina dos direitos morais de autor, que, no Século XIX, viria a ser incorporada a diversas legislações nacionais. (Fragoso, 2012, p. 24)

Há de se lembrar, entretanto, que, sob o verniz desse individualismo proveniente do reconhecimento da autoria, do combate ao plágio, citado por José Henrique da Rocha Fragoso (2012), há um acervo cultural que é justificado por noções amplamente distintas daquelas encontradas no direito de autor contemporâneo. Ao invés do reconhecimento coletivo, da fama ou da busca pela imortalidade, tem-se o intento lucrativo; em substituição a um processo criativo justificado pela inspiração divina, tem-se o uso da razão humana; em substituição ao apelo nitidamente moral, tem-se a criação de aparatos jurídicos e judiciais. Não parece, assim, haver elementos suficientes que alcancem uma harmonia mínima de fundamentos capazes de justificar que as sombras do direito de autor, experimentado na Antiguidade greco-romana,

⁹ No original: *daño producido com culpa castigado por la ley Aquilia; como equivalente a injusticia y hace alusión a los pronunciamientos judiciales de los magistrados que fureran ilegales (...) y como contumélia o menosprecio, de donde nace la intencionalidad ofensiva.*

tenham se transformado, à luz do racionalismo contemporâneo, no *copyright* ou no *droit d'auteur*.

Dito de outra forma, apesar da identidade de expressões que identificam o direito de autor desde a Antiguidade, as condicionantes culturais, totalmente distintas dos fundamentos encontrados na formação contemporânea do direito de autor, impedem que seja afirmado categoricamente que a sua formação tenha se dado naquele remoto momento histórico. O que se viu foram fragmentos do instituto jurídico equivalentes ao que se tem hoje, porém, justificados por fatores totalmente diversos, o que inibe a conclusão de que se teria ali o marco inicial de um efetivo direito de autor. Nesse mesmo sentido,

Por conseguinte, acreditamos que, não obstante a importância dos desenvolvimentos ocorridos na Antiguidade Clássica, os direitos autorais não foram reconhecidos nas sociedades grega e romana, pois o que existiu foi apenas uma proteção embrionária e fragmentada de alguns pontos da matéria, que não pode ser comparada com a tutela posteriormente outorgada pelo Estatuto da Rainha Ana (1710) e pelos decretos franceses de 1791 e 1793. (Zanini, 2013, p. 128)

Viu-se, no cenário greco-romano, uma relevância social da produção intelectual, que se justificava por condicionantes que não coincidentes com o contexto contemporâneo do direito autoral. A despeito da relevância social, não se pode afirmar a existência de um aparato legal e jurídico de instrumentos que pudesse efetivamente proporcionar a tutela da produção intelectual.

Não obstante a demonstração da existência de inúmeras expressões relacionadas ao “fenômeno” direito de autor na Idade Clássica, pode-se concluir que o direito de autor não teve espaço para um amplo desenvolvimento análogo ao que se tem no cenário atual, justamente pela discrepância cultural entre a sociedade clássica e a sociedade contemporânea (Grau-Kuntz, 2010). Diante da inexistência de uma afirmação contumaz do direito de autor, resta, por consequência, prejudicado qualquer aspecto que envolva os limites ao direito de autor na Antiguidade.

3.1.2 Da Autoria Divina no Medievo à Preparação para a Afirmação da Individualidade Autoral

A abordagem sobre o Período Medieval não se dá por mero respeito à cronologia das “Eras”, mas da necessidade de que sejam verificadas as condições que embasaram a formação contemporânea do direito de autor. Acrescenta-se a esse

período, especialmente, a criação da imprensa de tipos móveis por Gutenberg, que representou o fecho da Idade Média e o limiar de uma nova era, denominada Idade Moderna, o que será verificado posteriormente, tendo-se em vista a relevância para o tema.

O termo Idade Média, antes do emprego utilizado para designar uma “era”, foi utilizado para o período médio do uso da latinidade¹⁰, estabelecido entre Constantino até Carlos Magno¹¹. A expressão, entretanto, segundo lição de Cerejeira (1953), foi apropriada pelos pedagogos, quando Cristovão Keller, no ano de 1688, nominou uma de suas obras escolares para designar o conhecido intervalo de aproximadamente dez séculos. Em verdade, o referido autor somente empregou o termo segundo o significado já popularmente reconhecido:

por um lado, a história e a filologia andavam confundidas: como admirar que os quadros de uma fossem aplicados à outra? Por outro lado, a Renascença dominara completamente os espíritos: era bem natural que esses cristãos adoradores da Antiguidade, - que, em seu ingênuo deslumbramento, pensavam ter por missão restaurar no esplendor da verdade histórica - considerassem puramente intercalares em relação à civilização os séculos que assim consideravam (e se podem considerar) em relação à latinidade. (Cerejeira, 1953, p. 9)

Antes de se aprofundar sobre questões mais específicas a respeito do direito de autor verificadas nesse período medievo, faz-se mister esclarecer dois aspectos que muitas vezes são negligenciados. O primeiro ponto que merece esclarecimento é aquele que atribuiu a Idade Média a um período de pouco ou nenhum

¹⁰ Os gramáticos costumavam assinalar no desenvolvimento do latim três fases: 1) Idade Clássica ou Alta – o período que se estende até Constantino, caracterizado pelos grandes escritores; 2) Idade Média – que vai até Carlos Magno, período de decadência em que os bárbaros começam a falar a língua latina, corrompendo-a; 3) Idade Inferior ou Ínfima – em que o latim deixa de ser língua viva pela formação das línguas modernas, sendo costume apontar-se a data do juramento de Strasburgo como o “terminus à quo” dessa fase. Idade Média, portanto, significava no princípio apenas a fase da evolução do latim, compreendida entre Constantino e Carlos Magno, caracterizada pela influência das línguas bárbaras (Cerejeira, 1953, p. 8).

¹¹ Carlos Magno constitui-se em importante figura da Idade Média, ao ampliar e fortalecer o poder da Igreja Católica: “(...) talvez o ápice da projeção política de Carlos tenha sido alcançado em 25 de dezembro de 800. Por ter apoiado o papa Leão contra adversários da nobreza e antigos aliados de Adriano I, Carlos foi sagrado imperador, fato esse de extrema relevância para a história europeia, pois o ato de transmissão da autoridade romana para os francos configurou a *translatio imperii*, isto é, a transferência do poder associado ao imperador romano ao rei franco por intercessão divina, representada na terra pelo papa. Tal estrutura de governo daria forma a um novo *imperium romanum*, que teria como cabeça secular o agora imperador Carlos. Associada a sua política de consolidação dos novos territórios está a participação da Igreja. A utilização da religião monoteísta como ferramenta para a sedimentação de seu poder encontrou na expansão da infraestrutura clerical, por exemplo, na construção e renovação de mosteiros, como Fulda, St. Gallen, Reichenau, dentre outros, um forte impulso, e como resultado de suas ações recebeu o título de *Defensor Ecclesiae* (Defensor da Igreja)” (Souza; Nascimento, 2020, p. 162).

desenvolvimento, em que vigoraram a barbárie, a superstição e as trevas (Cerejeira, 1953). Esse julgamento aplicado à Idade Média é representado até pelo termo empregado, como se tal período fosse um intervalo entre outros dois momentos históricos de desenvolvimento e prosperidade (Antiguidade e Renascimento):

pois expressava um desprezo indisfarçado em relação aos séculos localizados entre a Antiguidade Clássica e o próprio Século XVI. Este se via como o renascimento da civilização greco-latina, e portanto tudo que estivera entre aqueles picos de criatividade artístico-literária (de seu próprio ponto de vista, é claro) não passara de um hiato, de um intervalo. Logo, de um tempo intermediário, de uma idade média. (Franco Junior, 2001, p. 4)

A rigor, o peso da contribuição da Idade Média para o desenvolvimento da História humana é variável de acordo com a perspectiva em que se analisa. Diferentemente da visão renascentista moderna, já no século XIX, sob um viés romântico, de valorização à identidade nacional, de crítica ao exagerado cientificismo, passou-se a atribuir um valor positivo ao período medieval, por ser considerado um tempo em que se valorizaram os sentidos, os instintos, a fé, a autoridade e a tradição. Passou-se a reconhecer e atribuir grande importância às artes medievalísticas literárias, arquitetônicas e musicais. Todavia, a Idade Média permanecia incompreendida. “Ela ainda oscilava entre o pessimismo renascentista/iluminista e a exaltação romântica” (Franco Junior, 2001, p. 7). Esse paradoxo de ideias foi superado a partir do foco dado pela filosofia. Augusto Comte, “guiado pela sua lei da evolução espiritual, reconheceu nela uma grande época histórica”, ao considerar o sistema católico da Idade Média uma “obra-prima política da sabedoria humana” (Cerejeira, 1953, p. 20). Jacques Le Goff, ao lecionar sobre a importância da Idade Média para o desenvolvimento do caráter científico e intelectual arremata que “nenhuma sociedade, nenhuma civilização, nutriu paixão tão intensa pela globalidade, pela totalidade, quanto a Idade Média. Para o melhor e para o pior, ela foi totalitária. Reconhecer sua unidade é antes de tudo restituir sua globalidade” (Le Goff, 2005, p. 15).

O segundo aspecto que merece o devido apontamento é a necessidade de não se considerar a Idade Média um intervalo estático e estaque¹². Afinal, no transcurso de aproximadamente dez séculos, houve naturalmente dinâmicas social, econômica,

¹² “E não é menos importante observar que a Idade Média, no sentido mais limitado da palavra, não foi um período estático, a “floresta petrificada”, que frequentemente se julga ter sido, mas incluiu fases e setores altamente dinâmicos, que se moveram exatamente na direção em que continua a era moderna” (Elias, 1993, p. 58).

cultural e política que não poderiam ser menosprezadas. Para o fim de facilitar sua compreensão, muito embora não haja consenso entre os historiadores quanto aos momentos inicial e final, tampouco quanto às fases¹³, utilizar-se-á o ensino de Franco Junior (2001), que distingue a Idade Média em quatro períodos. A Primeira Idade Média, momento histórico não mais “antigo” e ainda não claramente ‘medieval’, em que foi possível a verificação da interpenetração no tecido social de três elementos históricos que comporiam o período medieval (herança romana clássica, herança germânica, cristianismo).

O segundo período, denominado de Alta Idade Média (Séculos VIII a X), em que se viu uma ilusória unidade política, com Carlos Magno, mediada pela Igreja, que proporcionou certa recuperação econômica, retomada demográfica, expansão territorial cristã, mas que não se sustentou em virtude de novas invasões e da fragmentação do poder. A Idade Média Central (séculos XI a XIII), enquanto terceira fase, teve a consolidação do sistema social feudal e de uma sociedade estratificada, fechada, agrária, fragmentada politicamente e dominada culturalmente pela Igreja. Todavia, nesse período, viram-se ampla expansão econômica, formação das cidades, gênese das monarquias nacionais, desenvolvimento das universidades, da literatura, da filosofia e da ciência empírica.

O quarto derradeiro, Baixa Idade Média, que perdurou entre os séculos XIV e XVI, caracterizou-se pela impossibilidade de sustentação dos novos rearranjos em virtude das contínuas expansões demográfica, econômica e territorial, o que exigiu novas estruturas, porém ainda “assentadas sobre elementos medievais: o Renascimento (baseado no Renascimento do Século XII), os Descobrimentos (continuadores das viagens dos normandos e dos italianos), o Protestantismo

¹³ D. Manuel Gonçalves Cerejeira diferencia assim os períodos da Idade Média: “o primeiro, que compreende os séculos V a X e se chamou já a Pré-Idade Média, no qual se encontraram e lutam entre si os elementos fundamentais do mundo moderno – elemento romano, bárbaro e cristão (...) este período é a aurora da nova civilização, e, em certo sentido, ainda o último período ainda da decomposição romana, agravada pelas invasões (...) o segundo, abrangendo os séculos XI a XIII, constitui o período católico-feudal: aí bateu plenamente o coração dessa idade heroica; então se formaram quase todos os elementos essenciais da civilização europeia (...) a sua aliança era tão íntima, que o papado e o império pareciam os dois grandes pilares do mundo (...) o terceiro, ou sejam, os séculos XIV e XV, deve considerar-se como de decomposição do sistema feudal: define-se o progresso da autoridade real, que construirá habilmente o estado moderno, como o bicho da seda, o seu casulo; a burguesia, produto do silencioso progresso social do período anterior, afirma-se como ordem política, entrando nas assembleias nacionais; diminui a influência ominipresente da Igreja, com passar em Avinhão a capelão do rei de França o juiz supremo da Cristandade, sem falar noutras causas agora” (Cerejeira, 1953, p. 40-41).

(sucessor vitorioso das heresias), o Absolutismo (consumação da centralização política monárquica)” (Franco Junior, 2001, p. 7).

Estabelecidos as premissas e marcos históricos do longo interregno medieval, o que servirá de norte seguro para a compreensão da análise do estado de arte do tratamento conferido à atividade intelectual, pode-se, agora, dar um passo além.

Para perfilhar o direito de autor na Era Medieval, propõe-se apurar quem seria o homem medieval. Afinal, a correta identificação do homem medieval conduzirá à adequada noção do autor medieval. A despeito da já mencionada mutação social experimentada na Idade Média, Jacques Le Goff apresenta interessante estudo sobre a identificação do homem medievo ao retratar aspectos comuns, que extrapolam a condição e posição sociais. Seria possível, assim, aproximar, dentro de uma sociedade heterogênea, o rei ao mendigo, o monge ao jogral, o mercador ao camponês, o homem à mulher? De início, de forma excludente, Jacques Le Goff indica quem não seria o homem medieval: aquele que não crê, mais tarde chamado de libertino, livre pensador, ateu. Excluído aquele que não crê, responde afirmativamente à indagação: de fato existiria um homem comum do período medieval, porquanto, especialmente na

Idade Média cristã ocidental dos séculos XI-XV, a convicção da existência universal e eterna de um modelo humano. Numa época dominada e impregnada até as suas fibras mais íntimas pela religião, esse modelo era, evidentemente, definido pela religião e, acima de tudo, pela mais alta expressão da ciência religiosa: a teologia. (Le Goff, 1989, p. 10)

O homem medieval é, portanto, aquele que estaria apto a exercer domínio amplo sobre a natureza, feito à imagem e semelhança de Deus e aquele que, pelo pecado original, tornou-se fadado ao sofrimento. A visão antropológica cristã do homem medieval, assim, pendia ora para o homem feito à imagem de Deus, ora para o homem pecador. Trazendo-se tais compreensões do homem medievo, poder-se-ia compreender a figura do autor nesse momento histórico, vinculado à condição de um ser vocacionado a servir a um propósito guiado pela vontade divina, sendo a expressão divina na terra da queda e ascensão.

O homem medieval retratava, por assim dizer, uma realidade social marcada pela fusão do sacro e do político, sujeitava-se a regras sociais condicionadas a uma moral cristã, que impunha a resignação à vontade divina.

Pela sua constituição física, pelo seu organismo corpóreo, o homem torna-se, por sua vez, ponto de referência simbólico (...) o corpo humano passa a

ser a imagem metafórica da sociedade, uma sociedade de que o rei (ou o papa) é a cabeça e os artífices e os camponeses são os pés. Mas isso é afirmar a unicidade do organismo humano e a solidariedade do corpo social. (Le Goff, 1989, p. 13)

A funcionalização humana então não encontrava mais justificativa no bem comum da pólis, mas na representação divina da autoridade. À guisa de conclusão, o homem medieval é perpassado pela moral que o coloca como pecador e como expressão de um ser redimido pela graça que lhe foi concedida, o que lhe impõe, em qualquer dos casos, a resignação à vontade de Deus. Afinal, a Igreja, enquanto poder divino inserido na ordem terrena, representa a “cabeça” do corpo social, sendo a vocação dos demais “órgãos” o cumprimento, cada um, de suas atribuições.

Parece que agora, identificado o homem medieval, pode-se buscar o perfil do autor (ou artista, por retratar uma expressão mais abrangente). De plano, interessante se salientar que não havia qualquer expressão para designar artista, tampouco para caracterizar o intelectual¹⁴, o que certamente retrata a estratificação social, representada por uma organização social e modo de produção feudal – formadora de grupos praticamente estanques (nobreza, clero e servos) (Fragoso, 2012, p. 63), e a ausência de significado social ao sujeito autor-artista. A própria noção negativa atribuída ao trabalho, sob a ótica cristã medieval, que constituía uma penalidade decorrente do pecado original¹⁵, serve como substrato que afastou uma valorização positiva da atividade artística. Nesse sentido,

O artista da alta Idade Média vive entre o desprezo da sociedade em relação a uma personagem que está próxima do conjunto dos trabalhadores manuais e o seu desejo de afirmar seu orgulho, a sua glória, a sua notoriedade, pelo menos dentro de um círculo restrito de comanditários e de amadores, o que o leva a apor uma assinatura em suas obras. (Le Goff, 1989, p. 22)

Esse contexto social, que impunha a idiosincrasia do anonimato da atividade intelectual e a irrelevância do autor, era também justificado pelo valor teológico que afastava qualquer importância da ação autoral, “visto que se entendia que o autor não estava autorizado a criar, mas apenas expressava a voz de Deus” (Zanini, 2014, p.

¹⁴ Sobre a formação etimológica da expressão artista, “Compartilha com o artesão o termo *artifex*, mas a palavra latina *ars* refere-se mais ao domínio da técnica e do ofício do que à ciência ou ao campo não individualizado a que, mais tarde, o Ocidente chamará arte” (Le Goff, 1989, p. 22).

¹⁵ Gênesis 3; 17-19: “E a Adão disse: Visto que atendeste a voz de tua mulher e comeste da árvore que eu te ordenara não comesses, maldita é a terra por tua causa; em fadigas obterás dela o sustento durante os dias de tua vida. Ela produzirá também cardos e abrolhos, e tu comerás a erva do campo. No suor do roscó comerás o teu pão, até que tornes à terra, pois dela foste formado; porque tu és pó e ao pó tornarás”. In: A BÍBLIA SAGRADA. Trad. João Ferreira de Almeida. 2 ed. Barueri: SBB, 2000.

16). De outro lado, a prática criativa, ainda na Alta Idade Média, era restrita aos mosteiros, o que imprimia uma nota impessoal e coletiva ao trabalho realizado, dada a natureza reclusa e restrita do ambiente. O conteúdo limitava-se aos temas religiosos delimitados pela Igreja ou à exaltação dos nobres, muito embora fosse possível a constatação de produção intelectual em grande quantidade e qualidade, em locais isolados, como se verificou em Alexandria (Fragoso, 2012).

Como visto anteriormente, consideráveis foram as modificações sociais, econômicas e políticas a partir do fim Alta Idade Média e do início da Idade Média Central. Saliente-se, ainda, a influência cultural advinda do comércio entre os povos e do contato com os povos árabes, fosse pelas Cruzadas¹⁶, fosse pela expansão do Império Otomano, que alcançou a península ibérica. O processo de urbanização da sociedade medieval, decorrência do aumento demográfico e ao fim das invasões, trouxe consigo novas interações sociais, a cidade criou uma nova sociedade, na qual “o artesão deixou de ser apenas um camponês, e o burguês de ser antes um proprietário fundiário” (Le Goff, 2005, p. 72).

Nos âmbitos intelectual e artístico, o rearranjo urbano da sociedade também foi sentido. As escolas urbanas tomaram a dianteira em relação às escolas monásticas, o que repercutiu na forma de ingresso de estudantes e professores, “o estudo e o ensino tornam-se um ofício (...) o livro torna-se um instrumento e não mais um ídolo” (Le Goff, 2005, p. 72). Em virtude do evidente custo para a produção de livros, e considerado seu caráter meramente instrumental, torna-se comum a confecção de *Peciae*, ou seja, a cópia de partes soltas de livros, após a aprovação de comissão de professores, segundo a necessidade de estudo, as quais eram alugadas aos estudantes pelos livreiros (Grau-Kuntz, 2010).

As universidades se multiplicaram e se fortaleceram, adquiriram, também, privilégios corporativos, tais como autonomia, jurisdicional (juízo dos universitários,

¹⁶ Sobre as consequências trazidas pelas Cruzadas, o autor Marquês de Lavradio, já no ano 1856, reconhecia os progressos sociais proporcionados por elas e ao mesmo tempo a importância delas para frear o racionalismo e preservar o papel da Igreja e a manutenção da fé, como elemento que dirigia a moral e as relações interpessoais: “O progresso da navegação, do commercio, e da industria sam resultados evidentes do contacto do Occidente com hum mundo mais cultivado; mas estas ainda não sam as cousas mais importantes. A Sociedade Europêa, constantemente ameaçada na sua existência por invasões devastadoras, libertou-se delas, tornando-se conquistadora tão bem quando lhe chegou a sua vez.” (...) “O despertar da fé, e o seu triumpho sobre a razão perturbada, justamente no momento, em que o racionalismo se prepara a dessecar os corações, e a desencaminhar a intelligencia do verdadeiro caminho, tal he o resultado directo, immediato, e suprehendente das cruzadas, unico rezultado, que explica o dos pregadores, o interesse energico dos homens mais pacíficos no rezultado dessas empresas heroicas e cavalherescas” (Lavradio, 1856, p. 70).

implicados em um delito, dependente do reitor da universidade), monopólio de concessão de grau universitário, capacidade de auto-organização e de edição de suas regras (estatutos), e acabaram sendo responsáveis pela formação de um contingente que integraria a alta cúpula da Igreja e os altos cargos do Estado, conferindo maturidade e maior equilíbrio ao momento histórico (século XIII) (Le Goff, 2002).

Retomando-se a questão da posição do homem, pode-se vislumbrar uma nova feição do homem medieval. Afastou-se a figura negativa do homem pecador, condenado ao sofrimento e tomou corpo uma perspectiva otimista, do homem criado à imagem e semelhança de Deus, convidado a reencontrar o paraíso perdido. A noção de trabalho, do mesmo modo, foi substituída:

o momento em que o humanismo pessimista da Alta Idade Média parece prestes a tender para um humanismo otimista: vê-se prevalecer a imagem de um Adão capaz de um trabalho criativo sobre a imagem de um Adão esmagado sob o peso de um trabalho que é castigo e maldição. (Le Goff, 1989, p. 11)

Essa nova posição do homem na relação com Deus encontrou ressonância com a valorização social do trabalho. O aumento demográfico e o êxodo urbano proporcionaram maior número de homens livres, burgueses liberados pelos senhores e desalojados das terras. A inclusão desses novos integrantes da cidade no processo de produção, em contrapartida à não participação do processo produtivo das classes superiores (guerreiros e nobreza), tornou aqueles indispensáveis para a dinâmica social, o que os levou a uma ascensão social¹⁷, sendo nítida a valorização do trabalho diante dessas novas interações sociais.

Essa nova perspectiva aplicada ao homem medieval e ao trabalho, que não mais era retratado como castigo, mas como instrumento de criação, por certo, alcançou as interações sociais do processo de ação criativa, atingindo igualmente seu artífice. Inúmeras atividades do engenho humano passaram a ser cada vez mais estimadas, e ourives, arquitetos e escultores começaram a ser reconhecidos, em razão da valorização e representação do produto que entregavam. A par da inspiração divina, assim, a nota da individualidade e criatividade da atividade artística passou a ser verificada com cada vez mais intensidade. A prática de assinar as obras, de

¹⁷ Norbert Elias pontua a diferença entre a sociedade antiga, escravocrata, e a sociedade medieval. A sociedade escravocrata proporciona sentimento de aversão ao trabalho, tornando os escravos os únicos produtores, e cria uma classe ociosa e destituída de riqueza (pobres brancos), levando a um sentimento constante de insatisfação e agitação social (Elias, 1993, p. 55).

identificar o arquiteto de construções e igrejas, ou o escultor, começou a ser comum. Diferentemente da perspectiva da Antiguidade, a contraprestação pelo trabalho realizado já era admitida, pelo menos é o que se observa do relato de Enrico Castelnovo (1989), em obra de Jacques Le Goff, quando interpreta documentos que revelam a contraprestação por serviços realizados¹⁸.

Pode-se vislumbrar, nesse recorte histórico – Idade Média Central –, que a individualidade e o reconhecimento da atividade intelectual ainda se mostravam tímidos, muito embora já esboçassem repentes de afirmação emancipatória. O citado autor relata a postura do escultor Giovanni Pisano, um dos maiores expoentes da arte medieval, ao descrevê-lo como “um caso extremo, um artista que tem um enorme sentido da importância da sua obra (...) um artista que parece querer ultrapassar os limites e os entraves que puderam restringir e atormentar o artista medieval” (Castelnovo, 1989, p. 160), porquanto não se limitava ao mando de seus clientes. Não por acaso, imortalizou duas inscrições na catedral de Pisa, que representam uma autobiografia dramática: “Na primeira, exprime as suas ideias sobre a arte e a criatividade, que considera um dom divino (...) na segunda inscrição, Giovanni elabora uma espécie de apologia pessoal, lembrando as críticas injustas que foi obrigado a suportar” (Castelnovo, 1989, p. 160). Conclui-se, assim, que a postura libertária de Giovanni Pisano retrata uma antecipação renascentista, na forma de acolher a própria criação e de considerar a relação independente com o outro.

Especialmente sobre a situação do autor nesse período, a individualidade e a busca pelo reconhecimento e dignidade mostraram-se cada vez mais crescentes. Todavia, não havia tutela jurídica específica para proteção do autor ou da obra. Não por acaso, alguns autores apelavam para superstições e maldições (maldição do livro):

A Idade Média também não proporcionou maior proteção ao autor: os autores usaram as chamadas maldições do livro para evitar que suas obras fossem copiadas. Um dos mais famosos vem de Eike von Repgow, autor do *Sachsenspiegel*. Ele desejou a todos aqueles que mudaram seu trabalho “*miselsucht*” (lepra) e que “*vare zu der helle grunde*” (vá para o fundo do inferno). (Durantaye, 2006, p. 60)

¹⁸ Um documento significativo desse período diz respeito à condição social e à recompensa de um artista. “Trata-se de um acordo entre Girardus, abade de Saint-Aubin de Angers e um tal Fulco, «pictoris arte imbutus», que se compromete a decorar todo o mosteiro com os temas que lhe forem indicados e a fazer os vitrais das janelas. Nessas condições, Fulco será frade converso do mosteiro e «homme lige» do abade. Por outro lado, o abade e o mosteiro oferecer-lhe-ão uma vinha e uma casa, com a condição de ele as conservar enquanto for vivo e de voltarem à posse do mosteiro depois da sua morte, caso não haja nenhum filho que exerça a arte paterna e sirva Saint-Aubin” (Castelnovo, 1989, p. 153).

O quarto final da Idade Média constitui o colapso que encerra a “Era”, o que foi proporcionado pela crise técnica na agricultura, nas atividades artesanal e industrial, pelo arrefecimento do crescimento demográfico, além da peste. Os limites intelectuais também foram sentidos nesse momento, do que se pode ilustrar pelas Condenações de 1277, quando bispos impuseram censuras a estudiosos da Universidade de Paris que ensinavam alguns estudos, notadamente alguns escritos de Aristóteles¹⁹. Além da fome e flutuações econômicas, que trouxeram insatisfação aos mercadores e àqueles que obtinham rendas fixas (Le Goff, 2002), os conflitos dentro da Igreja, que levaram ao Grande Cisma do Ocidente e à ascensão dos Estados-nação, prepararam o cenário para a instituição e formação do Estado de Direito e da sociedade contemporânea. Nesse cenário, ante a liberdade outorgada aos cidadãos, viu-se um trabalhador intelectual mais autônomo em relação aos padrões originais, nobres e religiosos, o que contribuiria para o fortalecimento da individualidade artística nos momentos posteriores (Fragoso, 2012).

O desenvolvimento do presente tópico guiou-se pela análise histórica, com vistas ao apontamento das condicionantes sociais, culturais, econômicas e políticas da Idade Média, contextualizando o estado e o tratamento da produção intelectual, pela demonstração da posição do homem medieval e, por conseguinte, do artista (por representar uma figura mais abrangente ao do autor). A análise não perpassou pela avaliação jurídica pelo fato de que nada se tenha produzido no Direito acerca do direito de autor, em virtude do “particularismo jurídico, por força da fragmentação do povoamento, da ocupação e exploração do solo” (Fragoso, 2012, p. 84).

Mesmo diante da ausência de manifestações jurídicas exclusivas ao direito de autor, algumas contribuições, todavia, podem ser vistas no objeto de estudo desta tese. Para essa conclusão, retoma-se a proposta estabelecida sobre a análise histórica, aperfeiçoada neste capítulo, que foi a de considerar não somente a evolução, *in casu*, do instituto jurídico, sob um viés meramente jurídico, mas de eleger as condicionantes e texturas sociais, econômicas, políticas e culturais que, de alguma forma, corroboraram a gênese do direito de autor contemporâneo.

¹⁹ *Historiadores de la filosofía y de la ciencia han sostenido que las condenas de 1277 liberaron a la ciencia del determinismo y del finitismo griegos y que, por tanto, sirvieron para abrir el camino de la ciencia moderna.* (Le Goff, 2002, p. 271)

Dentre as contribuições para formação do direito autoralista nesse período histórico, pode-se destacar a realocação da posição do autor. Considerada então como ocupação profissional, materializada nas figuras do professor, do intelectual ou do artista. O mote que inspirava a atividade intelectual também sofreu profunda alteração. A justificação do trabalho intelectual na Idade Antiga envolvia aspectos não ligados diretamente a uma contrapartida financeira, mas à busca pela imortalidade, pela fama, por isso eventuais montantes recebidos não representavam qualquer equivalência ao trabalho realizado (honorário). De outro lado, na Idade Média, a atividade intelectual passou a ser admitida como trabalho, e o trabalho foi valorizado à medida que se observaram o crescimento das cidades e o aumento dos homens livres (burgueses que deixaram a servidão feudal), que necessitavam suprir suas necessidades materiais.

Essa realocação da posição do autor na Idade Média proporcionou, como consequência, a formação do gérmen do aspecto patrimonial da atividade intelectual (direito de autor patrimonial), sobrepujada posteriormente pelo incremento notável da produção de livros em virtude da criação de Gutenberg, o que será visto na sequência.

3.1.3 A “Impressão” do Direito de Autor na História: Algumas Linhas sobre as Profundas Transformações Sociais por Gutenberg e o Sistema de Privilégios das Obras Literárias

Segue-se, assim, o percurso de análise conjuntural, além das questões unicamente jurídicas, das condições sociais, econômicas e culturais que revelaram a formação e desenvolvimento do objeto de estudo desta tese. Para tal fim, não teria como se desconsiderar a alteração proporcionada pelo uso das prensas móveis, que se traduziu na alteração da palavra escrita para a palavra impressa. Pode-se, assim, lançar questões iniciais que servirão de guia para a pesquisa deste tópico. A invenção de Johannes Gensfleisch (1398-1468), conhecido como Gutenberg²⁰, a prensa móvel,

²⁰ Sobre as motivações de Gutenberg para a criação das prensas gráficas móveis, interessante a abordagem: “poderia supor que Gutenberg era um gênio, na vanguarda da modernidade, dedicado a aperfeiçoar o mundo, ávido em trazer os benefícios de um novo conhecimento para a humanidade? Nada disso (...) o objetivo de Gutenberg, acredito, era o de um comerciante que se esforçava para ser o primeiro a fazer dinheiro com no imenso mercado continental oferecido pela Igreja Católica. Foi como capitalista precoce que ele se tornou um homem moderno. Mas a meta poderia ser realizada apenas se ele pudesse fazer algo contra o reacionarismo e se unificasse uma Cristandade dividida. É uma das

proporcionou quais contribuições para formação do direito de autor? Seria correto afirmar que o invento conferiu a formação do direito de autor? Talvez as indagações sejam por demais restritivas, porém o caminho indicará a necessária ampliação ou não dos pontos que merecerão maior consideração.

Cumpra-se salientar, primeiramente, que a prensa não foi criação de Gutenberg e, para muitos, tampouco a prensa móvel. A rigor, a prensa já constituía um aparato conhecido à época (Gran-Kuntz, 2010), e o uso de prensas móveis para a impressão gráfica já existia no Oriente, na Coreia e na China (Man, 2004). Todavia, a despeito da existência de prensas gráficas antes das de Gutenberg e do uso anterior de prensas gráficas móveis no Oriente, tem-se que o invento de Gutenberg imprimiu inegavelmente mudanças profundas na sociedade ocidental, porquanto as condições necessárias já estavam presentes para que as mudanças fossem realizadas. Não foi o invento, por si, que trouxe “a revolução”, o que Gutenberg forneceu foi somente a faísca que fundiu todos os elementos²¹ em uma novidade.

A perspectiva histórica até aqui desenvolvida deixa evidente que a atividade intelectual, a despeito do reconhecimento social, de regras morais formadas e de formas de tutela jurídica pouco efetivas (uso da *actio iniuriarum*), não possuíam um ambiente fecundo, hábil a gerar a edição de normas jurídicas específicas. Nesse sentido, é adequado se afirmar que a invenção da imprensa de tipos móveis (ou sua popularização) constituiu fator determinante para que fosse criada a tutela jurídica. Conforme pontua Rodrigo Moraes,

É correto afirmar que, antes da invenção da imprensa mecânica pelo alemão Johann Gutenberg (1398-1468), o Direito Autoral não despertava grande interesse, tanto na vida cotidiana dos criadores intelectuais como no ambiente jurídico. A invenção gutenberguiana da imprensa com tipos móveis (tipografia) é considerada o ponto de partida para a regulamentação autoral. (Moraes, 2008, p. 24)

A ausência de importância ao cotidiano, traduzia-se na ausência de relevância econômica, o que impedia que a produção intelectual fosse cooptada pelo Direito.

ironias da história do fato de ter obtido exatamente o oposto das suas intenções. Tendo finalmente alcançado o sucesso, com uma incrível demonstração de brilhantismo e perseverança, Gutenberg quase perdeu tudo para seus sócios e colegas (...) e, tendo produzido uma das maiores publicações do cristianismo, ele anunciou uma revolução – Reforma – que estilhaçou a unidade cristã para sempre” (Man, 2004, p. 17).

²¹ Dentre os elementos que foram fundidos na “faísca” de Gutenberg: “Gutenberg está no epicentro de mudanças culturais, tais como as ocorridas na Igreja, na escrita; a criação de universidades e bibliotecas; mudanças sociais como a urbanização, crescimento populacional nas cidades e formação de novos ofícios” (Nascimento, 2020, p. 3).

Repise-se, todavia, que seria um “equívoco descartar todas as experiências históricas anteriores à invenção dos tipos móveis” (Moraes, 2008, p. 24), pois as contribuições trazidas na Antiguidade e na Idade Média também serviram de fundamentos relevantes para a formação e compreensão do atual direito de autor.

As transformações trazidas pela mudança da palavra escrita pela palavra impressa, a bem da verdade, extrapolam os limites que envolve o tratamento dispensado à atividade intelectual. Assim, muito embora seja inegável que tal modificação tenha contribuído para a formação do direito de autor contemporâneo, propõe-se uma avaliação um pouco mais abrangente, a fim de se evitar considerações por demais reducionistas e centradas no aspecto unicamente jurídico.

A prensa móvel de Gutenberg, de início, disponibilizou uma quantidade imensa de livros. “Em 1455, todos os livros impressos na Europa poderiam ser carregados em um vagão simples. Cinquenta anos depois, os títulos chegavam a dezenas de milhares, os exemplares, a milhões” (Man, 2004, p. 14). Estima-se que “haveria então algo em torno de 13 milhões de livros em circulação no ano de 1500 numa Europa de 100 milhões de habitantes” (Burke, 2002, p. 175). Criou-se o primeiro produto feito em série, criou-se uma nova indústria. Para Marshal McLuhan, em sua obra “A Galáxia de Gutemberg: a formação do homem tipográfico”, a palavra impressa foi capaz de não só de criar uma indústria, mas, em razão da uniformidade do produto, de criar a própria economia de mercado e o sistema de preços:

A palavra impressa, por assim dizer, transformou o diálogo: da troca em comum de ideias e propósitos fez o comércio de informações empacotadas, bem móvel e portátil de produção. Deu a linguagem e a percepção humanas um viés ou uma distorção que Shakespeare define acima como “Commodity” ou “Interesse” (*). E que outra coisa se podia esperar? A palavra impressa criara a economia de mercado e o sistema de preços. Pois enquanto as mercadorias não fossem uniformemente idênticas, o preço de qualquer artigo estaria sujeito a regateio e ajuste. Os mercados modernos e o sistema de preços, inseparáveis da difusão da alfabetização e da indústria, não são, aliás, os únicos frutos da uniformidade e reprodutibilidade em série do livro. (McLuhan, 1972, p. 205)

A uniformidade e reprodutibilidade em série de livros permitiram a uniformização do mercado, ao estabelecerem um preço que não estaria sujeito a maiores variações. Em virtude dessa forma de sistematização de preços e dos reflexos trazidos pela alfabetização, fenômeno que teve como contributo o maior acesso à palavra escrita, pode-se afirmar que o livro, tal como concebido, contribuiu para a edificação da estrutura sob a qual se erigia o mercado moderno. Não seria

forçoso afirmar que, pelas mãos de Gutenberg, viu-se um prenúncio do sistema de produção capitalista.

Pela divulgação maciça do conhecimento, inserido em um processo de produção que se retroalimentava, razão, ciência e erudição avançaram, “pela primeira vez os estudiosos podiam concordar em suas prioridades e se alimentar uns dos outros, como se equilibrados pelo giroscópio rotatório da imprensa” (Man, 2004, p. 255). Diante do crescimento exponencial do mercado de livros, o centro de produção deste artigo – oficinas de impressão – tornou-se deveras relevante, ao conjugar a expressão econômica a um conteúdo cultural:

As oficinas de impressão da Europa tornaram-se uma força para transformações comerciais e acadêmicas. O impressor mestre emergia como uma força social, coordenando finanças, autores, revisores, fornecedores, gravadores de punções, fundidores de tipos, homens de imprensa e vendedores, rivalizando uns com os outros com promessas de folhas de rosto mais elegantes e índices mais bem-feitos, e, ainda, revisões mais perfeitas. Mas as oficinas de impressão eram também miniuniversidades sob seus deões, os mestres impressores, atraindo especialistas em variadas línguas, reunindo e difundindo informação. Na Itália, lar dos lares da prensa de imprimir, encontrou-se boa e rica terra já queimando com o florescimento da arte e da erudição renascentistas. Foi a imprensa que capturou essas forças criativas e as catapultou através de toda a Europa. (Man, 2004, p. 256)

O novo produto produzido em escala e que sob o qual convergia variados integrantes, que passaram a depender dessa indústria, acabou por convergir elementos industriais com produções culturais. Inicialmente formulado na Itália, esse modo logo foi espalhado por toda a Europa, consubstanciando alterações profundas nas relações de comércio. A partir dessas relevâncias econômica e cultural dos editores, será observado, em um ponto futuro, a quem se dirigirá a proteção jurídica do direito de autor contemporâneo, especialmente, no sistema inglês – *Copyright*²². Por ora, todavia, não se mostra coerente antecipar tais acontecimentos.

A Igreja Católica recebeu a invenção de Gutenberg com bons olhos, pois poderia distribuir a Bíblia Sagrada às paróquias a custos mais baixos e, ainda, imprimir cartas de indulgências, decretos e avisos dirigidos aos leigos (Burke, 2002). O contraponto à vantagem trazida pela imprensa, contudo, possivelmente não foi mensurado pela Igreja Católica, já que não seria mais possível a manutenção do

²² “É de suma importância afirmar que o início da normatização do Direito Autoral não foi uma reivindicação espontânea dos próprios criadores intelectuais, mas um descontentamento do poder econômico da época, representado pela classe dos editores de obras literárias, que pretendiam diminuir riscos nos investimentos” (Man, 2004, p. 25).

controle do que era escrito ou lido. As 95 Teses de Martinho Lutero, fixadas em 1517 na porta da Igreja de Wittenberg, dois anos depois foram publicadas, tornando-se rapidamente um texto popular (Burke, 2002). Pelas mãos da imprensa seguiram outros reformadores, o que concretizou o fim da unidade institucional cristã.

A laicização e a popularização do conhecimento pela imprensa e a crise deflagrada pela Reforma Protestante, com efeito, contribuíram para a instauração do já iniciado Renascimento. Para se ilustrar bem esse período em que a razão iniciou uma virada de desassociação do elemento teocêntrico, rememora-se a obra de Giovanne Pico della Mirandola, “Discurso sobre a Dignidade do Homem” (2015), produzida no final do século XV. Nessa obra, o autor retratou um rito de passagem do pensamento medieval para o pensamento renascentista. Utilizando-se de alegorias cristãs, típicas do retrato medievo, ele apontou uma nova cosmovisão, centrada na razão e autodeterminação em substituição ao determinismo religioso²³.

A análise da obra permite se vislumbrar que o manejo de um ambiente aceito e reconhecido, com o uso de elementos do universo cristão, somente serviu de abertura para a inserção de uma perspectiva contrária à própria alegoria. A obra, assim, poderia ser considerada um importante marco autoral, que em seu conteúdo afirma a individualidade e racionalidade humanas e, em sua significância, sob as vestes de um discurso religioso, revela a alforria libertária da liberdade de criação do autor.

Espera-se tenha ficado clara até aqui a imensa combustão derivada da alteração da palavra escrita para a palavra impressa. Pede-se permissão para ir um pouco além, já que há mais a ser depurado, porquanto se mostra crível um aprofundamento das consequências trazidas pela imprensa, capazes de contornar direta e indiretamente o contemporâneo direito de autor.

Neste momento, interessante é retratar a densa e instigante abordagem de Marshal McLuhan, em sua obra “A Galáxia de Gutemberg: a formação do homem tipográfico” (1972). Para tanto, serão apresentados pontos que expressam as

²³ Comentários de Antonio Minghetti sintetizam a visão sobre a liberdade humana, face ao determinismo dos demais seres: “Giovanni distinguia o homem entre as criaturas divinas, como um interposto, descendente das superiores e soberano das inferiores. Ao posicionar e dimensionar o homem na natureza; revive a antilogia *Mensura Principium Hominibus* do sofista Protágoras de Abdera, para quem o único critério seria tão somente o homem singular, distinção em relação aos outros seres, por não ter um assento próprio, conforme retratou em seu conhecido axioma: “o homem é a medida de todas as coisas, daquelas que são por aquilo que são e daquelas que não são por aquilo que não são”. Esta máxima expressa a liberdade do homem que, sem imposições deve moldar a si próprio, escolher ser segundo a sua natureza”. (Mirandolla, 2015, p. 44).

contribuições, diretas e indiretas, da obra para a formação e desenvolvimento do direito de autor. Pode-se afirmar, com base na obra acima indicada, que o uso da palavra impressa trouxe efeito direto na linguística e na comunicação humana, que se traduziu na fixação da língua, inclusive com padronizações gramaticais e morfológicas, e na transformação de línguas vernáculas em meios de comunicação em massa. Tais mudanças, entretanto, repercutiram como uma pedra lançada no lago e conduziram a uma metamorfose da sociedade. Pelas retas linhas da impressão, pela comunicação em massa da língua vernácula, tornaram-se possíveis a imposição da autoridade instituída e a transmissão e difusão do poder de maneira uniforme, como nunca antes, e a centralização do poder, verificada na formação do Estados Nacionais, foi possível pela palavra impressa:

A cultura manuscrita não teve o poder de fixar a linguagem, nem de transformar o vernáculo num meio de comunicação de massa para a unificação nacional (...) Na Renascença, não havia nacionalismo, e já agora sabemos bastante sobre a natureza da tecnologia da palavra impressa para compreender porque não poderia ser de outro modo. Se a palavra impressa transformou as línguas vernáculas em meios de comunicação de massa, elas, por sua vez, se constituíram instrumentos de autoridade governamental centralizada infinitamente mais poderosos do que todos aqueles que mesmo os romanos haviam conhecido com o papiro, o alfabeto e as estradas pavimentadas. (Mcluhan, 1972, p. 283-291)

A uniformização da linguagem e a contribuição na centralização do poder, assim, extrapolaram os limites relacionados a um modo de criação de um produto padronizado. Ao mesmo tempo em que palavra impressa conduziu à formação do nacionalismo, pela fixação do idioma e pela centralização do poder, viu-se, em uma perspectiva intersubjetiva, a gênese de posições jurídicas antagônicas: “a palavra impressa cria duas ordens de interesses em conflito, uma entre produtores e consumidores, outra entre governantes e governados”. Nessa dinâmica relacional, enquanto “o ponto de vista do produtor ou do governante é simplesmente a de ter o governante o direito de impor à sociedade padrões de conduta uniformes” (Mcluhan, 1972, p. 291), o ponto de vista do governado e o do consumidor serão os de clamar pela liberdade.

Oportuna a lição de Roger Chartier, em sua obra “A Ordem dos livros” (1998), ao afirmar os papéis pedagógico, aculturador, disciplinador, atribuídos aos textos em circulação para inúmeros leitores, “ao dar conta da importância atribuída ao texto

escrito e aos objetos que o suportam por todas as autoridades que pensam regular as condutas e as maneiras de modelar os espíritos” (Chartier, 1998, p. 25).

Nesse cenário de mutações, mostra-se evidente que o invento de Gutenberg contribuiu para o que se viria a conhecer como Estado de Direito, produto tipicamente burguês, pois a palavra impressa inseriu-se como ingrediente para a centralização do poder, criação do mercado de consumo e fortalecimento econômico dos detentores dos meios de produção, enfraquecimento do poder eclesiástico, difusão do conhecimento e propagação dos ideais iluministas, além do incremento de tensão na relação governante-governado nas monarquias absolutistas.

Do panorama mais amplo das transformações listadas, pode-se agora especificar a importância da prensa gráfica móvel como contributo ao direito de autor. Pela imprensa, a noção de autoria foi modificada. Na Idade Média o conceito de autoria não apresentava o mesmo sentido empregado agora, fosse pela indiferença dos eruditos pela exata identidade dos autores, ou mesmo pela desconsideração da prática adequada de citação de fontes, ou, ainda, por questões que impediam o conhecimento claro e preciso de identificação autoral, como a modificação realizada pelos escribas em cada uma das cópias manuscritas realizadas; fato é que se atribuem muito prestígio e fascínio àquele que conseguiu ter um livro publicado. A palavra impressa eliminou muitas causas técnicas que proporcionavam o anonimato, ao mesmo tempo a Renascença conferiu novos interesses aos produtores intelectuais (Mcluhan, 1972), substituiu-se a “glória” daquele que vivia em um sistema típico do mecenato pela fama, dinheiro e lucro (Zanini, 2014).

Michel Foucault aborda que a identificação do autor, nesse período, deu-se em virtude da função autor-penal e não, ainda, da função autor-profissional. Não por acaso relata-se a exigência, na França, de que as obras fossem identificadas, isso ainda na metade do século XVI (Sapiro, 2014). A identificação tinha por objetivo, segundo o que já tinha lecionado Michel Foucault, identificar eventuais agentes que viessem a transgredir as ordens moral e jurídica da sociedade (leia-se, também, Igreja). Antes da propriedade da obra, o discurso não era um bem, mas um ato que poderia ser lícito ou ilícito, religioso ou blasfemo:

Deve-se notar que esta propriedade foi historicamente secundária ao que poderíamos chamar de apropriação penal. Os textos, os livros, os discursos passaram a ter realmente autores (além de personagens míticos, além de grandes figuras sagradas e sacralizantes) na medida em que o autor pudesse ser punido, ou seja, na medida em que os discursos pudessem ser

transgressores. O discurso, em nossa cultura (e em muitas outras, sem dúvida), não era, originalmente, um produto, uma coisa, um bem; foi essencialmente um ato - um ato que foi colocado no campo bipolar do sagrado e do profano, do lícito e do ilícito, do religioso e do blasfemo. Historicamente foi um gesto repleto de riscos antes de se tornar um ativo preso num circuito de propriedades. (Foucault, 1994, p. 789, tradução nossa).²⁴

A tipografia também insere uma nova perspectiva da relação intersubjetiva autor-leitor, ao integrar o autor (entendido como toda cadeia de produção) como fornecedor e o leitor como consumidor, retratando, no mais das vezes, posições antagônicas que carecem ser equilibradas. A relação tornada condicionada exclusivamente pelo viés do consumo acabaria por reificar o autor, reduzindo-o à sua obra, o que será visto oportunamente. De outro lado, o leitor tornou-se solitário, e, em uma ode à individualidade, “a imprensa estimulou a procura pela privacidade, contribuindo para a divulgação da reivindicação de direitos e liberdades individuais” (Ribeiro; Chagas; Pinto, 2007, p. 33).

Forças econômicas e sociais também passaram a medir forças. Pela prensa móvel, os interesses econômicos cooptaram a produção intelectual literária. Passou-se a verificar a existência de duas classes de interesses distintos, os direitos daqueles que eram detentores dos meios de reprodução das obras e daqueles que aplicavam seu engenho intelectual para a produção intelectual das obras (Fragoso, 2012). O impressor, especialmente, passou a “clamar por medidas para garantir seus investimentos contra a concorrência de edições abusivas” (Zanini, 2014, p. 17), e viu-se a exigência para a concretização de regras de proteção. Por isso, não se revela forçoso concluir que “a estreita ligação entre a invenção de uma nova tecnologia e o aparecimento das normas de direito autoral não deve ser vista com estranheza. Ela reforça a constatação de que as normas jurídicas não são, como por vezes se supõe, resultado exclusivamente da vontade humana” (Tridente, 2009, p. 22-23).

Nessa ordem, os interesses econômicos e lucrativos prevaleceram. Como resposta à classe em vertiginosas ascensões econômica e social, que se consolidaria

²⁴ No original: *Il faut remarquer que cette propriété a été historiquement seconde, par rapport à ce qu'on pourrait appeler l'appropriation pénale. Les textes, les livres, les discours ont commencé à avoir réellement des auteurs (autres que des personnages mythiques, autres que de grandes figures sacralisées et sacralisantes) dans la mesure où l'auteur pouvait être puni, c'est-à-dire dans la mesure où les discours pouvaient être transgressifs. Le discours, dans notre culture (et dans bien d'autres sans doute), n'était pas, à l'origine, un produit, une chose, un bien; c'était essentiellement un acte - un acte qui était placé dans le champ bipolaire du sacré et du profane, du licite et de l'illicite, du religieux et du blasphématoire. Il a été historiquement un geste chargé de risques avant d'être un bien pris dans un circuit de propriétés.*

mais tarde como aquela capaz de encerrar o Antigo Regime, viu-se erigir um sistema de privilégios outorgados àqueles que detinham os meios de reprodução das obras. Tal sistema era de interesse igualmente do Estado e da Igreja. O interesse destes últimos não se relacionava diretamente com o intento lucrativo, mas com o conteúdo das obras reproduzidas, do que se concluía pela coexistência de um sistema de privilégios aos editores e de censura pelos detentores do poder (Estado e Igreja). Pelo privilégio, haveria de ser considerado “uma espécie de permissão, quase sempre temporária e garantida pelo Estado, para que somente eles (impressores) pudessem publicar obras literárias protegidas” (Moraes, 2008, p. 37).

Leonardo Zanini relata que o primeiro privilégio de impressão foi concedido pela República Sereníssima de Veneza, em 1469, a um alemão, pelo prazo de cinco anos para edição de cartas de Cícero e Plínio, sendo extinto tal privilégio um ano após a concessão em virtude da morte do beneficiado, e o primeiro privilégio autoral concedido foi, na mesma Veneza, no ano de 1486, o que constituiu exceção ao permitir que o autor escolhesse o editor (Zanini, 2014).

Importante se salientar que, em um primeiro momento, a concessão de privilégios não excluiu de plano a cultura da cópia, já que as ofertas de impressores eram escassas. Com efeito, a busca pela afirmação de privilégios deu-se com maior sentido e ênfase especialmente nos lugares onde e no momento em que os editores passaram a concorrer (Grau-Kuntz, 2010). Demais disso, o privilégio poderia ser visto não como um direito natural de propriedade, concedida pelo monarca ou por quem fizesse as vezes, mas ainda como um mecanismo utilizado para afirmação do autor, enquanto alguém “integrante de padrões de respeitabilidade e honradez vigentes, como um escritor decente e digno (...) o privilégio valia como uma chancela real de grande importância para uma elite que exigia decoro nos gestos autorais” (Sousa Alves, 2022-a, p. 324).

Como foi visto, em paralelo ao interesse da concessão de privilégio pelo editor, havia o interesse de controle de expressões de conhecimento pelo Estado, que, nos países ibéricos,²⁵ se fundia com o interesse eclesiástico. Esse controle exercido pelos

²⁵ Victor Gameiro Drummond apresenta aqueles que primeiro ofereceram privilégios em nossa tradição portuguesa: “Cabe aqui lembrar que tomando por base o desenvolvimento do direito de autor da nossa tradição em língua portuguesa, os privilégios reais com a atribuição de exclusividades iniciam-se com “Valentim Fernandes, Jacobo Cromberger, Germão Galharde entre outros tipógrafos e impressores. Já no ano de 1536 e, seguidamente, em 1537, Dom João III atribui privilégios a autores (Gonçalo de Baena e Balthasar Dias) e não a impressores. O sistema (universalmente), porém, acabou, na sua criação,

poderes estatal e eclesiástico repousava na censura, que se aplicava não somente ao impressor, como também ao livreiro e leitor (Grau-Kuntz, 2010). A censura destinava-se à proteção ao Estado Absolutista do Antigo Regime e aos interesses da Igreja Católica (Moraes, 2008), ambos já fragilizados pela guinada de valores e confluências econômicas.

Em termos da ideologia aplicada ao sistema de privilégios, observa-se que a proteção somente envolvia interesses afastados do autor, protegia-se tão somente o financiador dos gastos de produção em seu intento lucrativo e o cambaleante sistema político e de poder. Não por acaso, afirma-se não existir reconhecimento de um direito patrimonial de autor, o que somente ocorreu quando o sistema de privilégios foi substituído (Grau-Kuntz, 2010).

Quanto à natureza jurídica, o privilégio conferido pelo monarca, ou por quem fizesse as vezes, e tendo-se em vista o interesse de reprimir conteúdos heréticos ou insidiosos, apresentava nítido caráter público, afastando-se, por isso, de qualquer relação de índole privada (Sousa Alves, 2022-b).

À guisa de conclusão, pode-se elencar que a tipografia não foi responsável, per si, pela formação do direito de autor. Todavia, tem-se que as mutações sociais imiscuídas ao invento consubstanciaram a gênese do prenúncio de um novo mundo, que ainda estaria sujeito a um último obstáculo, qual seja, a queda do *Ancien Régime*. No campo do direito de autor, especificamente, vislumbrou-se a irradiação da individualidade, a constituição de uma relação de consumo, o intento lucrativo e a exigência não mais somente moral para a formação de normas jurídicas protetivas dirigidas à atividade intelectual.

Sobre o sistema de privilégios, vislumbrou-se nítido caráter de proteção utilitária, dirigido ao capital, em detrimento do autor. Apesar dessa inegável verdade, havia a formação e reconhecimento do aspecto patrimonial da atividade intelectual, ainda materializada no *corpus mechanicus*, o que permitiria, em momento posterior, um redirecionamento (ainda que parcial) da tutela patrimonial ao próprio autor. Tal direcionamento do direito ao autor, todavia, construía-se pela noção de propriedade e de mercadoria, hábeis a reificar não só a produção intelectual, como também o próprio criador, de modo que pudessem ser efetivamente incorporados ao “modus” capitalista.

por beneficiar o investidor e não o sujeito-criador, assim se mantendo até hoje” (Drummond, 2014, p. 675).

A cooptação do capital sobre a produção intelectual tornou o desenvolvimento do direito de autor um caminho sem volta, seu reconhecimento seria inegável e a atribuição ao seu “titular” percorreria caminhos distintos na Europa Continental e na Europa Insular, proporcionando “sistemas” diversos de regulamentação autoral, motivo pelo qual há de se fazer a devida distinção, o que será realizado na sequência.

3.1.4 Surge um Direito ou se Preserva um Privilégio? O Direito de Autor Insular - *Copyright*

Os estágios embrionários de formação do direito de autor, apresentados nos tópicos anteriores, servem de evidências capazes de revelar as razões e fundamentos que embasaram a criação desse direito, materializado pelas mãos da rainha Ana, em 1710. Observa-se, assim, que a declaração ou reconhecimento de um direito, como o direito de autor, não se traduzem em uma construção instantaneamente produzida. O tempo e a História lançam paulatinamente os alicerces para a construção, sem os quais jamais seria possível a compreensão completa da obra. Pretende-se, neste momento de avaliação da inauguração do direito de autor, empreender investigação para que seja possível se descortinar as razões da criação de um sistema com nítido viés comercial e utilitarista (Sousa Alves, 2022-b) e, assim, responder à indagação: Surge um direito ou se preserva um privilégio?

Pelo que foi exposto no tópico anterior, pode-se concluir que o produto da atividade intelectual alcançou a condição de mercadoria e passou a integrar o modo de produção capitalista, em um sistema de capital ainda insipiente, cujo processo traduziu-se em uma escalada que reificava a atividade intelectual e alienava o autor. A transformação do interesse econômico em tutela normativa exigiu a mudança de patamar da classe interessada; a ascensão social e a econômica da burguesia evoluíram em uma escalada ao poder constituído.

Eis porque no capitalismo insipiente do Século XVI e XVII, para tornar vivas a arte e a literatura como bens do comércio, como mercadorias sob o controle dos novos atores, realizadores de lucro, era necessário, antes de mais nada, matar filosoficamente o próprio criador. Assim, ressalvado qualquer laivo mecanicista contido na observação, é que as novas regras, agora nascidas como normas jurídicas as cercar a criação artística e literária, deveriam contemplar tais criações como mercadorias, pura e simplesmente; deveriam desconsiderar o seu aspecto subjetivo e a própria personalidade do seu criador (Fragoso, 2012, p. 126).

A desconsideração do autor, a mercantilização da atividade intelectual e a objetivação e extirpação da personalidade criativa foram premissas lançadas, sob as quais o direito de autor se erigiu. Nada mais natural que, a partir disso, a proteção legal vindoura proporcionasse uma tutela que salvaguardasse os apelos burgueses. O direito de autor e seu reconhecimento e formatação apresentavam-se como produtos nitidamente burgueses, próprios de um momento histórico de ascensão não somente social, mas também política da burguesia.

Talvez, nessa altura, poderia se lançar a indagação: por que o marco legal do direito de autor teria surgido justamente na Inglaterra, e não no “berço” francês da burguesia? A resposta é categórica, porquanto a Inglaterra do século XVII foi a precursora de uma série de revoluções posteriores, denominadas de Revoluções Liberais (podem-se citar a Revolução Americana e a Revolução Francesa como exemplos mais relevantes). Por certo, não seria honesto se afirmar que modificações sociais na Inglaterra, ocorridas no final do século XVII, tenham sido causadas unicamente pela influência econômica burguesa. Há um conjunto de fatores que se conectam e que conferem uma força capaz de gerar as mudanças.

O pano de fundo desse período conturbado na Inglaterra foi a disputa entre a monarquia e o Parlamento, e a essa disputa seguiram-se outras: conflitos religiosos (definição da religião oficial e de privilégios a determinados grupos religiosos (catolicismo, anglicanismo e puritanismo)); tensões econômicas (interesses econômicos tipicamente feudais e interesses da classe burguesa). A Revolução Puritana (1640-1649) ocorreu durante o reinado do rei Charles I, foi uma “guerra de classe, em que o despotismo de Carlos I foi defendido por forças reacionárias da Igreja vigente e dos proprietários de terras conservadores” (...) “O Parlamento saiu vendedor, pelo “apoio entusiástico das classes mercantis e industriais na cidade e no campo, dos pequenos proprietários rurais e da pequena nobreza progressiva” (Hill, 1983, p. 11). Com a execução de Carlos I, Oliver Cromwell, antigo membro do Parlamento, assumiu o poder e fundou a República. Alguns atos agradaram à burguesia, dentre os quais, a promulgação, em 1650, dos Atos de Navegação. Oliver tentou impor a religião puritana como oficial; sentindo-se ameaçado, fechou o Parlamento em 1653.

Em 1660, o filho de Oliver Cromwell, Richard, ascendeu, sofrendo grande resistência. Pelas mãos de Carlos II, a monarquia e a dinastia Stuart foram restauradas. A disputa entre o rei Carlos II e o Parlamento intensificou-se, pois aquele

desejava restaurar o absolutismo e o anglicanismo. Com a morte de Carlos II, sucedeu a este Jaime II, católico. Seguiu-se a Revolução Gloriosa (1688), que excluiu Jaime II do trono, em benefício de Guilherme de Orange e da esposa deste, Maria. O apoio da burguesia, determinante para a ascensão de Guilherme de Orange e Maria, cobrou o preço: a limitação dos poderes da monarquia, com a instituição da denominada monarquia parlamentarista. Fato é que a chamada Revolução Liberal da Inglaterra, finalizada pela Revolução Gloriosa, trouxe como consequência a restrição aos poderes reais e o fortalecimento do Parlamento (Hill, 1983). Viu-se criar uma monarquia parlamentar na Inglaterra, em substituição à monarquia absolutista e se confeccionar um documento que formalizava tal restrição ao poder do monarca e a proteção aos interesses individuais – *Bill of Right's* (1689)²⁶. Pela Revolução Gloriosa, teve-se a instauração de um ambiente necessário para que a Inglaterra, mais uma vez, viesse experimentar uma nova revolução, a denominada Revolução Industrial.

Nesse contexto, em que se presenciou uma “queda gloriosa da Bastilha insular”²⁷, pode-se inferir que as condições de produção e venda dos bens tiveram campo fértil para o desenvolvimento e consolidação do processo de produção capitalista. O mercado de livros, parte integrante desse sistema de produção capitalista, sofreu consequências esperadas, as quais serviram para afirmar o direito de autor em uma perspectiva econômica e, por conseguinte, jurídica. Nessa altura se revela razoável compreender o encadeamento de fatos até a declaração formal do direito, que adveio com o Estatuto da Rainha Ana, que teve vigência a partir de 10 de abril de 1710.

Antes desse estatuto, o sistema de privilégios regulava a produção e reprodução de livros, como já ocorria na Europa. O exemplo inglês, entretanto, guardava algumas peculiaridades, especialmente o monopólio atribuído à *Stationer's*

²⁶ Nesse sentido, viu-se a modificação do sistema de poder da Inglaterra, que não exigiu rompimento brusco como no exemplo francês: “Constata-se que a Inglaterra, apesar dos rompantes revolucionários, desenvolve um longo, lento e progressivo processo de construção das instituições constitucionais, formando, por fim, uma Monarquia Constitucional, em contraposição à Monarquia Absolutista anteriormente vigente. Tal mudança pode ser tomada como o renascimento do constitucionalismo, trazendo consigo a alteração da fonte do poder estatal, que passa das mãos do monarca (que possuía um poder fundado em sua própria imagem, compreendido como ilimitado) para o Texto Constitucional” (Tavares, 2020, p. 77).

²⁷ Segundo Hannah Arendt, não teria sido concebida como uma revolução, mas como uma forma de restauração do poder monárquico: “A ‘Revolução Gloriosa’, o acontecimento com que o termo, muito paradoxalmente, encontrou seu lugar definido na linguagem política e histórica, não foi entendida de maneira nenhuma como uma revolução, e sim como uma restauração do poder monárquico à sua virtude e glória anteriores” (Arendt, 2011, p. 73).

Company. A Lei de Licenciamento de 1662, renovada periodicamente, outorgava controle editorial nas mãos da *Stationer's Company* – guilda fundada em 1556, por Mary Tudor, que integrava editores e livreiros de Londres (Fragoso, 2009, p. 50), cujo objetivo era fornecer, ao soberano católico, a instrumentalidade para controlar o que poderia ser impresso (David, 1993). Pelo registro do título junto à *Stationer's Company*, era outorgada, ao membro, a aquisição da cópia em caráter perpétuo. Somente membros da guilda poderiam realizar o registro da obra, dar e transferir o privilégio, e, em caso de falecimento, o direito retornava à corporação (Zanini, 2010).

A *Stationer's Company*, assim, servia a um duplo propósito, ao mesmo tempo que exercida a regulamentação exclusiva da produção editorial, realizava a censura, evitando a publicação de livros cismáticos, heréticos, sediciosos e traiçoeiros (*heretical schismatical blasphemous seditious and treasonable books*) (Stern, 2014), na linguagem da *Licensing Act* em 1662. Além do monopólio, que impedia o livre mercado, portanto, havia censura à liberdade de expressão e de livre pensamento. Ao autor, nessa época, cabia certa remuneração, segundo disposição do próprio *Licensing Act* (Fragoso, 2009), que detinha também propriedade pessoal sobre seus manuscritos não publicados e proteções contratuais ao abrigo do direito consuetudinário (David, 1993).

Com o tempo, especialmente pelo advento da citada Revolução Gloriosa em 1688, provou-se que “os métodos Tudor de governo, sob a sombra do qual a Companhia começou a desempenhar um papel real no mundo, não era mais viáveis” (Khong, 2006, p. 37). A *Licensing Act* então caducou em 1695, em virtude do movimento contrário ao monopólio. Viu-se um “início de uma era de liberdade de imprensa, marcada por um rápido aumento do jornalismo político”. A despeito da liberdade de imprensa proporcionada pelo fim da vigência lei, as razões invocadas para o encerramento da exclusividade da *Stationer's Company* foram de índoles comercial e econômica, deixando fora do debate a livre expressão do pensamento:

Os opositores ao estatuto, no entanto, não se apoiaram principalmente em argumentos sobre liberdade de imprensa. Tais argumentos circularam na década de 1690 e podem ter ajudado a fomentar a animosidade em relação ao regime de licenciamento, mas as justificativas apresentadas no Parlamento envolviam práticas monopolistas de guildas que serviam para inflar os preços e manter textos imprecisos, e padrões de licenciamento

arbitrários que eram ineficazes para suprimir livros perigosos.” (Stern, 2014, p. 9, tradução nossa).²⁸

John Locke foi um dos que se manifestaram contra o monopólio da guilda, ao asseverar o péssimo serviço e a baixa qualidade do trabalho da *Stationer's Company*. O reclame justificou-se pela dificuldade do autor em conseguir a publicação de um livro infantil Esopo, a despeito do longo período de espera (1690 a 1703) (Stern, 2014).

Contra o fim do monopólio, manifestavam-se os livreiros, ao alegarem que a ausência da fiscalização que outrora realizavam traria uma enxurrada de obras blasfemas e difamatórias, também que não seria razoável a perda do direito de propriedade obtido pelos direitos de impressão, muito embora não tivesse sido suficientemente justificada a natureza do direito de autor, como se verá. O primeiro argumento, contudo, teria pouca capacidade de influência, já que as últimas décadas do século XVII coincidiram com o fim da era das censuras política e religiosa, não havendo interesse do governo em controlar as novas impressoras que estavam surgindo em todo o país (Stern, 2014).

A ausência de normas proibitivas possibilitou, no interregno de 1695 a 1710, ampla liberdade de cópia pelos editores. Não havia limites para a produção de cópias, autorizadas ou não, da integralidade do título ou de fragmentos. Com isso, não haveria sentido para que fossem experimentados métodos inovadores de imitação, extração ou revisão. Nesse período, também não se vislumbrou a existência de demandas judiciais que tivessem por objeto a busca pela proteção da exploração de obra, sob o argumento de plágio. Ao invés disso, os principais interessados, os livreiros, optaram pela busca da criação de uma legislação (Stern, 2014).

O discurso utilizado para a reinserção legal do direito dos livreiros dirigiu-se, retoricamente, à necessidade proteção aos autores, pois não seria razoável que fossem privados do controle de suas produções intelectuais. Com efeito, não se poderia esperar outra medida senão a de estabelecer proibições legais à reprodução não autorizada das obras. Esse discurso, repisa-se, meramente retórico, trouxe efeitos favoráveis em um primeiro momento, porém repercutiu contrariamente aos

²⁸ No original: *The opponents to the statute, however, did not lean primarily on arguments about freedom of the press. Such arguments were circulating in the 1690s, and may have helped to foster animosity towards the licensing regime, but the justifications put forth in Parliament involved monopolistic guild practices that served to inflate prices and to keep inaccurate texts in print, and arbitrary licensing standards that were ineffective in suppressing dangerous books.*

interesses dos livreiros, porquanto ajudou a promover o efetivo direito de autor e a justificar limitações posteriores, a exemplo do domínio público:

Embora eficaz no curto prazo, essa estratégia acabaria por minar o objetivo dos livreiros de manter a proteção perpétua dos direitos autorais. Se Defoe, em virtude de sua defesa dos direitos autorais, tornou-se um dos redatores não reconhecidos do estatuto de 1710, que muitos consideravam apenas um "projeto de lei dos livreiros", então uma virada posterior da mesma lógica completaria o círculo: ao usar a figura do autor despossuído para promover seus próprios interesses, os livreiros selecionaram uma história de capa que acabou se mostrando plausível demais, e que ajudou a promover a lógica do domínio público". (Stern, 2014, p. 12, tradução nossa)²⁹.

Ao longo dos 15 anos de total ausência de regulamentação da reprodução de livros, consubstanciou-se um caos, a ponto de os livreiros desrespeitarem abertamente qualquer doutrina de proteção dos direitos de autor (David, 1993). Assim, em 12 de dezembro de 1709, um consórcio de influentes livreiros submeteu um pedido para que fosse apresentado um projeto de lei à Câmara dos Comuns, reclamando que "diversas pessoas invadiram recentemente as propriedades de outras pessoas, reimprimindo vários livros, sem o consentimento, e para grande prejuízo dos proprietários, até mesmo para sua total ruína, e para o desânimo de todos os escritores em qualquer parte útil do aprendizado" (Deazley, 2008, n.p). A licença para expor o projeto de lei foi concedida, o que foi apresentado em 11 de janeiro de 1710. Alterações ao projeto foram realizadas: afastaram qualquer caráter pessoal da autoria, outorgando nítida natureza patrimonial; romperam com o monopólio da *Stationer's Company*, autorizando qualquer pessoa a possuir e negociar livros; estabeleceram prazo de exclusividade de 21 anos para livros já impressos e de 14 anos para os livros não impressos (Deazley, 2008). Em 05 de abril de 1710, foi então aprovada a primeira legislação que previa o direito de autor, autodenominada como

Uma Lei para o Incentivo à Aprendizagem, através da aquisição de cópias de livros impressos aos autores ou compradores de tais cópias, durante os períodos nela mencionados (...) Considerando que impressores, livreiros e outras pessoas têm ultimamente frequentemente tomado a liberdade de imprimir, reimprimir e publicar, ou fazer com que sejam impressos, reimpressos e publicados livros e outros escritos, sem o consentimento dos autores ou proprietários de tais livros e escritos, para seu grande prejuízo, e

²⁹ No original: *Though effective in the short term, this strategy would ultimately undermine the booksellers' goal of maintaining perpetual copyright protection. If Defoe, by virtue of his defense of authors' rights, became one of the unacknowledged drafters of the 1710 statute, which many regarded as merely a "booksellers' bill," then a later turn of the same logic would complete the circle: in using the figure of the dispossessed author to advance their own interests, the booksellers selected a cover story that ultimately proved all too plausible, and that helped to promote the logic of the public domain.*

muitas vezes para a ruína deles e de suas famílias; para prevenir, portanto, tais práticas para o futuro, e para o encorajamento de homens instruídos a compor e escrever usando Livros completos. (Deazley, 2008, n.p)³⁰

A legislação previu prazo de exclusividade da propriedade autoral, conforme explicado acima; penalidades em caso de desrespeito ao direito autoral, que envolvia a perda dos exemplares e a de todas as folhas a favor do proprietário, com aplicação condicionada, porém, ao registro do livro na *Stationer's Company*; prerrogativa dos oficiais da rainha em reduzir preços de livros que fossem considerados excessivos; necessidade de autorização do proprietário do livro para que a obra fosse importada (Browker, 1912). Em resumo,

O Estatuto forneceu a *Stationer's Company* os remédios coercitivos que buscavam e confirmou seus direitos de publicação existentes. Em contrapartida, o Estatuto eliminou o monopólio de *Stationer's Company* ao permitir que qualquer pessoa — impressor ou autor — obtivesse direitos autorais simplesmente pelo ato de registro no registro da Companhia. Além disso, o Estatuto substituiu o monopólio perpétuo por um termo limitado de direitos autorais — quatorze anos a partir da publicação da obra e, se o autor estivesse vivo, um segundo termo de quatorze anos. (Goldstein; Hugenholtz, 2019, p. 15, tradução nossa)³¹

A centralização do poder na monarquia absolutista e a busca pela preservação do antigo regime justificavam o sistema de privilégios — já que a reprodução da atividade intelectual deveria ser vista como favor e sujeita a controle — na mesma medida que a abertura comercial, o fim da censura e a modificação política de abertura a uma monarquia parlamentarista justificavam a mudança de perspectiva do direito de autor, tornando-o uma propriedade, portanto, integrante do sistema de produção e comercialização (Sousa Alves, 2022-a). Nesses termos, razão há na conclusão apresentada por João Henrique da Rocha Frago (2009, p. 137):

O sistema do Copyright foi a garantia legal para o capital já investido e ainda a ser investido na indústria editorial. O Estatuto da Rainha Ana, sobretudo,

³⁰ *An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned. Whereas Printers, Booksellers, and Other Persons, have of late frequently taken the Liberty of Printing, Reprinting, and Publishing, or causing to be Printed, Reprinted, and Published Books, and other Writings, without the Consent of the Authors or Proprietors of such Books and Writings, to their very great Detriment, and too often to the Ruin of them and their Families: For Preventing therefore such Practices for the future, and for the Encouragement of Learned Men to Compose and Write useful Books.* Disponível em: <https://www.copyrighthistory.com/anne.html>. Acesso em: 20 nov. 2023.

³¹ No original: *The Statute gave the Stationers the coercive remedies they sought and confirmed their existing publication rights. In return, the Statute obliterated the Stationers' monopoly by entitling anyone — printer or author—to obtain copyright by the simple act of enrollment in the Company's register. The Statute also substituted a limited term of copyright for the formerly perpetual monopoly—fourteen years from the work's publication and, if the author was then alive, a second fourteen-year term.*

atendeu aos reclamos de uma categoria econômica em um dado momento, mantendo outra em posição desvantajosa. Não trouxe soluções aos conflitos, mas estabeleceu novas bases para os mesmos. Era uma nova tese, que trazia em seu bojo a antítese, mantendo em sua estrutura íntima suas contradições.

Não houve, de fato, um rompimento com a estrutura do autoralista, tampouco novas bases fundantes, mas um rearranjo que transpôs o privilégio da reprodução da atividade intelectual à noção de livre mercado. Para se vislumbrar a continuidade entre o sistema de privilégios e o do *copyright*, basta olhar para a manutenção da organização do mercado livreiro. O *copyright*, nesse sentido, é fruto, sobretudo, de uma construção contingente para regular um mercado instável dos pontos de vista técnico, econômico e cultural (Sousa Alves, 2022-a). Viu-se certa reforma terminológica em alguns pontos e não a reconstituição daquilo que já se tinha. Naquela altura, tanto a busca pelo privilégio como a impressão livre tinham um único fim, o fomento ao mercado de leitores (consumidores) e a busca pelo lucro.

Há quem defenda, inclusive, que o escopo que aparentemente trazia o *Act* somente foi realmente alcançado décadas depois, a exemplo de Richard Rogers Browker, em sua obra *Copyright: Its History And Its Law*. Julgados proferidos defendiam a manutenção do direito consuetudinário, que estabelecia um direito autoral perpétuo, a despeito da vigência do Estatuto da Rainha Ana. O julgamento do caso *Millar versus Taylor*, de 1769, é ilustrativo, pois o direito autoral consuetudinário foi confirmado, apesar do estatuto (Browker, 1912). A confirmação judicial do regulamento do direito de autor pelo Estatuto da Rainha somente ocorreu por ocasião do julgamento do caso *Donaldson versus Beckett*, em 1774, ao definir o “common-law copyright como o simples direito natural do autor à primeira publicação, uma espécie de direito moral ao ineditismo, e aplicou então o prazo o prazo previsto pelo Estatuto” (Sousa Alves, 2022-b, p. 329). O julgamento desafiou questões lançadas pela Câmara de Lordes, dentre as quais, IV. “Se o autor de qualquer composição literária e seus cessionários tinham o direito exclusivo de imprimi-la e publicá-la perpetuamente, pelo direito consuetudinário? Sim, 7 a 4. V. Se este direito é de alguma forma impedido, restringido ou retirado pelo Estatuto da Rainha Ana? Sim, 6 a 5”. (Browker, 1912, p. 26, tradução nossa)³². Pelo resultado, viu-se a definição de certa hierarquia da

³² Original: V. *Whether the author of any literary composition and his assigns had the sole right of printing and publishing the same in perpetuity, by the common law? Yes, 7 to 4. V. Whether this right is any way impeached, restrained, or taken away by the statute of 8th Anne? Yes, 6 to 5.*

legislação autoral sobre o direito consuetudinário, hábil a revelar então a eficácia da legislação. Interessante se salientar que a iniciativa desse litígio não foi dos autores, mas dos livreiros/editores, que defendiam o direito de autor perpétuo, o que revela a manutenção de velhas práticas corporativas a despeito da inovação legal.

As amarras que dificultaram e procrastinaram a incidência do Estatuto da Rainha Ana revelam-se como demonstração inequívoca da manutenção do sistema de privilégios destinado à preservação dos interesses dos livreiros e dos editores em detrimento ao direito de autor. No passo seguinte, a avaliação da norma estabelecida, ainda que nesse segundo momento já aplicável e socialmente eficaz, pouco beneficiou o autor, pois o único direito outorgado exclusivamente a ele seria o de publicar e reproduzir seus próprios livros, cujo direito, essencialmente patrimonial, seria de difícil execução a menos que o autor se tornasse um comerciante (Fragoso, 2012). Inegavelmente, diante dessas condições, o autor ficava à mercê do sistema produtivo.

Crê que agora seja o momento para se responder à indagação que coincide com o título do presente tópico: *copyright* seria um direito atribuído ao autor ou a manutenção de um privilégio?

Viu-se que o Estatuto da Rainha Ana teve como principal objetivo proteger os investimentos aplicados ao mercado de livros, tendo como destinatários dessa disposição normativa aqueles que pudessem ser considerados proprietários das respectivas obras. Uma vez que a “propriedade” invariavelmente deve ser, de início, atribuída ao próprio autor, verifica-se uma proteção inegável ao criador da obra. Porém, esse direito logo lhe escapa, eis que a impressão e distribuição de suas obras somente seriam possíveis àqueles que detêm meios para tanto. A reificação do autor e de sua obra, nessa perspectiva, mostra-se presente, pois a subjetividade e a personalidade do agente criativo transmutam-se em mero instrumento fabril de produção. Outrossim, o encerramento do monopólio não se destinou a qualquer desiderato libertário, que tivesse como escopo a expressão ou o pensamento, mas o claro intento voltado ao mercado, em uma perspectiva nitidamente pragmática. A carga ideológica que persegue a formação do direito de autor permanece. Afinal, o direito de autor não se trata de um direito conquistado à base de luta, suor ou sangue daqueles que seriam efetivamente seus destinatários, mas dirigido segundo interesses econômicos de intermediários, ávidos em capitalizar os investimentos realizados. Sendo-se mais direto, pode-se afirmar que, em termos formais, viu-se a

criação de um direito de autor às avessas e, em termos práticos, a preservação de privilégios então outorgados, não mais pela graça real, mas pelo “bolso” burguês.

3.1.5 *Droit D’auteur*: Um Direito sem Alma. Um Apelo Realista ao Arranjo de Forças na Criação das Leis Autorais Francesas

A formação do direito de autor, a partir da intersecção observada pelo invento de Gutenberg, seguiu caminhos diferentes. Dois sistemas foram criados, cujas características de justificação e fundamento retratam discrepâncias importantes e necessárias para a exata intelecção sobre o assunto. Como visto, a precoce ascensão burguesa ao poder na Inglaterra, decorrente do enfraquecimento da monarquia e da exitosa posição do Parlamento, antecipou acontecimentos que ocorreriam mais tarde no continente. Concebido como produto tipicamente burguês, o direito de autor contemporâneo seguiu um processo de concepção juntamente com o próprio Estado de Direito. No presente tópico se seguirá a abordagem histórico-crítica dos acontecimentos que influenciaram a formação do Estado de Direito e, por conseguinte, proporcionaram a construção do direito autoral.

Não é raro se encontrar a seguinte distinção entre o *Copyright* e o *Droit d’auteur*: “o primeiro, diz-se, seria um sistema de viés mais comercial e utilitarista (...) já o segundo teria uma coloração individualista e de ampla proteção autora”; “o sistema inglês seria caracterizado pela formalidade do registro como condição para a proteção legal, enquanto o sistema francês nasceria da própria criação e possuiria um caráter pessoal ou moral”; o copyright seria um sistema que privilegiaria os interesses do mercado, e o *droit d’auteur* enfatizaria o interesse do autor e os direitos de personalidade (Sousa Alves, 2022-a, p. 183). Com efeito, como forma de guiar a perscrutação desta tese, lança-se a indagação: seria adequado afirmar que o direito de autor, forjado sob os ideários da grande revolução, realmente considerou a individualidade autoral e foi destinado efetivamente à proteção do autor? Seriam adequadas as diferenciações indicadas acima entre os sistemas?

Vale se lembrar da intenção de alcançar os verdadeiros elementos e justificativas para a concepção do direito de autor, a despeito da retórica usualmente aceita e do reducionismo do papel histórico, típico de uma análise legalista. Para tal desiderato, oportunas são as palavras de Carlos Maximiliano:

Descobrem-se o sentido e o alcance de uma regra de Direito com examinar as circunstâncias e os sucessos históricos que contribuíram para a mesma, e perquirir qual seja o fim do negócio de que se ocupa o texto; põem-se em contribuição, portanto, os dois elementos – a “Occasio legis e a Ratio juris”. (Maximiliano, 2007, p. 124)

O propósito desta tese não é descurar da ocasião e da razão da lei, já que a compreensão dos elementos que condicionaram a formação das leis que materializaram o *droit d’auteur* servem como substrato indispensável para o desenvolvimento desta pesquisa, pois somente assim seria possível se escavar para além da superficial retórica com que muitas vezes se depara.

Para que seja possível o desenvolvimento dessa perspectiva realista, há de se inserir, na avaliação do plano normativo, as condições, forças sociais e fatos contemporâneos que imprimiram a norma avaliada. As normas legais que regularam o direito de autor no solo francês datam dos anos de 1771 e 1793, momento de efervescências política e social, decorrentes da Revolução Francesa, que ainda não haviam sido arrefecidas.

A França, no período pré-revolução, contemplava uma sociedade totalmente estratificada e que padecia de elementos estatais e políticos, não mais capazes de servirem à estabilidade social. O fundamento teológico do poder, as limitações às liberdades individuais, o sistema de privilégios nobiliários, aliado à crise que se sobrepunha especialmente no campo, conferiram um clima de fortalecimento de ideias revolucionárias. Pouco antes, a prosperidade obtida em tempos mais remotos não foi compartilhada para todos, o que acentuou a disparidade social entre as classes. Por isso, muito embora a miséria, o aumento demasiado de impostos e a crise de produção agrícola tenham sido de considerável relevância para a Grande Revolução, tem-se que “o “maestro da orquestra, a miséria” não representa a totalidade das reivindicações populares. Pobres ou ricos, os camponeses têm uma conta a acertar com o sistema feudal - ou com aquilo que sobrou dele -, e a revolução camponesa irá convergir, ao menos durante certo tempo, com a dos burgueses das cidades” (Vovelle, 2007, p. 19).

Os episódios do Juramento do Jogo de Pela, de 20 de julho de 1789³³, e a Queda da Bastilha, de 14 de julho de 1789, são somente ilustrações que revelam o

³³ A resistência dos privilegiados e a dificuldade do rei Luís XVI em realizar atos de reforma administrativa, que viessem a conter os custos do Estado e contornar a crise instaurada, fizeram com que o Parlamento convocasse os Estados Gerais, ocasião em que os súditos apresentaram suas queixas. Nas sessões de abertura dos Estados Gerais, os representantes do terceiro estado são

início de acontecimentos que trariam profundas modificações no mundo ocidental. Inúmeros acontecimentos que se seguiram a partir da Queda da Bastilha retratam o clima hostil e instável da realidade francesa: aprovação da Declaração dos Direitos de Homem e do Cidadão; conclusão da Constituição, com a organização do Estado em três poderes; transformação da França em uma monarquia constitucional; proclamação da primeira República Francesa; proclamação da República dos jacobinos e período do terror; fase do Diretório, com a destituição dos jacobinos e uma nova Constituição; golpe de Estado por Napoleão Bonaparte.

Dentre os acontecimentos acima relatados, mostra-se razoável se destacar o papel da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, considerada um marco histórico, ainda que simbolicamente, por assinalar o fim de uma época e o início de outra e indicar uma virada na história do gênero humano (Bobbio, 2004). Interessante questão sobre a Revolução Francesa e que merece atenção, por reverberar nos direitos obtidos a partir de então, foi seu alcance em um nível global (ao menos no Ocidente). A causa para a influência francesa para muito além dos muros de Paris é explicada por Alexis de Tocqueville ao afirmar que o homem retratado não foi o homem francês, mas um ser abstrato, tal como ocorre em revoluções religiosas, permitindo que os valores que inspiraram a Grande Revolução, materializados na Declaração de Direitos, viessem a ser replicados em qualquer local (Tocqueville, 1997). Inegavelmente, assim, os direitos declarados, inclusive de imprensa e o direito de autor contemporâneo, também alcançaram igual ressonância.

Nesse cenário de imensa agitação social e política, erigiram-se as normas legais que são consideradas, ao lado do Estatuto da Rainha Ana (1710), o marco inaugural do direito de autor. Trata-se das leis promulgadas em 1791 e 1793. O caminho até a promulgação das respectivas normas foi orientado por interesses conflitantes, discussões acaloradas entre figuras notoriamente conhecidas, divergências de posicionamentos entre sábios defensores e a busca por fundamentos capazes de ampararem o interesse defendido. Antes de se tratar especificamente sobre a legislação criada, pede-se permissão para apresentar o tratamento pretérito aplicado à produção intelectual. Para tal fim, tentar-se-á destacar os eventos

constrangidos a se retirarem eno dia seguinte encontram as portas de Versalhes fechadas, invadem uma sala contigua, onde era praticado o jogo de pela, e ali proclamam a Assembleia Nacional Constituinte. A despeito da declarada aceitação de Luís XVI, o monarca reúne tropas em torno da capital e o povo, por sua vez, se mobiliza para defender os deputados em Versalhes, ocasião em que invadem a Bastilha (Vovelle, 2007, p. 27-32).

equivalentes e discrepantes em comparação com a criação do sistema inglês, porquanto a diferença entre os tratamentos acompanhará em outras oportunidades deste trabalho.

O sistema de privilégios também estava presente na realidade francesa, como em toda a Europa. Os privilégios tinham como atores, na França, a monarquia, a Igreja, a Universidade de Paris e a corporação de livreiros³⁴. Algumas nuances diferenciavam a realidade francesa da britânica: “natureza mais corporativa do sistema inglês; em contraposição ao sistema mais centralizado nas mãos do monarca na França” (Sousa Alves, 2022, p. 187). Apesar da diferença citada entre os países, havia convergência nas forças contrárias que operaram para a restrição dos poderes dos livreiros, especialmente o ataque ao monopólio e a perpetuidade de exploração da obra. A perda do interesse estatal na manutenção da censura, a pressão pela quebra do monopólio com objetivo de aquecer o mercado livreiro também se fizeram presentes no contexto francês.

O elemento burocrático que envolvia a manutenção do sistema de privilégio também acabava por representar um entrave à manutenção, já que outorgava poderes a órgãos que restaram paulatinamente enfraquecidos, especialmente após os momentos que antecederam a Revolução Francesa³⁵.

Nesse contexto, seguiu-se à revisão do regulamento sobre o comércio de livro, de 1723, que outorgava vastos poderes à corporação de livreiros de Paris. A reação ao movimento de limitação de direitos dos livreiros foi idêntica à verificada nas terras

³⁴ Hesse aborda, na realidade prática, duas formas distintas de privilégios. Uma das formas dava-se pela outorga do privilégio pelo sistema burocrático estatal, justificado pela origem divina do conhecimento e da representação teocêntrica do monarca. A distribuição comercial da obra ocorria dentro de um monopólio corporativo e de mercados fechados, e seus limites geográficos eram a cidade de Paris e tradicionais cidades provinciais. O sistema diverso, avesso à burocracia e à legalidade, tinha como fundamento a liberdade contratual, materializada pela venda da obra, pelo autor, ao editor. A distribuição comercial da obra, por sua vez, dependia da procura do mercado no mundo capitalista de saque e ocorria em zonas francas ou nas cidades fronteiriças da França (Hesse, 1991, p. 19-20).

³⁵ No final do século XVIII, uma obra pôde receber uma das seis categorias de sanção legal: (1) um *privilège en librairie*, que conferia o monopólio exclusivo sobre a publicação de uma obra por um período fixo de tempo (geralmente 10 a 20 anos) para uma editora de guilda licenciada específica; (2) um *privilégio de autor*, que conferia ao autor de uma obra e aos seus herdeiros o monopólio exclusivo da publicação da obra em perpetuidade; (3) uma *permissão simples*, que dava autorização legal a um editor para produzir uma única edição de determinada obra; (4) uma *permissão tácita*, que não dava qualquer sanção legal a uma obra, mas assegurava que as autoridades permitissem e protegessem a sua publicação e circulação, a menos o que foi denunciado, após o que eles poderiam retirar a permissão; (5) uma *tolerância*, que significava simplesmente que as autoridades tolerariam, a seu critério contingente, a circulação de uma obra ilegal; e finalmente (6), uma *supressão*, que significava que uma obra e o seu editor seriam ativamente perseguidos pelas autoridades, a obra, confiscada e destruída, e o editor e o autor, multados e talvez presos ou banidos (Hesse, 1991, p. 11-12).

do *copyright*. A linha argumentativa deslocou-se da proteção aos próprios privilégios perpétuos dos livreiros para a retórica voltada à busca pela proteção do autor, o qual teria direito de propriedade sobre suas obras; por conseguinte, poderia transferir sua propriedade a terceiros e se tornaria dotado dos mesmos direitos do proprietário original. Por certo, o escopo dos livreiros era utilizar o argumento da propriedade autoral contra os próprios autores, como forma única e exclusiva de preservar os próprios privilégios, amparado no monopólio e perpetuidade de exploração.

O engendramento teórico dos interesses dos livreiros de Paris ficou a cargo de Dennis Diderot, que publicou um livro de memórias, em 1763, denominado *Lettre sur le commerce de la librairie* (1861), traduzido no português como “Carta sobre o comércio de livros”. Nessa obra, Diderot apresenta uma linha argumentativa de proteção aos livreiros, baseada no direito natural de propriedade, bem alinhado aos ideários que plasmariam a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que expressamente enunciou o direito natural à liberdade e à propriedade, inclusive de imprensa. Diderot traz uma abordagem na qual invoca a dificuldade enfrentada pelos livreiros, em razão das contrafações e dos investimentos que poderiam se perder, e desenvolve um argumento voltado à importância dos livreiros para a produção artística. Justificativa, assim, ao sistema de privilégios:

Colocados entre o gosto que tinham pela ciência e sua arte, e o medo de serem arruinados por concorrentes gananciosos, o que fizeram esses hábeis e infelizes impressores? Dos manuscritos restantes, eles selecionaram alguns que foram bem sucedidos na impressão; prepararam a edição em silêncio; Executaram-na e, para evitar, tanto quanto puderam, a falsificação que iniciara a sua ruína, e que a teria consumado, quando estavam prestes a publicá-la, solicitaram ao monarca, e dela obtiveram, um privilégio exclusivo para o seu empreendimento. Esta, senhor, é a primeira linha do código da livraria e seu primeiro regulamento. (Diderot, 1861, p. 12, tradução nossa).³⁶

Sabedor das profundas mudanças e da impossibilidade de preservação dos argumentos tendentes à preservação dos privilégios, o referido autor altera a rota discursiva e se volta ao direito natural de propriedade, como fosse o direito do autor um bem a ser considerado o mais importante. Para isso, apresenta:

³⁶ No original: *Placés entre le goût qu'ils avaient pour la science et pour leur art, et la crainte d'être ruinés par d'avidés concurrents, que firent ces habiles et malheureux imprimeurs? Parmi les manuscrits qui restaient, ils en choisirent quelques-uns dont l'impression pût réussir; ils en préparèrent l'édition en silence; ils l'exécutèrent et, pour parer autant qu'ils pouvaient à la contrefaçon qui avait commencé leur ruine et qui l'aurait consommée, lorsqu'ils furent sur le point de la publier, ils sollicitèrent auprès du monarque et en obtinrent un pri-vilége exclusif pour leur entreprise. Voilà, monsieur, la première ligne du code de la librairie et son premier règlement.*

Em tradução livre: De fato, que bem pode pertencer a um homem, se uma obra da mente, fruto único de sua educação, de seus estudos, de suas vigílias, de seu tempo, de suas pesquisas, de suas observações, se as horas mais belas, os momentos mais belos de sua vida, se seus próprios pensamentos, os sentimentos de seu coração. Não lhe pertence a porção mais preciosa de si mesmo, o que não perece, o que o imortaliza? (...) Quem tem maior direito do que o autor de dispor de seu imóvel por doação ou venda? Mas o direito do proprietário é a verdadeira medida do direito do comprador. Se eu deixasse aos meus filhos o privilégio das minhas obras, quem ousaria? Sempre sob tutela, seria tratado como uma criança tola cuja minoria nunca cessa. Sabe-se que a abelha não faz mel para ela; mas tem o homem o direito de usá-la com o homem como faz com o inseto que faz mel? (Diderot, 1861, p. 30, tradução nossa)³⁷

Certamente o intento de Diderot em afirmar o direito de propriedade da obra ao autor como decorrência de uma concepção humanista e natural tem como objetivo óbvio justificar a transferência desse mesmo direito perpétuo e natural ao adquirente das obras. Superada essa questão, as condições de mercado possibilitariam a manutenção da mesma situação verificada por ocasião do sistema de privilégios. Não haveria outra maneira de o autor concretizar sua produção intelectual, senão pelas mãos daqueles que detinham os meios de produção, distribuição e venda da obra. O que significa dizer: substitui-se a retórica aplicada e mantiveram-se o monopólio e o privilégio de exploração.

De outro lado, vozes destoantes anunciavam posicionamentos diversos acerca do tratamento que deveria ser dispensado à obra intelectual. Marques de Condorcet, em seu escrito *Liberté de la presse* (Liberdade de Imprensa) (1776), defende a ausência de restrição à impressão, em nome do desenvolvimento da cultura e da propagação “das luzes”. Para isso, indaga se os privilégios seriam necessários, úteis ou prejudiciais para o progresso da iluminação da razão. Para tanto, aduz que nenhum dos grandes pensadores deixaria de apresentar suas verdades, estando ausente o sistema de privilégios. *Un homme de génie ne fait pas de livres pour de l'argent* (um gênio não escreve por dinheiro), porém, caso não tenha recursos, necessitará de uma ocupação, e o público perderá. Por isso, defende Condorcet que a edição feita sob os

³⁷ No original: *En effet, quel est le bien qui puisse appartenir à un homme, si un ouvrage d'esprit, le fruit unique de son édu-cation, de ses études, de ses veilles, de son temps, de ses re-cherches, de ses observations, si les plus belles heures, les plus beaux moments de sa vie, si ses propres pensées, les sentiments de son cœur, la portion de lui-même la plus prècieuse, celle qui ne pèrit point, celle qui l'immortalise, ne lui appartient pas? (...) Si, forcé par leurs besoins ou par les miens d'aliéner ce privilège, je substituais un autre propriétaire à ma place, qui pourrait, sans ébranler tous les principes de la justice, lui contester sa propriété? Sans cela quelle serait la vile et misérable condition d'un littérateur ? Toujours en tutelle, on le traiterait comme un enfant imbécile dont la minorité ne cesse jamais. On sait questabeille ne fait pas le miel pour elle; mais l'homme a-t-il le droit d'en user avec Thomme comme il en use avec l'insecte qui fait le miel?*

olhos do autor sempre será preferível, sendo possível se obter diferença econômica suficiente para outorgar recursos ao criador, desde que não seja excessivo. O problema, portanto, envolve tão somente o valor exorbitante da edição, se comparada com as cópias não autorizadas:

Um livro que circula livremente e não é vendido por um terço acima do seu preço quase nunca será falsificado. A liberdade deste tipo, como em todas as outras, tem o efeito de reduzir tudo ao seu preço natural, e cada um ao seu direito natural. Aperfeiçoar sua ordem, suas provas, estender seus desdobramentos, suas consequências. O autor deste útil livro não terá, portanto, um privilégio real. (Condorcet, 1776, p. 310, tradução nossa).³⁸

Condorcet, ao fim, conclui que os privilégios têm “as desvantagens de diminuir a atividade, de concentrá-la em um pequeno número de mãos, de onerá-la com um imposto considerável, de tornar as manufaturas do país inferiores às manufaturas estrangeiras”. Com efeito, os privilégios “não são necessários nem mesmo úteis, e vimos que são injustos”³⁹. Essa visão libertária teria como objetivo final a de que as “ideias fossem objeto de uma troca infinita que se autorregula e só pode promover a sua vitalidade (mesmo que isso signifique pagar um pequeno direito de passagem)”⁴⁰.

Carla Hesse faz referência a outras vozes que se levantaram contra os privilégios, de qualquer natureza, outorgados como graça ou garantia individual. Cita o romancista Restif de la Bretonne, que exigiu a liberdade de profissões como meio para a propagação do conhecimento e a acusação feita à Guilda do Livro de Paris como a principal responsável pela restrição à liberdade de expressão, acima, portanto, da censura e vigilância reais; menciona, ainda, a dramaturga Marie-Joseph Chénier, que defendia ser a Guilda dos Livros de Paris umas das 17 censuras exercidas pelo poder estatal da França (Hesse, 1991). Em comum, tais vozes buscavam o fim, não só dos privilégios, mas também do monopólio, com a constituição de uma imprensa livre.

³⁸ No original: *Un livre dont la circulation sera libre et qui ne se vendra pas un tiers au-dessus de son prix, ne sera presque jamais contrefait. La liberté en ce genre, comine en tout autre, a pour effet de ramener toute chose à son prix naturel, et chacun à son droit naturel. En effet, supposous un livre ntile; c'est par les vé rités qu'on y trouve qu'il est utile. Or, le privilège accordé à l'auteur ne s'étend pas jusqu'à empêcher un autre homme d'exposer les mêmes vérités.*

³⁹ No original: *Enfin les privilèges ont en ce genre, comme en tout autre, les inconvénients de diminuer l'activité, de la concentrer dans un petit nombre de mains, de la charger d'un impôt considérable, de rendre les manufactures da pays inférieures aux manufactures étrangères. Ils ne sont donc ni nécessaires, ni même utiles, et nous avona vu qu'ils étaient injustes.* (Condorcet, 1776, p. 311).

⁴⁰ No original: *idées devraient faire l'objet d'un échange infini qui se réglemente lui-même et ne peut que favoriser leur vitalité (quitte à payer un léger droit de passage).* (Ambrus, 2013)

Nesse complexo emaranhado de interesses e argumentos, algum caminho haveria de ser seguido. O sistema de privilégios já não mais pertencia ao universo revolucionário francês, principalmente após a promulgação da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, que previa textualmente, em sua redação originária, a liberdade de todo cidadão de falar, escrever e imprimir⁴¹, a que se denomina genericamente de liberdade de imprensa⁴².

Como sói ocorrer, a lei costuma materializar situações e valores consolidados. Antes da formal edição das normas jurídicas o conteúdo normativo já se apresenta muitas vezes nas práticas sociais que retratam a assimilação dos valores ou mesmo em decisões proferidas pelos órgãos do Estado. No caso da formação da legislação autoral não foi diferente. Decisões proferidas pelo Conselho do Rei já externavam o encerramento do sistema de privilégios, ainda que de forma tímida, e a abertura de um novo sistema.

Seis decisões proferidas pelo Conselho do Estado do Rei em 1777 expressaram bem a mudança que evidenciou o fim dos privilégios. Uma das decisões, em especial, revelou essa transição do fim do privilégio. Muito embora ainda se entenda tratar-se de privilégio concedido ao livreiro, estabeleceu um prazo para exploração, justificado pela equivalência do investimento realizado. A concessão, para além disso, causaria a transformação em propriedade legal e prejuízo ao mercado, em virtude do incentivo a falsificações, aos literatos que poderiam ter a prerrogativa de tecerem comentários em novas e independentes edições:

Sua Majestade reconheceu que o privilégio da Livraria é uma graça fundada na justiça, e que tem por objeto, se for concedido ao autor, compensar a sua obra; se for obtido por um livreiro, assegurar-lhe o reembolso dos seus adiantamentos e a compensação das suas despesas (...) que esta diferença nas razões que determinam os privilégios deve produzir uma duração em que o autor tem, sem dúvida, um direito mais assegurado a uma graça mais extensa, enquanto o livreiro não pode queixar-se, se o favor que obtém for proporcional ao montante dos seus adiantamentos e à importância do seu empreendimento; que a perfeição do trabalho exige, no entanto, que o livreiro possa gozar dele: durante a vida do autor com quem terá negociado (...) mas conceder um prazo mais longo seria converter um gozo de graça em propriedade legal e perpetuar um favor, contra o próprio conteúdo do título

⁴¹ “Artigo 11º A livre comunicação das ideias e das opiniões é dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos da lei”.

⁴² A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, reelaborada em 1793, contemporânea às leis sobre o direito de autor, manteve os respectivos direitos, conforme previsão do “artigo 7º O direito de manifestar seu pensamento e suas opiniões, quer seja pela voz da imprensa, quer de qualquer outro modo, o direito de se reunir tranquilamente, o livre exercício dos cultos, não podem ser interditos. A necessidade de enunciar estes direitos supõe ou a presença ou a lembrança recente do despotismo”.

que fixa sua duração; seria consagrar o monopólio, ao fazer do livreiro o único árbitro para sempre do preço de um livro; permitiria finalmente que persistisse a fonte de abusos e falsificações (...) mas certo; é preferível a um gozo indefinido mas ilusório; que beneficiaria o público, que deve esperar que os livros tenham um valor proporcional às faculdades daqueles que desejam obtê-los; que seria favorável aos literatos que pudessem, depois de um determinado tempo, fazer anotações e comentários sobre um autor, sem que ninguém pudesse contestar o seu direito à impressão do texto; que finalmente este regulamento seria tanto mais útil porque só poderia aumentar a atividade deste comércio e suscitar entre os impressores uma emulação favorável ao progresso da sua arte, etc. (Werdet, 1861-1864, p. 280, tradução nossa)⁴³

Veja-se que o texto retrata o direito do autor como uma graça real, afastada da noção de direito natural (que, logo, seria seu fundamento), mas amparada pela “justiça”. De outro lado, observa-se um tratamento discrepante outorgado ao livreiro, sendo-lhe conferida uma graça limitada e condicionada aos seus custos de investimento (Sousa Alves, 2022-b).

Edmond Werdet (1861-1864) relata a comoção trazida pelas decisões proferidas pelo Conselho do Estado do Rei. Os livreiros e impressores de Paris viram-se despojados de antigos privilégios que haviam adquirido dos seus próprios colegas, ou dos próprios autores, com base nos antigos regulamentos. A consternação tomou conta da mente das pessoas, e sábios e honestos ficaram chocados com tais regulamentos. As viúvas dos livreiros e impressores pediram, ao guarda dos selos, que reconsiderasse a decisão, pois tinham passado seus dotes inteiramente para os fundos empresariais e dotado os seus filhos com esses mesmos fundos. Essa ação das viúvas incentivou a Universidade de Paris, por seu reitor, a apresentar um manifesto, no qual asseverou:

A propriedade do autor é sagrada e indiscutível; Se essa propriedade estiver na mão do autor, deve estar nas mãos do livreiro que adquire o manuscrito

⁴³ No original: *Sa. Majesté a reconnu que le privilège en Librairie est une grâce fondée en justice, et qui a pour objet, si elle est accordée à Fauteur, de récompenser son travail; si elle est obtenue par un libraire, de lui assurer le remboursement de ses avances et l'indemnité de ses frais; que cette différence dans les motifs qui déterminent les privilèges, en doit produire une -dans- la durée que l'auteur a sans doute un droit plus assurée une grâce plus étendue, tandis que le libraire ne peut se plaindre, si la faveur qu'il obtient est proportionnée au montant de ses avances et à l'importance de son entreprise (...) mais qu'accorder un plus long terme, ce serait onverlir une jouissance.de.grâce en une propriété de droit, et perpétuer une- faveur, contre la teneur même du titre qui en fixe la durée; ce serait consacrer le monopole, en rendant le libraire le seul arbitre à toujours du prix d'un livre ce serait enfin laisser subsister la source desabus et descontrefaçons (...) mais certaine; est préférable à une jouissance indéfinie, mais illusoire; .qu'il ferait l'avantage du public, qui doit en espérer que les livres tomberont à une valeur proportionnée aux facultés de ceux qui veulent su les procurer; qu'il serait favorable aux gens de lettres qui pourraient, après un temps donné, faire des notes et des commentaires sur un auteur, sans que personne puisse leur contester le droit de faire imprimer le texte; qu'enfin ce règlement serait d'autant plus utile, qu'il ne pourrait qu'augmenter., l'activité ,de ce commerce, et exciter entre les imprimeurs une émulation favorable au progrès étala perfection de leur art, etc.)*

do autor. Um privilégio, deve-se acrescentar, é uma permissão para imprimir e uma permissão exclusiva para imprimir. A necessidade de tal permissão baseia-se no interesse público; evitar o abuso demasiado frequente da facilidade de multiplicar uma alimentação muitas vezes perigosa. A permissão, por outro lado, é exclusivamente do interesse da pessoa que obtém o privilégio. (Werdt, 1861-1864, p. 263, tradução nossa)⁴⁴

Não seria razoável a equiparação entre o direito do criador ao direito daquele que adquiriu a exploração da obra, havendo, como proteção, um equivalente aos investimentos, sob pena de se conferir liberdade que acabaria por impingir a livre circulação do bem. A comoção pelas limitações impostas aos livreiros e impressores não foram suficientes para mudar o rumo da rota já estabelecida. O antigo regime já não mais teria condições sequer de se sustentar, quanto mais de preservar interesses de terceiros. A linha discursiva que visava proteger os interesses dos detentores do mercado livreiro seguiu a mesma daquela apresentada por Diderot: afirmar o direito de propriedade ao autor e a sua liberdade em dispor, outorgando igual direito natural àquele que adquirisse a obra.

A primeira lei sobre direito de autor em 1791 regulou a representação de espetáculos públicos. Até a edição da respectiva lei, os autores de teatro sofriam pelo monopólio exercido pela *Comédie-Française*, ao forçá-los a abrir mão de seus direitos se quisessem ser representados nas peças produzidas pela poderosa empresa (Paris, 2002); rompeu-se, assim, o sistema de privilégio e monopólio especificamente na esfera teatral. Pouco mais de dois anos depois, em 19 de julho 1793, viu-se a aprovação, a pedido de Joseph Lakanal, de um decreto com apenas sete artigos, que regulava do direito de autor aplicável às obras em geral⁴⁵.

⁴⁴ No original: *La propriété de l'auteur est sacrée et incontestable; -si cette propriété est pleine et entière dans la main de l'auteur, elle doit être la même dans la main du libraire qui acquiert le manuscrit de l'auteur. Un privilège ajouton, est une permission d'imprimer, et une permission exclusive d'imprimer. La nécessité de la permission est fondée sur l'intérêt public; pour prévenir les abus trop fréquents de la facilité de multiplier un ouvrage souvent dangereux. La permission exclusive: est, au contraire, uniquement relative à l'intérêt de celui qui obtient le privilège.*

⁴⁵ No original: *Décret de la Convention Nationale, du 19 Juillet 1793: I - Les auteurs d'écrits en tout genre, les compositeurs de musique, les peintres & dessinateurs qui feront graver des tableaux ou dessins, jouiront; durant leur vie entière du droit, exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la république, & d'en céder la propriété en tout ou en partie; II - Leurs héritiers ou cessionnaires jouiront du même droit durant l'espace de dix ans, après la mort des auteurs; III - Les officiers de paix feront tenus de faire confisquer à la requête & au profit des auteurs, compositeurs, peintres ou dessinateurs & autres, leurs héritiers ou cessionnaires, tous les exemplaires des éditions imprimées ou gravées sans la permission formelle & par écrit des auteurs. IV - Tout contrefacteur sera tenu de payer au véritable propriétaire une somme équivalente au prix de trois mille exemplaires de l'édition originale. V - Tout débitant d'édition contrefaite, s'il n'est pas reconnu contrefacteur, sera tenu de payer au véritable propriétaire une somme équivalente au prix de cinq cents exemplaires de l'édition originale. VI - Tout citoyen qui mettra au jour un ouvrage, soit de littérature ou gravure, dans quelque genre que ce soit, sera obligé d'en déposer deux exemplaires à la bibliothèque nationale ou au cabinet*

A demonstração de que a mera feitura da lei não funcionava como forma automática de proteção a qualquer que fosse o direito expressava-se pela consideração da impossibilidade de exercício da liberdade de imprensa, a despeito da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e das Leis Autorais (1791 e 1793) (Sapiro, 2014). Juridicamente, os autores receberam seus direitos e os editores, uma base legal para o exercício de seu comércio. De outro lado, a guerra impunha restrições à exportação de livros a nações hostis e havia uma severa crise econômica; além disso, o terror trazido pelas determinações estatais que culminavam em guilhotina àqueles que apelassem à dissolução do governo de então, ocasionou censura e repressão aos meios de publicação e de impressão. Como resultado dessa equação, viram-se a nacionalização do material impresso e a irrelevância de qualquer atividade empresarial no meio editorial e de impressão (Hesse, 1991). Uma nova expansão do mercado editorial foi vista no final do século XVIII, especificamente quando foi renovada a liberalização das leis de imprensa durante o Diretório (1796-1799) (Hesse, 1991).

A maturação das normas a ponto de torná-las efetivas envolveu a atuação dos Tribunais franceses, o que ocorreu ao longo do século XIX. Pelas decisões proferidas, viram-se o fortalecimento da compreensão moral do autor, alinhada à perspectiva jusnaturalista, que inspirou a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, e a edição das primeiras normas autorais. Decisões apresentadas por Leonardo Zanini expressam o desenvolvimento do direito autoral ao longo do século XIX, ao indicar arestos que reconheceram o direito à paternidade e à integralidade da obra e a preponderância do direito imaterial sobre a propriedade material (Zanini, 2014). Tais considerações vêm ao encontro da direção dada à pesquisa, porquanto o estudo do instituto jurídico haveria de ser balizado com a conjuntura histórica e não somente com a única avaliação normativa, sob pena de se recorrer a um reducionismo exagerado.

As citadas leis perduraram por mais de 150 anos na sociedade francesa, tendo sofrido algumas alterações em 1810 e 1854, até que, em 13 de março de 1902, foi promulgada uma nova lei sobre direito autoral. A legislação francesa influenciou a

des estampes de la république, dont il recevra un reçu ligné par le bibliothécaire, faute de quoi il ne pourra être admis en justice pour la poursuite des contrefacteurs. VII - Les héritiers de Fauteur d'un ouvrage de littérature ou de gravure ou de toute autre produéion de Fesprit ou de génie qui appartienne aux beaux arts, en auront la propriété exclusiye pendant dix années.

Itália (1865), Alemanha (1837), Rússia (1830), Bélgica (1886), Espanha (1879), Portugal (1851) e Brasil, quando o direito de autor foi incorporado na Constituição Federal de 1891 (Fragoso, 2012).

Crê-se que restou demonstradas as contradições de interesses que marcaram a formação do direito autoral na França e a razão para sua reverberação aos demais países especialmente latinos. Pode-se, agora, buscar a resposta às indagações lançadas: seria o *copyright* um sistema voltado à viés coletivista ou mesmo pragmático e utilitarista, enquanto o *droit d'auteur* teria como nota marcante a personalidade e individualidade do autor? O direito de autor francês estaria mais voltado à efetiva proteção do autor?

Segue-se a primeira indagação. Pode-se traçar certo paralelo entre a modificação social proporcionada pelas Revoluções Gloriosa e Francesa com a formação do direito de autor em cada uma das respectivas nações. Georges Lefebvre pondera sobre pontos de aproximação e diferenciação entre as revoluções burguesas ocorridas em cada uma das nações:

A Inglaterra conhece revoluções políticas, porém a evolução social ocorreu em um clima de tranquilidade: em compensação, a Revolução Francesa foi realizada através da violência (...) em outras nações com exceção da nossa, a aristocracia conservou uma parte muito maior da sua riqueza e influência. Esses caracteres particulares da Revolução Francesa devem-se a causas imediatas e particularmente ao desmoronamento do poder central, que nos outros países conseguiu conservar o controle dos acontecimentos. (Lefebvre, 1989, p. 32)

O rearranjo social, trazido pela Revolução Gloriosa, obtido sem rompimento total com as estruturas de poder, imprimiu consequências peculiares na feitura normativa do tratamento estabelecido ao *copyright*. Não por acaso, a norma jurídica, criada pelo Estatuto da Rainha Ana, apresentou-se eminentemente pragmática e diretamente alinhada aos interesses econômicos, sem maiores necessidades de justificativas humanistas ou filosóficas. Essa abertura ao mercado, inclusive, é defendida como forma de propagação do conhecimento e da arte. De outra sorte, a ruptura trazida pela Revolução Francesa e o clima beligerante e hostil contemporâneo à legislação de 1791 e 1793 exigiram o manejo de elementos retóricos, capazes de conjugar as teses em conflito (ou pelo menos justificar a escolha feita), socorrendo-se de um discurso humanista. Nada mais natural, já que, pouco anos antes da edição das normas autorais, viu-se erigir uma Declaração de Direitos que condensou e

esquadrinhou os valores revolucionários que seriam perseguidos pelo mundo ocidental e que sepultou, de vez, os resquícios feudais e o antigo regime.

A bem da verdade, a despeito dos fundamentos convenientemente apossados da realidade histórica daquele momento – a ampla liberdade econômica e a liberdade de difusão do conhecimento no *copyright*; ou o direito natural e individual do autor e da propriedade sagrada e intangível no *droit d’auteur* –, na origem da propriedade intelectual, fosse ela industrial, literária ou artística, “não existiu um grande princípio ou ideia fundamental, o sistema de proteção foi construído pela sedimentação de práticas que respondia aos problemas locais”⁴⁶, por isso em cada momento e espaço a gênese do direito de autor teve peculiaridades e nuances, como se verifica nos dois modelos estudados.

Essa demonstração do choque de forças e interesses no processo histórico formador do direito do autor mostra-se de grande valia e contraria o argumento triunfalista muitas vezes utilizado. Marco Antônio Sousa Alves alerta sobre a tendência de se conceber o direito de autor como uma “simples conquista da razão ou como um mero reconhecimento praticamente consensual de um direito natural”, que revelaria uma simplicidade indesculpável ou uma “cegueira desonesta” (Sousa Alves, 2022-b, p. 195). Por assim dizer, não parece correto se impingir de utilitário atribuído ao *copyright*, tampouco rotular de humanista o *droit d’auteur*. Afinal, aquele poderia se prestar, em uma perspectiva diversa, a uma abertura à maior liberdade, inclusive da transmissão de ideias e pensamentos; enquanto este sistema dirigiu-se muito mais ao interesse econômico dos detentores dos meios de produção do que necessariamente à proteção do autor. Qualquer visão maniqueísta seria fadada ao total insucesso, portanto.

Diante da complexidade que envolveu a gênese do direito autoral, pela junção de aspectos e interesses aparentemente inconciliáveis, verifica-se a grande dificuldade em se obter a adequada identificação da natureza jurídica do instituto, mesmo após o transcurso de considerável tempo:

nasceram de uma colagem de perspectivas e de interesses dificilmente inconciliáveis, sendo fácil entender a eterna dúvida sobre a natureza desse novo direito (...) afinal, trata-se de um direito natural, de uma propriedade do autor, de um direito da personalidade ou apenas de um monopólio temporário

⁴⁶ No original: *il n’y a pas de grand principe ou d’idée fondamentale. Le système de protection s’est construit par sédimentation progressive de pratiques répondant à des problèmes locaux.* (Paris, 2002, p. 107)

que serve para a promoção do conhecimento e das artes? (Sousa Alves, 2022-b, p. 202)

Essa complexidade trazida decorria, como se verá, da ausência de bases filosóficas mais sólidas que viessem a amparar a essência do direito de autor, o que se refletia na grande dificuldade em se estabelecer o elemento básico em qualquer instituto do Direito, sua natureza jurídica. Dito isso, pode-se corroborar a afirmação que constitui o título deste tópico. Mesmo com a tendência de se atribuir ao direito francês uma perspectiva mais pessoal ao direito de autor, tem-se que a realidade não condiz com a narrativa romântica muitas vezes apresentada. Nessa ordem de ideias, que seja permitido se citar Drummond em passagem que expõe sobre a ausência de elementos subjetivos que deveriam ser atribuídos ao direito de autor:

Se o direito de autor surgiu como proteção subjetiva (ao menos no sistema de *droit d'auteur*) esta proteção subjetiva deveria amparar as condições efetivas em que o sujeito se dava a conhecer como autor (sujeito-criador) e/ou como intérprete. O grande elemento protetivo do sujeito-criador deveria decorrer do amparo dos direitos pessoais. Ora, se o fundamento da proteção no direito de autor é a criação e se o que conduz à mesma é o sujeito-criador, e este por sua vez, deve ter protegida a sua personalidade (fundamento maior da existência humana no tocante a sua individualidade) deveria se concluir que os direitos pessoais seriam os que deveriam prevalecer na proteção da personalidade do sujeito-criador e em todo o entorno do direito de autor. Ocorre que, desde o início, não foi assim que a história do direito de autor escreveu as suas linhas. O direito de autor surge como direito objetivista no sistema de proteção às cópias do *copyright* e como direito de propriedade (ou exclusivo de cunho essencialmente econômico) no sistema de *droit d'auteur* e, como tal, os direitos pessoais não aparecem como protagonistas no início dos tempos da história do direito de autor. (Drummond, 2014, p. 641-642)

A objetivação do direito de autor e a inexistência de um tratamento que conferisse a centralidade da outorga autoral ao sujeito-criador, alijando-o de qualquer direito subjetivo, deixou evidente que a proteção foi centrada no objeto (produção). O que explica, assim pelo menos se espera, a afirmação de que o *droit d'auteur* constituiu verdadeiro direito sem alma, dada sua nítida reificação.

A constatação do indicado autor serve como provocação intelectual para se continuar o percurso e não deixar de abordar a intrincada questão relacionada aos fundamentos filosóficos aplicados ao direito de autor, de modo que sejam possíveis a apuração de sua natureza jurídica e o conhecimento do real estado da arte da nossa temática.

3.2 FUNDAMENTOS JUSFILOSÓFICOS: ENTRE A ONTOLOGIA E A HISTORICIDADE

No tópico anterior, quando foi tratado sobre as reminiscências históricas do direito de autor, abordou-se o movimento de formação da proteção autoral, de modo que se tornassem evidentes a importância do influxo histórico e a necessidade de se considerar a relevância dos contextos econômico, social, cultural e político. Viram-se, assim, as contribuições conferidas a cada um dos marcos históricos, desde a Antiguidade até a edição dos Decretos Revolucionários Franceses de 1791 e 1793. Longe de uma perspectiva romântica e triunfalista, apurou-se que a retórica utilizada clama pela naturalização do direito sob a ótica do vencedor, ao que se deve ficar atento, sob pena de reduzir e simplificar demasiadamente o objeto de estudo. Diante das conclusões obtidas no fórceps da marcha da História, o desafio que agora se apresenta é o de ponderar sobre as bases filosóficas do direito de autor. A indagação que serve de bússola para guiar esta tese seria: quais seriam os fundamentos filosóficos capazes de justificar o direito de autor?

A questão que envolve a presente discussão seria o exercício mental que antecede às condições de tensão para criação normativa do direito de autor, ou mesmo antes de indagações sobre sua natureza jurídica. Se, de fato, a compreensão do direito de autor deve levar em consideração a conjuntura histórica, de outro lado, talvez não seria crível se afirmar que o direito de autor esteja tão-somente limitado aos aspectos temporais e constitua unicamente o resultado histórico do choque forças ao longo do tempo. A busca que inspira a tarefa desta tese é apurar os fundamentos filosóficos que embasam o direito de autor. O resultado dessa abordagem permitirá ser possível uma visão mais ampla sobre o estado da arte do direito de autor e, possivelmente, possibilitará a explicação sobre muitas das dificuldades apresentadas ao direito de autor contemporâneo.

Importante salientar que o desvelar histórico de qualquer que seja o instituto jurídico, por mais relevantes que sejam sua consideração e estudo, não esgota o objeto de análise. Se, de um lado, o processo histórico remove obstáculos pela aceitação prolongada de certas ideias, pelo interesse próprio e pela necessidade premente de resolver problemas imediatos, produzindo uma base para empregar uma lógica experimental, de outro lado, em muitas vezes, a autoridade histórica confere uma solidez que nem sempre seria logicamente defensável (Patterson, 1968). Um

exemplo disso é o próprio desenvolvimento do direito de autor. Viu-se uma formação do direito de autor a partir de uma série de contradições e ironias⁴⁷, que foram paulatinamente aceitas a ponto de conferirem solidez a um sistema jurídico carente de admissão de elementos axiológicos devidamente organizados e harmônicos. É justamente nessa “janela” que a investigação filosófica encontra seu desiderato, que seria permitir a ordenação de valores que possibilitariam a remodelação de princípios aplicáveis a uma visão mais abrangente dos direitos de autor.

Não há consenso sobre a sistematização dos pensamentos que abordam as justificativas filosóficas do direito de autor. Alguns autores consideram a existência de três eixos filosóficos, denominados utilitarismo, de Jeremy Bentham e de John Stuart Mill; teoria laboral, de John Locke; teoria personalista, de Immanuel Kant, Johann Gottlieb Fichte e George Wilhelm Friedrich Hegel. Outros acrescentam um quarto eixo, como William Fisher, ao adicionar planejamento social, ou mesmo uma nova perspectiva baseada em pensadores distintos, a exemplo da avaliação do direito de autor justificada em Marx ou em Rawls (Drummond, 2014, p. 35-45)⁴⁸.

Em alinhamento ao objetivo do presente tópico, não seria razoável uma abertura extensa das correntes filosóficas, pois o embasamento aqui buscado envolve a demonstração de um dos fatores formadores do marco teórico do direito de autor e a explicitação de causas que revelem as condições atuais do tema. Serão abordadas as três correntes filosóficas mais comuns nas classificações dos diversos autores.

3.2.1 John Locke e a propriedade intelectual: a conquista pelo trabalho

John Locke (1632-1704) desenvolveu seu pensamento filosófico a partir do individualismo e liberalismo. Sua visão a respeito da propriedade teve como

⁴⁷ Lyman Ray Patterson, na obra *Copyright in Historical Perspective*, cita três contradições na formação histórica do direito de autor: “i) é o editor, e não o autor, quem controlaria o comércio de livros; e é o editor, e não o autor, quem deseja proteção contra a concorrência econômica; ii) os direitos autorais mudaram de direito de editor para direito de autor editor por razões que pouco tinham a ver com o interesse do autor; iii) os direitos exclusivos conferidos ao titular do direito de autor serviram para limitar os direitos do indivíduo, embora os apelos dos direitos de autor (...) remontem à edição do Estatuto da Rainha Ana” (Patterson, 1968, p. 228).

⁴⁸ Sobre a criação filosófica para justificativa do direito de autor, pode-se citar um importante marco teórico, que contribui sobremaneira para qualquer estudo sobre o tema e que, além de apresentar panorama extenso de classificações e autores, oferece um novo olhar sobre a filosofia aplicada ao direito de autor. Refere-se, aqui, à tese de Victor Gameiro Drummond, intitulada “Do Círculo Hermenêutico ao Círculo Criativo: (As Novas) Perspectivas Filosóficas do Direito de Autor”. Muitas referências que serão utilizadas neste tópico foram obtidas a partir da leitura do citado trabalho.

postulados uma razão natural e o exercício do trabalho. A propriedade, para o citado contratualista, era um direito natural (Bobbio, 2006), justificada pela posse, pois as coisas naturais foram dadas em comum, ou pela capacidade de o homem modificar o mundo exterior a seu benefício, mediante o trabalho. Cada um poderia, assim, obter aquilo que fosse disponível de acordo com suas necessidades, mediante a posse ou o trabalho⁴⁹. A aquisição, porém, do bem comum da terra exigiria, para além da posse, a valorização com o trabalho (Locke, 2001, p. 106):

Também não é tão estranho, como talvez pudesse parecer antes da consideração, que a propriedade do trabalho fosse capaz de desenvolver uma importância maior que a comunidade da terra. Pois na verdade é o trabalho que estabelece em tudo a diferença de valor; basta considerar a diferença entre um acre de terra plantada com fumo ou cana, semeada com trigo ou cevada, e um acre da mesma terra deixado ao bem comum, sem qualquer cultivo, e perceberemos que a melhora realizada pelo trabalho é responsável por grandíssima parte do seu valor.

O incremento daquilo que se coloca como comum dá-se pelo trabalho, pela transformação realizada pelo homem, mediante o ofício empregado. O trabalho, assim, assume feição que embasa a propriedade e expressa primazia em relação à posse. O tom jusnaturalista do discurso de Locke acrescenta a existência de uma propriedade anterior à geração do próprio Estado, sendo a organização estatal destinada à proteção dela, acrescentando-se nesse desiderato a liberdade e a igualdade. Essa propriedade tem como marco a afirmação de que os indivíduos seriam proprietários de si mesmos, de seus corpos e trabalho e, por conseguinte, donos daqueles objetos que se infundiram ao seu labor (Moore, 2016).

A obra da qual se extraem esses ensinamentos sobre a propriedade e o trabalho é o “Segundo Tratado do Governo Civil e outros Escritos”. Essa teoria filosófica, que trata sobre o direito de propriedade, não se destina especificamente à propriedade intelectual, tampouco ao direito de autor (Drummond, 2014). Algumas questões pontuais sobre o regime de privilégios e sobre as atividades dos impressores e autores foram tratadas de forma específica, em uma perspectiva prática e inserida no contexto que vivenciava o filósofo. Cita-se o *Locke’s 1694 Memorandum*, texto

⁴⁹ “Ninguém poderia apreender quantidade maior de alimento do que sua fome, sob pena de proporcionar perda de parcela do mesmo. Para o fim de afastar-se das limitações que traria ao modo de produção capitalista, pautado na acumulação de riquezas e da exploração do trabalho, desenvolveu-se a tese de que a criação de um sistema monetário, ante a transformação de um bem perecível em bem que tende a ser perene, não traria qualquer desperdício, vez que o ouro e a prata não se desperdiçam, não se estragam” (Mapherson, 1979, p. 215).

dirigido, segundo historiadores, a Edward Clark, membro do Parlamento de quem Locke era aliado próximo.

As questões abordadas envolveram muito mais a discussão política, dirigida ao fim da censura e do monopólio. Não se vislumbram, em tais excertos de Locke, qualquer tentativa em realizar uma abordagem mais geral ou o desejo de formular bases filosóficas da atividade autoral. Dito isso, pode-se afirmar que não há um trabalho de Locke dirigido à formação de uma teoria ou de bases gerais de fundamentação filosófica sobre o direito de autor ou sobre a teoria patrimonialista, que tenha como embasamento sua noção desenvolvida acerca do trabalho ou da propriedade⁵⁰. Inclusive, Ronan Deazley afirma que o teor da resposta redigida por John Locke a Freke (integrante do Parlamento) revela a compreensão deste de que sua teoria não seria aplicável ao bem imaterial⁵¹.

Os fundamentos utilizados por muitos, para justificarem os alicerces jusfilosóficos sobre os quais repousa o direito de autor, partem de formulações mais amplas de John Locke. São usadas, para esse fim, as formulações sobre a propriedade e o trabalho como substrato teórico aplicado ao direito de autor. A

⁵⁰ No original: *Locke commentators predominantly understand the memorandum in the context of censorship, but it is its focus on the monopoly held by the Stationers – as well as Locke's near silence on authorial rights -- which has brought the memorandum into discussions in intellectual property circles. The different ways scholars approach the memorandum does point to an important interpretative question: how much was Locke making an economic argument (against the Stationers) only to achieve more obliquely a political end (the end of censorship)?* Em livre tradução: Os comentaristas de Locke entendem predominantemente o memorando no contexto da censura, mas foi o seu foco no monopólio detido pelos Stationers – bem como no quase silêncio de Locke sobre os direitos de autor – que trouxe o memorando para discussões nos círculos de propriedade intelectual. As diferentes formas como os estudiosos abordam o memorando apontam para uma importante questão interpretativa: até que ponto Locke apresenta um argumento econômico (contra os papelheiros) apenas para alcançar de forma mais oblíqua um fim político (o fim da censura)? (Hughes, 2006, p. 2-3).

⁵¹ No original: *One of the ironies of the orthodox conception of copyright within the UK is that John Locke himself did not consider that his theory of property extended to intellectual properties such as copyrights and patents. In response to this letter from Freke, Locke suggested that Parliament might secure the 'Author's property in his copy' by either including some provision that would allow a right to reprint those works which bore the name of the author or publisher upon them, or by issuing a 'receipt' upon delivery of three copies of any printed work for the use of the King's library and the two universities which would 'vest a priviledg in the Author of the said book his executors administrators and assignes of solely reprinting and publishing the said book for ---- years from the first edition thereof'.* Em tradução nossa: “Uma das ironias da concepção ortodoxa de copyright no Reino Unido é que o próprio John Locke não considerava que sua teoria da propriedade se estendia a propriedades intelectuais, como direitos autorais e patentes. Em resposta a essa carta de Freke, Locke sugeriu que o Parlamento poderia garantir a 'propriedade do autor em sua cópia', incluindo alguma disposição que permitisse o direito de reimpressão daquelas obras que levavam o nome do autor ou editor, ou emitindo um 'receit' mediante a entrega de três cópias de qualquer obra impressa para uso da biblioteca do rei e das duas universidades que 'confeririam um privilégio ao autor do referido livro, seus executores, administradores e cessionários de apenas reimprimir e publicar o referido livro por ---- anos a partir da primeira edição deste” (Deazley, 2006, p. 144-145).

formulação, a princípio, é bastante simples: i) se a propriedade, tida como um direito natural prévio, constitui o fim a ser perseguido pelo Estado; ii) se o trabalho confere esse direito natural de aquisição; iii) a inserção da atividade intelectual como trabalho elevaria o resultado dessa atividade como propriedade intelectual. Dito isso, o trabalho intelectual permitiria a aquisição da propriedade intelectual, que estaria inserida no escopo finalístico do próprio Estado, qual seja, assegurar a propriedade.

Fisher (1998) elenca seis possíveis fundamentos encontrados no Capítulo 5 do “Segundo Tratado do Governo Civil” que poderiam justificar a aderência da teoria de Locke à justificativa filosófica do direito de autor. Após a avaliação de cada um deles, conclui que as formulações menos inadequadas à formulação da proposta teórica aplicada ao direito de autor seriam: o valor moral do trabalho confere direito aos racionais e industriais; e a maior parte do valor das coisas úteis aos homens não deriva do valor das matérias primas de que são feitas, mas do trabalho despendido nelas⁵².

Os recortes teóricos encontrados na obra de Locke, entretanto, não respondem a indagações mais profundas sobre o direito de autor, a exemplo, não oferecem solução para indagações do tipo: o que seria considerado trabalho intelectual? O que seriam bens comuns, quando aplicados à ideia de atividade intelectual? À primeira indagação, são elencadas possíveis respostas, que variam desde o tempo e o esforço das horas trabalhadas, os benefícios sociais trazidos ou mesmo a existência de uma atividade criativa. Qualquer uma das opções traria implicações que impediriam a adesão da teoria, senão por um contorcionismo intelectual excessivo. A segunda indagação, por seu turno, demonstra a impropriedade de incidência da teoria de Locke ao direito autoral, pois a aquisição exclusivista do bem comum pelo trabalho não seria

⁵² (4) *The moral value of work reinforces the foregoing insight. God gave the World to "the Industrious and Rational, ... not to the Fancy or Covetousness of the Quarrelsome and Contentious."* It is thus fitting that the former acquire, through their labour, title to that which they labor upon. (5) *A sense of proportionality and fairness also figures in the inquiry. Most of the value of things useful to men derives not from the value of the raw materials from which they are made, but from the labour expended on them. It is thus not "so Strange" that, when determining whether ownership should be assigned to the worker or the community, the individual "Property of labour should be able to over-balance the Community of Land".* Nossa tradução: “(4) O valor moral do trabalho reforça a visão precedente. Deus deu o mundo aos “industriosos e racionais, ... não para a fantasia ou cobiça da briga e contenciosa. É, portanto, apropriado que os primeiros adquiram, por meio de seu trabalho, o título daquilo em que trabalham. (5) Um senso de proporcionalidade e justiça também figura no inquérito. A maior parte do valor das coisas úteis aos homens não deriva do valor das matérias primas de que são feitas, mas do trabalho despendido nelas. Portanto, não é “tão estranho” que, ao determinar se a propriedade deve ser atribuída ao trabalhador ou à comunidade, ao indivíduo “A propriedade do trabalho deve ser capaz de contrabalançar a Comunidade de Terras”. Disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>.

afinada a qualquer compreensão acerca da atividade intelectual, que exige limitações e destinações vocacionadas ao interesse social e de terceiros. Por isso, conclui o autor:

Poder-se-á responder que nenhuma destas observações indica que a aplicação da teoria do trabalho à propriedade intelectual é indeterminada. Indicam apenas que o direito de propriedade intelectual teria de ser radicalmente revisto para se conformar com o esquema lockeano. Talvez. Mas a escala da revisão necessária é assustadora. (Fisher, 1998, n.p.)⁵³

A dificuldade de ajustar a teoria de Locke à produção intelectual também é retratada por Daniel Attas. Este aduz que a ideia apresenta natureza não rival, já que inúmeros indivíduos podem detê-la sem que haja privações pelo uso e isso afastaria a premissa lockeana que persegue a justificação de um controle exclusivo do bem por um sujeito; de outro lado, tem-se a impossibilidade de que seja identificado aquele que primeiro “tomou posse” da ideia: “não existe, portanto, uma forma natural de determinar o criador individual de uma ideia que pode reivindicar a propriedade com base nesse estatuto” (Attas, 2008, p. 53).⁵⁴

A sucinta exposição do pensamento de Locke aplicado ao direito de autor demonstra um forçoso encaixe de elementos que não guardam simetria. O exclusivismo e a “sacralização” da propriedade propostos pelo filósofo não se adequavam à quebra dos privilégios ou à mitigação da perpetuidade da exploração da obra intelectual; a natureza imaterial dispensa a necessidade de justificativa da posse concorrente. Dito isso, vislumbra ainda mais difícil a eventual tarefa de propor a incidência dessa teoria ao desvelar do direito autoral contemporâneo, em que resta evidente a necessidade de acolher as inúmeras limitações que devem ser impostas ao referido direito, tendo-se em vista a necessidade de conjugação de valores, interesses e direitos colidentes.

Como conclusão, a tentativa de adequação de uma teoria da propriedade, baseada em Locke, ao direito de autor partiria da readaptação do conceito de propriedade, porém as premissas estabelecidas na teoria não seriam superadas, eis

⁵³ No original: *One might respond that none of these observations indicates that the application of labor-desert theory to intellectual property is indeterminate. They indicate merely that intellectual property law would have to be radically revised to conform to the Lockean scheme. Perhaps. But the scale of the necessary revision is daunting.*

⁵⁴ No original: *there is, therefore, no natural way to determine the individual originator of an idea who can claim ownership on the basis of such a status.*

que a propriedade considerada em Locke sempre a propriedade material; não há qualquer consideração sobre o processo criativo, elemento indispensável à validação de um sistema que efetivamente considere o autor. Além dessas incongruências, o principal desacerto na tentativa de se aplicar a referida teoria ao direito de autor atual é a ausência de equivalência entre os institutos. O direito de autor traduz-se em uma construção posterior ao pensamento de Locke (ao tempo de seu falecimento, o Estatuto da Rainha Ana ainda não tinha sido sequer publicado), com características bem diversas da propriedade material (premissa estruturante da teoria), e que, assim, não se ajustam às conclusões obtidas. Esse intento “configura erro de muitos autoristas de querer aplicar o entendimento do passado partindo-se dos pré-juízos do presente, justificando-se e, portanto, interpretando já favoravelmente para chegar à defesa do que analisa no momento da compreensão” (Drummond, 2014, p. 188).

Em razão das críticas que tornam improvável a aplicação da teoria de John Locke ao direito de autor, talvez pareça ser totalmente inválido o avanço teórico contratualista sobre a temática, porém não é bem assim. A própria discussão trazida possibilita o desenvolvimento das ideias e contribui para reflexões que possibilitam o amadurecimento do estudo.

Além disso, pode-se afirmar o importante papel histórico de John Locke e de seu pensamento à época que antecedeu a constituição do *Copyright*. Muito embora não tenha Locke vivenciado a corporificação da norma do *copyright*, pelas mãos da rainha Ana, em 1710, inegavelmente houve conjugação de influências entre os pensamentos do filósofo e o contexto em que ele estava inserido. Ao mesmo tempo que foi influenciado pelo contexto social, contribuiu para as modificações políticas, advindas da Revolução Gloriosa, cujo resultado conferiu a instauração da monarquia parlamentarista e plasmou o *Bill of Rights*. Do mesmo modo, influenciou diretamente o processo de formação do *copyright*, já que os pensamentos de Locke sobre a propriedade intelectual foram amplamente utilizados para a conveniente modificação de discurso da *Stationer's Company*.

A guilda de livreiros de Londres, ao perceber a impossibilidade de manutenção do sistema privilégios, passou a defender o direito de propriedade intelectual do autor (Stern, 2012). Por óbvio, como oportunamente abordado, o intento era perpetuar o sistema de exclusividade e de monopólio, sob a alegação da liberdade de

transferência da propriedade⁵⁵. Constata-se, com isso, a invariável convergência dos discursos filosóficos aplicados convenientemente aos interesses momentâneos que se pretendia proteger. Todavia, como se verá na sequência, o marco legal do direito autoral, apesar da participação discursiva da teoria individualista de Locke, teve como influência mais decisiva o utilitarismo.

3.2.2 O Bem-Estar Social e o Direito de Autor: uma resposta utilitária à fundamentação filosófica do tema

Inegáveis o gênio e a influência de John Locke no período em que se deu a gênese do direito de autor; sua participação direta em questões práticas e políticas do *copyright* demonstram seu peso e importância para o cenário da Inglaterra do século XVIII. A leitura, todavia, do marco inicial permite concluir que a linha teórica adotada para a edição do Estatuto da Rainha Ana, de 1710, seguiu um eixo tipicamente utilitarista (Drummond, 2014, p. 111). A regulamentação do direito de autor teve como mote limitações ao monopólio da guilda de livreiros de Londres e o incentivo ao mercado livreiro. O próprio título do ato normativo expressa esse intento de fomento ao mercado livreiro, sob um argumento estímulo ao conhecimento: “Intitulada Uma Lei para o Incentivo à Aprendizagem, através da aquisição de cópias de livros impressos aos autores ou compradores de tais cópias, durante os períodos nela mencionados”, a Lei contém onze seções, cuja totalidade é reproduzida no apêndice aqui”.⁵⁶

Não se quer, com essa afirmação, desconsiderar o intento último que alavancou a formação da legislação do *copyright*, pois as justificativas aparentes e tipificadas em uma lei, muitas vezes não refletem fidedignamente as reais intenções acobertadas pelas palavras impressas. Ao longo do trabalho, foi visto que os fatores determinantes para a afirmação do direito de autor foram essencialmente a confirmação dos interesses econômicos, em última análise, a manutenção e fortalecimento do “livro” como produto integrante de uma relação de consumo. Almeja-

⁵⁵ Muito embora a guilda de livros francesa, pela pessoa de Diderot (1861), tivesse utilizado uma estratégia semelhante – a de invocar o direito de propriedade natural da obra intelectual –, o amadurecimento das ideias iluministas e a maior aproximação temporal da formação com o Estado de Direito trouxeram um resultado diverso: um apelo maior ao humanismo e naturalismo no sistema francês e uma perspectiva mais pragmática e econômica no *copyright*.

⁵⁶ No original: *An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned.*

se, com isso, fazer-se claro a ponto de que seja evidente que as matizes muitas vezes filosóficas se imiscuem com as forças sociais e econômicas, porém nem sempre retratam efetivamente os fatores mais determinantes de eleição da opção normativa.

Evidente a justificativa utilitária para a edição do Estatuto da Rainha Ana, assim como é clara a justificativa humanista das Leis Autorais Francesas, porém, a partir disso, jamais se poderia negligenciar que as razões apresentadas se conjugaram aos interesses de viés nitidamente patrimonial. Seja no sistema do *copyright*, de justificativa utilitária; seja no *droit d'auteur*, de justificativa personalista, em ambos, se se observar a intenção dirigida pelas forças sociais, encontra-se uma nota patrimonial aplicada ao direito de autor.

À evidência da busca pela retomada do conteúdo axiológico aplicado ao direito e a cruzada contra o positivismo, especialmente após as Grandes Guerras, poderiam revelar que a ponderação sobre o utilitarismo aplicado ao direito de autor seria relevante unicamente como compreensão dos fundamentos filosóficos em uma perspectiva histórica. O avanço na solução de problemas atuais que cercam o direito de autor, entretanto, retrata uma retomada de elementos utilitários, notadamente para que haja a limitação do alegado abuso do direito de autor e a conjugação com os interesses sociais em colisão. Portanto, a passagem pelo utilitarismo autoralista mostra-se importante não somente para a compreensão de questões passadas e que explicam as dificuldades presentes, mas também como embasamentos para propostas atuais. Dito isso, parece explicada a necessidade de se avançar nessa temática.

Os principais expoentes do utilitarismo foram Jeremy Bentham (1748-1832)⁵⁷ e seu discípulo, John Stuart Mill (1806-1873)⁵⁸. Parece razoável se explicar o descompasso cronológico entre as datas informadas, pois os escritores do utilitarismo fizeram suas propostas após a edição do Estatuto da Rainha Ana, de 1710, o que conduz a uma lógica indagação: como seria possível se afirmar a existência de uma influência utilitarista ao texto normativo se essa escola filosófica de justiça ainda não tinha sido erigida?

⁵⁷ Para este estudo, destaca-se como principal obra: BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Disponível em <http://www.econlib.org/library/Bentham/bnthPML.html>. Acesso em: 05 dez. 2023.

⁵⁸ Para este estudo, destaca-se como principal obra: MILL, John Stuart. **Utilitarianism, liberty, and representative government**. J.M. Dent & Sons Ltd. London, 1ª edição, 1910. Disponível em: <https://archive.org/details/utilitarianismli0000mill/page/n9/mode/2up>. Acesso em: 05 dez. 2023.

A resposta a essa coerente indagação repousa-se em grande parte na compreensão e na senda que se busca desenvolver no estudo sobre as reminiscências históricas do percurso do direito de autor. Viu-se que os contextos sociais, econômicos e culturais de determinado período histórico influenciam a sociedade em seus vários aspectos e que a expressão de uma norma ou mesmo a sistematização de um pensamento ou teoria inserem-se em um processo de descoberta e maturação de valores e ideias. Dada certa contemporaneidade entre a norma legal autoralista e a teoria utilitarista, tem-se que a conjuntura social já era permeada por valores nitidamente pragmáticos, propícia para se materializar a norma e a formulação da teoria de justiça com teor equivalente (Drummond, 2014).

A teoria de Jeremy Bentham estabelece que as ações humanas apresentam duas causas eficientes, a positiva, pautada na busca pelo prazer; e a negativa, dirigida à fuga da dor (Rosa, 2010). Para avaliação do comportamento humano, tendo como premissa as causas eficientes, desenvolve um princípio norteador, a que denomina princípio da utilidade. Esse princípio tem como objetivos o julgamento e direção do comportamento humano ao estabelecer como medida o maior ou menor incremento da felicidade:

Pelo princípio da utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, seja ela qual for, de acordo com a tendência que parece ter para aumentar ou diminuir a felicidade da parte cujo interesse está em questão: ou, o que dá no mesmo. em outras palavras, promover ou opor-se a essa felicidade. Digo de qualquer ação e, portanto, não apenas de toda ação de um indivíduo privado, mas de toda medida de governo. (Bentham, 1907, n.p., tradução nossa)⁵⁹

A instrumentalização dos meios para que seja possível se alcançar dado fim permite a materialização do princípio, o que rende, em certas situações, a possibilidade de que sejam reificados pessoas e direitos indissociáveis de um sujeito. Nesse ponto, John Stuart Mill e Jeremy Bentham concordam. Porém, a avaliação do princípio da utilidade é considerada em perspectivas diversas quanto ao prazer – causa eficiente das ações humanas. Enquanto Bentham apresenta um cálculo que

⁵⁹ No original: *By the principle of utility is meant that principle which approves or disapproves of every action whatsoever, according to the tendency it appears to have to augment or diminish the happiness of the party whose interest is in question: or, what is the same thing in other words, to promote or to oppose that happiness. I say of every action whatsoever, and therefore not only of every action of a private individual, but of every measure of government.* Disponível em: https://www.econlib.org/library/Bentham/bnthPML.html?chapter_num=2#book-reader. Acesso em: 05 dez. 2023.

pressupõe o prazer em uma perspectiva unicamente quantitativa, Mill insere, na equação do prazer, o aspecto qualitativo, afastando críticas sobre o utilitarismo inaugural, que seria incapaz de responder a indagações como esta: alguém poderia abdicar de uma vida intensa e repleta de afetos e alegria em nome de uma eternidade insípida e monótona?⁶⁰

O princípio da utilidade, para Jeremy Bentham, dirige-se ao comportamento humano de forma abrangente, porquanto o princípio aplica-se não somente ao indivíduo, mas também à comunidade. Afinal, a comunidade é um “corpo fictício, composto por pessoas individuais que são consideradas constituintes de seus membros. O interesse da comunidade é então, o quê? A soma dos interesses dos vários membros que a compõem” (Bentham, 1907, n.p.).

A justificação da propriedade privada também perpassa a validação do princípio da utilidade. A propriedade deve atender ao propósito de proporcionar benefício, vantagem, prazer ou felicidade, ou evitar que aconteçam danos, dor, mal ou infelicidade (Bentham, 1907).

Nesse sentido, tem-se que a adequação da propriedade intelectual integra-se à incidência do princípio da utilidade, de modo que possa concretizar as causas eficientes (realização da felicidade e fuga da dor). A premissa, para tanto, parte da admissão da produção intelectual como patrimônio, sobre a qual repousa uma série de tutelas. As proteções jurídicas ao patrimônio pautam-se no direito de exclusão, que confere exclusividade ao proprietário contra todos os demais. Excluir significa impedir o acesso, bater a porta na cara de todos (Merges, 2011).

Surge, com isso, um problema que envolve a proteção jurídica e o direito de exclusão em virtude da discrepância ontológica entre a propriedade em comum (material) e a propriedade imaterial. Afinal, como se afirmar o direito de exclusividade em um bem ubíquo? (Ascensão, 2007)⁶¹. Como resposta, a teoria apresenta as seguintes diferenças, que seriam supostamente capazes de solucionar a problemática apresentada: enquanto a delimitação do direito de exclusão é conferida pelos próprios

⁶⁰ Stuart Mill inseriu a distinção entre prazeres superiores e prazeres inferiores: *Mill's most noticeable modification of Benthamism is his assertion that pleasures may differ in quality as well as quantity, so that a lesser but higher pleasure may be preferable to a greater but lower one.* (Mill, 1910, p. 8).

⁶¹ José Oliveira Ascensão, em seu artigo “A Pretensa Propriedade Intelectual”, lança uma série de questões não respondidas que se dirigem à afirmação da suposta propriedade outorgada à produção intelectual, dentre as quais, “O autor pode naturalmente usar sempre a sua obra. Em nada essa faculdade é diminuída pelo fato de terceiros a usarem também, ainda que sem autorização. Inversamente, um proprietário deixa de poder usar se um terceiro de apodera da coisa”.

limites corporais do objeto material, a delimitação do direito de exclusão para a propriedade imaterial seria possível pela demonstração da criação (Lima, 2013). Outro subterfúgio acaba sendo igualmente utilizado e constitui-se no argumento da ratificação dos bens intelectuais (Ascensão, 2007), ao estabelecer regras proibitivas sobre atividades que naturalmente seriam livres.

A incidência do princípio da utilidade sobre o bem imaterial afasta quaisquer premissas de Direito Natural⁶² e argumentos metafísicos de justificação. A base da propriedade avaliada sob a perspectiva utilitária é a de preservar o retorno dos investimentos feitos por aqueles que empreenderam, por meio da exclusividade da exploração comercial, de forma que sejam motivados a continuar o “progresso”:

através da exclusividade na exploração econômica da criação, o titular do direito pode recuperar gastos com a pesquisa e desenvolvimento, e ver nisso um incentivo para continuar a investir em inovação, o que em última análise impulsionaria o sistema de inovação como um todo⁶³. (Lima, 2013, p. 10)

A despeito das inúmeras críticas que se dirigem ao eixo filosófico utilitarista, especialmente aplicado ao direito de autor, considerar-se-á que fosse possível superar a discussão sobre a incidência da teoria utilitária ao direito de autor, bem como fosse admitida a inexistência de um matiz jusnaturalista, e, assim, dar-se um passo além. O objetivo desse aprofundamento é alcançar eventuais vantagens advindas da adoção desse eixo filosófico, porquanto se mostra presente, atualmente, discussões sobre a funcionalização do direito de autor (em especial quando se refere a questões sobre os limites), que poderiam encontrar respaldo em noções utilitaristas mais profundas. Para isso, serão apresentadas as reflexões de William Fisher (2011) que tiveram como escopo a obtenção de resposta sobre qual o sistema que melhor concretizaria o ideário utilitarista (“maior bem para o maior número”). O autor oferece

⁶² Em defesa ao entendimento de Jeremy Bentham, Willian Patry alega que *Bentham's remarks place property in the correct context a right created by society to further social goals. As important as many property rights are, they do not exist automatically as part of the human condition, but rather as social creations, to further social goals*. Em livre tradução: por mais importantes que sejam muitos direitos de propriedade, eles não existem automaticamente como parte da condição humana, mas como criações sociais para a prossecução de objetivos sociais (Patry, 2011, p. 140).

⁶³ Tal ensino teórico não se mostra bem alinhado ao movimento feito por ocasião da edição do *copyright*? Talvez, assim, uma das razões que permitiu a antecipação legislativa prematura da expressão utilitarista, se comparada com a sistematização teórica, seja a necessidade econômica e o próprio pragmatismo da ideia, que impôs a necessidade de se universalizar o mercado e preservar o direito daqueles que investiam na produção de livros. Tais pressupostos fáticos e econômicos foram, por conseguinte, embasados na teoria utilitarista.

três possibilidades valorativas que poderiam embasar um sistema sobre o direito de autor.

A primeira delas é a *incentive theory* (teoria dos incentivos), que dirige a exclusividade e o tempo de monopólio pela exploração da criação até que sejam possíveis a obtenção do retorno necessário (benefícios marginais) e a superação do custo marginal. A *optimizing patterns of productivity* (otimização de padrões de produtividade), a segunda opção trazida, teria como norte a busca pelos criadores por produtos que retratem a preferência do consumidor.

Nessa perspectiva mercadológica, os criadores ofereceriam produtos que integrariam a cadeia produtiva com maior facilidade e, por conseguinte, com maior retorno financeiro, o que retrataria um estímulo à produção intelectual. Por último, a *rivalrous invention* (invenção rival), que teria como explicação o desejo de que fosse evitado o desperdício de custos que envolve a redundância da criação (desde a criação primária, até as criações posteriores e que tem como objetivo desenvolver melhoria lucrativa ou tecnologias assemelhadas e não protegidas). Cada uma das perspectivas tem seus entraves, que envolvem a impossibilidade de mensuração efetiva dos benefícios que a adoção de uma delas traria (Fisher, 2011, p. 13-15).

Mesmo que seja possível a conjugação de elementos econômicos e materiais, capazes de proporcionar a resposta utilitária (“maior bem para o maior número”), as medidas escolhidas dificilmente poderiam validar a adoção de uma teoria utilitária aplicada ao direito de autor, porquanto os ajustes de índole mercadológica, mesmo efetivos, não teriam o condão de transmutá-los à categoria de alicerces filosóficos. De outro lado, ter-se-iam as premissas consequencialistas amparadas pela propriedade, que sofrem grande crítica, diante da dificuldade em se conjugar as inúmeras nuances que exige a equivalência com os bens corpóreos, o que torna ainda mais delicada a admissão desse eixo filosófico. A despeito disso, o argumento consequencialista continua em voga e, vez ou outra, apresenta-se sob formas diversas, muitas vezes alinhadas a necessidades que se contrapõem à própria proteção do autor⁶⁴.

⁶⁴ Como bem retrata Victor Gameiro Drummond, em sua tese de doutoramento, ao abordar o caráter plástico do argumento utilitário (não necessariamente utilitarista), que poderia servir a interesses e finalidades totalmente contraditórios e que muitas vezes deixa de ser utilizado com o primor conceitual esperado (2014, p. 196): “Ora, buscar a felicidade pela proteção do direito de autor sobre obras de titularidade de pessoas jurídicas ou no âmbito das entidades de gestão pareceria excessivamente forçoso ao considerar a cadeia distanciada dos sujeitos-criadores e a natureza da busca da felicidade que estes pretendariam. Isto porque a felicidade inerente a um trabalhador de uma entidade de gestão coletiva ou de uma grande corporação de entretenimento relacionada a direito de autor não significa a

3.2.3 A Contribuição Germânica ao Direito de Autor: O Direito Moral do Autor Em Kant e Fichte

O estudo dos fundamentos históricos do direito de autor costumeiramente se limita aos sistemas inglês e francês, em virtude do pioneirismo legislativo, que traduziu aspirações do mercado livreiro em expansão. Curiosamente, a região dos Estados que futuramente formaram a Alemanha pode ser considerada o “berço” da impressão no continente europeu, já que Mainz foi o local onde Gutemberg desenvolveu a primeira prensa móvel. Todavia, algumas características da insipiente sociedade alemã retardaram a criação de normas específicas do direito de autor, se comparado com os sistemas do *copyright* e do *droit d’auteur*.

Veja-se que o primeiro privilégio concedido na região somente ocorreu entre 1827 e 1842, para o autor Goethe, e a primeira norma de proteção ao direito autoral, considerada em nível nacional, somente foi promulgada em 1870 (Sousa Alves, 2021). Antes disso, houve tentativa de se estabelecer um sistema de privilégio e de monopólio dirigido aos editores e livreiros com criação da Sociedade de Edição Alemã (1765), a exemplo das realidades inglesa e francesa. Porém, logo na sequência “os próprios autores assumiram as funções de livreiro/editor, eliminando os intermediários comerciais e levando suas obras diretamente ao público” (Sousa Alves, 2021, p. 5). Credita-se, também, a tardia regulamentação sobre a produção e comércio de livros à própria organização social dos Estados que compunham o que seria a futura Alemanha, pois ainda não havia unidade política, o que tornava difíceis o estabelecimento de normas unitárias e um sistema único de proteção do mercado livreiro a todo o território.

A ausência de um sistema e de normas de proteção ao mercado livreiro, aliada à desenvolvida indústria de imprensa, trouxe como consequência uma prática de contrafação das obras. As vozes que se ergueram contrariamente a essa prática não foram emitidas pelo Estado (ainda inexistente) ou pelo sistema produtivo (que não conseguiu formar-se enquanto um sistema único que proporcionasse privilégios e monopólio), mas por pensadores que passaram a repudiar a prática. Por esse motivo, foi possível um aprofundamento muito maior de questões de índole filosófica na

aplicabilidade das teses utilitaristas ao direito de autor do ponto de vista filosófico, mas uma aplicabilidade utilitarista (indistintamente), simplesmente, sem vínculo à categoria jurídica em apreço”.

Alemanha⁶⁵, se comparada com a Inglaterra e a França, onde o sistema de mercado capitalista já estava mais pronto e maduro e a organização política, centralizada.

Não se quer, com este breve intróito, estender-se sobre questões históricas de formação do Estado alemão, tampouco trazer o desenvolvimento do direito de autor germânico, mas tão-somente ambientar a formação das bases filosóficas que muito contribuíram para o debate sobre o direito de autor. Foi a partir da repulsa da prática de reproduções não autorizadas de obras que se abriu um profícuo debate entre Immanuel Kant (1724-1804) e Johann Gottlieb Fichte (1762-1814), o que proporcionou o desenvolvimento dos alicerces morais do direito de autor. Esse, portanto, é o objeto de estudo do presente tópico. Cumpre se salientar que a perspectiva moral do direito de autor não estava presente originariamente nos sistemas do *copyright* ou do *droit d'autuer*, o elemento moral somente foi considerado nesse sistema (francês) tempos depois, como resultado da evolução trazida pelo trabalho jurisprudencial, apoiado nas discussões entre os pensadores alemães:

Via de regra, esse aspecto moral ou pessoal do direito de autor é associado à tradição do *droit d'auteur*. De fato, ele está presente no artigo L-121-1 do *Code de la Propriété Intellectuelle* e tem lugar também no artigo 6 bis da Convenção de Berna, revista em Paris em 1971 e validada no Brasil por meio do Decreto 75.699 de 1975. Entretanto, tal elemento não se fazia presente nas primeiras leis francesas pós-revolucionárias sobre o tema, que acentuavam apenas a dimensão patrimonial da proteção autoral. Foi ao longo do século XIX que se afirmou na França a concepção jusnaturalista e personalista do direito de autor, que foi obra de um longo trabalho jurisprudencial. Assim, no século XVIII, o direito moral não era ainda reconhecido juridicamente. Este foi talvez o grande debate do século XIX entre os autorialistas franceses, que se apoiaram, em grande medida, nas elaborações conceituais alemãs de coloração romântica que remontam ao final do século XVIII. (Sousa Alves, 2021, p. 2)

Inegável, portanto, sob as perspectivas histórica e filosófica, a necessidade em se adentrar no embate alemão. Começar-se-á por Kant. O notório filósofo alemão ofereceu dois escritos específicos para se tratar da produção intelectual. O primeiro deles, intitulado “Sobre a ilegitimidade da reprodução de livros” (*Von der*

⁶⁵ “O Estado Nacional Alemão só surgiu em 1871, isto é, no final do século XIX, após muita luta pela sua unificação (...) Nesta época, ou seja, século XIX, outros países europeus que já haviam consolidado o seu Estado Nacional no século XVI, avançavam no seu processo de industrialização. A Inglaterra, por exemplo, havia passado pela I Revolução Industrial, em 1750, e caminhava para a II Revolução Industrial, ocorrida em 1850/60. Assim, o capitalismo desenvolvido na Alemanha foi do tipo tardio, também conhecido como prussiano, uma vez que este país só conseguiu se industrializar no final do século XIX” (Izepão; Brito; Borges, 2019, p. 25).

Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks)⁶⁶, foi publicado em 1785 e traduziu-se em uma resposta à prática comum e crescente de cópias não autorizadas. Nesse escrito Kant alterou completamente a perspectiva de proteção do autor, deslocou o centro de protetivo da esfera patrimonial para a esfera pessoal. Ele defendia que a propriedade não serviria de substrato suficiente para justificar e tutelar o negócio jurídico estabelecido entre o autor e o editor, pois o livro “é uma mercadoria que o autor se comunica com o público indiretamente ou por meio de outra pessoa”, e que por isso o autor poderia conceder poderes a outros, mas nunca alienar tais prerrogativas (Kant, 1785)⁶⁷. Para tanto, argumentava que o negócio entabulado entre o autor e o editor seria um “negócio em nome de outra pessoa”, o editor agiria em nome do autor, de modo que o discurso pudesse ser transmitido ao público.

A justificativa feita contra a reimpressão não autorizada dava-se nessa mesma linha: o adquirente do exemplar do livro possuía apenas o direito real sobre um objeto e não um direito sobre o discurso do autor. Com efeito, o mero proprietário do *corpus mechanicum* não estaria autorizado a propagar o discurso do autor, por lhe faltar autorização para tal fim. A expressão lógica apresentada por Kant é retratada pelo seguinte silogismo:

Um direito pessoal afirmativo a outrem nunca pode ser inferido apenas da propriedade de uma coisa. Agora, o direito de publicar é um direito pessoal afirmativo. Consequentemente, nunca pode ser inferido apenas da propriedade de uma coisa (o espécime). (Kant, 1795, n.p, tradução nossa)⁶⁸

Dez anos depois, Kant publicou seu livro “Metafísica dos Costumes” e dedicou um tópico específico para tratar sobre o tema “livro” (Doutrina Universal do Direito, Parte I, Capítulo II, §31). O próprio título é uma indagação bem oportuna: “o que é um

⁶⁶ Texto disponível em: <https://www.projekt-gutenberg.org/kant/klschri/chap001.html>. Acesso em: 05 dez. 2023.

⁶⁷ No original: *Der erste Punkt des Untersatzes ist: daß der Verleger durch den Verlag das Geschäft eines andern treibe. – Hier kommt alles auf den Begriff eines Buchs oder einer Schrift überhaupt, als einer Arbeit des Verfassers, und auf den Begriff des Verlegers überhaupt (er sei bevollmächtigt oder nicht) an: ob nämlich ein Buch eine Ware sei, die der Autor, es sei mittelbar oder vermittelt eines andern, mit dem Publikum verkehren, also mit oder ohne Vorbehalt gewisser Rechte veräußern kann; oder ob es vielmehr ein bloßer Gebrauch seiner Kräfte (opera) sei, den er andern zwar verwilligen (concedere), niemals aber veräußern (alienare) kann; ferner: ob der Verleger sein Geschäft in seinem Namen, oder ein fremdes Geschäft im Namen eines andern treibe.*

⁶⁸ Texto original: *Ein persönliches bejahendes Recht auf einen andern kann aus dem Eigentum einer Sache allein niemals gefolgert werden. Nun ist das Recht zum Verlage ein persönliches bejahendes Recht. Folglich kann es aus dem Eigentum einer Sache (des Exemplars) allein niemals gefolgert werden.*

livro?”. A resposta não diverge daquela apresentada no escrito anterior, mas é reforçada como um discurso dirigido ao público, mediante signos linguísticos visíveis. “Dá-se o nome de autor àquele que fala ao público em seu próprio nome. Aquele que, através de um escrito, discursa publicamente em nome de outrem (autor) é o editor” (Kant, 2003, p. 134). Essa autorização feita pelo autor ao editor, para que este falasse em nome daquele, foi operacionalizada, na lição de Kant, por um mandato; aquele, de outro lado, que realizava a publicação sem autorização do autor (ou mandato) o fazia de forma ilegal, trazendo prejuízos ao editor autorizado, o que conferia, ao mandatário, o direito de reaver os lucros que obteria junto ao infrator. Kant reafirmou o caráter pessoal do direito outorgado pelo autor ao editor e ainda esclareceu que a causa da aparente aceitação da contrafação como algo lícito ou natural seria a confusão entre esse direito pessoal e o direito real sobre o objeto corpóreo (*corpus mechanicum*).

Ambos os escritos, a despeito das poucas linhas traçadas, constituíram importante conteúdo para uma virada personalista do direito de autor. Nessa perspectiva trazida por Kant, afastava-se o caráter meramente patrimonial da relação autor-editor e priorizava-se o aspecto pessoal da relação. Por trás dessa visão relacional entre o autor e editor, encontrava-se o ponto mais relevante da lição, que consistia na prioridade atribuída ao pensamento e ao ato de criação, a que se atribuía seu aspecto personalíssimo e inalienável, porquanto o máximo que seria possível dentro da relação comercial seria a outorga ao terceiro (editor) em representar o autor e expressar o discurso deste. Por isso, a argúcia do pensamento de Kant pode ser considerada um grande marco filosófico para a matéria, como bem conclui Marco Antônio Sousa Alves (2021, p. 8): “mais do que um mero proprietário de suas criações intelectuais, o autor estabelece com sua obra uma relação pessoal, fazendo dela a expressão de sua identidade, daquilo que ele possui de singular: seu pensamento”.

A atenção, agora, será voltada a Fichte. Em 1793, Fichte publicou um ensaio denominado *Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks* (“Prova acerca da ilegitimidade da produção de livros”). Na abertura deste ensaio, já é possível concluir que se trata de uma resposta a uma posição feita por Johann Albert Heinrich Reimarus, que publicara ensaio em 1791, no qual afirmava que a ilegalidade na publicação não autorizada de livros ainda não teria sido provada. Segundo Fichte, tratava-se mais de uma provocação do que de uma defesa da prática, pois, ao parecer defender a prática, ele esperava desafiar estudiosos a encontrar argumentos melhores que aqueles que usualmente eram apresentados (Fichte, 1793).

No desenvolvimento da resposta, Fichte defendia a propriedade absoluta e inalienável da obra intelectual do autor. O contrato de edição, por seu turno, não poderia atingir a propriedade da obra, porquanto deveria ser considerado tão-somente uma cessão de uso (usufruto), que permitiria ao editor usar a obra para fins econômicos. A maior contribuição oferecida pelo filósofo foi sua visão sobre a criação da obra, vez que proporcionou abertura para a identificação de elementos que serviriam para identificar o objeto da proteção autoral (tais como a originalidade, criatividade e contributo mínimo). Nessa visão, ele diferenciou três momentos da criação intelectual (Sousa Alves, 2021, p. 10):

Primeiro, afirma-se a singularidade da forma do pensamento humano; em segundo lugar, apresenta-se uma visão da criação intelectual como expressão de uma obra original, que encarna o mais íntimo “eu” do autor; por fim, concede-se ao autor o direito de propriedade sobre o fruto desse seu trabalho intelectual.

A perspectiva da criação da obra passa pela identificação dos dois aspectos de um livro, seu aspecto físico e seu aspecto ideacional. Esse aspecto ideacional é representado pelo conteúdo e pela forma de expressão da ideia. A forma de expressão de uma ideia ou de um conteúdo, na visão de Fichte, sempre será única e pessoal, e, a cada vez que alguém se apropria de um conteúdo, confere uma forma própria de elaborar a compreensão e a expressão resultante dessa operação racional. Assim, Fichte afirmava que o livro, quando é vendido, deixa de ser propriedade do autor, não somente no seu aspecto físico, porquanto seu conteúdo passa a ser propriedade comum de muitos outros. Porém, “o que nunca pode ser apropriado por ninguém, por isso é fisicamente impossível, é a forma das ideias, a combinação em que os signos são apresentados”⁶⁹ (Fichte, 1793). Nesse sentido, informa Mario Biagioli:

Isto decorre da suposição de Fichte de que apropriar-se implica compreender, e compreender significa, literalmente, fazer com que um trabalho próprio. Se você realmente entende a “forma” de um autor, significa que você o mudou pelo próprio ato de compreendê-lo, assimilá-lo. Você o “metabolizou mentalmente” – e não o “roubou”. (Biagioli, 2011, p. 1859, tradução nossa)⁷⁰

⁶⁹ No original: *What, on the other hand, can absolutely never be appropriated by anyone else, because this is physically impossible, is the form of the ideas, the combination in which, and the signs through which they are presented.*

⁷⁰ No original: *This follows from Fichte's assumption that to appropriate entails to understand, and to understand means, literally, to make a work one's own. If you really understand an author's "form" it means that you have changed it by the very act of understanding it. You have "mentally metabolized"-not "stolen"-it.*

Esse círculo criativo traduz-se no ato de criação (sujeito-autor), de apropriação (sujeito-leitor) e de recriação (novo sujeito-autor) e parte de uma premissa subjetiva, “que confere uma forma própria a um discurso, (que) está intimamente associada a um discurso de natureza moral, que confere um direito natural ao indivíduo: o direito de apropriar-se de seu discurso, de colher os frutos de sua maneira de pensar” (Sousa Alves, 2021, p. 12).

Essa índole natural do discurso de Fichte fica clara desde o início de seu escrito. Um dos enfoques trazidos na provocação de Reimarus foi a ponderação acerca da utilidade da reimpressão, o que foi, peremptoriamente, descartada: “não precisaremos responder à sua demonstração da utilidade das reimpressões, uma vez que isto não será mais relevante; pois tudo que é claramente ilegal nunca deve ocorrer, por mais útil que seja”⁷¹ (Fichte, 1793). Verifica-se claro deslocamento do domínio da utilidade e dos danos para o campo da justiça e equidade (Biagioli, 2011, p. 1852), para a justificativa apresentada por Fichte sobre a propriedade intelectual e a negativa à prática de reimpressão não autorizada.

Extraí-se, também, do breve ensaio de Fichte, a dupla acepção do direito de autor, porquanto a propriedade econômica do impresso e o direito de exploração comercial do usufrutuário (editor) coexiste com o direito de expressão subjetiva na forma de um pensamento único, enquanto direito natural e inalienável do criador. Essa dupla perspectiva do direito autoral perpetuou-se até hoje. Biagioli, porém, diferencia o direito moral, defendido pelo filósofo alemão, da concepção moderna, pois aquele confere atribuição de expressão pessoal não somente a autores, mas também aos leitores:

Isto não é que ele seja “democrático” e, portanto, não goste de representações de os autores como produtores originais ativos e os leitores como consumidores passivos, mas que ele reconhece que todos nós lemos e escrevemos ou falamos e ouvimos, e que somos “ativos” quando o fazemos. Não podemos não ser ativos quando escrevemos ou lemos porque somos indivíduos que podem dar sentido ao mundo apenas organizando imagens e conceitos em padrões e ordenações que são tão individuais quanto nós. (Biagioli, 2011, p. 1860, tradução nossa)⁷².

⁷¹ No original: *Furthermore, we will not need to respond to his demonstration of the utility of reprints, since this will no longer be relevant; for whatever is plainly unlawful ought never to occur no matter how useful it may be.*

⁷² No original: *What sharply separates Fichte from modern copyright doctrine is the attribution of personal expression to both authors and readers. It is not that he is "democratic" and thus dislikes representations of authors as active original producers and readers as a passive consumers, but that he acknowledges that we all both read and write or speak and listen, and that we are "active" when we do either. We cannot not be active when we write or read because we are individuals who can make*

Mais ampla e profunda a concepção de Fichte ao desenvolver um processo contínuo de conhecimento baseado na criação, apropriação e recriação, que transforma o leitor em sujeito ativo no processo de formação da fundamentação do direito de autor, em clara admissão de um embasamento subjetivo, natural e equitativo.

As respostas imediatas de Kant e Fichte ao problema da reimpressão não autorizada de livros são diversas na superfície, porquanto aquele defende tratar-se de um direito pessoal (cedido somente por mandato) e este, um direito de propriedade inalienável (cedido por usufruto). Entretanto, o “núcleo duro” do pensamento de ambos encontra um lugar comum, que repousa em uma ideia personalista do direito de autor e que perpassa a individualidade e intangibilidade do ser-criador.

A concepção germânica, abordada como fundamento ao direito de autor, trouxe consigo a ratificação do viés personalista. A índole moral do direito de autor encontra sustento em Kant e Fichte, do que se conclui que as noções modernas sobre a proteção à autoria, à integralidade da obra, direito de revisão, entre outras prerrogativas inseridas no apelo individual do autor, encontram justificativa nas lições dos citados autores. Permitiu, ainda, mais clara distinção entre os aspectos pessoais (morais) e os aspectos patrimoniais do direito de autor. A contribuição, portanto, mostra-se de importância ímpar. Censuras, porém, também são apresentadas⁷³.

Críticas são dirigidas às teorias personalistas, geralmente por serem indeterminadas e “iliberais” à medida que procuram regular o comportamento das pessoas com base em teorias necessariamente controversas “(...) além de tais teorias serem paternalistas, na medida em que restringem a liberdade das pessoas com base em concepções do que é “bom para elas” com as quais elas próprias não podem concordar” (Fisher, 1998, p. 24). Os aspectos absoluto e inalienável decorrentes de uma perspectiva personalista do direito de autor também são usualmente criticados por conferirem direitos excessivos ao autor, em descompasso a interesses sociais e à própria autonomia da vontade. Há censura dirigida à própria concepção do aspecto

sense of the world only by arranging images and concepts in patterns and orderings that are as individual as we are.

⁷³ Em sentido um pouco diverso, Drummond atribui importância ao pensamento de Kant para a formação de um direito pessoal ao direito de autor, não sendo ao filósofo, entretanto, possível conferir o atributo de criador desse direito moral: “Como já pude indicar, não entendo que o kantismo gerou um direito pessoal de autor, mas admito que as linhas indicativas do filósofo de Königsberg influenciaram a compreensão geral e a formação de um senso comum que aceita a relação (evidente e intrínseca) do sujeito-criador com o resultado do processo criativo” (Drummond, 2014, p. 642).

individual de formação do direito de autor, pois alguns defendem uma perspectiva coletivista da criação humana, vez que o “autor é fruto de toda uma bagagem cultural trazida por um povo que a ele se transmite e, como tal, as obras intelectuais por ele produzidas deveriam pertencer à sociedade” (Leite, 2004, p. 177).

As críticas apresentadas revelam que, a despeito dos avanços trazidos, os fundamentos filosóficos personalistas não seriam, per si, suficientes para um embasamento capaz de solidificar um sistema alicerçado unicamente nesse fundamento, não por acaso alguns autores recorrem a teorias diversas, enquanto outros afirmam a impossibilidade de admissão de um único caminho de justificação filosófica (Leite, 2004, p. 193). Fato é, todavia, que a contribuição ao direito de autor, pelos referidos pensadores germânicos, trouxe embasamento sólido, especialmente em seu viés moral. Inegável que os citados pensadores dedicaram-se especificamente ao tema, enquanto a tentativa utilitarista e a justificativa pelo trabalho envolveram não uma ponderação direta dos respectivos filósofos expoentes das linhas de pensamento, mas adaptações desses trabalhos por terceiros.

3.2.4 Uma Possível Confluência Entre a Historicidade e a Filosofia do Direito de Autor

Pela apresentação das bases filosóficas usualmente utilizadas para fundamentar os elementos axiológicos do direito de autor, torna-se possível a compreensão, em parte, da razão das contradições e dificuldades contemporâneas encontradas na temática. Desses eixos filosóficos, é possível extrair a dicotomia entre a exclusividade de exploração da obra e a ampla proteção autoral, e a busca pela liberação do conteúdo face ao interesse da coletividade, cuja problemática mostra-se cada vez mais intrincada e de difícil solução.

A análise de cada uma das bases filosóficas expõe a inexistência de um local seguro para que seja possível o uso de justificativas axiológicas capazes de oferecer suporte necessário ao instituto jurídico do direito de autor. Essa inexistência de um tratamento filosófico adequado decorre do próprio contexto histórico de seu surgimento, pois não havia campo fértil para o desenvolvimento de elementos filosóficos aplicados ao direito de autor, porquanto, como se pode supor, na formação do sistema do *copyright* o que se viu foi a busca pela (re)adequação dos privilégios, enquanto no sistema francês foi a negação ao antigo regime, mediante a mera

afirmação de direitos, muito mais voltados ao homem-cidadão. Onde mais se pôde notar uma interlocução de fontes filosóficas foi na Alemanha, porém inegavelmente foi condicionada ao contexto econômico (a discussão centrou-se na exploração econômica das obras não autorizadas) e limitada a um menor espaço de interesse, se comparado com as questões mais latentes daquele momento histórico.

Desconsiderando esse fluxo histórico, muitos estudiosos tentam aplicar os fundamentos filosóficos desenvolvidos no passado sem considerar as nuances econômicas, sociais e políticas que condicionaram os respectivos pensamentos. Deixam de levar em conta a perspectiva histórica da filosofia do direito de autor aplicada ao momento da criação dos sistemas normativos, que se constituiu por uma mínima densidade filosófica, que atribuiu valores equivocados e que conduziu a resultados que impediram uma justificativa filosófica plena do direito de autor, em razão da ausência da presença do sujeito-criador (Drummond, 2019).

De outro lado, outros autores lançam mão de outro expediente: em forçoso e artificial processo retórico, buscam recortar ideias genéricas sobre conteúdos diversos e encaixá-las à temática autoralista⁷⁴, com o objetivo de construir argumentos de autoridade ou de revelarem uma dispensável erudição (Drummond, 2016). Muitos acabam por encampar um ou outro posicionamento para justificarem uma defesa muitas vezes pessoal, “tão absortos em suas próprias experiências que só conseguem envolver-se significativamente com outras pessoas que abordam o assunto de um ponto de vista semelhante”⁷⁵ (Browrey, 1996, p. 322).

A bem da verdade, o processo de formação histórico, como visto, reflete um choque de interesses sempre em conflito, com o objetivo da norma sendo equilibrar os três concorrentes e interessados diretos: autor, produtor investidor e consumidor. Com efeito, as justificativas costumeiramente são apresentadas *ex post facto*, “como um palimpsesto, a lei e a política (inclua-se a filosofia aplicada ao assunto) são constantemente reescritas à medida cada novo interesse do dia é acomodado nesta lei extraordinariamente flexível”⁷⁶ (Suthersanen, 2007, p. 118). Portanto, os

⁷⁴ As críticas dirigidas à incidência da teoria de Locke e das teorias utilitárias são exemplos de adequação de um plano de ideias, que não foram concebidas diretamente para qualquer avaliação sobre o direito de autor e que foram empregadas posteriormente a esse fim.

⁷⁵ Texto original: *In reading about copyright's history it soon becomes apparent that various writers are so engrossed in their own experiences that they can only meaningfully engage with others who come to the subject from a similar point of view.*

⁷⁶ Na redação original: *Like a palimpsest, the law and policy are constantly re-written as each new interest of the day is accommodated within this remarkably flexible law.*

fundamentos, justificativas e elementos do direito de autor, como um palimpsesto, estariam sempre sujeitos a serem rasurados ou editados, de acordo com o momentâneo jogo de interesses entre os atores da relação formadora.

Um pouco mais além nessa perspectiva crítica, defende-se que a pessoa do autor, como concebida hoje, é fruto de uma realidade moderna e foi produzida por um contexto social ao lhe atribuir maior importância⁷⁷. Essa relevância trazida não era vista na pessoa do autor na Antiguidade, tampouco no Medievo, por isso, tem-se que sua maior importância decorreu de um incremento da função autoral, consequência “de uma ideologia que oculta condições de produção e naturaliza significados e de uma força produtiva que motiva práticas sociais, econômicas e políticas” (Bellei, 2014, p. 161).

Com isso, quer-se externar que, para além da retórica triunfalista e que naturaliza o direito de autor, trazendo como resultado um reducionismo inapropriado para a devida compreensão histórica da gênese autoral, tem-se também um mau desenvolvimento dos fundamentos filosóficos, a que Victor Gameiro Drummond denomina de déficit filosófico do direito de autor. Esse déficit é o “resultado da má interpretação operada desde tempos imemoriais ao direito de autor em que a consideração da condição do sujeito-criador não levou em conta a essência do processo criativo nas análises históricas, e principalmente, filosóficas” (Drummond, 2018, p. 2909). Em certo sentido, os fundamentos filosóficos também foram influenciados pelo contexto histórico em que estavam inseridos os pensadores daquele momento e que, nem por isso, o sistema criado refletiu a compreensão filosófica desses mesmos pensadores.

Há um lugar comum, portanto, entre a compreensão da formação do direito de autor e suas justificativas filosóficas. Ambos foram construídos em um mesmo caldo cultural, econômico e social e, apesar disso, as bases filosóficas continuam sendo redesenhadas diuturnamente sempre sob as mesmas cores, seja pela ausência de uma avaliação crítica ou pelo mero manejo de argumentos de autoridade que tenha

⁷⁷ Roland Barthes, em seu texto intitulado “A morte do autor”, retrata uma perspectiva construtivista na formação do autor, que tende a uma naturalização, mas que, na realidade, é fruto de um momento histórico: “o autor é uma personagem moderna, produzida sem dúvida por nossa sociedade na medida em que, ao sair da Idade Média, com o empirismo inglês, o racionalismo francês e a fé pessoal da Reforma, ela descobriu o prestígio do indivíduo ou, como se diz nobremente, da “pessoa humana”. Então é lógico que, em matéria de literatura, seja o positivismo, o resumo e o ponto de chegada da ideologia capitalista, que tenha concedido a maior importância à “pessoa” do autor” (Barthes, 2004, p. 58).

por objetivo tão-somente referendar uma posição descomprometida de ponderação mais profunda.

À guisa de conclusão, os processos históricos de formação do direito de autor demonstraram apego a uma perspectiva notadamente econômica, na qual o criador foi desconsiderado, influenciando não somente a formação legal como também a construção filosófica. Assim, torna-se possível uma compreensão, em parte, das dificuldades apresentadas pelo direito de autor na contemporaneidade, já que, desde sua gênese, a realidade foi mascarada por subterfúgios retóricos, aplicados à edição normativa, aliado à inexistência de um substrato pleno de embasamento jusfilosófico, o que parece não foi até o presente momento reconsiderado. Há um ponto de partida comum para a compreensão da formação jurídica e filosófica do direito de autor, que invariavelmente se inicia pela avaliação histórica sob um enfoque crítico, de modo que seja possível afastar os elementos estranhos à filosofia e que usurpam uma busca adequada dos fundamentos que deveriam determinar a proteção do sujeito-criador.

3.3 A DOGMÁTICA JURÍDICA DO DIREITO DE AUTOR

Nos últimos dois pontos, foi abordada a formação histórica do direito de autor, em uma perspectiva crítica que pudesse expor as condicionantes sociais, econômicas e políticas, capazes de forjar o direito, porquanto o “nascimento” de um direito não se dá de maneira espontânea e alheia e por fatores externos ao ordenamento jurídico. Do mesmo modo, foram apresentados os argumentos filosóficos que fundamentam o direito de autor e o risco em se deixar levar pela articulação de reiteradas retóricas que, por tão mezinhas, inserem-se como senso jurídico comum acrítico.

O Direito, como produto de condicionantes históricas, por seu turno, não deve descurar de bases filosóficas sólidas que amparem os institutos jurídicos. Como resultado dos fatores sociais, econômicos e políticos e do rigor científico e filosófico, o Direito deverá corresponder ao produto desses dois aspectos, sempre atento às necessárias mudanças que virão. Nesse sentido, Carlos Maximiliano pontua:

As mudanças econômicas e sociais constituem o fundo e a razão de ser de toda a evolução jurídica; e o Direito é feito para traduzir em disposições positivas e imperativas toda a evolução social. Como, pois, recursar interpretá-lo no sentido das concepções sociais que tendem a generalizar-se e a impor-se? (Maximiliano, 2007, p. 131)

O atual estado normativo, como produto final do desenvolvimento dos aspectos históricos e filosóficos, será apresentado neste momento do estudo. A abordagem sobre natureza jurídica do direito de autor abrirá o estudo deste tópico, que seguirá pela apresentação do tratamento normativo internacional, com a menção aos principais marcos normativos sobre o direito de autor. Ao fim, será apresentado o tratamento jurídico pátrio do direito de autor, mediante o manejo de uma análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro.

3.3.1 Natureza Jurídica: A Repersonificação do Direito de Autor

De rerum natura, poema de Titus Lucretius Carus, do século I a.C., aborda a doutrina do filósofo Epicuro, do século III a. C, fundamentada no atomismo (que a natureza estaria limitada aos átomos e ao vazio). Ao fundir poesia com filosofia, retrata a busca pela origem e pela essência das coisas (Lucrécio Caro, v. 1000):

Do ceo á terra, ao ceo da terra passam.
 Mas são ellas por tanto incompatíveis
 Dos elementos co'a provada essência:
 Nos entes cumpre immutaveis hajam
 Moleculas que firmes se recusem
 A sumir-se do nada dos domínios.
 Tudo que muda, de seus fins se aparta,
 Morreu, deixou de ser o que era antes:
 Os elementos pois que há pouco vimos
 Por taes transmutações sempre passando,
 Devem consta de partes que não possam
 De modo algum sofrer qualquer mudança,
 Para que os corpos de que são compostos
 Nos domínios do nada se não sumam.
 É melhor admitir que os elementos
 De natureza tal se constituem

Parece que, guardadas as devidas proporções, a análise sobre a natureza jurídica da produção intelectual destina-se ao mesmo designo, imiscuir o elemento formador que confere a razão de ser da proteção jurídica ao autor. A bem da verdade, há um infundável desejo inserido no espírito humano em descobrir a essência, o elemento formador de tudo aquilo que integra nossa vida, nossa realidade.

Em um sentido mais pragmático, a definição da natureza das coisas permite a classificação do objeto de estudo em áreas do conhecimento, o que facilita a compreensão e exame ao permitir a incidência de regras já conhecidas e experimentadas ao objeto. No Direito, a definição da natureza jurídica se presta ao mesmo fim: ao se definir a natureza jurídica do bem, descobre-se o regime jurídico

aplicável. Nas palavras de José Oliveira Ascensão, “é um estudo da essência; parte dos dados normativos; conduz-nos à integração da figura analisada numa das categorias fundamentais que travejam a ordem jurídica” (Ascensão, 1997, p. 598). Pois bem, qual seria a natureza jurídica do direito de autor?

Ao longo do curto período de desenvolvimento da noção contemporânea do direito de autor, muitas teorias foram criadas para a identificação de sua natureza jurídica. Os autores, inclusive, identificam variadas espécies e categorias de teorias. Adianta-se que não há consenso sequer quanto às teorias existentes, quanto mais quanto àquela que expresse com exatidão a natureza do direito de autor. Em termos do direito comparado, pode-se vislumbrar ausência de qualquer unanimidade. No sistema do *copyright* anglo-saxão, prevalece o entendimento que perfilha as teorias da propriedade: enquanto na realidade germânica prevalece a teoria monista, que defende a existência de um único direito de autor, composto pela sua faceta moral e patrimonial, na França a perspectiva dualística entre os direitos morais e patrimoniais integrantes do direito de autor prevalece e na Itália a teoria do direito de exclusivo é acolhida a partir da lição de Franceschelli (Dias Pereira, 2001).

Leonardo Zanini apresenta três eixos de teorias que tratam do assunto: teorias patrimonialistas, que acabam por rejeitar os direitos morais do autor⁷⁸; teorias personalistas⁷⁹, que reconhecem a tutela autoral ligada aos direitos pessoais; teorias que defendem tratar-se de uma nova categoria jurídica (Zanini, 2015). Cita o autor outro critério de classificação, que diferencia a natureza única (monística unilateral), patrimonial ou personalista da natureza eclética, que pode ser considerada dualística e que admite a existência de um “sistema binário de direitos subjetivos diversos e distintos; e em monística, dita monística integral, que combina os dois aspectos em um direito subjetivo único, de natureza mista, *sui generis*, mas distinguindo os poderes de caráter pessoal e patrimonial” (Zanini, 2015, p. 87). O mesmo autor, em artigo intitulado “Uma Visão Geral da Lei Autoral Alemã”, diferencia: “Pela teoria monista, a ligação entre a proteção dos interesses materiais e dos interesses não materiais do autor é muito mais próxima do que considera a teoria dualista. Assim sendo, a teoria monista enfatiza a unidade do direito de autor, que não é considerado puramente um

⁷⁸ Que encontra distinção naqueles que defendem que o direito de autor se trata de uma propriedade comum; aqueles que sustentam tratar-se de uma propriedade imaterial; e outros que adotam como fosse um monopólio de exploração.

⁷⁹ Que podem ser subdivididas em teoria da gestão de negócios, da prestação de serviços, do contrato de permuta, do direito pessoal de crédito, do direito de clientela e dos direitos de personalidade.

direito de personalidade e nem exclusivamente um direito patrimonial, mas sim uma forma mista de direito” (Zanini, 2022, p. 139)⁸⁰.

Carlos Alberto Bittar também diferencia três grandes grupos de teorias. A primeira concepção seria aquela em que a natureza do direito de autor estaria vinculada à noção de propriedade, de caráter real; o segundo grupo estaria relacionado à personalidade do homem, que revela os direitos morais do autor; o terceiro grupo seria aquele em que há a constatação de prerrogativas morais e patrimoniais do direito de autor, tratando-se, assim, de um direito *sui generis* (Bittar, 1999). Antônio Chaves, por seu turno, cataloga oito teorias utilizadas para se justificar a natureza jurídica do direito de autor: direito de autor como um direito de coletividade; como um direito real de propriedade; como emanção do direito da personalidade; como direito especial de propriedade; como direito de clientela; como um direito dúplice de caráter real – pessoal-patrimonial; como direito pessoal de crédito; como direito privativo de aproveitamento (Chaves, 1987)⁸¹.

Diante do sem-número de teorias, não parece indicado uma abordagem específica a cada uma delas, até pelo fato de que inúmeras teorias listadas são pouco relevantes e pouco acrescentariam ao debate. Por isso, a avaliação haverá de ser realizada tendo como diretrizes a relevância e a autoridade, que poderiam ser consideradas a partir de certa preponderância nas classificações encontradas nos autores pesquisados, que, de certo modo, guarda equivalência aos fundamentos filosóficos estudados.

⁸⁰ Rodrigo Moraes defende que “esse duelo travado entre o monismo e o dualismo não se reveste de maior importância prática. Afinal ambas as concepções vêm classes distintas de direitos (morais e patrimoniais). A corrente germânica (monista) não nega a existência dos direitos morais” (Moraes, 2008, p. 47).

⁸¹ Alexandre Dias Pereira, em sua obra **Informática, Direito de autor e propriedade tecnodigital**, cita um catálogo das teorias e dos respectivos defensores (Dias, 2001, p. 115): “Seguindo, no essencial, a inventariação de Pierre Recht, ele próprio autor de uma tese original que denomina “propriedade-criação” (202), as orientações clássicas que têm animado o debate são, sumariamente: a doutrina da propriedade intelectual de Pouillet (*Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, 1879); a teoria personalista ou do direito de personalidade de Gierke (*Deutsches Privatrecht*, I, 1895); a tese do Doppelrecht (real e pessoal) de Kohler (*Urheberrecht an Schriftwerken*, 1907); a teoria dos direitos intelectuais ou direitos de exclusivo de Edmond Picard (*Le Droit pur*, 1899), a teoria do monopólio de Ernest Roguin (*La règle de droit*, 1899) e a concepção dos direitos de clientela, também chamados intelectuais, de Roubier (*Rdc* 1935, p. 285), desenvolvidos por Desbois (*Le droit d'auteur*, 1950); a teoria dos direitos sobre bens imateriais de Greco (*I diritti sui beni immateriali*, 1948); as teses dualistas de Piola Caselli (*Trattato del diritto di autore e del contratto di edizione*, 2., 1927) Plaisant (*Propriété littéraire et artistique*, 1954), De Sanctis (*la natur juridique du droit d'auteur*, 1962) e Le Tarnec (*Manuel de la propriété littéraire et artistique*, 2ed. 1966) e o conceito dos “direitos paralelos” Savatier (*Métamorphoses*, 1959); o monismo germânico de De Boor e Ulmer (*Urheber- und Verlagsrecht*, 1951), com a abertura à “propriedade espiritual” (*geistiges Eigentum*) de Heinrich Hubmann (*Das Recht Schöpferischen Geistes*, 1954).

A teoria que tem como mote a natureza patrimonial do direito de autor repousa na ideia de que a produção intelectual exteriorizada seria um patrimônio, um bem sobre o qual seu proprietário poderia exercitar as prerrogativas de exclusividade e de oponibilidade *erga omnes*⁸². As críticas que recaem sobre essa teoria partem da evidente distinção entre os bens materiais e a produção intelectual, já que nesta não haveria exclusividade, e a forma de aquisição seria diversa (sendo a tradição somente cabível para a aquisição do corpo mecânico e não do direito em si, isso sem se mencionar a discrepância do efeito do tempo sobre o referido direito (Zanini, 2015). A característica da ubiquidade – que impede ser a produção intelectual aprisionada ou exaurida pelo uso, tornando-a inesgotável – a diferencia da propriedade comum e, por isso, exigiria regime jurídico totalmente distinto, face à divergência essencial das respectivas naturezas. Assim, se não há um regime jurídico unitário para conferir tratamento harmônico entre o patrimônio, seja ele material ou intelectual, não haveria sentido em acolher essa teoria, como conclui José de Oliveira Ascensão, em seu artigo denominado “A pretensa propriedade intelectual” (Zanini, 2007, p. 10-12).

Adriano de Cupis defende que o direito de autor integra-se à noção de direito de personalidade. Estariam, assim, todos os poderes conferidos pelos direitos morais de autor considerados no que se denomina de paternidade intelectual, o que significa o “vínculo espiritual indissolúvel entre o autor e a sua obra, e constitui, como se disse, um modo de ser moral do mesmo autor” (De Cupis, 2008, p. 336). A objeção primeira que viria a ser catalogado o direito de autor à categoria de direito de personalidade, foi respondida pelo citado autor. Os críticos alegam que o direito de autor não se trata de um direito inato (como os são, em regra, os direitos de personalidade), já que exige que aquele munido de personalidade venha a qualificar-se como autor, ou seja, expressar publicamente sua produção intelectual. Porém, assevera que, exercido o direito e a liberdade de realizar e expressar o ato de engenho, o direito moral do autor passa a ser essencial, o que revela a natureza personalista do direito moral de autor:

Por conseguinte, o fato de o direito moral de autor não ser inato, e de o seu fato constitutivo ser o mesmo que para o direito patrimonial de autor, não constitui argumento para negar a sua autonomia a respeito deste último, uma

⁸² O sistema do *copyright*, insensível às modificações ocorridas na Europa Continental, manteve uma índole nitidamente empresarial, e a inserção da noção moral do direito de autor somente foi absorvida pela Inglaterra com a integração na Comunidade Europeia, enquanto, nos Estados Unidos, somente com a Convenção de Berna (Ascensão, 2007). Por isso, muito embora pareça uma teoria há muito ultrapassada, no cenário anglo-americano ela teve considerável importância não só pelo fator histórico, mas também pela longa preservação de seus valores.

vez que, tendo embora a mesma origem, a sua vida segue regras próprias e distintas, correspondentes ao seu caráter de essencialidade. O sujeito adquire ao mesmo tempo, enquanto autor, o direito patrimonial e o direito moral de autor. (De Cupis, 2008, p. 338)

Observa-se, pelo excerto acima, que Adriano de Cupis acolhe não somente uma posição personalista da natureza do direito de autor, como também revela sua preferência pela teoria eclética dualística, ao sustentar a existência de um direito moral essencialmente de personalidade e um direito patrimonial, que, inclusive, nascem em uma mesma ocasião. A partir da concepção trazida pelo autor italiano, desdobram-se expressões dirigidas ao desenvolvimento da personalidade do autor tais como as prerrogativas de aperfeiçoamento da obra e a manutenção do laço entre a obra e o autor, mesmo diante da alteração profunda das ideias inicialmente apresentadas.

Ascensão (1997) aborda as teorias personalistas e patrimonialistas ao defender sua posição sobre a natureza jurídica do direito de autor. Considerando-se o profícuo pensamento trazido pelo autor, ao descrever e expor as razões que o afastam ou aproximam das teorias avaliadas, é válido seguir seu raciocínio. A abordagem feita sobre a teoria personalista é apresentada da maneira mais contemporânea (e não toca às questões originais, que foram inauguradas por Kant e Fichte), já que a discussão apresentada relaciona-se à natureza do direito de autor enquanto direito de personalidade. Sobre essa teoria, o autor português rechaça a possibilidade de que sirva para fundamentar o direito de autor (Ascensão, 1997).

Ao fazer menção especificamente sobre as lições de Adriano de Cupis, Ascensão defende que o direito de autor não poderia ser considerado direito de personalidade pelo fato de não ser inato (objeção que teve antecipada a resposta do autor italiano) também que de Cupis confunde direito pessoal com direito de personalidade, já que a proteção não visa à tutela de um bem de personalidade, “mas sim uma especial posição em relação a obra. O fato de se fundar em razões prevalentemente pessoais permite que se fale em direito pessoal, mas nunca em direito de personalidade” (Ascensão, 1997, p. 603). Afastando-se da teoria da propriedade, em virtude especialmente da ubiquidade (já exposta acima), Ascensão apresenta seu posicionamento sobre a teoria que adota. Sua conclusão é a de que a natureza jurídica do direito de autor é a de um direito de exclusivo, visto que a lei coloca a salvo situações privativas ao autor, que poderiam ser também atribuídas a todos, dada a ubiquidade.

Nesse sentido, aquilo que pode ser apropriado exigirá limitação pelos demais em virtude da própria apropriação, enquanto, naquilo que não pode ser apropriado (obra, por exemplo), o círculo reservado incidirá não sobre o bem, mas sobre as atividades das pessoas que deixaram de ser livres (Ascensão, 1997)⁸³. A posição de Ascensão é seguida, no Brasil, por Sergio Branco, que admite a natureza jurídica do direito de autor como direito de exclusivo, apesar de ponderar sobre a necessidade de que seja considerada a existência de feixes de direitos distintos, diante da existência concomitante de direitos pessoais do autor e direitos autorais patrimoniais (Branco, 2013).

Em um novo fôlego que busca validar a essência personalista do direito de autor, atrelada aos direitos de personalidade, Zanini (2015) apresenta profunda reflexão sobre a necessidade em se revisitar o assunto. Antes, porém, de se continuar sobre a proposta do citado autor, cumpre expor o marco teórico sobre os direitos de personalidade, assim considerados “posições jurídicas fundamentais do homem que ele tem pelo simples fato de nascer e viver e como emanções da personalidade humana em si” (Miranda, 2012, p. 73), que têm como justificativa e diretriz a dignidade da pessoa humana. Essa dignidade há de ser considerada segundo uma valoração social, aplicada ao ser humano real, porquanto a “dignidade não é indeterminada, mas encontra na pessoa o lugar de sua determinação, não para preservar uma essência, mas para colocar cada um na posição de determinar livremente seu próprio projeto de vida” (Rodotá, 2017, p. 13).

Dando sequência, Zanini (2015) apresenta, inicialmente, estudo sobre o direito de imagem, quando diferencia a imagem-retrato da imagem-atributo, indica a existência de suporte material (corpo mecânico) da imagem-retrato e não somente confirma a natureza de direito de personalidade da expressão identitária da pessoa pela sua reputação e expressão humana como também retrata sua dimensão econômica. O objetivo, obviamente, é traçar um paralelo entre o direito à imagem, enquanto direito de personalidade, com o direito de autor. Afinal, a exemplo do que ocorre com o direito à imagem, o direito de autor também teria uma expressão

⁸³ A crítica formulada por José Oliveira Ascensão, voltada ao entendimento de Adriano de Cupis, mostra-se em parte coerente, ao vislumbrar o afastamento do direito de autor de característica própria dos direitos de personalidade (inato), também ao afirmar que a tutela dirige-se não à personalidade, mas à posição do autor em relação ao seu produto intelectual. Todavia, quanto à paternidade da obra, parece não existirem a nota de ubiquidade e a exclusividade, nesse caso, torna-se algo ínsito ou essencial à própria natureza do direito de autor. Justamente nesse ponto parece difícil se admitir que o círculo reservado viesse a ser composto unicamente pela ausência de liberdade dos demais.

econômica. Em tais moldes, o autor propõe uma reformulação da teoria personalista aplicável ao direito de autor.

Contra o argumento de que a obra é uma expressão distinta e externa à personalidade do seu autor, Zanini (2015) aduz que a profunda ligação entre a expressão intelectual e a personalidade do autor jamais poderia ser descurada. Ninguém duvida que a imagem captada em uma fotografia representa fragmento da personalidade de uma pessoa, assim como ninguém haveria de negar que a captura de uma ideia ou expressão de um autor em um suporte material deixaria de ser a representação igualmente do sujeito-criador:

Assim, como a fotografia constitui a captação da imagem-retrato de uma pessoa, a obra intelectual não passa do reflexo dos pensamentos e ideias de uma pessoa em um determinado momento. Consequentemente, a obra está para os pensamentos e ideias assim como a fotografia está para a imagem-retrato da pessoa, visto que a obra capta os pensamentos e ideais, levando-os para um suporte físico. (Zanini, 2015, p. 154)

Nesse paralelo entre a imagem-retrato e a obra intelectual, o autor vai além, pois, da mesma forma que um pintor pode se auto retratar em uma pintura, o que lhe conferiria prerrogativas vinculadas ao direito de autor e à sua imagem-retrato, o autorretrato de um poeta sobre seus desejos e fatos pessoais traria consigo direitos de personalidade vinculados à imagem e também ao direito de autor. Nesse sentido, a obra intelectual é o “feito pelo qual uma pessoa exprime uma concepção do seu espírito (...) é a propriedade do autor como o bater de asas e o vôo são propriedades do pássaro (...) é de tal maneira própria de seu autor que, uma vez produzida, não tem o autor meio nenhum de se desvencilhar dela” (Telles Júnior, 2008, p. 301). A obra intelectual é a expressão indissociável do sujeito-criador⁸⁴.

Pela cláusula geral dos direitos de personalidade, assim, ter-se-ia “o direito de cada homem ao respeito e à promoção da globalidade dos elementos, potencialidades e expressões da sua personalidade humana bem como da unidade psico-físico-sócio-ambiental e expressões dessa mesma personalidade humana” (Capelo de Souza, 2011, p. 93). Dessa forma, sendo as obras intelectuais expressões dessa personalidade humana⁸⁵, que concretizam o desenvolvimento das potencialidades

⁸⁴ Pelas referências transcritas, mostra-se evidente o entendimento de Goffredo Telles Júnior ao defender o direito de autor como direito de personalidade.

⁸⁵ Antonio Candido, em artigo publicado intitulado “Direito à literatura”, trata da literatura em um aspecto universalizante e coletivamente essencial. Ele a considera todas as criações de toque poético, ficcional ou dramático em todos os níveis de uma sociedade, para assim afirmar que: “vista deste modo a

psíquica e espiritual do ser, nada mais razoável admitir o direito de autor como elemento integrante dos direitos de personalidade e derivado da respectiva cláusula geral.

Ainda que se argumente que o direito de autor não seja inato, muito embora entenda-se que o potencial direito seja inerente à condição humana, tem-se que a doutrina autoriza a existência de direitos de personalidade que não sejam originários, “mas adquiridos, por requererem outros e ulteriores requisitos, além da personalidade jurídica” (Capelo de Souza, 2011, p. 416)⁸⁶, como seria o caso do direito de autor. Quer-se, com isso, dizer que a natureza “inata” do direito de personalidade não seria elemento indispensável para sua caracterização, tratando-se de uma característica comum, mas não indispensável.

Há muito já se aceita a existência de uma dimensão econômica dos direitos de personalidade, o que jamais poderia afastar a essência do direito, já que “não passa de um aspecto secundário da sua estrutura” (Zanini, 2015, p. 158). A dimensão econômica do direito de autor também guarda igual simetria ao direito de imagem, uma vez que ambos os direitos poderiam ser explorados economicamente, desde que atendidas as exigências específicas que resguardam os limites de disposição autorizado. Dito isso, a aceitação do argumento de que o direito de autor não poderia ser considerado direito de personalidade, em virtude da existência de uma dimensão econômica, traria como consequência o comprometimento de toda a estrutura dos direitos de personalidade, quiçá dos direitos fundamentais de semelhante equivalência.

Outro argumento utilizado para se afastar o entendimento que defende o direito de autor como direito de personalidade é aquele dirigido à possibilidade de transmissão, o que se chocaria com o regramento dos direitos de personalidade, que veda a transmissão, dado seu caráter personalíssimo. A tal respeito, Zanini (2015) esclarece que, a despeito da infeliz escolha da expressão pelo legislador, o que é autorizado pela norma jurídica é a autorização do titular para que terceiro realize

literatura aparece claramente como manifestação universal de todos os homens em todos os tempos. Não há povo e não há homem que possa viver sem ela, isto é, sem a possibilidade de entrar em contacto com alguma espécie de fabulação” (Candido, 2004, p. 174).

⁸⁶ Pode-se inferir que Rabhindranath V.A Capelo de Souza (2011) também se mostra partidário do entendimento do direito de autor como direito de personalidade, ao menos, quanto aos elementos morais (“há que se distinguir os direitos morais de autoria das obras artísticas... que são autênticos direitos de personalidade, dos direitos patrimoniais de autor”) (Capelo de Souza, 2011, p. 579).

exploração econômica da obra intelectual, porquanto a autoria jamais poderia ser dissociada de sua obra. Interessante se concluir que esse posicionamento apresentasse como verdadeiro avanço, se comparado com aquele defendido por De Cupis, já que reafirma um aspecto monístico (unicamente personalístico) e afasta as censuras que usualmente são lançadas contra qualquer tentativa de personificar o direito de autor.

A bem da verdade, não se vislumbram sinais para que haja pacificação da questão em análise. O que se observa, porém, é uma tendência à preservação da incidência de teorias ecléticas, que venham a conjugar interesses morais com os interesses patrimoniais. No Brasil, porém, apesar da divergência doutrinária em que eclodem posicionamentos divergentes sobre qual posição seria a mais adequada, observa-se, em uma avaliação normativo-sistemática, a opção pela teoria dualista, que permite a proteção do direito moral de autor desde a criação e a proteção do direito patrimonial do autor a partir da comercialização da obra (Moraes, 2008). Esse caráter híbrido da natureza do direito de autor possibilita, assim, a incidência do regime jurídico, ora voltado aos direitos personalíssimos do autor e de sua criação (equiparados aos direitos de personalidade), ora voltado aos aspectos negociais e econômicos.

Muito embora seja visível a constatação de incidência normativa voltada a uma perspectiva híbrida (ou dualística) em nosso Ordenamento Jurídico, tem-se que as razões trazidas por Zanini (2015) deveriam ser mais bem consideradas. Corre-se sério risco ao se manter a equiparação dos aspectos morais aos aspectos patrimoniais. Viu-se, pelas pesquisas até aqui realizadas, que o direito de autor sempre esteve sujeito aos interesses econômicos, os quais, expressamente ou por subterfúgios retóricos, sempre foram capazes de dirigir os caminhos do citado instituto jurídico. O risco a que se refere aqui, por isso, seria preservar uma remansosa primazia econômica, a qual, desde sua origem, jamais se desvinculou do direito de autor. O que se espera das relações humanas é a preservação e a promoção de valores que extrapolem a mera proporção econômica ou a preservação de um sistema produtivo, porquanto o atraso axiológico do direito de autor exige sua realocação segundo fontes que inspirem o desenvolvimento econômico alinhado à ascensão social e humana.

3.3.2 Reconhecimento e Desenvolvimento da Normatividade do Direito de Autor no Cenário Internacional: Afinal, “a Maré Crescente Levanta Todos os Barcos?”

A apresentação da dogmática jurídica do direito de autor perpassa a apuração do regime jurídico aplicável, do que se justifica a identificação da natureza jurídica do instituto objeto de análise e da normatividade incidente. Em um momento anterior, foram apresentadas as justificativas sociais, históricas e econômicas que fomentaram o reconhecimento normativo do direito de autor nos dois principais países que conceberam os dois sistemas, inicialmente paralelos, mas que, pela internacionalização, caminham cada vez mais para a convergência, como se verá na sequência. O escopo, neste momento, é apurar o processo de internacionalização do direito de autor, porquanto se traduz em elemento importante que revela o tratamento jurídico aplicável ao instituto. O enfoque será guiado pelos interesses que dirigem a ação construtiva, que se verá, dirige-se sempre à busca pela homogeneização de regras. Nesse sentido, será abordada a aplicação da máxima que inspira o título deste tópico: “afinal, a maré crescente levanta todos os barcos?”.⁸⁷ Parafraseando: o tratamento igualitário das regras aplicadas ao direito de autor, ou de forma mais ampla, à propriedade intelectual, traria benefício a todos os países? Antes, porém, mostra-se razoável a indicação do itinerário cronológico do desenvolvimento normativo internacional.

Sabe-se que o conhecimento, as ideias e a expressão da capacidade humana não poderiam ficar limitados às linhas divisórias impostas pela soberania nacional de cada país e não estariam sujeitos a restrições geográficas. Tão logo se viu a organização legal de normas internas em cada país para a regulamentação do direito de autor, observou-se a necessidade de que o mesmo direito viesse também a ser protegido em uma escala internacional. A edição de regras homogêneas entre os países foi dirigida pela constatação da existência de uma convergência de interesses culturais e da necessidade de que a expressão do engenho humano também tivesse respaldo para além dos marcos geográficos da nação onde fora produzida⁸⁸.

⁸⁷ A aplicação dessa metáfora ao tema em discussão foi apresentada por William F. Patry, em sua obra *How to fix copyright* (2011).

⁸⁸ Em justificativa da necessidade de criação de normas homogêneas para a proteção das obras internacionais, Delia Lipszyc (1999, p. 588) cita o seguinte paradoxo, dentre tantos outros existentes no direito de autor: para que a proteção das obras nacionais seja eficaz no seu território de origem, as obras estrangeiras devem também se beneficiar de proteção. Está-se, portanto, diante de um aparente paradoxo: se se pretende proteger as obras nacionais, as obras estrangeiras também devem ser

Em um primeiro momento, países com língua em comum passaram a formular tratados bilaterais (Costa Netto, 2019). Todavia, “representavam um processo muito moroso de alcançar a consagração internacional deste direito. Por isso se começaram a desenvolver os esforços no sentido de se obterem instrumentos multilaterais de proteção” (Ascensão, 1997, p. 638). A ineficácia dos acordos bilaterais teve como impulso a necessidade de abrangência maior entre os países. Explica-se.

Aqui se observa mais uma vez o viés econômico, como propulsor do desenvolvimento normativo do direito de autor. A internacionalização do mercado de livros e da música trouxe consigo a necessidade da formação de uma regulamentação jurídica homogênea entre os países (Lipszyc, 1999, p. 588). A iniciativa em se criar um movimento de criação de tratamento internacional do direito de autor teve como incentivadores os países grandes produtores e exportadores de obras internacionais. “Não se admira por isso que tenham sido os países europeus, altamente desenvolvidos e muito implicados em contatos internacionais, que tenham impulsionado o primeiro grande acordo internacional nesse domínio: A convenção de Berna, assinada em 1886” (Ascensão, 1997, p. 639). A Convenção de Berna foi formada, originalmente, por dez países (Alemanha, França, Espanha, Itália, Bélgica, Suíça, Reino Unido, Haiti, Tunísia e Libéria) e teve como incentivadores entidades privadas de autores como SACEM (*Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique*) e a *Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques*. A primeira minuta de formação da Convenção de Berna foi confeccionada, pouco antes, no Congresso Internacional, em Roma, no ano de 1882. A Convenção de Berna consagrou, de forma ampla e definitiva, os direitos de autor em todo o mundo (Costa Netto, 2019, p. 112) e trouxe consigo a consagração do direito moral do autor, especialmente o direito da paternidade e integridade da obra (Fragoso, 2012, p. 198):

A Convenção consolidou e estabeleceu, em caráter internacional, o direito dos autores de obras artísticas e literárias sobre as suas criações, garantindo-lhes um direito patrimonial originário, sem quaisquer formalidades, em todos os países signatários, mesmo que as obras não estivessem protegidas nos países de origem de seus autores. Acima de tudo, garantiu aos autores um direito moral de paternidade e de integridade sobre as suas obras, em caráter

protegidas. Obras estrangeiras que não gozam de proteção podem ser utilizadas sem autorização de seus autores e sem pagamento. Por conseguinte, concorrem de forma desleal com as obras nacionais protegidas e são suscetíveis de expulsar estas últimas, uma vez que a sua utilização é menos onerosa (livre tradução). (*Consequently, for the protection of national works to be effective on their home territory, foreign works must also enjoy protection. We are therefore confronted with an apparent paradox: if national works are to be protected, so must foreign works. Foreign works which do not enjoy protection can be used without the authorization of their authors and without payment. They therefore compete unfairly with protected national works and are liable to oust the latter because their use is less costly*).

vitalício e após a sua morte, pelo menos enquanto durassem os direitos patrimoniais.

A despeito da nítida afirmação do direito moral do autor e a sua relevância enquanto instrumento catalizador para a confirmação internacional de uma ordem de direitos altamente relevantes, a Convenção de Berna não esteve isenta de críticas. João Henrique da Rocha Fragoso, por exemplo, apontou um nítido caráter protecionista da produção intelectual europeia à Convenção de Berna (Fragoso, 2009). Leite (2004) registrou como problema a dificuldade em se estabelecer uniformidade das regras bem como a divergência sobre a ausência (ou não) de formalidades para proteção do direito de autor, o que somente foi definido na revisão de Berlim de 1908. Lipszyc (1999), do mesmo modo, anotou a ineficiência inicial em se concretizar o ideal universal do tratamento do direito de autor à Convenção de Berna, muito embora o êxito posterior pudesse ser vislumbrado em virtude da abertura à adesão por todos os Estados, sem discriminação por motivos políticos e ideológicos, o que possibilitou que o ingresso dos Estados ocorresse paulatinamente e a universalização viesse realmente a se concretizar⁸⁹. Desde a publicação, a Convenção de Berna sofreu dois aditamentos e cinco revisões⁹⁰.

Historicamente se mostra relevante citar a Convenção de Washington, de 1946, por revelar uma tentativa concreta de conciliação entre os dois sistemas de proteção autoral. Um vício de intenção, entretanto, impediria que fosse alcançado o intento. Os Estados Unidos, “grande exportador de obras intelectuais, pretendia manter sua hegemonia, o que poderia ser feito nesse campo com a aprovação de uma convenção” (Zanini, 2011, p. 115). Todavia, os termos apresentados que visavam à conciliação entre os sistemas – que conferia, por exemplo, a permissão, aos autores, da renúncia ou cessão de direitos de paternidade e modificação da obra – mostravam-se impraticáveis para o sistema francês, por revelarem contundente retrocesso. A tentativa de criação de uma convenção pan-americana a partir da Convenção de Washington restou, assim, frustrada.

⁸⁹ O apelo universal atualmente se encontra visível, já que atualmente a Convenção de Berna conta com 164 países signatários, dentre os quais, se tem o Brasil, que integrou a Convenção em 1913 (Zanini, 2011).

⁹⁰ José Carlos Costa Netto (2019, p. 113) arrola as alterações sofridas pela Convenção. Aditamentos: (a) em 4 de maio de 1896, em Paris; e (b) em 20 de março de 1914, em Berna. Revisões: (a) em 13 de novembro de 1908, em Berlim; (b) em 2 de junho de 1928, em Roma; (c) em 26 de junho de 1948, em Bruxelas; (d) em 14 de julho de 1967, em Estocolmo; e (e) em 24 de junho de 1971, em Paris (com alterações realizadas em 28 de setembro de 1979).

Seguindo uma ordem cronológica, o instrumento mais significativo que merece nota é a Convenção Universal Sobre o Direito de Autor, que foi celebrada em Genebra, no ano de 1952 e revisada em Paris, em 1971. A não adesão dos países adeptos ao *copyright* à Convenção de Berna, em virtude do maior grau de proteção autoral conferido pelo sistema francês, aliado à necessidade de regulação internacional, fez com que um grupo de Estados, liderados pelos Estados Unidos, se organizassem para que fosse viabilizada a confecção de instrumento internacional de proteção autoral menos rígido. A UNESCO, assim, “organizou a criação da Convenção Universal com objetivo específico de atrair para o espectro dos direitos de autor internacional nações que até então relutavam em fazê-lo” (Leite, 2004, p. 107). O viés menos protetor da Convenção Universal trouxe consigo o temor de que os países signatários da Convenção de Berna viessem a denunciá-la. Com efeito, foi estabelecida uma cláusula de salvaguarda, que impunha que qualquer obra originária, de um país que tivesse deixado a Convenção de Berna após 1º de janeiro de 1951, não seria protegida pela Convenção Universal.

Diferentemente da Convenção de Berna, na Convenção Universal Sobre o Direito de Autor algumas formalidades para a proteção da obra seriam consideradas, tais como registro, certidões notariais, pagamento de taxas, de acordo com as regras internas do respectivo país⁹¹.

A citada cláusula de salvaguarda alcançou o resultado esperado e, na prática, esvaziou a relevância da Convenção Universal Sobre o Direito de Autor. Ficou definido que a Convenção de Berna não poderia deixar de ser observada no caso de o país também anuir à Convenção Universal. Assim, a julgar pelo fato de que os países que aderiram à Convenção Universal também já o eram contratantes da Convenção de

⁹¹ Artigo III: 1. Qualquer dos Estados contratantes que, nos termos de sua legislação interna, exija a título de condição para conceder a proteção ao direito de autor o cumprimento de certa formalidade, tais como o depósito, o registro, a menção, as certidões notariais, o pagamento de taxas, o fabrico ou a publicação no território nacional deve considerar tais exigências como satisfeitas em relação a qualquer outra obra protegida nos termos da presente Convenção e publicada 11 Atos internacionais pela primeira vez fora do território do referido Estado por um autor não nacional se, desde a primeira publicação dessa obra, todos os exemplares da obra publicada com a autorização do autor ou de qualquer outro titular do direito de autor contiverem o símbolo © acompanhado do nome do titular do direito de autor e da indicação do ano da primeira publicação; o símbolo, o ano e o nome devem ser apostos em lugar e de maneira que indiquem claramente haver sido reservado o direito do autor.

2. As disposições do parágrafo 1 não proíbem qualquer dos Estados Contratantes de submeter a certas formalidades ou outras condições, com o fim assegurar a aquisição e o gozo do direito de autor, as obras publicadas pela primeira vez no seu território, ou as de seus nacionais, seja qual for o lugar da publicação dessas obras. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/514022/001046267_Direitos_autorais_4ed.pdf. Acesso em: 15, fev. 2024.

Berna, as regras daquele não seriam aplicadas quando em conflito com esta (Leite, 2004). Tal cláusula de salvaguarda foi suspensa em favor dos países em desenvolvimento com a revisão, ocorrida em Paris, no ano de 1971 (Ascensão, 2007).

A Convenção de Roma (Convenção Internacional sobre a Proteção de Artistas, Intérpretes ou Executantes, dos produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão), realizada no ano de 1961 e organizada pela UNESCO e pela OIT, teve como objeto de regulação os direitos conexos do direito de autor. Não houve, assim, modificações acerca das previsões contidas na Convenção de Berna.

Dada a crescente relevância do assunto no âmbito das relações internacionais, em 1967, a Convenção de Estocolmo criou a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, que entrou em vigor no ano 1970. Em 1974, a Organização tornou-se organismo especializado da ONU, sem qualquer capacidade para a solução de conflitos (Zanini, 2011). Em virtude dos problemas de índole internacional que envolviam as questões sobre propriedade intelectual, durante a Rodada do Uruguai, foi assinado um acordo TRIPS (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) ou ADPIC (Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio), cujo objeto de regulação limitou-se ao comércio (não abordou, por exemplo, discussões sobre o direito moral do autor). Ficou definido, inclusive, que o direito moral de autor, acolhido pela Convenção de Berna, poderia deixar de ser exigido em determinado país signatário, sem que isso contrariasse o TRIPS⁹².

A inserção da propriedade patrimonial como objeto de regulamentação e proteção do comércio internacional deixou evidente o apelo mercadológico atribuído ao bem intelectual. Em termos práticos, porém, com essa inserção, tornaram-se possíveis discussões e demandas internacionais entre países em questões afetas à propriedade intelectual, o que significa dizer que a Organização Mundial Comércio poderia punir países que recebessem queixas acerca do tratamento aplicado ao comércio sobre bens intelectuais (Smiers; Schijndel, 2009)⁹³.

⁹² No âmbito europeu a tentativa de harmonização e criação de um direito de autor único e homogêneo tem encontrado barreiras. Mesmo com as intervenções legislativas do direito europeu – diretivas, regulamentos e ação jurisprudencial –, não se vislumbra um caminho fácil, pois a “abordagem não é unitária e a harmonização está longe de ser total, o que leva a que se fale em ilhas de harmonização, fragmentação ou mesmo de uma manta de retalhos”, o que se vislumbra em virtude especialmente da dificuldade em se ajustar os dois sistemas (Sousa e Silva, 2013, p. 1364).

⁹³ “Segundo esse acordo, os países comprometiam-se a acordar entre si o grau de protecção que pretendiam oferecer aos detentores de direitos de propriedade intelectual. E isso foi incorporado na sua respectiva legislação nacional. Até aqui nada de novo. Mas imaginemos que um país mantém a sua legislação como estava e ou não introduz ou não aplica um sistema de copyright. A novidade dos TRIPS

Por certo, a forma de solução no âmbito internacional foge de questões dogmáticas ou mesmo teóricas, porquanto a nítida intenção foi fomentar o mercado, a fim de proporcionar o tráfego de riquezas. Nesses termos, pode-se retomar a indagação: maior homogeneidade e proteção normativa trariam benefício a todos os países? A metáfora apresentada apresenta uma “promessa implícita o incremento de proteção legal às leis de propriedade intelectual, os países em desenvolvimento tornar-se-ão países desenvolvidos, ou pelo menos desfrutarão de um nível de benefício comparáveis aos dos países desenvolvidos”⁹⁴ (Patry, 2011, p. 252). Todavia, a bem da verdade, essa busca pela subproteção confere amplos benefícios aos países desenvolvidos, exportadores da propriedade intelectual, em detrimento aos países em desenvolvimento, dependentes da importação. Como resposta à possível retaliação, a retórica enuncia que tal situação de desvantagem seria temporária, porquanto as indústrias nacionais dos países em desenvolvimento logo seriam beneficiadas por igual proteção .

De forma ainda mais assertiva, Joost Smiers e Marieke van Schijndel afirmam que, com a incorporação do bem intelectual ao TRIP's, restou demonstrado que o bem intelectual tornou-se um ativo econômico gerenciado por conglomerados e devidamente regulamentado pelas leis de comércio internacional. Considerando-se que os bens intelectuais são, notadamente, produzidos em países ricos e a respectiva propriedade é atribuída a grandes empresas internacionais, seria crível oferecer uma indagação que consigo traz uma inevitável resposta: “Como é que países pobres se podem desenvolver se as matérias-primas necessárias como o saber, não estiverem livremente disponíveis e tiverem de ser compradas, se é que alguma vez poderão ser adquiridas?” (Smiers; Schijndel, 2009, p. 23)

– e da Organização Mundial do Comércio em relação a todos os outros acordos comerciais – é que esse país pode ser punido. E como é que isto funciona? Um país apresenta uma queixa em tribunal - um comité do TRIPS - contra o comportamento laxista de outro país, devido ao qual empresas do primeiro país poderão estar a perder quantias consideráveis referentes a direitos de propriedade intelectual. Partamos do princípio que o país que apresenta queixa ganha. É então fixado um direito. O direito é, por exemplo, punir esse país laxista aumentando consideravelmente as taxas de importação ou exportação sobre certos produtos. O poder sem precedentes do TRIPS e da Organização Mundial do Comércio reside no facto de o produto escolhido pelo país vencedor não precisar de estar relacionado com a guerra económica concreta que deu origem à queixa. Podem escolher um produto – ou uma série de produtos – que coloque substancialmente em desvantagem o país punido” (Smiers; Schijndel, 2009, p. 22).

⁹⁴ No original: *The metaphor contains the implied promise that if the protections afforded by intellectual property laws are increased, developing countries will become developed countries, or will at least enjoy a level of benefits comparable to those in developed countries: the same access to pharmaceutical drugs, the same works of authorship.* (Patry, 2011, p. 250)

Sob a perspectiva cultural, tem-se que a maior proteção normativa dos direitos autorais, segundo o William Patry, também traria a própria profusão cultural do país exportador, já que o financiamento, produção e distribuição de obras seriam controlados por empresas estrangeiras. A bem da verdade, tem-se que a discussão internacional sobre a propriedade intelectual acabou, como ocorrera na formação doméstica do direito de autor, sendo absorvida por interesses econômicos de forma latente, bastando, para tanto, uma mera ponderação acerca do caminho trilhado pelas convenções, que passou a ser guiada a partir de uma regulação do comércio internacional.

Revela-se pouco crível crer que a homogeneização das normas internacionais quanto ao comércio viria de fato beneficiar todos os países, porquanto se pensa que a “maré não levantaria todos os barcos”. Apresentada a formação da normatividade internacional do direito de autor, tem-se inevitável, para o escopo deste trabalho, a constatação do viés econômico que determina a pauta internacional, que visa à homogeneização e incremento protetivo quanto aos direitos afetos à propriedade intelectual.

3.3.3 Experiência Normativa Brasileira sobre o Direito De Autor

Finalizar-se-á este estudo sobre a dogmática do direito de autor com a indicação das bases normativas do Direito brasileiro. Em breve relato, serão apresentados a formação e o desenvolvimento do tratamento jurídico aplicado ao direito de autor, segundo a lente proposta que visa perscrutar criticamente o objeto de análise.

Durante o período colonial, o sistema de privilégios, já em declínio na Europa desde os marcos históricos estabelecidos, ainda era mantido por Portugal, que só veio a adotar o direito de autor em sua concepção mais avançada, com o advento da Constituição Portuguesa de 1838, que outorgou garantia da propriedade da autoria aos escritores (artigo 23, parágrafo 4º). Entretanto, a regulamentação da previsão constitucional somente ocorreu com edição de Decreto Régio em 1851 (Fragoso, 2009). No Brasil, durante esse período colonial, a atividade de impressão foi proibida até a vinda da família real, ocasião em que foi criada a “Impressão Régia e logo depois nosso primeiro jornal, a Gazeta do Rio de Janeiro” (Hohlfeldt, 2009, p.140).

O sistema jurídico brasileiro, assim, como herança obtida pelas ordenações portuguesas, também tardou para que tivesse normas mais adequadas sobre o direito de autor. A Constituição do Império de 1824 previu somente garantia individual quanto à propriedade sobre os inventos, nada dispondo sobre as obras intelectuais de caráter estético (Pizzol, 2018).

A primeira norma a que se atribuiu como proteção autoral foi a lei que instituiu os primeiros cursos jurídicos do Brasil, de 11 de agosto de 1827. Em seu artigo 7º, havia previsão do privilégio pelo uso exclusivo dos compêndios produzidos pelos professores, mediante a aprovação da Congregação e da Assembleia Geral⁹⁵. Evidente a demonstração de um sistema pautado no “privilégio”, em clara demonstração da influência do Direito lusitano. O Código Criminal, de 1831, previa, em seu artigo 261, o crime de contrafação, punido com a perda dos exemplares (Bittar, 2022)⁹⁶.

O Código Criminal de 1890 foi um pouco mais além: sob o título XII, capítulo V, determinou os crimes contra as propriedades literária, artística, industrial e comercial. Os crimes que previam condutas contra as propriedades literária e artística estavam arrolados nos artigos 342 a 350. No que toca às limitações dos direitos de autor, viu-se a formação de uma tradição jurídica cuja regulamentação deu-se mediante o empregado de criminalização das condutas (Magrani, 2019).

A Constituição de 1891 incluiu o direito de autor entre os direitos individuais (artigo 72, parágrafo 26), o que foi mantido pelas demais Constituições⁹⁷, inclusive na condição de direitos fundamentais, à exceção da Constituição de 1937. Por ocasião da Constituição de 1891, foi editada a Lei 496, de 1898, que definiu o direito autoral

⁹⁵ “Art. 7.º - Os Lentes farão a escolha dos compendios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, com tanto que as doutrinas estejam de accôrdo com o systema jurado pela nação. Estes compendios, depois de aprovados pela Congregação, servirão interinamente; submettendo-se porém á aprovação da Assembléa Geral, e o Governo os fará imprimir e fornecer ás escolas, competindo aos seus autores o privilégio exclusivo da obra, por dez annos.” Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LIM/LIM.-11-08-1827.html. Acesso em: 19 fev. 2024.

⁹⁶ Tobias Barreto, à época, já se pronunciava sobre a necessidade em se atribuir a natureza moral ao direito de autor e sobre a insuficiência da lei penal para proteção desse direito: “O direito de autor é garantido entre nós pela lei penal; o que cabe no domínio da lei civil, é simplesmente a indemnização do mal causado pela violação desse direito, e isto nada tem a vêr com a personalidade, mas somente com o *quanti interest*, com as relações economicas do autor. Sendo assim parece incabível dar-se a autoria o caracter de um direito pessoal” (Barreto, 1892, p. 273).

⁹⁷ Constituição de 1934, artigo 113, inciso 20; Constituição de 1946, artigo 150, parágrafo 25; Constituição de 1967, artigo 153, parágrafo 25; Constituição de 1988, artigo 5º, incisos XXVII e XVIII (Bittar, 2022).

sobre as obras literárias científicas e artísticas⁹⁸. Como era de costume à época, vez que a internacionalização do direito de autor ainda era insipiente, o Brasil promulgou acordos bilaterais sobre a matéria com Portugal e França, em 1889 e 1913, respectivamente (Rocha de Souza, 2006). Na sequência, o Código Civil de 1916, revogou a Lei 496/1898, ao dedicar capítulo especial a matéria, sob o título “da propriedade literária” (artigos 649 a 673), e as hipóteses de limitações foram descritas no artigo 666. Carlos Alberto Bittar (2022, p. 33) cita os textos fundamentais que se seguiram:

Os textos fundamentais no Brasil são os seguintes: Decreto 4.790, de 02.01.1924, que definiu os direitos autorais; Decreto 5.492, de 16.07.1928, que regulou a organização das empresas de diversões e a locação de serviços teatrais; Decreto 18.527, de 10.12.1928, que aprovou o regulamento do Decreto 5.492, de 1928; Decreto 20.493, de 24.01.1946, que aprovou o regulamento do Serviço de Censura de Diversões Públicas; Decreto 2.415, de 09.02.1955, que disciplinou a licença autoral para execuções públicas e transmissões pelo rádio e televisão; Decreto 1.023, de 17.05.1962, que alterou e revogou disposições do Decreto 18.627, de 1928; Lei 4.944, de 06.05.1966, que disciplinou os direitos conexos, e Decreto 61.123, de 02.05.1967, seu regulamento. (Bittar, 2022, p. 33)

Chega-se, assim, à primeira lei que regulou o direito autoral de forma autônoma e sistemática: a Lei 5.988/1973. Antes, porém, solicita-se permissão para dar um passo atrás, a fim de se pontuar as condicionantes econômicas, sociais e culturais que possibilitaram a formação desse marco legal, como objetivo proposto na análise deste ponto.

Um olhar mais atento às condicionantes históricas que serviram de fomento à formação do direito de autor brasileiro deixa evidente a grande importância a ser considerada às associações de defesa do direito de autor, que não necessariamente protegiam o autor, porquanto muitas vezes tinham como destinatário final de seus interesses os detentores de direitos conexos, como os editores. O foco central do mercado já não era a produção de livros, como ocorreu na formação anglo-europeia do direito de autor, já que o avanço tecnológico teria alçado como objeto de maior relevância econômica a indústria fonográfica. Por isso, a relação editor, escritor,

⁹⁸ “A Lei n.º 496, de 1º de agosto de 1898 (Lei Medeiros Albuquerque) reconhecida, como vimos, por ser a primeira legislação civil a conferir proteção aos direitos autorais, estendeu a duração da proteção de direitos de autor e vedou alterações não-autorizadas até mesmo para obras caídas em domínio público ou não abrangidas pela proteção legal, encarando o direito de autor como um privilégio. A proteção passou a durar cinquenta anos após primeiro de janeiro do ano da publicação (art. 3º, 1º), condicionada a proteção a depósito na Biblioteca Nacional, dentro de dois anos, (art. 13), sob pena do direito perecer” (Magrani, 2019, p. 176).

livreiro foi substituída pelas figuras do produtor, compositor, cantor e agentes de transmissão (rádios)⁹⁹. A primeira organização de autores criada no Brasil, em 1917, foi a Sociedade Brasileira de Autores Teatrais (Sbat), que, no ano de 1920, foi declarada de utilidade pública pelo presidente Epitáfio Pessoa. Por lei de iniciativa de Getúlio Vargas, enquanto deputado federal, autorizada por este quando já alçado na Presidência (Decreto 5.492/28), foi instituída a cobrança de direitos autorais em razão das obras teatrais e musicais, o que seria regulado pelas autoridades policiais responsáveis pela censura, cuja receita era destinada à Sbat. Posteriormente, a cobrança foi também aplicada às transmissoras de rádio (Valente, 2019)¹⁰⁰.

Nesse contexto de disputas que envolviam a arrecadação dos recursos pelos direitos de autor, já no período militar e no governo Médici, foi publicada a Lei 5.988/1973. A conjuntura da formação do projeto e da votação bem representava o momento vivido pelo país. A despeito dos anteprojetos elaborados, um deles pelo desembargador Milton Sebastião Barbosa (com 351 artigos), outro pelo presidente da Comissão Revisora, Cândido Motta Filho (com 98 artigos) – anteprojeto substituto –, e um terceiro pelos membros da Comissão, Milton Sebastião Barbosa e Antônio Chaves: “Médici pediu então ao procurador-geral da República, José Carlos Moreira Alves, que elaborasse sozinho um novo projeto, com prazo de tramitação legislativa total de 45 dias. As 233 emendas apresentadas no Congresso pouco foram

⁹⁹ “Não era pequena a penetração do rádio no Brasil já nos anos 1930, e isso não gerou poucas consequências para a música popular. Se a radiofusão teve, nos anos 1920, seu período de infância, ela se desenvolveu rapidamente, e, nos anos 1930, já havia superado o cinema como veículo de massa (...) disco já havia dado à música popular possibilidades de expansão, mas a transformação trazida pelo rádio foi muito mais radical” (Francisco; Valente, 2016, p. 43).

¹⁰⁰ Interessante obra que retrata os cenários político, econômico e cultural da formação do direito de autor merece menção, refere-se, aqui, à Construção do Direito Autoral no Brasil, de Mariana Giorgetti Valente (2019). Nesse sentido, destaca-se importante relato sobre o desenvolvimento do direito e autor nessa perspectiva que reflete os interesses das associações: a criação de novas associações não tardou e inúmeros conflitos surgiram a partir de então: em 1937 foi criada a Associação Brasileira de Compositores e Autores (ABCA), que logo entrou em disputa para o recebimento de repasses internacionais. Como forma de tentativa de solução do conflito, com a fusão da SABT e da ABCA criaram a União Brasileira de Compositores (UBC). Os conflitos e a criação de novas associações seguiram e criaram a Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Editores de Música (Sbacem) em 1946. Logo os interesses discrepantes entre os autores e editores tornou-se evidente, em razão dos maiores ganhos obtidos pelos editores, se comparados com aqueles destinados aos autores. Em razão da tentativa de se limitar os ganhos dos editores, os autores buscaram invalidar os contratos de cessão que outorgava direitos de exploração às editoras, o que fez com que os editores criassem a Sociedade Administradora de Direitos de Execução Musical (Sadembra) em 1956. Com fundamento na Lei 2.415/55, foi formulada demanda para que os contratos de cessão fossem declarados inválidos, o que foi rejeitado, sendo confirmada a cessão dos direitos a favor dos editores. Por ocasião do período militar e cientes da intervenção estatal, que se iniciou com a tributação pelo imposto de renda dos valores relacionados aos direitos de autor, as associações (Sbat, Sbacem, Sadembra e UBC), no ano de 1966, em solução autorregulatória, coligaram-se e unificaram a arrecadação, dando origem ao germen do que viria ser o sistema atual de gestão coletiva.

apreciadas, devido ao prazo de dez dias imposto para as discussões” (Valente, 2019, p. 54). Pois bem, o projeto transformado na referida lei foi confeccionado por uma única pessoa, sem que fosse realizada uma discussão mais profícua. Nada obstante, uma das únicas emendas aceitas – que estabelecia a numeração dos discos e, por isso, possibilitava o controle de vendas pelos autores – foi vetada pelo governo, em clara demonstração dos poderes econômico e político das emissoras de rádio e de TV e da indústria fonográfica.

A Lei 5.988/73¹⁰¹, a despeito da evidente demonstração das condicionantes à época, da ausência de um apelo democrático na formatação do projeto e na discussão e aprovação de seu texto e da tendência em privilegiar os detentores dos meios de transmissão, foi recebida, segundo Antônio Chaves, como um grande marco ao direito de autor:

Embora com falhas e deficiências, a Lei n. 5.988, de 14-12-1973, representa sem dúvida um marco. Deveria substituir os obsoletos dispositivos do Código Civil, ainda sob a epígrafe “da propriedade literária, científica e artística”, e de dezenas de diplomas legais que procuravam acomodá-los às conquistas do cinema, radiodifusão e da televisão. Longe, porém de consolidá-los para substituí-los, modernizando-os (...) Deixemos porém de recriminações e abramos nossos corações à esperança. O que interessa é acompanhar os primeiros movimentos, as tendências que revelam e as possibilidades que oferecem. (Chaves, 1979, p. 228)

Dentre os 134 artigos, divididos em nove títulos, podem-se destacar a sistematização e autonomia quanto aos direitos de autor e dos respectivos direitos conexos; o reconhecimento e tratamento jurídico aplicáveis aos dois planos – moral e patrimonial; a determinação de que as cessões de direito fossem por escrito e que a interpretação fosse favorável ao autor; o tratamento discrepante de cada um dos contratos de direitos autorais (edição, encomenda, produção, representação dramática); a criação do Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA), órgão de fiscalização, consulta e assistência; e a definição de um sistema de recebimento de direitos autora – vinculado somente à atividade musical –, centralizado no Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) (Rocha de Souza). Sobre os limites ao direito de autor, tem-se que essa lei maximizou a proteção ao direito autoral (Magrani,

¹⁰¹ Para mais detalhes sobre a Lei 5.988/73, recomenda-se a leitura de artigo escrito por Antônio Chaves, intitulado “Desenvolvimento do Direito de Autor no Brasil após a Lei n. 5.988/73”, publicado na Revista Inf. Legisl. Brasília, v. 16, n. 61, jan./mar. 1979, Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181101/000364347.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 24 fev. 2024.

2019), a exemplo da vedação à cópia privada na íntegra, autorizando somente a reprodução de pequenos trechos e do aumento do prazo de proteção ao exclusivo (perpétuo ao autor, filhos, pais e cônjuges, com duração de 60 anos para os demais sucessores e 60 anos no caso de proteção patrimonial das obras cinematográficas, fonográficas, fotográficas e de arte).

Durante ainda a vigência da Lei 5.988/73, foi promulgada a Constituição Federal de 1988. Quanto aos direitos de autor, o direito exclusivo de titularidade do autor foi mantido como direito e garantia individual (incisos XXVII e XXIX), estabelecido como cláusula pétrea, sendo inclusas outras prerrogativas que orbitam no mesmo universo tais como a liberdade de manifestação de pensamento (inciso IV), direito de resposta e indenização por material, moral e à imagem (inciso V), liberdade de expressão das atividades intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (inciso IX), inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (inciso X), proteção das participações individuais nas obras coletivas e o direito de fiscalização do aproveitamento econômico de as obras criarem aos criadores (inciso XXVIII). Isso sem mencionar o direito de acesso à cultura, previsto no artigo 215, da Constituição. Esse arcabouço constitucional que envolve a proteção à propriedade, à liberdade de expressão, os direitos de personalidade e, especialmente, as prerrogativas e proteções sobre as atividades intelectual, artística, por certo exige a devida adequação na ordem jurídica dinâmica, por gerar, inevitavelmente, conflitos que decorrem do próprio movimento social. Nesse ponto, as questões sobre as limitações do direito de autor ganham relevo não somente no âmbito civil, mas também ecoam nas relações protegidas pela Constituição Federal, o que exigiria o devido manejo de instrumentos de equalização dos conflitos entre os direitos de grande relevância.

Lembre-se que a Lei 5.988/73 apresentava raiz em uma ordem jurídica pouco afeta aos valores democráticos, e basta, para tanto, relembrar as condições de sua elaboração e aprovação. Dito isso, e somando-se ao processo de abertura democrática e de ampliação dos direitos sociais e individuais e ainda ao desenvolvimento tecnológico experimentado (Santiago, 2003), viu-se a necessidade de que o direito de autor fosse repensado (Costa Netto, 2019). A partir da década de

1990, portanto, iniciou-se um movimento para a edição de uma nova lei sobre o direito de autor¹⁰².

Foi apresentado um projeto (sob o n. 5.430), oriundo do Senado, em 1990, que mantinha a estrutura jurídica e técnica da Lei 5.988/73. A longa tramitação e os inúmeros debates conferiram outros 33 projetos, que foram apensados ao projeto original. Sob a incumbência do deputado Aloysio Nunes Ferreira, o projeto foi relatado e, em 1997, foi encaminhado a uma Comissão Especial, composta por 40 deputados. Realizado o exame dos 34 textos, o relator apresentou o texto final, que foi submetido a setores públicos e privados interessados (Santiago, 2003). O projeto foi aprovado na Câmara dos Deputados em 10 de dezembro de 1997, seguindo para a avaliação pelo Senado. O projeto foi aprovado no Senado, em 04 de fevereiro de 1998, com a supressão dos artigos 36 a 38.

A Lei n. 9.610 foi sancionada pelo presidente Fernando Henrique Cardoso em 19 de fevereiro de 1998. Por certo, a norma criada constituiu produto do embate entre interesses econômicos das indústrias fonográficas e audiovisuais e de associações de gestão coletiva, de que passaram a largo os autores e artistas (não pertencentes à atividade musical). A propósito de harmonizar o direito autoral brasileiro com o Acordo TRIPS da Organização Mundial do Comércio, “acabou indo muito além das exigências necessárias estabelecidas no TRIPS, oferecendo proteção ainda mais ampla aos direitos autora, e restringindo ainda mais as exceções e limitações existentes” (Magrani, 2019, p. 177-178), o que será visto com maior profundidade no desenvolvimento vindouro do trabalho.

A proposta apresentada a este primeiro capítulo dirigiu-se não somente ao conhecimento mais abrangente e teórico sobre o surgimento do direito de autor, propôs-se uma abordagem crítica do surgimento do direito de autor, de modo que fosse possível a compreensão das razões de existir dos institutos afetos, para além de uma perspectiva estática e romântica, que costumeiramente é apresentada.

¹⁰² Antes do projeto que se transformaria em lei, foi apresentado o Projeto de Lei 2.148/89, denominado “Projeto Genoíno”, que detinha como elemento norteador o autor como criador. O interesse central seria o incremento do “poder do autor e do artista enquanto pessoas físicas, buscando interferir na relação de poder estabelecida entre a indústria – editoras, produtores fonográficos e de audiovisual – e criadores” (Valente, 2019, p. 417). Por muitos, esse projeto foi acusado ser “politicamente engajado”, pouco técnico e feito sob encomenda da AMAR (Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes). De uma forma ou de outra, vislumbra-se que o referido projeto seria contrário aos interesses comerciais do grande círculo de mercado dominante.

Viu-se, assim, que a retórica triunfalista e determinista sobre a formação do direito de autor não se revela a mais adequada, não somente por não traduzir a realidade, tampouco os verdadeiros elementos condicionantes de criação e transformação do direito, mas, sobretudo, por impedir o necessário entendimento do momento em que se está inserido e identificar as forças e interesses que determinam o caminho a ser trilhado.

Desde a retórica sobre a origem no período clássico do direito de autor, pautada em um instituto (*actio injuriarum*) de cuja utilização efetiva para tal fim nunca se teve notícia, às primeiras expressões que visavam à busca pela individualidade do engenho humano, limitadas pelos interesses religiosos ou de um poder centralizador, tem-se que somente pelos interesses econômicos – impulsionados pela prensa de Gutenberg – a admissão da individualidade da capacidade criativa tornou-se uma realidade jurídica.

A criação do processo industrial de produção do livro trouxe consigo alterações sociais profundas, ao padronizar o uso do vernáculo, contribuir para a centralização do poder, estabelecer instrumento de dissuasão do poder eclesiástico (pela Reforma Protestante) e o primeiro produto de fabricação em escala e dar origem à relação de consumo. Os investimentos aplicados a esse processo fabril, que tinha como objeto a criação intelectual, exigiram a tutela jurídica não em razão do bem que seria tutelado, mas dos custos para a produção dele, a despeito de um discurso diametralmente oposto, em muitas oportunidades.

Esse renitente apelo econômico atrelado à proteção do direito de autor ecoa ainda hoje, como se terá oportunidade para investigar em outra ocasião, o que ressoa no tratamento dispensado aos respectivos limites.

Nesses termos, pode-se concluir que a historicidade do direito de autor demonstra que sua formação é um produto de interações sociais, políticas e econômicas ao longo do tempo. A análise crítica das condições que levaram à sua gênese revela que o direito de autor não deve ser visto como um fenômeno isolado, mas como reflexo das disputas de poder e das transformações culturais. Essa perspectiva histórica é essencial para a compreensão dos limites do direito de autor, pois permite se identificar as influências que moldaram suas normas e interpretações, contribuindo para um entendimento mais profundo das tensões existentes entre a proteção dos direitos autorais e os demais direitos que lhes são limítrofes.

A investigação dos fundamentos filosóficos que sustentam o direito de autor é crucial para a compreensão de sua natureza e limites. A análise revela que as justificativas axiológicas, frequentemente utilizadas, carecem de tratamento filosófico adequado, resultando em uma lacuna que compromete a eficácia do sistema. A reflexão sobre a essência do processo criativo e a condição do sujeito-criador é fundamental para a construção de um arcabouço teórico que possa sustentar as reivindicações contemporâneas em torno do direito de autor, permitindo uma abordagem mais equilibrada entre os interesses individuais e coletivos. Porém, mesmo os fundamentos de ordem filosófica mostraram-se sempre condicionados a interesses bem pouco vinculados à metafísica. Evidente a tentativa de se justificar filosoficamente o interesse que merecia a proteção naquele momento, segundo o lado que se buscava defender.

Os esforços em se buscar fundamentação filosófica na teoria de John Locke ou mesmo nas teorias utilitaristas demonstram a procura por enquadramentos forçados, estabelecidos sob premissas que não guardam a similitude necessária. Não por acaso, Drummond (2014) bem alertou sobre o histórico e atual déficit filosófico que justifica o direito de autor, que bem expressa a ausência de suporte capaz de conferir tratamento jurídico adequado não só ao direito como aos seus respectivos limites.

Os marcos legais modernos de formação do direito de autor, seja no *copyright* ou no direito europeu continental, também guardam a tutela dos interesses dos detentores do poder econômico, sob a falácia protetiva do autor. Nessa intersecção entre a filosofia e a História, conclui Drummond que a filosofia saiu derrotada e que não haveria como se reescrever a História, ao constatar a sedimentação de elementos destituídos de qualquer base filosófica mais sólida:

Recontar, pois, a história do direito de autor desde outra perspectiva na contemporaneidade para uma reestruturação sistemática parece uma batalha perdida, considerando que o direito de autor já foi historicamente sedimentado em raízes imutáveis na sua origem histórica. Melhor dito, efetivamente a sua (equivocada) sedimentação sistemática decorre de sua história, mais que de seu desenvolvimento inicial. A consagração da expressão propriedade intelectual e a existência de tratados, organizações internacionais que fazem uso desta expressão exemplificam esta derrota filosófica, por meio da qual uma coisa recebe o nome do que “não o é” e se conhece como tal. (Drummond, 2014, p. 680)

Essa cooptação de bases questionáveis da filosofia empregada por um contexto histórico de formação do direito autoral moderno repercutiu profundamente

na forma de se enxergar e tratar o direito de autor, que teve um escalonamento de elementos normativos hábeis a estabelecer proteção aos meios produtivos. Empregasse, assim, uma prática de naturalização do sentido histórico do sujeito-autor, como se fosse sempre dotado de um mesmo sentido e atribuição, conforme bem anota Sérgio Bellei:

A força ideológica que vai, aos poucos, naturalizando o seu sentido histórico, acaba por consolidá-lo como valor universal (...) acompanha esse processo de naturalização e universalização, finalmente, um acúmulo de poder institucional que propulsiona o mercado editorial, a sacralização do gênio e da obra clássica e a disseminação de textos canônicos. (Bellei, 2014, p. 162)

A justificativa filosófica tresloucada, pautada em *ex post facto*, que visa ajustar a realidade atual a partir de condicionantes passadas (ou o uso de elementos atuais para interpretação de fatos pretéritos), aliada a essa universalização do autor e das funções autorais, revela a fragilidade de muitas conclusões sobre a pesquisa autoral, que tendem sempre a alcançar resultados simplistas e rasos. Essas características se reverberaram na realidade brasileira, com a criação das leis autorais brasileiras, em que a voz dos autores e artistas sempre foram suprimidas por seus respectivos órgãos representativos.

Espera-se que, assim, tenha ficado demonstrado que o direito de autor deve ser visto como “frutos de disputas, não somente na forma como foram positivados, mas na forma como se desenvolveram as interpretações sobre eles”. Seria preciso afastar-se de “leituras cristalizadas e a-históricas, dadas as complexidades e os distintos interesses que se identificam nas diferentes posições, por um debate funcionalizado, que parta de um entendimento dessacralizado de quais políticas esse instrumento está a servir, quais deve servir, e tendo em vista os autores envolvidos, que claramente, não se resumem ao autor” (Valente, 2019, p. 422). Estabelecidas as bases que retratam a formação, desenvolvimento e atual estado do direito de autor, mostra-se possível, agora, a avaliação sobre seus limites, de modo que seja levado a cabo o objetivo último da presente pesquisa.

4 DOS LIMITES DO DIREITO DE AUTOR

Todos e quaisquer direitos estão sujeitos a restrições ou limites, tornando válida a afirmação de que não existem direitos absolutos. A validade da afirmação encontra respaldo na conclusão de que os direitos são criados a partir da relação humana e que não existiriam fora da sociedade humana, sendo sua “normogênese condicionada à própria facticidade histórica que lhes deram origem, são relativos, pois se ligam à pessoa humana não somente enquanto um ser-em-si, mas principalmente como um ser-com: um ser que vive em comunidade” (Xavier de Oliveira, 2018, p. 748). A natureza relacional dos direitos, que expressa a condição social do ser humano, estabelece a necessidade de coexistência entre os homens e, por consequência, entre os respectivos direitos. Tornar absoluto um direito seria negar o mesmo direito a outrem, seria extirpar o próprio direito e o sistema jurídico como um todo¹⁰³. Nesse sentido,

Ser pessoa juridicamente significa ser válido como tal diante dos outros: a juridicidade consiste precisamente nesta correlação entre vários sujeitos. Nenhuma afirmação de um direito é possível sem a noção de um limite correspondente. Admitir que esse limite possa ser fixado à vontade contrastaria com o princípio fundamental indicado acima, pois implicaria a possibilidade de praticamente anular o direito da pessoa. (Del Vecchio, 1953, p. 33, tradução nossa)¹⁰⁴

A natureza relativa, assim, ao invés de enfraquecer ou negar o direito, reforça-o e justifica-o. Invariavelmente, portanto, o direito de autor também não poderia ser considerado um direito absoluto e guardaria consigo, assim, restrições, denominadas costumeiramente de limitações e exceções¹⁰⁵.

¹⁰³ Insere-se, nesse contexto, o papel do intérprete do Direito, pois, ao buscar a aplicação das normas, especialmente, constitucionais, jamais poderia deixar de considerá-las “preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios” (Canotilho, 2003, p. 1224).

¹⁰⁴ No original: *Ser juridicamente persona, significa valer como tal frente a los demás: la juridicidad consiste precisamente en esa correlación entre varios sujetos. Ninguna afirmación de un derecho es posible, sin la noción de un límite correspondiente. Admitir que este límite pueda ser señalado a voluntad, contrastaría con el principio fundamental antes indicado, puesto que implicaría la posibilidad de anular prácticamente el derecho de la persona*

¹⁰⁵ William Patry critica o uso das expressões “limitações e exceções”, pois defende que, do ponto de vista semântico, tais expressões externam uma agenda negativa, ao asseverarem que o detentor do direito de autor seria bom, enquanto aqueles que utilizam as obras protegidas sem permissão seriam ruins. As expressões retratam que os direitos privados dos autores são considerados a regra padrão, e o interesse público é apresentado como limite antinatural e indesejável sobre ou “exceção” ao estado natural desejado das coisas (Patry, 2011, p. 228).

A construção histórica e as justificativas filosóficas do direito de autor sempre foram entrelaçadas com a imposição de restrições e limites ao próprio direito. Não se faz referência aqui à noção dogmática e sistêmica que assevera a inexistência de direitos absolutos, como visto, mas à existência de interesses que, ao mesmo tempo que enunciavam a proteção ao autor, definiam restrições capazes de preservar prerrogativas diversas daquelas que naturalmente seriam dirigidas aos criadores.

Lembre-se da formação do direito de autor contemporâneo, cuja fundamentação teórica e a afirmação legal, a despeito de terem sido justificadas pela proteção ao espírito criativo humano (no direito de autor francês de índole jusnaturalista), tiveram como real destinatário da tutela aqueles que empregavam recurso para a produção e distribuição das obras. Por isso, para o bem ou para o mal, o manejo de linhas argumentativas necessárias para fundamentar a proteção econômica por ocasião da formação do direito de autor, especialmente no cenário francês, impôs, por coerência, limitações exigidas pela própria linha discursiva utilizada. Ora, se do espírito criativo decorre um direito natural à proteção da criação humana, é certo que tal direito estaria limitado a outros direitos de semelhante importância. A exemplo, o domínio público, como forma de limitação ao direito de autor, seria, assim, uma limitação natural, tendo-se em vista a necessidade de que o conhecimento viesse a ser difundido. Sob a perspectiva econômica, que constitui na realidade a verdadeira força motriz de modificação especialmente nessa seara, viu-se, naquela época, a necessidade de equalização do mercado face à existência de um sem-número de interessados (livreiros, editores) que ficariam destituídos de matéria prima fosse o direito de impressão outorgado perpetuamente a um único contemplado¹⁰⁶. De outro lado, no deslinde histórico, o que se viu foi o incremento de prazos cada vez maiores de uso exclusivo, antes que o direito ao exclusivo viesse a “cair em domínio público”¹⁰⁷ (Ascensão, 2022).

Dito isso, espera-se que tenha ficado claro que os direitos de autor são guiados por objetivos pragmáticos, não ideológicos, e, “como pragmáticos, concedem certos

¹⁰⁶ Sobre domínio público, recomenda-se a leitura da obra de Sergio Branco, **O Domínio Público no Direito Autoral Brasileiro: uma obra em domínio público**. Rio de Janeiro: 2011, Lumén Juris.

¹⁰⁷ Como bem relatado em artigo de José Oliveira Ascensão, intitulado “A Questão do domínio público”, ao narrar o movimento global que consistiu no incremento dos prazos de uso exclusivo.

privilégios dados aos detentores de direitos autorais, e certos privilégios concedidos ao público” (Patry, 2011, p. 228, em livre tradução)¹⁰⁸.

Os limites ao direito de autor, assim, merecem ser avaliados dentro das perspectivas dogmáticas que cercam qualquer estudo jurídico, porém não se pode jamais descurar das condicionantes históricas, sociais e econômicas, pois já restou devidamente comprovado, no capítulo anterior, o grande equívoco que seria crer na retórica aplicada à justificativa triunfalista de formação e transformação dos institutos jurídicos. O presente capítulo será dirigido à compreensão dos limites aplicáveis ao direito de autor, mediante a ponderação de valores que considerem o estudo dogmático aliado ao senso crítico que confirme a validade e eficácia dos institutos analisados. Dito isso, espera-se que seja obtida, como resultado, uma visão adequada sobre a suficiência ou não do tratamento dispensado às limitações ao direito de autor, que possa não somente equilibrar os demais interesses e direitos em conflito, mas também preservar o núcleo duro do próprio direito de autor.

4.1 UMA VISÃO REALISTA DA LEGISLAÇÃO AUTORAL BRASILEIRA: FUNCIONALIZAÇÃO E SEMÂNTICA

Antes de se tratar sobre os limites ao direito de autor, segundo as hipóteses legalmente previstas (limites intrínsecos), e aquelas situações que reclamam ponderação em virtude da intersecção entre direitos fundamentais e de personalidade com o direito de autor, mostra-se razoável tecer breves considerações acerca de questões um pouco mais abrangentes, que revelam a condição atual do tema.

O estado de certa esquizofrenia de que padece o direito de autor, ao absorver uma altíssima dose de guarida e instrumentos legais de proteção, mas ao mesmo tempo padecer de todo tipo de ataque, dada a inefetividade prática na condução de medidas assertivas de controle, deve ser pontuado. Assim como deve ser considerado o fato que envolve a natureza fundamental do direito de autor, a despeito de seu tratamento totalmente deslocado dos demais ditames e valores constitucionais em que está expressamente inserido, o que acaba por inviabilizar o cumprimento de suas precípuas funções (para além da visão meramente econômica).

¹⁰⁸ No original: *Those goals are pragmatic, not ideological, and as pragmatic, they accord certain privileges given to copyright owners, and certain privileges given to the public.*

Não seria possível uma abordagem completa sobre os limites autorais sem que fossem considerados os aspectos que envolvem a maximização do direito de autor e o descaso com suas funções.

De outro lado, paira certa confusão sobre termos comuns e que merecem um acordo semântico. Como será visto oportunamente, os termos exceções e limitações são usualmente tratados para se definir situações de restrição ao direito autoral. Considerando-se o caráter científico do presente trabalho, há de se estabelecer as bases conceituais de cada uma das designações e definir o uso adequado de cada uma das expressões.

Pretende-se tratar, neste tópico, de dois assuntos diretamente relacionados com os fundamentos dos limites ao direito de autor, a hipertrofia e maximização do direito de autor e sua funcionalização, bem como o acordo semântico a respeito dos termos empregados para a restrição ao direito de autor. Temas que se mostram indispensáveis para a abordagem posterior sobre os limites especificamente considerados.

4.1.1 Hipertrofia e Maximização do Direito de Autor: Uma Avaliação sobre a Funcionalização do Direito de Autor

O desenvolvimento histórico do direito de autor contemporâneo deixa evidente a manutenção de um dogma convenientemente produzido, ao conferir perpetuidade sobre a exploração comercial da obra intelectual. Como fosse um elemento estranho ao desenvolvimento social e do Direito, olvidando o caminho que impôs uma nova leitura sobre institutos civilistas, notadamente individualistas e patrimonialistas, o direito de autor permaneceu firme com suas “convicções” e protegidos das investidas que viessem a ameaçar o “direito à propriedade exclusiva e ilimitada.

Abordar-se-á, nesse ponto, o problema que envolve a denominada maximização do direito de autor, que confere um estatuto altamente protetivo e reacionário às limitações aos direitos autorais (e conexos), em detrimento à necessidade de equalização com demais interesses e valores que também se mostram caros em nossa sociedade.

Mesmo com uma origem que supôs a necessidade de consideração do interesse público e a demonstração de certa funcionalização do direito de autor (ao menos na formação do direito anglo-saxão), a concretização de tal ideário sucumbiu

a uma ótica mercadológica que impôs a preservação do direito ao exclusivo. O instrumento utilizado, para tanto, foi a máxima que conceituou o direito de autor como um direito de propriedade, capaz de “justificar o exclusivo dos autores não obstante a extinção de todos os privilégios” (Ascensão, 2001, p. 84). Uma vez traduzido em um direito de propriedade, o substrato individualista aplicável seria facilmente reproduzido ao instituto, negando, assim, a funcionalização ao direito de autor. As restrições, por seu turno, bem limitadas a situações especificamente definidas em lei, deveriam ser consideradas meras exceções. Nesse sentido,

O hiperliberalismo selvagem em que vivemos manifesta-se, no domínio do direito de autor, pelo que se chamaria a “Caça às exceções”. Toda a restrição é perseguida, invocando-se a qualificação do direito de autor como propriedade - quando, mesmo que a qualificação fosse verdadeira, nem por isso a “propriedade” deixaria de estar submetida às exigências da função social (Ascensão, 2001, p. 198).

A par da incidência dessa consideração jurídica aplicada ao direito de autor (entendido como direito patrimonial exclusivo), a proteção dos direitos de autor nunca foi tão ampla, quer em termos dos serviços que podem ser protegidos (fotografias, fonogramas, filmes, programas de computador, obras digitais), quer em termos do âmbito dos direitos exclusivos (bem como das novas formas de difusão), quer em termos da duração da proteção (Guibault, 2003, p. 1, tradução nossa)¹⁰⁹. O avanço tecnológico e a manutenção do *status quo* do direito de autor contribuíram, assim, sobremaneira, para a crise. A visão romantizada do sujeito-autor e, de outro lado, a figura dos grandes conglomerados que colecionam cessões de exploração de uso trouxeram consigo uma excessiva tutela aos grandes grupos, como fossem os fragilizados autores.

Essa excessiva proteção ao direito autoral, aliada ao desenvolvimento tecnológico (que permite o compartilhamento entre usuários de arquivos ao redor do mundo), carregaram consigo uma total dissensão entre o legal e o usual, e se viu uma verdadeira banalização da ilegalidade¹¹⁰. Como resposta, nas palavras de Alessandra Tridente, dois caminhos seriam possíveis: agravar as penas ou modificar os

¹⁰⁹ No original: *la protección del derecho de autor jamás ha sido tan amplia, tanto en lo que se refiere a las prestaciones susceptibles de ser protegidas, al alcance de los derechos exclusivos, como en lo tocante a la duración de la protección.*

¹¹⁰ Nesse sentido, “A virada do milênio é, porém, um período marcado por fortes questionamentos dos direitos de propriedade intelectual. A massificação da internet e das tecnologias digitais trouxe mudanças significativas para os hábitos e valores de extensas parcelas da população, o que levou a uma ilegalidade generalizada e vem colocando em xeque a adequação do sistema legal” (Tridente, 2009, p. 2).

parâmetros de proteção legal existentes (Tridente, 2009). A julgar pela postura legislativa em nosso ordenamento jurídico, ao que tudo indica, em nossas terras foi escolhida a segunda opção. Basta, para tanto, se vislumbrar as alterações aplicadas ao artigo 184, do Código Penal, que, além de incluir situações do tipo condizentes ao desenvolvimento tecnológico, também aumentou a pena mínima originariamente prevista.

Sobre a maximização do direito de autor na esfera penal, segundo o caminho escolhido em nosso ordenamento jurídico, a tese desenvolvida por Virgínia Luna Smith, com o título “Plágio, Pirataria, *Fair Use* e a (Des)criminalização da Violação de Direito Autoral (Smith, 2012)”, conclui que o incremento da política criminal reflete clara pressão das indústrias fonográfica, cinematográfica e editorial, o que deixa em segundo plano a perspectiva funcionalizante do direito de autor, o que retrata um verdadeiro paradoxo: ao mesmo tempo que se vislumbra a maior repreensão criminal, modos alternativos de tratamento autoral são criados (modelos colaborativos e o compartilhamento de arquivos) e, o pior, ao desconsiderar o princípio da adequação social e o da intervenção mínima (na esfera criminal), a política pública escolhida torna-se desacreditada, por sua aplicação nitidamente seletiva e ineficaz.

Sob a perspectiva mais dogmática, chama a atenção o fato de o direito de autor, mesmo previsto nas sucessivas Constituições (pelo menos na realidade brasileira), passar incólume a qualquer ordem revisora, que viesse atribuir funções mais amplas ou limitações mais abrangentes do que aquelas catalogadas em um rol definido pela lei ordinária. Para melhor compreensão dessa resistência do direito de autor ao apelo constitucional, a despeito de sua natureza jusfundamental, serão utilizadas as lições de Otávio Luiz Rodrigues Junior, em sua obra “Direito Civil Contemporâneo: Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais” (Rodrigues Junior, 2019), que assevera a necessidade de se estabelecer critérios claros e definidos para identificar situações que caracterizam efetivas hipóteses de constitucionalização do direito civil. Por assim dizer, há de se pontuar acerca de situações, cotidianamente consideradas constitucionalização, mas que de fato não o são tais como: i) a admissão da supremacia hierárquica da constituição; ii) o uso de cláusulas gerais (muitas vezes anteriores ao próprio constitucionalismo); iii) ou mesmo o aspecto funcionalizante da dignidade da pessoa humana (que muitas vezes constitui uma “porta sem trancas”, vaga e imprecisa).

No caso do direito de autor, em especial, o processo de constitucionalização ocorreu muito antes mesmo do conhecido movimento. A elevação das normas sobre o direito de autor em nível constitucional ocorreu formalmente com a Constituição de 1891. Desde então, à exceção da Constituição de 1937, o direito de autor sempre esteve expresso nas sucessivas Constituições. Todavia, repise-se, a elevação do direito de autor em nível constitucional e mesmo o citado movimento de constitucionalização do direito civil não foram suficientes para ajustar o tratamento autoral à realidade. O direito de autor continuou vivendo um estado de total “esquizofrenia”, inserido textualmente na Constituição, porém tratado como um típico instituto privado do século XVIII.

Esse tratamento arcaico, aplicado ao direito “constitucional” de autor, bem retrata que muitas vezes não basta a elevação formal do instituto, há necessidade de amadurecimento que se consubstancie em uma inserção orgânica e material aos ideários que compõem os axiomas constitucional e cultural, a fim de que sejam equalizados os valores eventualmente colidentes e atribuído um aspecto funcionalizante ao direito. Nesse sentido, retoma-se a lição de Luiz (2019) quando aduz a possibilidade de constitucionalização mediante a transformação de instituições e irradiação do Direito Constitucional, que consiste no impacto aplicado ao direito privado diante do papel dos direitos fundamentais, inclusive nas relações privadas, do que se extrai a denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais¹¹¹. Ver-se-á mais adiante a importância que envolve essa imersão do direito de autor no âmbito constitucional, já que uma série de direitos igualmente constitucionais acabam por colidir com o direito de autor.

Parece, assim, que a hipertrofia do direito de autor decorre, em grande parte, desse isolamento, que o considera elemento amplamente distinto e *sui generis*, desvinculado do estatuto axiológico que se dirige à efetivação dos valores sociais e constitucionais. A inserção do direito de autor em espectro valorativo, assim, passa pela necessidade em se redefinir seus fundamentos e, sobretudo, suas finalidades.

¹¹¹ O citado autor estabelece como premissas para que ocorra a constitucionalização-irradiação (Luiz, 2019, p. 226-228): i) a intervenção do direitos fundamentais nas relações privadas, o que se mostra bem adequado quando se considera que o direito de autor constitui um direito fundamental, sem embargo de se tratar de um direito tipicamente privado, o que exige também a harmonização com outros valores constitucionais e direitos fundamentais; ii) o papel do tribunal constitucional, que vai além do mero controle de constitucionalidade das normas, mas como agente de transformação, que, no caso do direito de autor, pouco se nota a participação do STF, ficando as questões, no mais das vezes, limitadas ao STJ.

Os aspectos teleológicos que cercam o direito de autor representam os contornos que se fazem necessários para impedir seu abuso e permitir a devida acomodação dos respectivos limites. Sem descuidar da tutela sobre o núcleo duro que representa a expressão do gênio criativo humano, há de se estabelecer as condicionantes ou limitações capazes de harmonizar o direito de autor ao sistema jurídico.

Não se pode olvidar, evidentemente, a natureza já definida do direito de autor, que, em sua perspectiva moral, liga-se diretamente ao estatuto jurídico dos direitos de personalidade, que têm como base valorativa a dignidade da pessoa humana. A despeito dessa conclusão, sabe-se que a dignidade da pessoa humana aplicada aos direitos de personalidade exige que seja avaliada em um aspecto dinâmico e real, de um ser humano inserido no contexto coletivo. A dignidade da pessoa humana, assim, deve ser considerada segundo uma valoração social, aplicada ao ser humano real, pois “a dignidade não é indeterminada, mas encontra na pessoa o lugar de sua determinação, não para preservar uma essência, mas para colocar cada um na posição de determinar livremente seu próprio projeto de vida” (Rodotá, 2017, p. 13). Fala-se, portanto, do ser humano real, inserido em uma realidade social e histórica. Essa perspectiva real e histórica do ser humano digno, assim, guarda restrições, próprias da realidade em que está inserido. Com efeito, o gênio humano, enquanto expressão da dignidade humana, e seu respectivo plexo normativo de proteção também estão condicionados a um conjunto de fatores e direitos outros.

Tratar-se-á, inicialmente, do aspecto teleológico do direito de autor, porquanto, ao se estabelecer sua finalidade, seria possível definir os contornos capazes de concretizar as funções do direito de autor, e, ao mesmo tempo, concluir quais seriam seus limites. A tal processo pode-se denominar de funcionalização do direito de autor, que nada mais é do que atribuir ao direito suas funções. Guilherme Carboni defende o papel funcionalizante do direito de autor e sustenta que esse direito deveria desempenhar as seguintes funções: i) função de identificação da autoria; ii) função promocional, como estímulo à criação intelectual; iii) função econômica; iv) função política (Carboni, 2008). A função identificadora da autoria apresenta um duplo aspecto, pois, ao mesmo tempo que protege a subjetividade (sujeito-autor), outorga uma tutela de índole pública, ao preservar as fontes culturais nacionais, considerada

um direito público à informação, cujo fundamento constitucional encontra-se no artigo 215¹¹² (Carboni, 2008).

A função promocional diz respeito ao estímulo à criação intelectual, nos termos do parágrafo 3º, do artigo 216¹¹³, de modo que o autor possa ver-se incitado a produzir, a desenvolver seu gênio criativo e a concretizar seus potenciais. Discute-se, com efeito, se o direito ao exclusivo seria capaz de conferir essa função promocional, porquanto se mostra de difícil apuração se a compensação econômica seria o elemento mais relevante, capaz de impulsionar a produção intelectual, ou mesmo qual seria o tempo razoável para a obtenção do retorno, de modo que fosse respeitado o móvel e tutelado o livre acesso ao conhecimento. As respostas a tais indagações representam elementos de grande relevância que compõem um mosaico multicolorido de interesses de difícil composição.

Em sua função econômica, observa-se que o direito de autor, em um viés patrimonial, é capaz de proporcionar riqueza, permitir relações empresariais e concretizar interesses mercadológicos, inclusive em níveis globais. As empresas de *copyright* assinalam fatia substancial do produto interno bruto dos países industrializados (Ascensão, 2008). Essa expressão mercadológica do direito de autor encontra-se demonstrada por inúmeros tratados internacionais, especialmente pelas regras criadas a partir do Acordo Geral de Tarifas e Comércio da Rodada do Uruguai do GATT (atual Organização Mundial do Comércio), que inseriu a questão em um dos anexos, denominado TRIPS (Aspectos de Propriedade Intelectual Relativos ao Comércio)¹¹⁴. Segundo Carlos M. Correa, em publicação realizada pela UNESCO,

A principal função do direito autoral pode ser definida como o fornecimento de incentivos para a criação intelectual, de modo a maximizar a diferença

¹¹² Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

¹¹³ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: (...) § 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

¹¹⁴ A esse respeito, José Oliveira Ascensão constata a condição atual do direito de autor: “Os direitos intelectuais são regulados pela OMC porque eles (ou o seu objecto) *foram transformados em mercadoria*. Nomeadamente, o Direito de Autor é assim regulado porque está despojado de todo o significado personalístico ou cultural. A OMC ignora o direito “moral”; e nenhuma considerações são válidas perante ela, que não sejam as que se traduzam em impacto econômico. Dá-se na prática a ablação dos aspectos espirituais do direito de autor. É uma mercadoria como outras, mera componente do comércio internacional” (Ascensão, 2008, p. 158).

entre o valor do resultado protegido e o custo social de sua criação, incluindo o custo de administração do sistema. (Correa, 2000, p. 6, tradução nossa).¹¹⁵

Tal função econômica, a despeito da demonstração do tratamento do direito de autor como efetiva mercadoria, exige um equilíbrio mercadológico, fazendo com que haja intervenção e regulação pelo Estado, casos em que a equalização entre os interesses servirá para definir os contornos do direito de autor (Samuelson, 2015).

A função política do direito de autor, por seu turno, dirige-se à busca pela implementação de medidas para o desenvolvimento cultural, enquanto política pública. O adequado tratamento do direito de autor permitiria que a cultura viesse a se desenvolver a ponto de possibilitar a materialização da agenda social assumida pela Constituição Federal brasileira, a exemplo do pleno exercício dos direitos culturais e o acesso democrático aos bens da cultura, conforme os citados artigos.

Carboni (2008) sintetiza as inúmeras funções e limitações do direito de autor sob um termo que considera mais abrangente e que dá nome à sua obra “Função Social do Direito de Autor”, e assim o conceitua: “o direito de autor tem como função social a promoção do desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico, mediante a concessão de um direito exclusivo para a utilização e exploração de determinadas obras intelectuais por um certo prazo, findo o qual, a obra cai em domínio público e pode ser utilizada livremente por qualquer pessoa” (Carboni, 2008, p. 97).

Parece que há diferença substancial entre as funções do direito de autor e seus limites, sejam intrínsecos ou extrínsecos e, muito embora seja possível, a qualquer uma das categorias – funções e limitações –, a apuração de contornos ao direito e a sua aplicação, tem-se que o objeto das funções difere-se do conteúdo das limitações, já que as funções do direito autoral se dirigem a fim do instituto, enquanto seus limites se caracterizam por restrições à sua incidência.

Há urgência na mudança desse direito de autor ensimesmado e dirigido ao benefício mercadológico. Mostra-se premente a necessidade de se acolher um direito de autor funcionalizado, em certa medida, capaz de ser pensado e aplicado às suas finalidades afetas e imerso nos valores da ordem constitucional, o que será possível

¹¹⁵ No original: *La función principal del derecho de autor puede ser definida como la de proveer incentivos para la creación intelectual, en una forma tal que se maximice la diferencia entre el valor del resultado protegido y el costo social de su creación, incluyendo el costo de administración del sistema.*

com a adequação desse direito às limitações consideradas em um cenário capaz de conjugar o individual e o coletivo, o intelectual e o econômico, o meu e o nosso.

4.1.2 Limitações e/ou Exceções ao Direito de Autor? Por um Consenso Semântico

Mostra-se oportuno, neste momento do trabalho, estabelecer uma delimitação terminológica mais precisa acerca dos termos empregados que expressam as formas de cerceamentos ao direito de autor. Até então as expressões restrições, limites ou exceções (muito embora tenha sido evitada essa expressão) foram livremente utilizadas, porquanto o objetivo central era expressar contenções ou contornos ao referido direito de forma mais ampla. Optou-se por não estabelecer, de forma direta e peremptória, o termo a ser utilizado, pois questões que envolvem o uso terminológico das expressões também representa elemento de grande relevância, não só pelo respeito à semântica imposta pela linguagem culta, mas também por expressar a forma como é considerado o assunto em si, uma vez que a escolha de um ou outro frequentemente reflete um posicionamento quanto à natureza dos dois institutos (Chacarasque de Castro, 2022, p. 17). Espera-se demonstrar, nestas breves linhas, não só a opção feita que será aplicada ao restante do trabalho, mas ainda as razões que justificam a opção.

A discussão terminológica gira em torno do uso das expressões “limites e exceções”, que muitas vezes são utilizadas como sinônimos, outras vezes, com significados diversos. Alguns autores acabam defendendo o uso de uma ou outra, de forma exclusiva, para representar as situações de restrições ao direito de autor, enquanto outros entendem, dada a abrangência das possibilidades, que o mais adequado seria o uso de ambas¹¹⁶.

A distinção entre o uso das expressões “limites” e “exceções” traz um apelo mais profundo do que pode inicialmente aparentar, pois reflete a generalidade com que se define o direito subjetivo do autor (Drassinower, 2010) e define premissas sobre a incidência das normas e o seu respectivo espectro de incidência.

¹¹⁶ Embora de forma inapropriada, há quem defenda que a questão não extrapola a mera discussão terminológica (Hilty; Nérissou, 2012).

Os tratados internacionais da Organização Mundial da Propriedade Industrial (OMPI) dos anos de 2003, 2010, 2015 e 2015, inclusive o Tratado de Marraqueche, que apresenta previsão de limites ao direito de autor, utilizam-se da expressão “exceções e limites” (Chacarosque de Castro, 2022). Apesar do uso nos instrumentos internacionais, tem-se que talvez não seja esse o critério mais adequado para se definir qual a opção que expressa a terminologia deve representar as situações de restrições. Obviamente, qualquer documento que venha a integrar uma gama imensa de países deve afastar-se de questões que possam gerar conflitos terminológicos, especialmente, na seara do direito de autor, que abrange formações históricas tão discrepantes. Então, se o objetivo é comungar o maior número de integrantes, o acolhimento de expressões que sejam comuns aos países signatários constitui medida muito mais política do que necessariamente técnica; nas palavras de José Alberto Vieira, constitui um “método conciliatório do legislador internacional defronte de duas tradições a continental-europeia e a anglo-americana” (Vieira, 2020, p. 362).

Sabe-se que, no sistema anglo-americano, fala-se, no lugar de limites, em “exceções” ou simplesmente se conjugam as duas expressões, enquanto no sistema europeu continental utiliza-se a expressão “limites” (Vieira, 2020). Pensa-se que esse critério simplista não seria o mais adequado a ser utilizado. Faz-se mister, assim, apurar o sentido das expressões “limites” e “exceções”, de modo que seja possível se chegar a uma conclusão, já que o apelo pelo argumento de “autoridade”, diante do uso pela OMPI, seria por demais reducionista e poderia trazer contradições ao desenvolvimento do trabalho.

Drassionower (2010), a exemplo de como a distinção pode assumir posições curiosas, diferencia as limitações em quatro espécies: limitações quanto ao objeto; limitações quanto ao escopo; exceções diversas; e exceções propriamente ditas. Sem se adentrar nas distinções trazidas nessa classificação, mostra-se razoável a compreensão da diferença entre as limitações e as exceções. Por assim dizer, tem-se que as limitações referem-se a restrições verificadas na própria realidade do direito autoral, são contornos verificados no mesmo *locus* autoral. De outro lado, as exceções denotam instâncias em que o direito de autor, como uma ordem jurídica, encontra reivindicações reconhecidas em outras ordens jurídicas, o que faz com que a resolução da disputa resultante exija ir além ou fora do próprio regime de direito

autoral¹¹⁷. Isso significa dizer que, segundo o autor, a distinção envolveria o grau de generalidade aplicada às normas autorais. Essa classificação encontra eco em uma distinção reconhecida no ambiente jurídico brasileiro, que diferencia limites intrínsecos e limites extrínsecos.

De acordo com a dinâmica da incidência normativa, também seria possível diferenciar limites e exceções. Considera-se que as limitações seriam a delimitação de contornos verificados sobre a própria norma de direito de autor, aplicáveis, portanto, de forma simultânea, o que significa dizer que, por ocasião, do trabalho hermenêutico, a identificação do direito de autor e dos respectivos limites ocorreria de forma síncrona, afinal, “os limites são constitutivos do conteúdo dos direitos” (Ascensão, 2003, p. 98). De outro lado, as exceções seriam restrições impostas a um direito de autor preexistente, exteriores aos elementos integrantes da norma a que se dirige.

Vieira (2020) propõe uma distinção diversa, ao diferenciar o conteúdo positivo do conteúdo negativo do direito de autor, relacionando-os exclusivamente ao seu conteúdo econômico, ao entender que os “actos de utilização não econômica da obra não integram o direito de autor e não faz qualquer sentido falar em restrições ou limites, internos ou externos, a seu propósito” (Vieira, 2020, p. 359), pois são situações simplesmente excluídas do âmbito de incidência da norma. Guilherme Carboni, por sua vez, utiliza-se de expressão mais ampla – “restrições” –, classificando-a em restrição intrínseca (“relativa à extensão da proteção autoral”, Carboni, 2008, p. 98) e restrição extrínseca (relativa ao exercício do direito de autor quando em sujeição a outros direitos).

Ascensão (2008) demonstra predileção ao termo limites, porquanto as “regras negativas do direito de autor são os limites ou restrições do direito; fala-se também de exceções, mas sem justificção, porque são tão normais como as regras positivas” (Ascensão, 2008, p. 168); ou, ainda, o “direito de autor é visto como um complexo harmônico, em que regras atributivas coexistem com restrições. Os limites do direito de autor não são tomados como exceções, mas como a via da satisfação simultânea de interesses individuais e da comunidade” (Ascensão, 2006, p. 116). Nesse mesmo

¹¹⁷ No original: *The upshot of this classification is that “exceptions properly so-called” denote instances where copyright as a juridical order encounters claims recognized in other juridical orders, with the result that the resolution of the ensuing dispute requires reaching beyond or outside the copyright regime itself.* (Drassionower, 2020, p. 207)

sentido, Vieira (2020) entende que a expressão “exceções” traria consigo um sentido pouco adequado ao tratamento que se espera seja dado ao tema, já que inculca uma compreensão de que o direito de autor seria potencialmente ilimitado, sendo admissíveis restrições somente em situações excepcionais, o que não retrata a realidade. Demais disso, tecnicamente, não existem exceções, as restrições (ou limites) seriam apenas uma “delimitação interna do direito subjetivo de autor em obediência a fins de política legislativa geral, de cultura, de educação, de ensino, de investigação científica” (Vieira, 2020, p. 362).

Diante das razões invocadas por Ascensão (2008) e reforçadas por Vieira (2020), parece adequado seguir tais orientações, de modo que seja utilizada preferencialmente a expressão limites. Soma-se a isso, por respeito à coerência científica, a própria natureza atribuída ao direito de autor. Enquanto direito de personalidade, não seria razoável se admitir a existência de exceção ao direito de personalidade, porquanto os atributos nos são inerentes assim como os direitos respectivos, sendo admissível falar em limitações, proporcionadas especialmente por normas jurídicas ou pelo exercício de tais direitos, quando em colisão com outros de igual natureza. Assim, para qualquer forma que venha a expressar uma abordagem mais abrangente sobre contenções ou controles ao direito de autor, serão utilizadas expressões tais como restrições, contornos; para hipóteses mais restritas ou específicas de restrições, por seu turno, será empregada a expressão “limites”.

4.2 DOS LIMITES INTRÍNSECOS AO DIREITO DE AUTOR

Neste tópico, serão apresentados os limites intrínsecos ao direito de autor e se abordará o respectivo tratamento da ordem jurídica nacional. A abordagem seguirá o critério já estabelecido, de modo que seja possível uma apuração crítica da suficiência do tratamento utilizado, sem descurar da ponderação acerca da conjuntura social, aplicada a uma realidade dinâmica. Essa avaliação, assim, permitirá que seja dado o passo seguinte, a fim de que seja possível mensurar a abertura que deve ser atribuída ao “sistema”, mediante o manejo dos limites extrínsecos, pois a ineficácia dos limites intrínsecos “tende a ser compensada por um recuso cada vez mais acentuado aos limites extrínsecos” (Ascensão, 2003, p. 108).

4.2.1 Dos Pressupostos para a Tutela Autoral

Os limites intrínsecos representam as condicionantes verificadas no próprio direito, capazes de proporcionar restrições à incidência do espectro normativo que o tutela. Aplicando-se tal afirmação ao direito de autor, ter-se-iam então como limites intrínsecos os contornos que definem a incidência da norma autoral, porquanto tais restrições pertencem ao próprio conteúdo do direito (Ascensão, 2003). Antes de se abordar as hipóteses legais que determinam os limites intrínsecos, há de se estabelecer uma premissa básica que exige a ponderação sobre o objeto a ser protegido, porquanto tudo aquilo que não integrar esse objeto será excluído de qualquer incidência normativa protetiva.

A propósito de compreender os níveis de restrições ao direito de autor, em uma perspectiva um pouco mais ampla, Costa Netto (2019) apresenta cinco delimitações da abrangência do direito autor: i) quanto à delimitação decorrente da natureza do direito autoral; ii) quanto à delimitação decorrente da prevalência de direitos de personalidade de terceiros; iii) quanto à delimitação decorrente da inexistência de identificação do sujeito do direito (esse ponto traz indagações um pouco mais abrangentes atualmente, em virtude especialmente do uso de mecanismo de “inteligência artificial”); iv) quanto à delimitação temporal (o que envolve a questão do direito ao exclusivo e o domínio público); v) quanto à delimitação territorial (que se relaciona ao direito internacional e à questão da reciprocidade entre os países). O que interessa, por ora, envolve a delimitação da natureza do direito autoral (ou seu objeto), pois, para que “haja incidência de direito autoral, é essencial que o bem jurídico protegido seja uma obra intelectual, ou seja, que pertença ao domínio das letras ou das artes e que tenha originalidade. A proteção é conferida à originalidade de forma, e não à ideia contida na obra” (Costa Netto, 2019, p. 305).

De início, pode-se apontar que a “atividade intelectual converge ou para a satisfação de objetivos estéticos, ou para a produção de bens materiais” (Bittar, 2022, p. 45), e como resultado dessa exteriorização ou expressão têm-se as obras de cunho estético e aquelas de cunho utilitário, tuteladas pelo regime de direitos autorais ou

pelo regime de direitos de propriedade industrial¹¹⁸. Dessa afirmação pode-se extrair uma primeira constatação:

Toda obra tem objetividade, que lhe advém da qualidade de coisa incorpórea. Apreensível embora somente ao intelecto humano e não aos sentidos, como as coisas corpóreas, a obra existe e é exterior à pessoa sendo delimitada como objecto juntamente com outras coisas incorpóreas. (Vieira, 2020, p. 43)

A objetivação consiste na transformação, pelo gênio humano, de ideias em um produto intelectual; como bem intelectual, sua apreensão igualmente somente pode ser realizada em nível intelectual. A tutela jurídica, com efeito, apenas se torna possível pela objetivação da expressão do gênio humano, transformando-a em autônoma em relação ao seu criador. “A obra terá sempre uma forma que representa o modo de expressão de seu criador, como um reflexo de sua personalidade, de suas volições ou de suas aspirações” (Fragoso, 2009, p. 115).

Inegável, neste momento, não vislumbrar a aproximação entre a caracterização da obra, como objetivação da expressão humana, e os direitos de personalidade. A capacidade criativa, aplicada a uma produção estética, resulta em uma forma de expressão da personalidade humana, que merece as devidas promoção e proteção. Por conseguinte, a admissão da natureza jurídica do direito de autor como direito de personalidade proporciona o incremento de uma dupla finalidade e dirige-se tanto ao sujeito-criador, a quem devem ser conferidas a liberdade e a promoção de meios para agir, pensar e expressar, quanto ao resultado daquilo que foi criado e revelado.

De forma sub-reptícia ao que foi afirmado, tem-se que a obra somente poderia advir do próprio ser humano, porquanto, a despeito da obviedade da colocação (ou mesmo da redundância), sabe-se que o avanço tecnológico possibilita a criação de objetos que poderiam facilmente ser confundidos com qualquer obra humana¹¹⁹. A

¹¹⁸ Diferencia os direitos de autor dos direitos de propriedade intelectual da seguinte forma: o que os direitos de autor e os direitos de propriedade industrial têm em comum é que são direitos de propriedade intelectual territorialmente limitados, ou seja, a atribuição legal de bens intangíveis a bens específicos pessoais por meio da criação de direitos subjetivos (parágrafo 21). Enquanto na lei dos direitos de autor a atribuição ao criador da obra é, pelo menos essencialmente, ditada pela lei natural, os direitos de propriedade industrial são monopólios artificiais, privilégios concedidos pelo Estado que são normalmente muito mais limitados em termos de tempo e conteúdo do que os direitos de autor. Na sequência, o mencionado autor cita o processo de industrialização dos bens autorais, já que as vantagens (informalidade, gratuidade e vitaliciedade) consideravelmente superiores ao criador (ou titular do direito autoral) fizeram com que os direitos autorais fossem “empurrados” cada vez mais para serem essencialmente comerciais (Schack, 2019, p. 34).

¹¹⁹ Essa questão – desenvolvimento tecnológico também representa um abalo profundo à estrutura autoral, a que se denomina “crise da subjetividade”, tida como “uma nova proposta estética, calcada na interatividade, na recombinação e na criação como ato coletivo” (Carboni, 2008, p. 94). Como

esse respeito, Ascensão (1997), talvez antes mesmo da popularização das denominadas inteligências artificiais, parece ter estabelecido premissas adequadas para solucionar essa questão. O critério de que se vale para definir a expressão humana, enquanto capaz de objetivar a obra, consiste na previsão ou não do resultado final da operação realizada:

Se o resultado final é previsível e quem opera o computador se dirige à caracterização de uma determinada ideia criadora - o vínculo de autoria individual não é posto em causa. O computador funciona então como um instrumento, tal como o pincel nas mãos do pintor. (...) Diferente é a situação quando se atinge um grau de indeterminação que escapa a todo o controle ou previsão do operador. Isto é tornado possível através de programas adequados. (Ascensão, 1997, p. 663-664)

Ao programador, por sua vez, somente poderia ser atribuída a autoria do próprio programa, pois a expressão criativa deve ser específica, antevista e buscada¹²⁰.

A questão subjacente que envolve a natureza e que conduz ao aspecto finalístico da expressão humana, por sua vez, expressa o sistema jurídico aplicável, como visto acima. Com efeito, a obra protegida pelo direito autoral irá reclamar um nítido caráter estético, voltado à “beleza, ainda que o objeto, o tema, possa ser desenvolvido sob qualquer ordem estética, filosófica, política ou moral; não importa o fundamento estético, este sempre se apoiará ou se justificará sob um pilar ético” (Fragoso, 2009, p. 112). Esse apelo estético, dirigido ao belo, não passa por uma avaliação pessoal do que efetivamente este seja, afinal, não caberia, a quem quer que fosse, aplicar uma visão individual para definir o que seria uma obra, esteticamente assim considerada.

A estética ainda direciona à caracterização de um elemento indispensável à proteção da expressão intelectual, a originalidade¹²¹, que não “significa,

resultado, observa-se grande dificuldade na definição da autoria, na forma de tutela do direito de autor e na atribuição de direitos e deveres.

¹²⁰ “Interessante situação que bem ilustra essa exigência do resultado final para a caracterização da tutela sobre a produção, foi o caso da *selfie* da macaca. Neste caso em específico, a autoria foi atribuída ao fotógrafo que, embora não tenha batido a foto, teve a ideia de deixar sua máquina na floresta para que os macacos sentissem confiança e se aproximassem dos equipamentos para tirar as fotos. Se for isso que realmente aconteceu, o fotógrafo tem o controle criativo sobre a obra mesmo não sendo ele quem disparou a máquina. Seria diferente se a macaca tivesse roubado a máquina e tirado a fotografia de forma involuntária. Nesse caso não haveria controle criativo sobre a foto.” (Cantali, 2018, p. 15).

¹²¹ Há cerca divergência de compreensão sobre a originalidade se se comparar os dois sistemas de formação do direito de autor. Enquanto o “sistema anglo-americano tende a assumir um mero cunho etimológico da palavra” (Vieira, 2020, p. 37), no sistema europeu-continental exige-se um juízo valorativo da criatividade, sendo razoável se falar em originalidade de forma ou de expressão (não de ideia).

necessariamente, novidade temática, posto que os temas e ideias são eternos, parte da herança comum da humanidade e de seu inconsciente coletivo” (Fragoso, 2009, p. 116). A originalidade, assim, representa uma categoria estética, reveladora da expressão humana única e individual do sujeito-criador. É justamente nessa forma de expressar-se, de tornar sua criação autônoma de si mesmo, que se vislumbra a originalidade. A expressão “originalidade”, muito embora seja recorrente, talvez não expresse, de forma adequada, a exigência imposta para seja outorgada a tutela autoral, pois a expressão sugere a criação de algo novo. Como visto, o que se exige é ser esse “algo novo” uma nova expressão, individual e criativa, do sujeito-criador, ainda que seja de uma ideia já concebida e amplamente conhecida. Diante disso, há quem utilize a expressão “contributo mínimo”.

Aplicável, muitas vezes de forma mais abrangente aos bens intelectuais (o que inclui a propriedade industrial), o contributo mínimo constitui-se por uma exigência que invoca a necessidade de que o bem tutelado seja “dotado de um mínimo de densidade do novo – um mínimo de contribuição ao conhecimento comum” (Barbosa, 2013, p. 516). Pela incidência dessa exigência, muitas “obras humanas” deixariam de gozar a proteção autoral, afinal, “quando se passa da criação para a descrição, quando há descoberta e não inovação, quando é o objeto que comanda em vez de o papel predominante ser o da visão do autor – saímos do âmbito da tutela” (Ascensão, 1997, p. 51).

A obra juridicamente tutelada exsurge como um conceito abstrato e neutro, pois a “expressão pelo Direito de Autor depende unicamente dos requisitos legais se encontrarem preenchidos quanto a ela, independentemente das correntes literárias ou artísticas em que se integre, de ser ou não aceite culturalmente, de ter ou não valor comercial” (Vieira, 2020, p. 58). Do mesmo modo, o conceito de direito de autor, hábil, portanto, a conferir a devida proteção legal, é normativo, o que significa dizer que sua regulamentação perscruta-se na interpretação das fontes de Direito pertinentes, não no exterior na ciência, na filosofia ou na cultura (Vieira, 2020). Por fim, o conceito de direito de autor é unitário e, independentemente dos gêneros ou espécies de expressões, a tutela ser-lhe-á outorgada.

A Lei de Direitos Autorais, assim, bem retrata a caracterização da obra, as expressões humanas não contempladas no espectro protetivo bem como a

subjetividade necessária, demonstrada pela pessoa humana. O artigo 7º¹²² pode ser considerado uma suma das lições acima trazidas, ao definir as obras intelectuais como “criações do espírito, expressas por qualquer meio em qualquer suporte, tangível ou intangível”. Como naturalmente (e juridicamente) humana, tem-se a obra como uma expressão que possibilita a objetivação de dado produto intelectual, dotado de caráter estético, que guarda certa originalidade (ou contributo mínimo). A contrário senso, criações humanas, que não tenham apelo estético ou não sejam dotadas de certa originalidade, não poderiam ser tuteladas pelo direito autoral. O artigo 8º¹²³ é elucidativo nesse sentido.

Parece não ser adequado o tratamento específico a cada uma das situações listadas nos artigos 7º e 8º, porquanto o que deve ser compreendido, além da

¹²² 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:

- I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;
- II - as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza;
- III - as obras dramáticas e dramático-musicais;
- IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;
- V - as composições musicais, tenham ou não letra;
- VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;
- VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;
- VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;
- IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;
- X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;
- XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;
- XII - os programas de computador;
- XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

§ 1º Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis.

§ 2º A proteção concedida no inciso XIII não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras.

§ 3º No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial.

¹²³ Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:

- I - as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;
- II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios;
- III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções;
- IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais;
- V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas;
- VI - os nomes e títulos isolados;
- VII - o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras.

indispensável caracterização do objeto da proteção autoral, é a sistemática aplicada ao sistema autoral, que, segundo Branco (2011), é formulada a partir da “dualidade de obras protegidas ou não protegidas, sendo que cada uma das possibilidades se desdobra em outras duas: a obra, mesmo protegida, sofre limitações em sua proteção” (Branco, 2011, p. 217). Não haveria, portanto, de se falar em limitações, sem antes tratar, *ab initio*, do objeto que estaria sujeito a tais restrições, o que, se espera, tenha atingido seu fim.

4.2.2 Da (In)Suficiência dos Limites Intrínsecos Previstos na Legislação Brasileira

Fixadas as premissas que envolvem a compreensão dos limites intrínsecos do direito de autor, agora se mostra razoável o estudo sobre as hipóteses legais que fixam as restrições ao direito de autor na legislação brasileira, a partir do que será possível a análise sobre sua suficiência ou não. Tal questão se mostra de suma importância para que seja avaliada, em um momento posterior, a abrangência dos limites extrínsecos.

Pode-se dizer que os limites intrínsecos do direito de autor surgem no mesmo momento em que se vislumbram as primeiras normas que conferem o direito. Nada mais natural, porquanto a conclusão óbvia da inexistência sobre direitos absolutos e a própria compreensão sobre a expressão “limites” já trazem consigo a ideia de um direito conjugado a restrições que estabelecem suas linhas demarcatórias e seus contornos.

Duas podem ser as técnicas empregadas para a criação dos limites intrínsecos: a formulação de uma cláusula geral, mais ampla e abrangente, com maior liberdade de aplicação pelo operador do Direito, entretanto, mais imprecisa ou a descrição de hipóteses específicas. A legislação pátria, como sói ocorrer no sistema de influência do *droit d’auteur*, optou pela descrição normativa das hipóteses de limitação. Então, desde as primeiras normas criminais que estabeleciam o tipo penal àqueles que praticavam o crime de contrafação, já existiam hipóteses de exclusão do tipo penal¹²⁴.

¹²⁴ O Código Criminal de 1830, previa no artigo 261 o crime de contrafação, e estabelecia a proteção a obra intelectual pelo prazo de 10 (dez) anos após a morte do titular do direito. O Código Penal de 1890, por sua vez, em seu parágrafo 347, autorizava a citação parcial de qualquer escrito para o fim de crítica, polêmica ou ensino.

A primeira legislação civil sobre direitos autorais, Lei 496/1898, elencou, em seu artigo 22,¹²⁵ hipóteses de permissão de uso de obra sem autorização do autor ou titular do direito. Interessante que, mesmo se tratando de legislação civil, o tratamento às limitações permaneceu no âmbito penal, já que as hipóteses listadas afastavam a incidência do tipo penal. O Código Civil de 1916, em seu artigo 666¹²⁶, preservou, no mais das vezes, as mesmas hipóteses de limitações previstas na Lei 496/1898, porém alguns limites ganharam nova redação. Foi inserida, também, nova hipótese, que seria a autorização para cópia feita à mão, desde que não fosse destinada à venda, e a

¹²⁵ Art. 22. Não se considera contrafacção: 1) a reproducção de passagens ou pequenas partes de obras já publicadas, nem a inserção, mesmo integral, de pequenos escriptos no corpo de uma obra maior, comtanto que esta tenha character scientifico ou que seja uma compilação de escriptos de diversos escriptores, composta para uso da instrucção publica. Em caso algum a reproducção póde dar-se sem a citação da obra de onde é extrahida e do nome do autor; 2) a reproducção, em diarios e periodicos, de noticias e artigos politicos extrahidos de outros diarios e periodicos e a reproducção de discursos pronunciados em reuniões publicas, qualquer que seja a sua natureza. Na transcripção de artigos deve haver a menção do jornal de onde são extrahidos e o nome do autor. O autor, porém, quer dos artigos, qualquer que seja a sua natureza, quer dos discursos, é o unico que os póde imprimir em separado; 3) a reproducção de todos os actos officiaes da União, dos Estados ou das Municipalidades; 4) a reproducção, em livros e jornaes, de passagens de uma obra qualquer com um fim critico ou de polemica; 5) a reproducção, no corpo de um escripto, de obras de artes figurativas, comtanto que o escripto seja o principal e as figuras sirvam simplesmente para a explicação do texto, sendo, porém, obrigatoria a citação do nome do autor; 6) a reproducção de obras de arte que se encontram nas ruas e praças; 7) a reproducção de retratos ou bustos de encomenda particular, quando ella é feita pelo proprietario dos objectos encomendados.

¹²⁶ Art. 665. É igualmente necessária, e produz os mesmos efeitos da permissão de que trata o artigo antecedente, a licença do autor da obra primitiva a outro, para de um romance extrair peça teatral, reduzir a verso obra em prosa, e vice-versa, ou dela desenvolver os episódios, o assunto e o plano geral.

Parágrafo único. São livres as paráfrases, que não forem verdadeira reprodução da obra original.

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

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

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

III - A reprodução, em diários e periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas, de qualquer natureza.

IV - A reprodução dos actos publico e documentos officiaes da União, dos Estados, dos Municipios e do Districto Federal.

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

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

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

VIII - A utilização de um trabalho de arte figurativa, para se obter obra nova.

IX - A reprodução de obra de arte existente nas ruas e praças.

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

utilização de um trabalho de arte figurativa para se produzir uma nova obra (Chacarosque de Castro, 2022)¹²⁷. De forma anacrônica aos interesses que vigiam ao tempo da sua edição, o Código Civil previu a desapropriação, por utilidade pública, mediante indenização prévia, de obra publicada, cujo autor não queira republicá-la (artigo 660), o que não foi mantido pelas legislações que o sucederam (Costa Netto, 2019), talvez pelo instituto da desapropriação sugerir a uma ideia mais restritiva do direito de autor.

A Lei 5.988/1973 disciplinou as restrições ao direito de autor nos artigos 49 a 51¹²⁸. As limitações foram mantidas, com pequenas modificações. Considerando-se as alterações tecnológicas, a autorização para cópia não comercial de obra em um só exemplar passou a ser permitida por qualquer meio e não necessariamente à mão. O artigo 49 ainda introduziu novas situações de limitações, autorizando a utilização de obras para fins e instrução judicial ou administrativa; o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino, por estudantes; a reprodução de fonogramas e

¹²⁷ “As compilações para “uso de instrução pública” agora poderiam ser destinadas para “fim literário, didático ou religioso”; em vez de “artigos políticos”, a imprensa poderia reproduzir “artigos sem caráter literário ou científico”; e tornou-se livre a reprodução, não só de “atos oficiais”, mas de “atos públicos e documentos oficiais”. Por outro lado, a permissão de reprodução de retratos/bustos pelo proprietário foi limitada em extensão, agora podendo ser contestada pela pessoa retratada ou seus sucessores imediatos.” (p. 109)

¹²⁸ Art. 49. Não constitui ofensa aos direitos do autor:

I - A reprodução: a) de trechos de obras já publicadas, ou ainda que integral, de pequenas composições alheias no contexto de obra maior, desde que esta apresente caráter científico, didático ou religioso, e haja a indicação da origem e do nome do autor; b) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, sem caráter literário, publicados em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos; c) em diários ou periódicos, de recursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza; d) no corpo de um escrito, de obras de arte, que sirvam, como acessório, para explicar o texto, mencionados o nome do autor e a fonte de que provieram; e) de obras de arte existentes em logradouros públicos; f) de retratos, ou de outra forma de representação da efígie, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros.

II - A reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contando que não se destine à utilização com intuito de lucro;

III - A citação, em livros, jornais ou revistas, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica;

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

V - A execução de fonogramas e transmissões de rádio ou televisão em estabelecimentos comerciais, para demonstração à clientela;

VI - A representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou para fins exclusivamente didáticos, nos locais de ensino, não havendo, em qualquer caso, intuito de lucro;

VII - A utilização de obras intelectuais quando indispensáveis à prova judiciária ou administrativa.

Art. 50. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária, nem lhe implicarem descrédito.

Art. 51. É lícita a reprodução de fotografia em obras científicas ou didáticas, com a indicação do nome do autor, e mediante o pagamento a este de retribuição equitativa, a ser fixada pelo Conselho Nacional de Direito Autoral.

transmissões de rádio ou televisão em estabelecimentos comerciais para apresentação à cliente, como resultado do desenvolvimento tecnológico.,

A referida lei, ainda, previu a criação de um regime de licenciamento não voluntário, consistente em uma licença geral para a reprodução de fotografias em obras científicas ou didáticas, cujo valor seria estabelecido pelo Conselho Nacional de Direito Autoral (Chacarosque de Castro, 2022), o que não foi mantido pelas legislações que se seguiram, a exemplo da desapropriação por interesse público (prevista no Código Civil de 1916). A análise sucessão legislativa acerca das limitações demonstra a manutenção de um sistema que pouco se adequou às necessidades e a uma nova realidade, ao revés, com a edição da Lei 5.988/73, viu-se incremento do direito ao exclusivo, que estabeleceu a vitaliciedade ao autor, aos filhos, pais e cônjuge, sendo fixado para os demais sucessores o prazo de 60 (sessenta) anos. Feitas essas breves pontuações acerca do regime normativo anterior à norma vigente, mostra-se, agora, razoável se aprofundar acerca do tratamento dirigido às limitações, segundo a Lei 9.610/98.

As limitações pela legislação em vigência encontram-se disciplinadas nos artigos 41 a 45 quanto aos prazos para o exercício do direito ao exclusivo e nos artigos 46 a 48, quanto às hipóteses de limitações. A vitaliciedade ao autor foi mantida, sendo alterada a disciplina quanto aos sucessores. O direito do cônjuge, filhos e pais deixou de ser vitalício e passou a ser de 70 (setenta anos) (no regime anterior os filhos, pais e cônjuge tinham direito vitalício, enquanto para os demais sucessores o direito era de 60 anos). A bem da verdade, viram-se um incremento do prazo e uma maximização do direito ao exclusivo; dada a expectativa de vida e o aumento em 10 (dez) anos, tem-se que todos os sucessores acabariam por gozar de um direito praticamente vitalício¹²⁹. O prazo de proteção aos direitos patrimoniais para obras audiovisuais e fotográficas, por seu turno, passou a ser de 70 (setenta) anos contados da divulgação.

¹²⁹ 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.

Parágrafo único. Aplica-se às obras póstumas o prazo de proteção a que alude o *caput* deste artigo.

Art. 42. Quando a obra literária, artística ou científica realizada em co-autoria for indivisível, o prazo previsto no artigo anterior será contado da morte do último dos co-autores sobreviventes.

Parágrafo único. Acrescer-se-ão aos dos sobreviventes os direitos do co-autor que falecer sem sucessores.

Art. 43. Será de setenta anos o prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre as obras anônimas ou pseudônimas, contado de 1º de janeiro do ano imediatamente posterior ao da primeira publicação.

Parágrafo único. Aplicar-se-á o disposto no art. 41 e seu parágrafo único, sempre que o autor se der a conhecer antes do termo do prazo previsto no *caput* deste artigo.

O primeiro aspecto que pode ser destacado envolve a problemática legislativa aplicada às obras feitas em coautoria. Nesse caso, em se tratando de coautoria em obra indivisível, o prazo será contado a partir do falecimento do último co-autor (artigo 42). Todavia, nem sempre é fácil a identificação do que sejam obra divisível e obra indivisível. Carlos Alberto Bittar leciona as seguintes possibilidades (Bittar, 2022, p. 61): “divisibilidade absoluta entre as diferenças colaborações (em que cada um conserva a sua individualidade); divisibilidade relativa (em que, embora individualizadas, as criações juntam-se intimamente para formar a obra final, como na composição musical, com letra e música de autores diferentes); fusão das contribuições pessoais na obra resultante”. Nesse caso, na primeira e na última situações resta evidente o tratamento, enquanto na primeira cada um conservará e exercerá seus direitos individualmente, inclusive quanto ao prazo do exclusivo, e na segunda será aplicado o comando do artigo 42. A dificuldade envolve a divisibilidade relativa, porquanto haverá necessidade, no caso concreto, em se vislumbrar a possibilidade de divisão ou não da contribuição de cada um deles, inclusive para apuração do prazo do direito ao exclusivo, de modo que seja verificada a incidência do artigo 42 (Branco, 2011). A legislação, nesse ponto, poderia ser mais clara e estabelecer critérios mais bem definidos.

Sobre a questão do prazo do direito ao exclusivo e ao domínio público, Branco (2011) aborda, ainda, a insuficiência legal em duas situações: i) quanto ao regramento sobre o prazo de direito ao exclusivo para as obras fotográficas e audiovisuais; ii) no caso de autoria anônima ou pseudônima, em que não for possível atribuir direitos autorais em virtude do desconhecimento do autor. Os artigos 43 e 44 estabelecem o prazo de 70 (setenta) anos, contados a partir do 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua primeira publicação ou divulgação, respectivamente. Observa-se que cada um dos artigos citados utilizou como marco inicial da contagem termos distintos – “publicação” e “divulgação”. O artigo 5º define o que vem a ser publicação: “o oferecimento de obra literária, artística ou científica ao conhecimento do público, com o consentimento do autor, ou de qualquer outro titular do direito de autor, por qualquer

Art. 44. O prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras audiovisuais e fotográficas será de setenta anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação.

Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público:

I - as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;

II - as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

forma ou processo” (Branco, 2011, p. 215). Porém, não há qualquer menção sobre o que seria divulgação. A despeito da distinção legal verificada e da omissão quanto ao termo “divulgação”, tem-se que a melhor aplicação hermenêutica ao caso seria aquela que admite que as expressões seriam sinônimas, o que exigiria o conhecimento ao público de obra inédita.

O autor ainda aponta situações não previstas pela legislação e que, por isso, não trariam incidência à norma protetiva: (i) obras criadas antes que houvesse uma lei protegendo direitos autorais; (ii) obras que jamais gozaram de proteção nos termos da lei (quanto a esse ponto, pensa-se ter desenvolvido o conteúdo, ao tratar do objeto de proteção autoral); (iii) obras criadas em países não signatários de tratados internacionais (as obras originárias dos países não signatários da Convenção de Berna não serão protegidas no Brasil, a menos que haja um tratado especial); e (iv) obras cujo titular decidiu colocar em domínio público. Para tais situações, Sergio Branco defende a inexistência proteção ao direito autoral (quanto ao aspecto patrimonial, pelo menos). O último ponto trazido constitui uma tendência mundial, a despeito da omissão legislativa pátria. Trata-se do instituto *Creative Commons*, que institui uma autorização, feita de forma expressa pelo autor, ao uso da obra, abdicando, assim, do direito ao exclusivo. Nas palavras de Sergio Branco e Walter Britto, “com as licenças *creative commons* terá (o autor) à sua disposição texto padronizados para informa ao mundo de que modo (em quais condições) deseja permitir o acesso, a distribuição e o uso de suas obras por parte de terceiros” (Britto; Branco, 2013, p. 21). O autor da obra estabelece os limites que autoriza quanto ao uso da obra, de modo a não haver qualquer desrespeito à lei autoral, o que revela a confirmação de uma licença voluntária e expressa¹³⁰.

As hipóteses previstas de limites ao direito autoral estão descritas nos artigos 46 a 48¹³¹. Segundo Allan Rocha de Souza (2005, p. 5), são cinco os princípios que

¹³⁰ Interessante destacar que *Creative Commons* no Brasil constitui projeto desenvolvido há longa data: “O projeto Creative Commons é desenvolvido no Brasil pelo Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS), 2º centro de pesquisa avançada que integra a Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro. O projeto no Brasil existe desde 2003, sendo coordenado pelo autor da presente introdução em parceria com os demais integrantes do CTS” (Branco; Britto, 2013, p. 10)

¹³¹ Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I - a reprodução: a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos; b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza; c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros; d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo

pautam a determinação dos limites ao direito autoral, de acordo com a legislação especial: “(1) ausência de fins lucrativos; (2) parcialidade da reprodução; (3) não ser esta reprodução a essência da obra nova; (4) não prejudicar a exploração comercial da obra; (5) não causar prejuízo aos interesses do autor”.

As hipóteses “a” e “b”, do inciso I, do artigo 46, retratam uma necessidade social de divulgação de notícias e informações de interesse da coletividade. Nesses casos, o lucro pode se apresentar indiretamente, porquanto o canal de informação poderia, de uma forma ou de outra, receber pelas informações transmitidas. A crítica de Eduardo J. Guedes Magrani dirige-se à ausência de consideração acerca do desenvolvimento tecnológico, porquanto os “termos “imprensa diária ou periódica” e “diários ou periódicos” são inapropriados para identificar as empresas dedicadas à divulgação de notícias, pois levam a crer que somente aquelas que se dedicam à imprensa escrita estariam abrangidas” (Magrani, 2019, p. 183). Sem embargo da correção das críticas lançadas, tem-se que não se mostraria razoável uma interpretação que não alcançasse qualquer outro canal de comunicação, tendo em vista o escopo da norma. Ambos os dispositivos legais mencionados retratam, inclusive, a previsão contida na Convenção de Berna, em seus respectivos artigos 10 bis e 2 bis¹³².

de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários;

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

III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;

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

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

VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;

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

VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito.

Art. 48. As obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais.

¹³² Artigo 10bis: 1) Os países da União reservam-se a faculdade de regular nas suas leis internas as condições em que se pode proceder à reprodução na imprensa, ou a radiodifusão ou a transmissão

Com maior razão se revela crítica lançada quanto ao item “c” (que não tem qualquer correspondência na Convenção de Berna) do mesmo dispositivo legal, pois a exigência de que não haja oposição à pessoa representada na imagem para possível reprodução da representação da imagem, longe de ser uma limitação ao direito de autor, trata-se de maior proteção, razão pela qual o dispositivo “distancia-se da ideia de limitação ao direito autoral” (Magrani, 2019, p. 184). A disposição prevista no item “d” demonstra senso social, já que mitiga o direito de autor com o objetivo de permitir acesso aos conhecimentos científico, literário ou artístico, desde que o uso não seja comercial e se destine ao sistema Braile ou qualquer outro suporte aos deficientes visuais. Esse dispositivo atende ao enunciado previsto no artigo 9¹³³ da Convenção de Berna e representa especialmente a intenção prevista no Tratado de Marraqueche, sobre limites ao direito de autor para acesso ao conhecimento de pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades, para terem acesso ao texto impresso, o que foi incorporado pelo ordenamento jurídico brasileiro com o Decreto 9.522/2019.

O inciso II, do artigo 46, constitui, talvez, o caso com maior repercussão quando se refere às limitações expressas. Primeiramente, cumpre-se salientar que a disposição legal foi alterada, se comparada com a previsão anterior, que autorizava a cópia integral de obra, desde que sem finalidade comercial (artigo 49, inciso II, da Lei 5.988/1973). Houve ampliação (ou maximização) do direito de autor, já que, se antes a autorização era da obra integral, agora a autorização refere-se à reprodução de “pequenos trechos”. Há crítica à omissão quanto à indicação da função pretendida pela cópia, o que poderia trazer sérios prejuízos à própria existência da limitação (Mizukami *et al.*, 2008). A disposição legal é alvo de imensas críticas em virtude da

por fio ao público, dos artigos de atualidade de discussão econômica, política, religiosa, publicados em jornais ou revistas periódicas, ou das obras radiofônicas do mesmo caráter, nos casos em que a reprodução, a radiodifusão ou a referida transmissão não sejam expressamente reservadas. Entretanto, a fonte deve sempre ser claramente indicada; a sanção desta obrigação é determinada pela legislação do país em que a proteção é reclamada.

Artigo 2bis: 1) Os países da União reservam-se a faculdade de excluir, nas legislações nacionais, parcial ou totalmente, da proteção prevista no artigo anterior os discursos políticos e os discursos pronunciados nos debates judiciais. 2) Os Países da União reservam-se igualmente a faculdade de estabelecer nas suas leis internas as condições em que as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza, pronunciadas em público, poderão ser reproduzidas pela imprensa, transmitidas pelo rádio, pelo telégrafo para o público e constituir objeto de comunicações públicas mencionadas no artigo 11 bis 1) da presente Convenção, quando tal utilização é justificada pela finalidade da informação a ser atingida.

¹³³ Artigo 9º: 2) Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.

difficuldade prática que envolve algumas questões: i) o custo para a aquisição de livros no ambiente acadêmico¹³⁴, a insuficiência de livros disponíveis nas bibliotecas, literaturas esgotadas e difíceis de serem encontradas; ii) a impossibilidade de fiscalização para o cumprimento da lei; iii) a inexistência de critério objetivo capaz de delimitar o que seria “pequenos trechos” (Magrani, 2019). Sobre esta última questão, o Manual da Associação Brasileira de Direitos Reprográficos indica que “pequenos trechos” seria o “fragmento da obra que não contempla sua substância”, sendo “descabível associar o “pequeno trecho” a 10 ou 15% da totalidade da obra, isso porque é possível que, em 10 ou 15% de reprodução, esteja contemplada parte substancial da obra protegida” (ABDR). A posição da ABDR mostra-se ainda mais restritiva, porquanto não se deve falar essencialmente sobre a não autorização de cópia que contemple a substância da obra, até pelo fato de que não teria sentido a obtenção ou uso de cópia se se referisse à questão irrelevante ou secundária do trabalho reproduzido.

A rotineira prática criminalizadora aplicada ao direito de autor, observada desde a formação de sua base legislativa em nosso ordenamento jurídico, trouxe ainda mais discussão com a edição da Lei 10.695/2003, que alterou o Código Penal e passou a dispor do artigo 184, parágrafo 4º, da seguinte forma:

Artigo 184 (...) § 4º: O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.

O objetivo da Lei 10.695/2003, atendendo a pressões internacionais e mercadológicas, foi o recrudescimento da repressão penal, todavia a dicção acima transcrita, por descuido, teria trazido uma “bem-vinda hipótese de isenção” (Magrani, 2019, p. 182). Ao estabelecer a não tipificação penal do crime de violação de direito autoral em caso de reprodução de um só exemplar para uso privado e sem intento de lucro direto ou indireto, teria o legislador autorizado a cópia integral da obra, em substituição à autorização prevista no inciso II, do artigo 46, que trata de “pequenos

¹³⁴ A Universidade de São Paulo, pelo Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas para o Acesso à Informação, fez levantamento do custo de livros, no primeiro ano, de 10 (dez) de seus cursos. O estudo foi realizado em 2007 e retratou que o custo para aquisição da bibliografia básica para o primeiro ano giraria em torno de R\$ 3.344,75 (curso de Ciências da Atividade Física) a R\$ 5.810,46 (obstetrícia), isso sem contar os livros esgotados, que perfaziam o percentual de 4,55% (no curso de marketing) a 51,02% (no curso de ciências da atividade física). (USP, 2008)

trechos”. Nesse sentido, há quem defenda ter sido retomado o tratamento conferido à cópia privada antes da Lei 9.610/98:

Assim, a alteração de 2003 ao Código Penal parece restabelecer a limitação da cópia privada de 1973, anulando a disposição mais restrita sobre cópia privada do estatuto de 1998. Desde tudo o que é constitucionalmente exigido para que a legislação autoral seja válida é que ela seja promulgada em nível federal (art. 22, I), o critério da *lex posterior derogat priori* (Decreto Lei 4.707/42, art. 2º, 1) indica que a alteração do Código Penal de 2003 – sendo mais recente – deve ter precedência. Não há como argumentar que a *lex specialis derogat generali* – uma lei especializada anula uma lei geral – neste caso, uma vez que ambas as disposições são específicas dos direitos de autor. Pela nossa leitura da lei, o Brasil restabeleceu a exceção anterior e mais ampla, permitindo uma única cópia completa de qualquer obra intelectual para uso privado e não comercial. (Mizukami *et. al*, 2008, p. 52, tradução nossa).¹³⁵

A despeito do argumento trazido, tem-se que a solução não deve ser pautada na máxima *lex posterior derogat priori*, porquanto as regras cíveis e penais têm finalidades distintas e são sujeitas a princípios próprios. Com efeito, há de se compreender que, pelo princípio da intervenção mínima em matéria penal, a exclusão de um tipo penal não acarreta automaticamente a validação de uma prática que constitua um ilícito civil. Significa dizer, com isso, que a reprodução integral de uma obra, para uso privado e sem o intento lucrativo, deixa de ser crime, porém não deixa de ser um ilícito civil, o que permitiria ao prejudicado a busca por medidas próprias da esfera civil (a responsabilidade civil por danos materiais e morais, a retirada da cópia etc.).

Ainda sobre o uso de cópia de obras, algumas situações práticas não se encontram especificadas na legislação, gerando dificuldades na solução dos problemas. Como ficaria o acesso ao conhecimento em caso de obras esgotadas ou mesmo de obras estrangeiras indisponíveis no mercado nacional?¹³⁶ Em razão do

¹³⁵ No original: *Thus, the 2003 amendment to the Penal Code appears to reinstate the 1973 private copy limitation, overriding the narrower private copy provision of the 1998 statute. Since all that is constitutionally required for copyright legislation to be valid is that it be enacted at federal level (Art. 22, I), the criterion of lex posterior derogat priori (Decreto Lei 4.707/42, art. 2, 1) indicates that the 2003 Penal Code amendment – being latter in time – should take precedence. There is no way to argue that lex specialis derogat generali – a specialized law overrules a general one – in this case, since both provisions are copyright-specific. By our reading of the law, Brazil has reinstated the earlier, broader exception allowing a single full copy of any intellectual work for private, noncommercial use.*

¹³⁶ Um caso, em especial, chamou a atenção. No ano de 2005, editoras (pela Associação Brasileira de Direitos Reprográficos) iniciaram uma campanha que tinha como objetivo a aplicação da norma que restringia a reprodução das obras. Foram acionadas forças policiais, e várias empresas de reprografia foram fechadas. As universidades criaram regulamentações acerca das reproduções de obras realizadas em seus *campi*. Nesse cenário, tornou-se notória a regulamentação trazida pela Universidade de São Paulo (USP), que confeccionou a regulamentação, que autorizava a reprodução

silêncio da lei a respeito dessas situações, a discussão torna-se infundável. Além da omissão legislativa, a inexistência de uma cláusula geral acaba por empurrar tais discussões ao âmbito dos limites extrínsecos, gerando incerteza e ainda mais dúvidas.

O inciso III, do artigo 46, trata do direito à citação como limitação ao direito ao exclusivo. O dispositivo estabelece a plataforma em que poderá ocorrer a citação (livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação), o objeto citado (passagens de qualquer obra), a finalidade (estudo, crítica ou polêmica), a extensão (na medida justificada para o fim pretendido) e a forma (com a indicação do nome do autor e a origem da obra)¹³⁷. Pelo texto legal, tem-se que estaria vedada a citação na íntegra do texto, o que revelaria tremenda dificuldade em alguns casos, a exemplo de uma crítica mais profunda sobre uma obra, disposta em um livro, ou mesmo a crítica de uma poesia (como citar fragmento da poesia para o fim de exercer a respectiva crítica?). João Henrique da Rocha Fragoso é ainda mais enfático em sua crítica:

a disposição das palavras no texto da lei, no caso deste inciso III pouco esclarece: é um problema de sintaxe? Ou será de má escolha dos vocábulos? Não o sabemos, mas é iniludível a constatação de que este inciso limita, não o direito de autor, mas o legítimo direito de citar e criticar (ou comentar!) com eficiência para os fins pretendidos (...) sofre a crítica, sofre a liberdade de expressão, sofre a Cultura! (Fragoso, 2009, p. 322)

Tal direito de citação apresenta uma ordem implícita, a par da determinação que enuncia a obrigação da citação da fonte, que constitui o dever de se respeitar o sentido do texto original citado. Há de se afastar, assim, a citação fora de contexto (Lewicki, 2007).

Dando sequência à análise das hipóteses legais, o inciso IV, do mesmo artigo 46, trata do direito de uso, pelos estudantes, de apanhados de lições obtidas em estabelecimento de ensino, sendo vedada a publicação sem autorização prévia daquele que ministrou o respectivo conteúdo. Essa disposição legal não contém dispositivo correspondente na Convenção de Berna e se traduz muito mais a uma forma de proteção ao direito de autor do que propriamente a uma limitação, pois o

na íntegra de obras sem republicação há mais de dez anos e obras estrangeiras indisponíveis no mercado. “A disputa em torno da interpretação da lei foi tamanha que provocou uma reação da indústria americana que recomendou ao governo dos Estados Unidos que incluísse a USP no seu Relatório Especial 301” (trata-se de um relatório que determina que os Estados Unidos podem impor sanções contra países que violem os direitos comerciais americanos) (USP, 2008).

¹³⁷ Tem correspondência ao artigo 10, da Convenção de Berna: 1) São lícitas as citações tiradas de uma obra já lícitamente tornada acessível ao público, com a condição de que sejam conformes aos bons usos e na medida justificada pela finalidade a ser atingida, inclusive as citações de artigos de jornais e coleções periódicas sob forma de resumos de imprensa.

verdadeiro objetivo desse dispositivo é deixar claro o direito do docente de controlar o uso posterior de tais notas, e não afirmar o óbvio – que os estudantes podem tomar notas nas aulas (Mizukami *et al.*, 2008, p.51).

O inciso V, do artigo 46, trata da possibilidade de utilização de produções intelectuais (obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio ou televisão) em estabelecimentos comerciais, com a finalidade de demonstrar à clientela o suporte ou os equipamentos destinados à comercialização. Trata-se de autorização destinada ao incentivo à comercialização do produto, já que o consumidor teria o evidente interesse em conhecer aquilo que deseja adquirir¹³⁸.

O inciso VI, do mesmo dispositivo, trata da autorização de representação teatral ou de execução musical no ambiente familiar ou nos estabelecimentos de ensino, desde que não haja intento lucrativo. Parece não existirem maiores dificuldades na compreensão e abrangência do dispositivo citado, cuja finalidade principal é gozar das produções artísticas (representação teatral ou musical) sem que haja interesse em obter recursos. O inciso VII, por seu turno, tem por objetivo o uso de obras literárias, artísticas ou científicas para que seja viabilizada a produção de provas perante os poderes constituídos (Poder Judiciário ou Poder Executivo), trata-se de dispositivo voltado “a fim político-social, garantindo o funcionamento tranquilo de instituições governamentais” (Chacarosque de Castro, 2022, p. 130), o que poderia ser expresso, também, em uma linguagem de direitos constitucionais, ao associar ao direito de acesso à justiça e ao devido processo legal.

O inciso VIII constitui autorização para o uso de “pequenos trechos de obras preexistentes” ou “de obra integral, quando de artes plásticas”, desde que a reprodução “não seja o objetivo principal da obra nova” e que “não prejudique a exploração da obra reproduzida”, e ainda não “cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores”. A limitação trazida decorre da compreensão de que há um círculo criativo no gênio humano, porquanto as próprias obras tornam-se matérias primas para a produção de novas obras¹³⁹.

¹³⁸ Esse dispositivo exige a distinção entre demonstração à clientela e sonorização ambiental. Segundo Fragoso (2009), a difusão dos sons no ambiente de forma contínua poderia caracterizar sonorização ambiental e não demonstração, o que acarreta a questão sobre a incidência ou não da cobrança do Escritório Central de Arrecadação (ECAD).

¹³⁹ *Les oeuvres deviennent donc elles-mêmes la matière première brute dans laquelle on prélève pour en construire d'autres. Les auteurs ne sculptent plus dans l'argile ou le grès, mais dans La Joconde ou Bonnie and Clyde! Les notions d'oeuvre et d'auteur sont diluées dans un univers de coopération, d'adaptation, de remakes, de versions successives, de réutilisation, d'échantillonnage (sampling), de*

As críticas dirigidas à dicção do inciso II, ao se referir a “pequenos trechos”, também podem ser redirecionadas aqui, afinal, como definir o que seria “pequenos trechos de obras preexistentes”? Cumpre-se salientar que inexiste uma produção artística sem que haja influência do contexto cultural em que está inserido o autor, assim, a menção e uso de obras preexistentes consubstanciam-se em necessidade e respeito intelectual. A restrição que impõe não ser, na obra nova, reproduzido o objeto principal de obra preexistente mostra-se adequada, porquanto, se assim fosse permitido, ter-se-ia mera reprodução sem maiores acréscimos ou qualquer elemento diferenciador.

De outro lado, tem-se que a expressão “não prejudique a exploração da obra produzida” talvez tenha de ser conjugada com a dicção posterior “não cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores”, porquanto “nenhuma utilização livre da obra deixará de causar prejuízo ao autor, em tese, já que de tal utilização poderia estar o próprio autor se beneficiando” (Fragoso, 2009, p. 325). O que não se autoriza, entretanto, é o prejuízo injustificado, ou seja, aquele que não se adeque aos fins que não estejam fundamentados em um conteúdo axiológico, protegido pelo ordenamento jurídico, dentro de limites razoáveis e proporcionais de exploração da obra alheia.

As limitações ao direito de autor também se aplicam às paródias¹⁴⁰ e paráfrases¹⁴¹, desde que não sejam meras “reproduções da obra originária” ou não lhe “implicarem descrédito”, segundo o artigo 47. A primeira condição para a permissão do uso de paródias e paráfrases parece não encontrar maiores objeções, porém a maior crítica direciona-se à segunda expressão: não lhe “implicarem descrédito”. Magrani (2019) aduz que, nos países que seguem o sistema francês de direito autoral, há maior tendência à proteção ao direito moral à integridade da obra, que resulta em maior proteção contra as obras derivadas, em razão do temor de que

remixage, de clonage, de zapping, de surfing. (Paris, 2002, p. 22). Em livre tradução: As próprias obras tornam-se, assim, a matéria prima da qual outros são retirados para construí-las. Os autores não esculpem mais em argila ou arenito, mas na Monalisa ou Bonnie e Clyde! As noções de obra e autor são diluídas em um universo de cooperação, adaptação, *remakes*, versões sucessivas, reutilização, amostragem, remixagem, clonagem, *zapping*, *surf*.

¹⁴⁰ “Paródias são formas de expor a obra, não necessariamente ao ridículo, mas caracterizando um tipo de crítica ou comentário, seja mais ou menos ácido, seja mais ou menos bem humorado, mas sempre estabelecendo em relação à obra um certo grau de distorção do modo como ela se apresenta originalmente” (Fragoso, 2009, p. 327).

¹⁴¹ “Paráfrase é o desenvolvimento de um texto, dando-lhe um sentido particular do intérprete, pela explicação, com palavras diferentes” (Fragoso, 2009, p. 329).

uma “derivação ou uso criativo de uma obra possa ser prejudicial à reputação ou personalidade do autor” (Magrani, 2019, p. 184). Esse temor que envolve a necessidade de preservação do direito moral à integridade da obra pelo uso de paródias encerra séria dificuldade em que seja conciliado o direito de autor e o direito fundamental à liberdade de expressão. Afinal, “qualquer autor poderia alegar que sua obra está sendo diminuída” (Fragoso, 2009, p. 329), deixando “em aberto a possibilidade de se fazer censura privada com o aval do Estado” (Magrani, 2019, p. 184).

É livre, também, a representação de obras permanentemente fixadas em logradouros, seja por pinturas, desenhos, fotografias ou recursos audiovisuais, nos termos do artigo 48. Em relação à legislação anterior, houve alteração na redação, sendo substituída a expressão “reprodução” por “representação”, em clara intenção do legislador de reduzir a amplitude do limite, pois somente ao autor restaria o direito de reproduzir a dita obra (Costa Netto, 2019). O escopo da norma, por seu turno, seria imprimir à coletividade pertencimento aos signos culturais que integram a cultura de determinado local e povo.

Feitas as considerações pontuais sobre as limitações listadas na Lei de Direitos Autorais, podem-se observar inúmeros pontos que merecem, de fato, censura. Mencionar-se-ão, inicialmente, as questões da ordem técnico-legislativa: i) a respeito do prazo do exclusivo para obras em coautoria; ii) o uso de expressões distintas que, aparentemente, devem significar as mesmas coisas – artigos 43 e 44; iii) o uso de expressões que não fazem referências às novas plataformas de transmissão de conteúdo; iv) a dificuldade em se apurar a extensão dos termos “pequenos trechos” e “pequenos trechos de obras preexistentes”; v) a exigência de que as paródias não acarretem descrédito à obra originária.

Pode-se destacar, ainda, a total ausência de disposição legal para as seguintes situações: i) quanto ao regramento sobre o prazo de direito ao exclusivo para as obras fotográficas e audiovisuais; ii) no caso de autoria anônima ou pseudônima em que não for possível atribuir direitos autorais em virtude do desconhecimento do autor; iii) para as obras criadas antes que houvesse uma lei protegendo os direitos autorais; iv) em caso de obras que jamais gozaram de proteção nos termos da lei (quanto a esse ponto, pensa-se ter desenvolvido o conteúdo, ao tratar do objeto de proteção autoral); v) ainda na situação de obras criadas em países não signatários de tratados internacionais (as obras originárias dos países não signatários da Convenção de

Berna não serão protegidas no Brasil, a menos que haja um tratado especial); vi) obras cujo titular decidiu colocar em domínio público; vii) ausência de tratamento específico conferido às bibliotecas, capaz de limitar o direito de autor e proporcionar um acesso mais eficaz ao conhecimento; viii) eventual limitação ao direito de sequência ou ao exclusivo em caso de obras esgotadas ou que não sejam há muito republicadas; ix) possibilidade de reprodução de obras raras; x) transferência de um arquivo de um CD para o computador; xi) reprodução audiovisual sem a intenção lucrativa, em atividades litúrgicas; xii) atividades divulgação em rádio comunitárias.

As críticas também são dirigidas não somente ao inadequado manejo das expressões contidas nas normas ou mesmo às omissões, mas também ao próprio caráter altamente protetivo ao direito ao exclusivo. A limitação da reprodução a “pequenos trechos” e o incremento no prazo do exercício do direito ao exclusivo, de fato, merecem a mais profunda atenção e reflexão, de modo a não haver a perpetuação de um direito de (pseudo) propriedade que não mais se enquadra à realidade pós-moderna.

Segundo Santiago (2003, p. 12), a Lei de Direito Autorais “não utilizou uma sistematização acorde com a natureza da obra de que se trate nem com a modalidade de utilização a que se aplica ou o tipo de suporte em que a obra está contida”. Do mesmo modo, Santiago (2022, p. 115) afirma que “fruto de um processo histórico de incrementos legislativos, o sistema brasileiro de E&L aparenta ser um quadro heterogêneo e arbitrário de limites díspares, sem uma base comum subjacente, além do fato de que cada um, à sua maneira, busca compatibilizar os direitos subjetivos dos autores com interesses de terceiros”. A ausência de um guia axiológico e principiológico para a definição dos limites, bem como para a respectiva atividade hermenêutica, também é apontado por Branco (2011, p. 82) como de severa importância: “A LDA não informa que princípios gerais norteiam nosso sistema de limitações. As hipóteses são apresentadas de maneira assistemática, resultando em conjunto evidentemente incompleto, de difícil aplicação prática e que naturalmente não resiste à afirmação de que deve ser interpretado restritivamente”.

Gendreau (2016) chama a atenção ao fato de que a matéria reservada aos limites do direito de autor, além de não apresentar grande efeito mobilizador, mostra-se de difícil apuração quanto aos seus efeitos práticos. A autora compara a questão de patentes com o direito autoral, exemplificando a situação de quebra de patentes de medicamentos contra HIV, porquanto aduz que, nesse caso, seria facilmente

aferível não somente o efeito mobilizador da sociedade, mas o impacto positivo que envolve limitação ao direito à propriedade industrial:

Não estamos aqui lidando com um direito de patente que possa impedir o acesso a medicamentos que poderiam ser particularmente úteis para uma pessoa ou para toda uma sociedade. As questões relacionadas às exceções ao direito de autor não têm essa dimensão às vezes tão grave, pois estão ligadas à vida e à morte, o que colore os debates sobre as exceções ao direito de patentes. Portanto, elas não geram o mesmo efeito mobilizador na população em geral como quando se trata do acesso a avanços científicos que podem ter um impacto direto e relativamente imediato na vida das pessoas (...) Uma outra consequência do caráter mais polido das exceções ao direito de autor diz respeito ao seu efeito. É muito mais difícil, e muitas vezes impossível, medir o impacto de uma exceção, tanto para defendê-la quanto para contestá-la, a fim de determinar sua validade. (Gendreau, 2016, p. 475-476)¹⁴²

Parece existir razão aos autores, tanto quanto à ausência de sistematização como à dificuldade que envolve a demonstração dos efeitos práticos, ou mesmo em relação ao baixo efeito mobilizador. Há, por isso, de se considerar que as limitações deveriam ser conformadas a um conjunto de princípios e valores que poderiam ser devidamente catalogados na própria lei, que serviriam de diretriz para uma interpretação mais adequada das disposições restritivas que se seguiriam, e esse trabalho tem como responsável imediato a doutrina. Pode-se, assim, concluir que a par da técnica legislativa utilizada, das omissões verificadas, da ausência de um sistema coerente e harmônico de fundamentos e princípios, que a norma que trata especificamente sobre as limitações (intrínsecas) revela-se totalmente insuficiente e incapaz de regular as crescentes demandas que a sociedade necessita sejam atendidas, restando agora recurso à categoria distinta de limites, denominados limites extrínsecos.

¹⁴² No original: Nous ne sommes pas ici en présence d'un droit de brevet pouvant faire obstacle à l'accès à des médicaments qui pourraient s'avérer particulièrement utiles à une personne ou à une société tout entière. Les enjeux des exceptions au droit d'auteur n'ont pas cette dimension parfois si grave, parce qu'elles touchent à la vie et à la mort, qui colore les débats sur les exceptions au droit des brevets. Par conséquent, elles ne suscitent pas le même effet mobilisateur dans la population générale que lorsqu'il est question d'accès à des avancées scientifiques qui peuvent avoir un impact direct et relativement immédiat sur la vie des gens (...) *Une autre conséquence du caractère plus policé des exceptions au droit d'auteur concerne leur effet. Il est beaucoup plus difficile, voire souvent impossible, de mesurer l'impact d'une exception, tant pour la réclamer que pour la nier, afin d'en déterminer le bien-fondé.*

4.2.3 Da Dicotomia “Regra-Exceção”: Um Necessário Ponto de Partida para a Compreensão dos Limites ao Direito de Autor

Apresentadas as hipóteses legais que configuram as denominadas limitações intrínsecas ao direito de autor, põe-se a necessidade de ser desenvolvida uma perspectiva da hermenêutica que deverá dirigir a aplicação das respectivas normas legais. A questão que se coloca é a seguinte: as hipóteses de limites ao direito de autor devem ser interpretadas de que forma?

Costumeiramente, tem-se a impressão de que as limitações aplicadas ao direito de autor devem ser interpretadas de forma restritiva, de modo que a regra seja a preservação e ampliação do direito de autor, enquanto a exceção, a incidência de limites ou exceções. Muito embora não haja previsão específica desse comando no artigo 46, da Lei 9.610/98, há determinação legal no sentido de que os contratos que versem sobre o direito devem ser interpretados restritivamente, especialmente quando abordam a transferência dos direitos (artigos 4º e 49, VI). Tal previsão também constava da legislação anterior (Lei 5.988/73, artigo 3º).

Disso surge a indagação: seriam aplicáveis, às limitações do direito de autor, igual tratamento e interpretação restritiva? Tem-se que o conteúdo dos dispositivos legais citados não guardariam aplicação às regras que integram as restrições aos direitos de autor, porquanto estariam fora do espectro de incidência normativa, já que sua abordagem não diz respeito necessariamente a negócios jurídicos, mas a situações tipo em que se observa a equalização da tutela autoral com a tutela de direitos ou interesses diversos (Mizukami *et al.*, 2008).

A bem da verdade, a questão exige uma abordagem mais profunda. Saliente-se que a presente discussão não se traduz em mera especulação teórica, porquanto, de acordo com a perspectiva que se acolha, a aplicação prática sofrerá consideráveis diferenças, a exemplo da possibilidade de maior abertura sobre as hipóteses legais de limitações.

O entendimento mais comum, pelo menos nos países que integram o sistema do *droit d’auteur*, é aquele que trata as limitações de forma restritiva. Nesse sentido, Parilli (2007) assevera a despeito da natureza individualista que possa ser atribuída ao sistema autoral, a verdade é que todas as leis do mundo, embora reconheçam ao criador o direito exclusivo de explorar a sua obra, deixam a salvo um conjunto de

expectativas, de interpretação restritiva, conhecidas como limitações ao direito econômico exclusivo (Parilli, 2007, p. 12)¹⁴³.

A demonstração da aplicação restritiva às previsões legais que tratam das limitações constitui o efeito da perspectiva inicial, que reflete certo senso comum de que o direito à exclusividade autoral seria a regra, que contempla as restrições como exceções. A compreensão da ordem dicotômica apresentada (exclusividade – regra; uso público – exceção) decorre da visão continental do direito de autor pelo fato de que sua preponderância moral, ligada a uma justificativa jusnaturalista, atribuída desde a sua formação, proporcionou uma feição de um direito abrangente quanto ao conteúdo, exigindo regras específicas e expressas quanto às suas limitações. De outro lado, o sistema insular, por sua formação pragmática e vinculado a um aspecto funcionalizante¹⁴⁴, tenderia à exigência de um reconhecimento expresso das variáveis que envolve o direito de autor, enquanto suas restrições seriam verificadas a partir de cláusulas gerais. A distinção entre os sistemas pode ser assim sintetizada: sistema continental – direito de exploração abrangente, de contornos indefinidos, composto por um número indefinido de poderes que correspondem às explorações possíveis, limitações avaliadas e específicas; sistema anglo-saxão – direitos avaliados, limitações genéricas, contornos genéricos ou indefinidos (López, 2006, p. 297)¹⁴⁵

Em que pese seja a formação histórica do direito de autor preponderante para a compreensão do ponto de partida hermenêutico quanto ao tratamento dado às hipóteses legais de restrição do direito de autor, o que poderia ser tomado como um argumento suficiente, vozes destoam desse estado de coisas. José Alberto Vieira justifica sua posição contrária, tendo como ponto inicial a alusão ao princípio da tipicidade de proteção na esfera do direito intelectual (autoral e industrial). Por assim dizer, a proteção sobre a expressão intelectual somente se torna juridicamente cabível em caso de previsão normativa, o citado autor apresenta como exemplo as

¹⁴³ No original: *lo cierto es que todas las legislaciones del mundo, al tiempo que le reconocen al creador el derecho exclusivo de explotar su obra, dejan a salvo un conjunto de excepciones, de interpretación restrictiva, conocidas como limitaciones al derecho patrimonial exclusivo.*

¹⁴⁴ Basta, para tanto, se acessar os editos da Rainha Ana, que descrevem expressamente a finalidade da criação das normas autorais na Inglaterra, destinadas à transmissão de conhecimento e ao desenvolvimento cultural.

¹⁴⁵ No original: *derecho de explotación omnímodo, de contornos indefinidos, compuesto por un número indefinido de facultades que se corresponden con las explotaciones posibles. Limitaciones tasadas y concretas; sistema aglosajón: derechos tasados, limitaciones genéricas, cajón de sastre o de contornos indefinidos.*

expressões humanas não criativas, sob as quais não há qualquer tutela legal. Disso se observa um importante efeito aplicável sobre as limitações ao direito de autor:

as normas que consagram restrições sob a forma de conteúdo negativo do direito de autor ou utilizações livres não são normas excepcionais. O direito de autor não representa a regra geral do ornamento quanto à obra, a regra geral consiste, repete-se, na livre utilização do bem intelectual por todos. O retorno da regra geral representa justamente o contrário da exceção (Viera, 2020, p. 357).

A ponderação apresentada indica subversão do entendimento usualmente considerado, a ponto de inverter, tornando o direito de autor exceção e os respectivos limites regra. Vieira (2020) prossegue em sua abordagem, trazendo um esperado óbice à sua proposta – a previsão constitucional do direito de autor (que se poderia transpor para a realidade brasileira, já que, tanto em Portugal como no Brasil, o direito de autor conta com amparo na Constituição). Aduz, ainda o autor, que a proteção constitucional reforça o direito ao exclusivo, mas não afasta as situações que ficam de fora e possibilitam a utilização livre das obras. De acordo com essa ordem de ideias, os limites que conduzem ao uso livre pela coletividade, assim, consistiriam na regra geral aplicável ao direito de autor, enquanto a preservação da exclusividade da exploração da produção intelectual, por seu turno, configuraria exceção. Dito isso, a ampliação do catálogo dos limites legais pelo uso da analogia, por exemplo, seria uma consequência natural.

Ascensão (2008), outro autoralista português, parece concordar com o entendimento apresentado acima. Ele subverte a compreensão usual do binômio regra-exceção e apresenta uma ordem de justificativa histórica, ao expor que o deslinde histórico, salvo situações pontuais, não foi marcado pelo exclusivismo e que as experiências portuguesa e espanhola da perpetuidade do direito de exploração serviram muito mais aos empresários do que à cultura, ao público, ou ao autor¹⁴⁶. Ascensão (2008) defende que o direito ao exclusivo seria contrário à natureza das

¹⁴⁶ Ascensão, em artigo intitulado “Os limites dos limites. A teoria dos três passos. A tensão entre os limites e as medidas tecnológicas e outras relativas à informação e a gestão dos direitos”, parece expor seus sentimentos acerca dos limites à proteção autoral, que se pede vênias para transcrever (2006, p. 86-87): “Eu sou um autor; somente um autor. Sei o que é o sacrifício de tantas horas pela produção. Sei também o que é o plágio e a cópia de tantas minhas obras. Mas sou eu quem quero cobrar a comunicação de obras a asilos? Ou quem proíbe que as obras esgotadas sejam objecto de cópia privada? O que é que eu quero? — e que não vejo motivo para não corresponder ao autor comum. Quero, antes de mais, que as minhas obras circulem, para que sejam tidas em conta no diálogo cultural. Não quero que outros se locupletem, fazendo negócio nas minhas costas com o que produzo. Nos casos em que comercializo as minhas obras, quero receber remuneração. Mas abomino o rigorismo que leva a que o Direito de Autor se transforme numa espécie de ramo repressivo do Direito”.

coisas, à liberdade natural e, por isso, somente seria aceitável mediante a devida justificação: “o direito exclusivo é uma exceção à liberdade natural. E como exceção, está rigorosamente dependente da sua justificação. Não pode ultrapassar em nada os fins que a justificam, porque caso contrário o benefício privado se faria à custa da liberdade social” (Ascensão, 2008, p. 31)¹⁴⁷.

Os argumentos trazidos pelos autoralistas portugueses seriam suficientes para afastar a compreensão sedimentada que confere o tradicional binômio regra-exceção (direito de autor e limites, respectivamente)? Não se pode olvidar que a resposta a essa indagação deverá passar por um teste que envolve a natureza jurídica do direito de autor definida. Em outras palavras, esse entendimento iria de encontro à teoria que acolhe o direito de autor como direito de personalidade?¹⁴⁸

A concretização do ideário de proteção e promoção do ser humano, mediante a preservação das integridades física, moral e intelectual, inserem-se no *locus* de que faz parte o direito de autor. O direito de autor, especialmente, em seu aspecto moral, destina-se ao desenvolvimento de parte integrante da personalidade do ser humano, ao preservar e promover a integridade intelectual do gênio humano.

Nesses termos, uma vez enquadrado na categoria de direitos de personalidade, tem-se que o direito de autor deverá se submeter ao seu regime jurídico. A perpetuidade ou vitaliciedade, indisponibilidade, intransmissibilidade, essencialidade, oponibilidade *erga omnes*, próprias dos direitos de personalidade, seriam aplicáveis ao direito de autor, tendo-se em vista a preservação da individualidade do autor, a tutela e o desenvolvimento de sua integridade psíquica. Parece conveniente se reiterar que as questões que autorizariam a realização negocial na seara autoral em nada infirmam a condição de direito de personalidade, porquanto não alcançam o núcleo central de proteção da individualidade do ser, mas tão-somente sua expressão econômica (Zanini, 2015).

A inserção do direito de autor como direito de personalidade traz consigo, ainda, a necessidade de que o estatuto axiológico que dirige essa categoria de direitos seja devidamente observado. Mesmo com pontuais contestações, parece inegável o

¹⁴⁷ Artigo intitulado *Exceptions and Limitations to Copyright in Brazil: A Call for Reform*, compartilha da mesma compreensão acerca da aplicação da dicotomia regra-exceção, quanto ao direito de autor e seus limites previstos na legislação (Mizukami, *et al.*, 2008)

¹⁴⁸ Por coerência lógica, considerando-se que a conclusão sobre o tema “natureza jurídica do direito de autor” apontou para a natureza jurídica de direito de personalidade, tem-se que o regime jurídico aplicável deverá estar condicionado aos princípios e regras atinentes a essa categoria de direitos.

acolhimento da existência de uma cláusula geral dos direitos de personalidade¹⁴⁹, o que é amparado pela dignidade da pessoa humana. Dentre as várias dimensões da dignidade da pessoa humana¹⁵⁰, destaca-se o aspecto promocional, que perpassa o livre desenvolvimento da personalidade humana. Afinal, não haveria como se falar em dignidade da pessoa humana e seus direitos afetos, se não for “facultado o desenvolvimento de sua personalidade de forma livre e autônoma” (Miranda, 2012, p. 11176). Deve-se compreender o direito ao livre desenvolvimento da personalidade como um direito à liberdade, em que cada um desenvolva autonomamente sua individualidade, sem haver qualquer intromissão de terceiros. A capacidade e a liberdade de revelar sua capacidade criativa, expressões próprias do direito de autor, constituem elementos integrantes do direito ao livre desenvolvimento, enquanto dimensão da dignidade da pessoa humana.

Tendo-se em vista o embasamento do direito de autor trazido – dignidade da pessoa humana e direito ao livre desenvolvimento –, parece forçoso que a efetivação deste direito parta justamente de um aspecto coletivista, em aparente desprestígio ao desiderato que prima pela promoção e desenvolvimento individual. Evidente que há razão aos autoralistas portugueses, quando enunciam que a liberdade natural de uso livre das obras traria benefício social e, por conseguinte, individual, ao permitir que o conhecimento seja livremente transmitido. Porém, há de se definir a ordem das coisas: a produção intelectual plasmada em uma obra teve como expressão única a genialidade de determinado indivíduo. Assim, não seria crível supor que tal expressão fosse naturalmente outorgada a todos, sem que fosse preservados não só a autoria, mas também, ainda que temporariamente, os efeitos patrimoniais de sua criação. O apelo histórico trazido por José Oliveira Ascensão, no sentido de que a exclusividade de exploração não era um traço comum na história das produções intelectuais, deixa de considerar a realidade em que se está inserido, marcada notadamente por uma sociedade de índole fortemente capitalista.

¹⁴⁹ Sem a preservação da tutela jurídica da personalidade jurídica, capaz de resguardar a personalidade humana em todas suas manifestações, atuais e futuras, previsíveis e imprevisíveis, não haveria proteção suficiente para o desenvolvimento pleno e livre da personalidade. Por isso, pode-se afirmar que o direito geral de personalidade constitui o princípio superior da constituição dos direitos que se referem a particulares modos de ser da personalidade (Miranda, 2012, p. 11182).

¹⁵⁰ Ingo Wolfgang Sarlet (2005) trata as dimensões da dignidade humana, em artigo intitulado “As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível”.

Não se olvida, igualmente, que os direitos de personalidade apresentam esfera negativa, ao imporem obrigações aos seres humanos, de modo que venham a conferir igual dignidade aos demais¹⁵¹, mas tal expressão do arcabouço dos direitos de personalidade não seria capaz de afastar o aspecto positivo que atribui um apelo à efetiva concretização da promoção e desenvolvimento da capacidade criativa do gênio humano.

Estabelecidas ponderações e divergências indispensáveis ao desenvolvimento das premissas que servirão de base à resposta, pode-se, agora, voltar à pergunta que inaugurou o presente tópico: as hipóteses de limites ao direito de autor devem ser interpretadas de que forma? A resposta passa, portanto, pelo tratamento adequado da dicotomia regra-exceção: a admissão dos limites como exceções traria, como consequência, uma imposição à interpretação restritiva das respectivas hipóteses, enquanto a atribuição do direito de autor como exceção ao livre conhecimento humano outorgaria aplicação mais ampla e geral às limitações.

Essa dicotomia regra-exceção, a bem da verdade, sujeita-se muito mais a uma análise sistêmica e aplicada do que propriamente a uma declaração estática de uma ordem previamente estabelecida do que teria a primazia, a tutela do direito de autor ou sua limitação adjeta. Nesse sentido, a defesa de que determinado valor ou direito fundamental, seja a liberdade de expressão, acesso ao conhecimento ou qualquer outro, o qual justificasse o conteúdo axiológico da restrição, estaria acima do direito de autor, não poderia servir de forma primária e formal, senão mediante a concretização de um comando judicial em solução de dado conflito instaurado.

Há de se afastar, assim, desse dogma que envolve a incidência estática da dicotomia regra-exceção aplicada ao direito de autor e às suas limitações, até pelo fato de que tal consideração encontra-se sujeita à historicidade, pois, “olhando o sistema normativo para trás, percebe-se que algumas normas, em um tempo tidas como excepcionais, devem hoje ser consideradas regulares, porque expressões de um princípio geral” (Perlingieri, 1997, p. 84). De outro lado, em sequência à lição de

¹⁵¹ A própria dignidade da pessoa humana apresenta uma perspectiva negativa, ao impor deveres com o outro, em seu aspecto relacional, de alteridade. Do mesmo modo, pode-se dizer que o direito ao livre desenvolvimento abrange uma dimensão positiva e uma dimensão negativa, porquanto, além da autonomia individual para a eleição do projeto de vida, há de se garantir que a interferência do Estado ou de terceiros não frustre a liberdade individual (Moreira; Branco; Barros, 2014, p. 63). De tal distinção obtêm-se “poderes jurídicos, do respectivo titular, de afirmar e de promover o desenvolvimento da sua concreta personalidade; quer deveres jurídicos de abstenção, para os demais homens de pessoas colectivas privadas ou públicas, de impedir, de dificultar, de perturbar ou, por qualquer modo, de prejudicar tal desenvolvimento de personalidade” (Capelo de Souza, 2011, p. 53).

Pietro Perlingieri, a distinção ora discutida entre normas “não é um *prius*, mas um *posterius*, isto é, uma qualificação que se pode atribuir à norma somente depois de ter individuado seu conteúdo e de tê-lo confrontado com os princípios gerais do ordenamento, de modo que se possa exprimir uma valoração sobre a sua relevância no âmbito do sistema” (Perlingieri, 1997, p. 84-85).

Assim, alheio à questão que envolve a natureza jurídica do direito de autor, tem-se que tanto o dogma sedimentado em nosso ideário jurídico quanto a posição encampada por uma visão mais progressista (trazida pelos autores portugueses citados) pecam ao desconsiderarem não somente a natureza histórica do direito (especialmente do direito de autor) como também as perspectivas dinâmica e sistêmica do ordenamento jurídico¹⁵².

Não se mostra razoável, neste momento, a indicação de uma proposta a ser desenvolvida, o que será tratado em outra oportunidade. Todavia, a subversão defendida não se revela a mais adequada, porquanto a preservação da individualidade da integridade psíquica deve conduzir o tratamento imposto ao direito de autor, cujo direito haverá de ser condicionado a restrições adequadas e justificadas por valores outros e integradas a um sistema jurídico coeso e harmônico. Por certo, inegável a existência do problema quanto aos limites do direito de autor, e a solução da problemática que envolve a insuficiência de meios legais de restrições ao direito de autor, dada sua maximização e hipertrofia, todavia, deverá trilhar por outro caminho, se seguirá nessa trilha.

4.3 DOS LIMITES EXTRÍNSECOS AO DIREITO DE AUTOR

Como visto nos tópicos anteriores, em resposta à maximização do direito autoral, muitas vezes guiada por um movimento silencioso que nada beneficia o autor, mas os financiadores e produtores do mercado de entretenimento em geral, alguns advogam a necessidade de alteração da visão sedimentada que estabelece a regra-exceção, de modo que o interesse público venha a ser considerado regra, assim como as limitações aplicadas ao direito de autor, enquanto esse feixe de direito, por envolver

¹⁵² Nesse sentido, “Como já se aludiu, às limitações aos direitos do autor traduzem valores constitucionais os mais relevantes. Nada mais justifica que se prolongue este “confinamento” das limitações, relegadas a um papel de norma de segundo plano, sequer entrando em cena quando o intérprete já se dá por satisfeito com uma análise “estática” dos problemas, optando pela incidência da proteção legal plena sem efetivar um contraste com os interesses em oposição” (Lewicki, 2007, p. 168).

a proteção ou tutela de um sujeito, deveria ser dotado de tutela excepcional. Além dos problemas que envolvem a mudança de um sistema, que abrange desde sua formação até a necessidade de uma adequação sistêmica, que traria dificuldades em virtude da natureza do direito em análise (direito de personalidade), tem-se que essa modificação não seria suficiente, per si, já que as normas que elegem as espécies de restrições seriam insuficientes e, mesmo com uma interpretação mais abrangente, dificilmente alcançaria a solução aos problemas apresentados.

A respeito das regras específicas de limites ao direito de autor – denominados de limites intrínsecos –, viu-se que as situações descritas padecem de inúmeras deficiências de ordens técnica (imprecisão terminológica), sistêmica (diante da carência de uma organização do assunto pautada em princípios e valores que delimitem a interpretação e aplicação normativa), axiológica (já que as hipóteses constituem um apanhado de situações destituídas de qualquer ordem valorativa, sem falar das escolhas altamente censuráveis, que pouco se ajustam à tábula principiológica que rege o ordenamento jurídico), não menos, deixam ainda de regular situações que exigem uma premente solução (omissões das mais variadas). Essa avaliação dos limites intrínsecos desafia a se buscar um novo horizonte. Por isso, o caminho a ser trilhado deverá ser desenvolvido pela contribuição doutrinária e do Poder Judiciário, porquanto as antinomias, as omissões e as mazelas encontradas nas hipóteses legais de limitação ao direito de autor imporão uma resposta, que, no mais das vezes, exigirá ponderação e conjugação de valores e princípios.

Será desenvolvido neste tópico justamente o conteúdo pertinente às restrições ao direito de autor exteriores ao próprio “sistema autoral”. Enquanto elemento integrante de um todo, outras partes ou elementos podem mostrar-se conflitantes, exigindo a equalização da esfera da incidência normativa (em que se incluem os princípios) para que seja possível a preservação não somente dos direitos em jogo, mas também de todo o sistema. A realidade prática e a dogmática jurídica mostram que diuturnamente se apresenta necessária a conjugação de direitos e princípios aparentemente contraditórios. Essa situação potencializa-se no campo de batalha autoral: convalidas por uma legislação frágil, as vertiginosas modificações tecnológicas trazem consigo questionamentos e conflitos cada vez mais complexos, que não guardam mais demarcações territoriais e trazem ao *front* dissensões entre direitos com que, urgentemente, necessitam fazer as pazes. Não se trata, portanto, de vencer ou ser derrotado, o enfrentamento entre o direito individual de autor e os

interesses públicos, o conteúdo imanente ao direito de personalidade do autor e os interesses econômicos, por exemplo, devem alcançar uma adequada avença.

Sobre a perspectiva dinâmica aplicada ao direito de autor, considerado integrante de um sistema em que limita e é limitado por outros direitos, José Oliveira Ascensão (2006) pontua:

O Direito de Autor não é um ramo isolado do sistema geral. Integra-se na ordem jurídica global, com a necessária repercussão de uns ramos uns sobre os outros. O direito de autor já é por si limite a outros princípios jurídicos, como seja a liberdade de expressão de terceiros. Impõe-se por isso uma conciliação. Por um lado, há que reconhecer que o Direito de Autor está submetido ao Direito Constitucional e ao Direito Público em geral, dentro da unidade do sistema jurídico —tanto como qualquer outro ramo do Direito. Por outro, que está subordinado aos princípios gerais do Direito; e mais proximamente, aos princípios gerais do Direito Privado. Assim acontece nomeadamente com o abuso do direito e a limitação pela função social. (Ascensão, 2006, p. 108)

Os limites de direito de autor, inserido em um sistema jurídico, no qual sofre limitações e, ao mesmo tempo que é limitante a outros direitos, são denominados de limites extrínsecos. Esses limites não são necessariamente previstos pela legislação, impõem-se por sua própria consagração positiva, pois em qualquer caso surgiriam os conflitos entre direitos que exigiriam a adequada conciliação¹⁵³. Pelos limites extrínsecos, portanto, insere-se o direito autoral em uma realidade social aplicada e esses limites proporcionam a superação do “vicioso isolamento em que o Direito Autoral se tem encerrado” (Costa Netto, 2019, p. 24).

O estudo será dirigido à análise dos pontos em conflito entre o direito de autor e os demais direitos ou princípios. A abordagem será iniciada com a avaliação constitucional do direito de autor, vez que a fonte principal da ordem jurídica brasileira contempla não somente o direito de autor como também direitos outros que constantemente se apresentam em oposição. Indispensável, com efeito, que haja a devida alocação do direito de autor no quadro constitucional, de modo que seja possível se estabelecer as correlações com os demais direitos. Importante se esclarecer, por derradeiro, que os limites extrínsecos do direito de autor não se

¹⁵³ Defende Ascensão (2010), entretanto, que sejam mencionados na legislação: “Mas, embora estes limites se imponham mesmo sem previsão, isso não impede que a LDA os preveja. A escassez impressionante de referências aos limites extrínsecos entre os destinatários mostra que não está consciencializada esta realidade. Por isso propus e proponho que a LDA passe a fazer uma referência genérica a estas limitações, tipo “sem prejuízo das limitações resultantes da colisão com outros direitos, ...”. É quanto basta para que esses limites extrínsecos deixem de ser ignorados (Ascensão, 2010, p. 42).

encerram somente em direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, já que os embates do direito autoral extrapolam as questões de interesse público (acesso à cultura e ao conhecimento, à liberdade de expressão) e se imiscuem nas relações privadas, como em casos relacionados ao direito de concorrência, direito da informação ou direito de consumidor (em pontos que se dirigem à autonomia privada, abuso de direito, por exemplo).

4.3.1 Haveria um “Direito Constitucional de Autor”? Contributo Inicial para a Compreensão dos Limites Extrínsecos

A definição dogmática do direito de autor e sua alocação dentro da ordem normativa permitem a compreensão da dinâmica que se estabelecerá na correlação com os demais direitos quando se mostrarem em dissensão. Essa conclusão decorre da organização jurídica, típica de um sistema normativo positivista. Não se olvida, entretanto, que, no caso do direito de autor, ainda que fosse desconsiderado seu posicionamento constitucional, o objeto de sua tutela e sua natureza jurídica poderiam atrair a atenção de cânones não somente constitucionais, mas também de ordem jusfundamental, dada a pertinência com a dignidade da pessoa humana.

Duas hipóteses devem ser lançadas e avaliadas para o propósito definido neste tópico: i) o direito de autor é expressamente admitido na Constituição Federal e integra catálogo dos direitos fundamentais, e por isso a colisão de direitos deve ser verificada nessa perspectiva constitucional; ii) não há um direito de autor expressamente previsto na Constituição Federal, pelo menos de forma integral (especialmente quanto ao aspecto moral, que retrata maior ligação com os direitos fundamentais), sendo aplicável, no que toca ao conteúdo não constitucional, a solução pautada nas regras que regem a forma de solução das antinomias (o que parece, permita-se dizer antecipadamente, insuficiente), estando o direito autoral em um patamar inferior, quando em conflito especialmente com questões de interesse coletivo sufragadas na Constituição Federal (educação, cultura, informação, liberdade de expressão).

Dada a insuficiência normativa da regulamentação dos limites do direito de autor (limites intrínsecos), tem-se que “a busca pelos fundamentos constitucionais das limitações e exceções abre a possibilidade de se restabelecer o equilíbrio para além da mudança legal, através da interpretação/aplicação da lei, representando vantagens do ponto de vista dos resultados práticos a curto prazo” (Magrani, 2019, p. 191). A

afirmação decorre especialmente dos sentidos prático e dinâmico próprios dos limites extrínsecos, já que se busca a solução de impasses entre direitos em movimento.

Já foi dito que o direito de autor há muito é previsto nas Constituições brasileiras. As sucessivas Constituições, desde a de 1891 até a presente, incluem o direito de autor entre os direitos individuais (à exceção da Constituição de 1937). Nesses termos, poderia parecer estranha a indagação: seria o direito de autor um direito com possível viés constitucional? Ou mais, o direito de autor seria um direito fundamental?

As respostas às indagações lançadas, diversamente do que podem aparentar, exigem uma ponderação um pouco mais profunda do que aquela que, à primeira vista, se poderia imaginar. A proteção aos direitos intelectuais é expressamente prevista na Constituição Federal, que alcança tanto o direito de autor (ver-se-á em quais condições e extensões) quanto o direito à propriedade industrial, nos termos dos incisos XXVII, XXVIII e XXIX¹⁵⁴. A previsão constitucional assegura, aos autores, o “direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução”, sendo transmitido tal direito aos herdeiros, no prazo fixado pela legislação ordinária. Uma leitura mais atenta permite a constatação de que inúmeros elementos de expressiva relevância não foram abrangidos pela dicção constitucional. A bem da verdade, o legislador declarou unicamente direitos exteriores, de uso, publicação e reprodução da obra. Nada foi mencionado sobre o núcleo essencial do direito de autor, tampouco eventuais condicionantes que limitariam extrinsecamente a incidência protetiva do direito (tal como se verá no tratamento conferido à propriedade industrial, ou mesmo as cláusulas que impõem a respeito a uma função social). É justamente nesse aspecto que reside a maior controvérsia sobre a natureza constitucional do direito de autor.

Carboni (2008), antes de tratar diretamente sobre o direito de autor, desenvolve uma avaliação mais abrangente, abordando o bem intelectual como um todo (bens intelectuais estéticos e não utilitários). Ele afirma que o direito de propriedade

¹⁵⁴ Artigo 5º (...) XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;
XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;
XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

industrial (como espécie do gênero bem intelectual), muito embora esteja previsto no artigo 5º, da Constituição Federal, não constitui propriamente um direito fundamental, conforme igualmente defende José Afonso da Silva, pois, além de não se caracterizar como um direito de natureza fundamental, sua “eficácia da norma fica dependente de legislação ulterior” (Silva, 2005, p. 278). Entende aquele autor que o artigo 5º, inciso XXIX, seria uma norma programática, por relegar, ao legislador ordinário, a tarefa de regular o conteúdo da propriedade industrial, que somente cumprirá seu escopo se atender aos objetivos impostos: a proteção do interesse social e a promoção do desenvolvimento tecnológico e econômico do País. De outro lado, Guilherme Carboni defende que a previsão constitucional sobre o direito de autor (inciso XXVII) somente teria regulado seu conteúdo patrimonial. Diante da ausência de previsão expressa e integral na Constituição Federal sobre o direito de autor, haveria de ser averiguar se, para esse autor, existiriam outros fundamentos (ainda que indiretos) para se justificar a natureza constitucional do direito de autor (em sua porção principal, que envolve o núcleo moral do direito).

Após avaliar os incisos IX e X, do artigo 5º¹⁵⁵, Carboni (2008) conclui que não há qualquer referência acerca do direito de autor na previsão constitucional que trata do direito à liberdade de expressão e também que a intimidade, vida privada, honra e imagem (direitos de personalidade) não se confundem com o conteúdo moral do direito de autor. Com efeito, a tutela constitucional seria dirigida exclusivamente ao viés patrimonial do direito de autor, o qual, apesar de inexistir qualquer indicação expressão de restrições na previsão constitucional, estaria sujeito aos limites extrínsecos proporcionados pela função social da propriedade e do contrato.

Esse posicionamento trazido pelo citado autor, se levado às últimas consequências, poderia conferir total distorção do instituto do direito de autor, a ponto de outorgar premência plena às questões patrimoniais em detrimento aos direitos do próprio sujeito-autor. Fabio Ulhoa Coelho (2020) parece ter optado por esse caminho. Ele afirma, de início, que a proteção constitucional somente teria sido dirigida ao direito patrimonial de autor, enquanto o aspecto moral do direito de autor ficou relegado à proteção ordinária, a cargo da Lei de Direitos Autorais. Indo um pouco mais além, ele

¹⁵⁵ Artigo 5º (...) IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

defende que, no caso de qualquer embate entre um direito patrimonial com um direito moral de autor, em nome da hierarquia das normas, deveria prevalecer o primeiro:

Atente que o texto fundamental não protege senão os direitos patrimoniais do autor, ligados à exploração econômica da obra. Os direitos morais, pertinentes à projeção da personalidade do autor na criação intelectual, são disciplinados exclusivamente na LDA. Essa distinção de tratamento tem implicações consideráveis. Os interesses morais do autor não prevalecem quando conflitam com direitos consagrados na Constituição, como o de propriedade, por exemplo (Cap. 52, item 7) (Coelho, 2020, p. 167).

Essa posição traria como consequência a prevalência de um ato negocial de cessão sobre o direito de paternidade ou à integridade da obra, por exemplo. Não parece sustentável tal defesa, pois a extirpação do direito moral traria como consequência a própria destruição do seu viés patrimonial. Soma-se a isso a compreensão já exposta de que o direito de autor seria expressão da personalidade humana, não sendo logicamente possível a outorga de maior valor ao acessório em detrimento do elemento principal.

Barbosa (2013) concorda com o fato de o dispositivo constitucional sobre direito de autor alcançar somente a parcela patrimonial. Todavia, seria possível se encontrar fundamentos de um direito de autor sob a perspectiva moral nos incisos IX e X, do artigo 5º, denominados de “dispositivos gerais de tutela da expressão (o direito de fazer pública a obra) e de resguardo da entretela moral da vida humana” (Barbosa, 2013, p. 64). Nada obstante, o autor vai mais além ao defender que o direito de autor encontra proteção constitucional, não somente como direito individual e subjetivo, mas também como uma determinação imposta ao Estado em garantir o acesso aos objetos culturais, nos termos dos artigos 215 e 216: “Constituição de 1988 não só indica a tutela dos direitos subjetivos, interesses individuais, à produção autoral, mas também aponta para a existência de interesses coletivos ou societários no mesmo âmbito temático, cometendo ao Estado o dever de garantir o acesso a tais objetos culturais” (Barbosa, 2013, p. 62).

Sobre o tema, Ascensão (2013) interpreta que a tutela constitucional sobre o direito de autor apresenta previsão expressa quanto ao direito de exclusivo, nos termos do inciso XXVII, artigo 5º, da Constituição Federal. Tal dispositivo dirige-se somente ao próprio direito de autor, não alcançando os direitos conexos¹⁵⁶, e

¹⁵⁶ Pimenta (2004, p. 224), por seu turno, defende que o dispositivo constitucional assegura também proteção aos direitos conexos: “destacamos que o subprincípio da proteção extensiva (art. 89 da Lei

contempla unicamente o aspecto patrimonial. Ascensão aponta a existência de fundamentos constitucionais acerca do aspecto pessoal em termos diversos, porém, daqueles indicados por Barbosa (2013). Aquele defende que não há ligação entre o direito de autor com a liberdade de expressão (inciso IX), por inexistência de qualquer menção a respeito. Quanto ao fundamento de que o direito de autor estaria embasado em um apelo cultural, Ascensão aduz que o artigo 215¹⁵⁷ não cumpriria tal desiderato, pois esse dispositivo “regula particularmente funções do Estado e não direitos de intervenção dos particulares” (Ascensão, 2013, p. 3).

Entretanto, no artigo 216¹⁵⁸, seria possível vislumbrar coligação entre o direito de autor, inclusive em seu viés pessoal, e a cultura, já que há menção específica no sentido de que as criações intelectuais integram o arcabouço cultural brasileiro. Em outra obra, o mesmo autor aponta um fundamento mais amplo, capaz de conferir justificativa constitucional ao direito de autor em sua integralidade, ao fazer menção à dignidade da pessoa humana: “No que respeita a aspectos pessoais, a proteção terá de procurar-se noutros lugares da Constituição, nomeadamente onde se garante a defesa da dignidade da pessoa humana como diretriz que se impõe até como supraconstitucional” (Santo; Jabur; Ascensão, 2020, p. 29).

Sob o argumento de que, na dicção, no artigo 5º, inciso XXVII, estaria subtendido o direito de manter a obra inédita, face à expressão que envolve o direito de publicação, Eduardo Pimenta defende que o aspecto moral do direito de autor estaria contido na respectiva disposição constitucional. Afinal, a decisão entre tornar pública ou não a obra constitui direito moral do autor (Pimenta, 2004).

Partidário do entendimento de que o direito de autor apresenta natureza de direito fundamental, Barbuda (2015) acrescenta a rigidez constitucional ao debate, ao atribuir a condição de cláusula pétrea ao aspecto patrimonial do direito de autor:

Isto é, os direitos patrimoniais de autor são de natureza constitucional, por previsão expressa dos incisos XVII e XVIII do art. 5º da CRFB-1988, ao passo

9.610/98), harmonizado aos princípios constitucionais sobre direitos autorais, tutela por isonomia os direitos conexos”.

¹⁵⁷ Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

¹⁵⁸ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

que os direitos pessoais de autor decorrem, seja da cláusula geral de dignidade humana (caso em que possuiriam status constitucional), seja da cláusula de abertura inserta no § 2º do precitado dispositivo (caso em que possuiriam status supralegal), que lhes confere, todavia, o mesmo grau de "fundamentalidade" dos direitos explicitados no Texto Constitucional, embora, não necessariamente, a qualidade de cláusula pétrea. (Lopes; Barbuda, 2015, p. 99)

Todo esse debate envolve a problemática da fundamentalidade do direito, que dispõe de duas ordens de justificação: a fundamentalidade externa (metajurídica) e a fundamentalidade interna. A distinção entre a fundamentalidade metajurídica (externa) e a fundamentalidade jurídica (interna), segundo Francisco J. Batista, em obra escrita em parceria com Alexy (2006), permite diferenciação capaz de justificar as razões diversas que embasam o acolhimento de dado direito como fundamental. A avaliação da fundamentalidade metajurídica (externa) coincide com as justificativas utilizadas para a formação do Estado de Direito e a abnegação dos Estados absolutistas. Para tanto, a sociedade e o Estado constituíam esferas sociais totalmente diversas. Em outras palavras, "este processo implicou a separação do político frente ao universalismo religioso e feudal, mas também foi uma clara distinção entre as estruturas normativas e burocráticas do Estado e da sociedade civil nascente"¹⁵⁹ (Bonetto; Piñero, 2003, p. 46). Reconhecem-se, assim, direitos anteriores ao próprio Estado; a liberdade e a igualdade seriam, dessa forma, direitos não formados pela intervenção estatal, mas direitos prévios, naturais e inatos. A jusfundamentalização metajurídica (externa) envolve, portanto, à atribuição dos direitos libertários, a nota de fundamentalidade.

Há notória correlação entre as razões jusnaturalistas e os direitos fundamentais (já denominados enquanto de primeira geração). Seria possível, com efeito, que mesmo o direito consagrado em Constituição não fosse necessariamente um direito fundamental. Os direitos fundamentais, por isso, i) seriam essencialmente antropocêntricos, básicos e essenciais ao ser humano e ao desenvolvimento deste; ii) a origem dos direitos fundamentais derivariam do próprio indivíduo e não de mera construção normativa, do que se constata sobreposição do ser sobre o dever ser; iii) direitos absolutos, sendo a norma jurídica tendente a restringir os direitos fundamentais admissíveis somente em situações excepcionais (Alexy, 2009).

¹⁵⁹ No original: *Este proceso, implicó la separación de lo político frente al universalismo religioso y feudal pero también supuso una clara distinción entre las estructuras normativas y burocráticas del Estado y la sociedad civil nascente.*

Outra maneira para se justificar dado direito como fundamental pauta-se na fundamentalidade jurídica (interna), que tem como pressuposto o Estado já formado sob o alicerce de uma Constituição, cujos direitos fundamentais surgem não mais da condição humana, mas da positivação constitucional (Alexy, 2011). Apesar de uma nítida integração entre a natureza humana e a capacidade criativa, tem-se que essa perspectiva serviria muito mais como subsídio para uma perscrutação de índole filosófica, o que já foi objeto de investigação, do que necessária para melhor desenvolvimento do presente tema.

Demais disso, encerrar-se a justificação jusfundamental do direito de autor a uma perspectiva unicamente que reconheça o direito de autor como um direito prévio, inato e absoluto (cujas restrições somente poderiam ser admitidas excepcionalmente) parece contrário à própria visão de limites trazida e deixaria, ao largo, os avanços que já se obtiveram quando das constatações da marcha histórica do direito de autor (com as condicionantes sociais, econômicas e políticas). Dito isso, parece razoável se admitir que, para este estudo, mostra-se suficiente a adoção de uma fundamentalidade interna.

Pela fundamentalidade interna, considera-se que não haveria razões capazes de se acolher o entendimento que confere status constitucional somente ao fragmento patrimonial do direito de autor. Para tal fim, utilizar-se-ão três argumentos, que se julga sejam adequados: i) um julgamento de ordem lógica, aplicado à natureza jurídica do direito de autor; ii) uma justificativa de ordem teleológica, com ênfase crítica; iii) uma colocação de ordem sistêmica, que integra o direito de autor em um arcabouço normativo.

Lembre-se que o direito de autor seria uma espécie de direito de personalidade. A exemplo do direito de imagem, teria uma expressão econômica, em que se autorizam a cessão e atos negociais, mediados pelo regramento próprio conferido aos direitos de personalidade. Dito isso, não se olvida que o texto constitucional (inciso XXVII) tenha se dirigido ao direito de exclusivo, na porção patrimonial de uso e exploração do direito de autor. Porém, em termos lógicos, não teria como se sustentar uma proteção constitucional de expressão de um direito, sem que fosse protegido o próprio núcleo essencial desse direito. Repise-se que o direito de autor, dada sua natureza de direito de personalidade, tem, em seu viés econômico, um mero “aspecto secundário da sua estrutura” (Zanini, 2015, p. 158), assim, ao se atribuir status constitucional ao viés patrimonial, ter-se-ia agasalhado o direito como um todo. Não

fosse assim, qualquer nova infraconstitucional que violasse o núcleo essencial do direito de autor acabaria por comprometer suas inúmeras expressões, inclusive econômica.

O segundo argumento lançado envolve a justificativa teleológica, com ênfase crítica. Pois bem, ao longo do trabalho, tem-se constatado que o direito de autor foi servil à causa econômica e que seu desenvolvimento histórico, sob uma retórica triunfalista, sempre foi guiado por interesses voltados à conformação da vontade do mercado. No atual momento, o direito de autor caminha para o fortalecimento do exclusivo autoral, mediante recrudescimento de uma tutela estatal, especialmente de ordem penal, o que é feito em obediência ao apelo de grupos econômicos que não representam necessariamente o autor. Enquanto o direito de exclusivo (direito à exploração econômica) é alçado a direito fundamental, o núcleo essencial do direito de autor estaria sujeito a qualquer sorte legislativa. A cisão do direito moral do autor, relegado a uma proteção alheia à Constituição Federal, acabaria por cancelar esse renitente movimento de despersonificação do autor, em clara confirmação do desiderato manifestamente econômico. Como confirmação das funções a que se dirigem o direito de autor e como forma de preservar seu núcleo essencial, há de considerar que a ordem constitucional abrange o direito de autor em seu viés moral ou pessoal. Trata-se de constatação hábil a preservar o direito de autor em sua integralidade, bem como de inseri-lo nas condicionantes sistêmicas que exigem a equalização dos demais direitos e valores que igualmente se avizinham no cenário constitucional.

O terceiro argumento foi, em parte, pontuado nas lições trazidas pelos autores que defendem a existência de fundamentos constitucionais ao direito de autor, inclusive no seu viés pessoal ou moral. Dentro de uma perspectiva sistêmica, podem-se elencar fundamentos ligados ao direito de autor, dentre os quais se pontua a liberdade de expressão: mesmo que não haja referência direta no texto constitucional sobre o direito de autor ao tratar dessa liberdade, inegavelmente se tem uma confluência substancial entre os temas, que justifica a liberdade de expressão pela expressão criativa do autor. A cultura, como múnus público, mas também composta pelas expressões intelectuais, igualmente encontra eco hábil a fundamentar o direito de autor nesse ambiente constitucional. Além disso, não haveria como negar que a cláusula de proteção e promoção integral da dignidade da pessoa humana também seria capaz de justificar o direito de autor como direito fundamental.

Impende-se lançar mão de mais algumas breves linhas para apresentar embasamentos sobre a fundamentalidade do direito de autor pautada na dignidade da pessoa humana. Victor Gameiro Drummond, em artigo intitulado “Direitos Humanos e Direito de Autor: Elementos Para Uma Melhor Inter-Relação Temática” (2011), aborda critérios que possibilitam ser o direito de autor considerado uma espécie de direito humano. Obviamente, sabe-se que os direitos humanos constituem categoria diversa dos direitos fundamentais, porém é inegável a interconexão entre ambos, que, segundo o autor, se pauta na dignidade da pessoa humana¹⁶⁰. Enquanto os direitos humanos têm como diretriz indispensável a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais poderão ter outras bases consideradas imprescindíveis à sociedade em dado momento histórico. Assim, caso o direito fundamental tenha como justificativa direta a dignidade da pessoa humana, tem-se total equivalência entre as categorias de direito (direitos humanos e direitos fundamentais). Diante disso, a se julgar pelo fato de que o direito de autor (sobretudo em sua perspectiva moral ou pessoal) tem como embasamento a dignidade da pessoa humana, os argumentos que proporcionam sua condição de direito humano seriam os mesmos que conferem a qualidade de direito fundamental, diante da base axiológica comum. Acredita-se ser possível o acolhimento dos argumentos trazidos pelo autor que traduzem o direito de autor como direito humano e aplicá-los para ser possível embasar sua fundamentalidade.

Três são as situações apresentadas por Drummond para afirmar ser o direito de autor um direito humano e direito fundamental (dada a aproximação feita). A primeira delas enuncia que o direito humano ao trabalho que engloba a liberdade conferida ao autor “está diretamente relacionado à escolha da atividade como criador e, mais propriamente com o conceito de liberdade de escolha de atividade e profissão” (Drummond, 2011, p. 52). Com o primado da dignidade da pessoa humana, o ser humano seria dotado do direito de escolha entre desempenhar uma atividade como sujeito-autor e colher seus respectivos frutos. A tutela pautada na dignidade da pessoa

¹⁶⁰ Ao diferenciar os direitos humanos de direitos fundamentais, a partir de um aspecto objetivo (previsão constitucional), o autor apresenta situação que os aproxima: “Assim, resta compreender que, enquanto os direitos humanos sempre protegerão a dignidade da pessoa humana em um catálogo aberto e universal, os direitos fundamentais protegerão diversos valores que uma determinada sociedade compreenda como valiosos ao seu desenvolvimento, por meio de um catálogo de direitos (mais ou menos aberto, de acordo com o constitucionalismo local), podendo estes incluir de modo efetivo a dignidade da pessoa humana ou não (ainda que a inclusão seja o que se espera)” (Drummond, 2011, p. 50).

humana elevaria o direito de autor a um status humanitário em uma direção que viesse a preservar o mínimo essencial, que poderia ser dirigida até mesmo à preservação do aspecto patrimonial desse mesmo direito de autor.

Nesse sentido, o autor defende que o direito de autor, enquanto direito humano, poderia admitir até mesmo sua perspectiva patrimonial, mas somente em casos que efetivamente viessem a demonstrar necessidade e preservação desse mínimo essencial. Por derradeiro, a caracterização do direito de autor como direito humano e, pela leitura desta tese, como direito fundamental, seria destinada para o fim de “proteger e amparar a personalidade criativa”, para que não fossem permitidas violações de manifestação da “personalidade do criador (em sentido lato) sob pena, de ocorrendo tal incidência, se estar diante da violação de sua dignidade, plasmada na personalidade então protegida” (Drummond, 2011, p. 56). Sinteticamente, tem-se que o direito de autor, amparado pela dignidade da dignidade da pessoa humana, pode ser considerado direito humano e direito fundamental, em razão da (i) liberdade de escolha e recebimento da justa remuneração; (ii) preservação do mínimo essencial (inclusive no aspecto patrimonial); e (iii) preservação e promoção da personalidade criativa.

Cumpre-se salientar que a alocação do direito de autor como direito fundamental traz consigo a dignidade da pessoa humana, não somente como fundamento e justificativa de seu status jusfundamental e sua natureza de direito de personalidade (Carboni, 2008), mas ao mesmo tempo como condicionante externa, em razão da necessidade de os inúmeros direitos e princípios serem harmonizados a ponto de convergirem à concretização do ideal maior – dignidade da pessoa humana. Ademais, “como a dignidade da pessoa humana está no ponto mais alto do ordenamento jurídico, seus efeitos se irradiariam e atingiriam a totalidade das normas infraconstitucionais” (Carboni, 2008, p. 62), oportunamente, assim, serão abordadas as hipóteses que retratam as limitações extrínsecas ao direito de autor, sem se descuidar, por certo, do fundamento máximo que permeia cada uma delas.

Em outra oportunidade, viu-se que, mesmo sendo previsto nas sucessivas Constituições (constitucionalização por elevação de normas), o direito de autor jamais teve um tratamento adequado que o enxergasse como parte integrante de um sistema, razão pela qual a admissão desse direito enquanto um direito efetivamente constitucional e fundamental, cuja natureza insere-se no catálogo dos direitos de personalidade, segundo os argumentos lógico, sistêmico e teleológico, talvez pudesse

contribuir para que fosse proporcionada uma nova leitura do respectivo instituto, capaz de libertá-lo de si mesmo.

4.3.2 No Campo de Batalha Autoral: Avaliação dos Direitos Públicos em Colisão ao Direito de Autor

A inserção do direito de autor em perspectivas dinâmica e sistêmica e sua alocação no quadro constitucional de direitos fundamentais trazem como consequência a necessidade em se conjugar esforços para equalizar direitos que frequentemente disputam espaço entre si. Os limites ao direito de autor perpassam a valoração de direitos outros que se avizinham e que muitas vezes exigem ser demarcado o espaço de cada qual. Neste tópico serão apontadas as zonas de choque entre o direito de autor e os demais direitos. Não se espera a obtenção de respostas categóricas de qual direito prevalecerá neste ou naquele embate, tampouco seria possível o esgotamento de todas as situações ou direitos representativos dos limites extrínsecos ao direito de autor, pois a dinamicidade social impõe novas hipóteses e colisões a direitos cotidianamente. O que se busca é a análise dos principais direitos afetos à disputa, o respectivo núcleo essencial e as situações que retratam essa batalha.

Está-se longe de obter um consenso doutrinário quando se listam os direitos que constituem limites externos ou extrínsecos ao direito de autor. Nem poderia ser diferente, já que não se trata de uma lista adrede, preparada por uma norma jurídica, sendo a avaliação feita a partir de uma visão sistêmica do todo, pautada em conjecturas e hipóteses traçadas a partir da realidade factual. A avaliação varia de acordo com o enfoque lançado e o interesse a que se dedica o estudo. Observa-se certa constância entre os autores ao elencarem os seguintes limites extrínsecos: i) direito constitucional à educação, informação e cultura; ii) liberdade de expressão; iii) abuso de direito; iv) proteção ao consumidor e ao direito concorrencial; v) direitos de personalidade. Carboni (2008) traz como limites extrínsecos a função social (da propriedade e do contrato), o abuso de direito de autor e aponta direitos em conflito com o direito de autor (liberdade de expressão, livre acesso à informação e à cultura, direito ao desenvolvimento tecnológico). Barbuda (2015) apresenta divisão equivalente, considerando as seguintes limitações extrínsecas – direito à liberdade de expressão (direito fundamental de primeira geração), ao direito de acesso aos bens

culturais (direito fundamental de segunda geração), ao direito à promoção dos desenvolvimentos tecnológico, científico e artísticos nacionais (direito fundamental de terceira geração) –, que, segundo ele, representam restrições às três dimensões de direitos fundamentais. Ascensão (2003) pontua que os limites extrínsecos geralmente envolvem o direito de concorrência, da informação e do consumidor. Costa Netto (2019) lista a necessária adequação entre o direito de autor e a liberdade de expressão, os direitos fundamentais individuais (intimidade, vida privada, honra e imagem), acesso aos bens da cultura e a função social da propriedade.

Ao levar em consideração os objetivos ou propósitos, Gendreau (2016) diferencia quatro categorias de limitações: destinadas ao bem-estar social, que visam promover o bem comum (limitações ao direito de autor para promover o acesso a pessoas com deficiências; fins educacionais, beneficentes, culturais; e a promoção da inclusão da diversidade cultural); destinadas à criação, cuja finalidade seria possibilitar a promoção do círculo criativo de conhecimento (liberdade de expressão, uso de paródias ou sátiras); para o fim de comodidade ou tecnicidade, que possibilita a restrição ao direito de autor para fins de pragmáticos (preservação de uma obra rara ou formas de arquivamento das informações); híbrida, que se insere em mais de uma categoria citada. Em sentido semelhante, Pamela Anderson estabelece as diferenciações da seguinte maneira: proteção de liberdades fundamentais (liberdade de expressão e intimidade); interesses públicos (acesso à informação, promoção da educação); falhas de mercado, que se traduzem na ineficiência na formação de mercado para certos tipos de uso.

As diferentes classificações apresentadas justificam-se em razão dos critérios eleitos por cada um dos autores citados. De qualquer modo, independentemente da classificação utilizada, as respectivas categorias inseridas serão sempre permeáveis, não há entre elas limites estanques e herméticos e, por vezes, o tratamento, por exemplo, do abuso de direito representa questões que envolvem diretamente a proteção ao consumidor ou ao direito concorrencial. Pensa-se se poder desenvolver cada uma das situações na seguinte ordem: interesses públicos, vinculados ao direito de acesso ao conhecimento (que abrange o direito à educação, à informação e à cultura), e, em tópico seguinte, a abordagem sobre a liberdade de expressão e direitos de maior índole individual.

Começar-se-á com a abordagem sobre o interesse público¹⁶¹. Importante, de início, destacar, especialmente em virtude da matéria estudada – direito autoral –, a diferença entre o interesse público e o interesse coletivo do público, porquanto este representa o interesse representativo dos consumidores, o que não alcança necessariamente o interesse de todos. O interesse coletivo do público diz respeito a questões envoltas ao direito do consumidor e integra a relação produtiva das obras intelectuais. Refere-se, aqui, portanto, ao interesse público como um interesse geral, interesse de todos, ao bem comum, pelo qual o Estado é o responsável.

A concretização do “bem comum”, como tarefa do Estado, consiste no alcance da felicidade dos indivíduos como membros da sociedade, não apenas na proteção e promoção dos interesses e direitos do grupo humano, mas em uma harmonia equilibrada entre os desideratos do homem governado e as demandas sociais ou estatais¹⁶² (Burgoa, 2008, p. 41, tradução nossa). O interesse público, por sua vez, decorre da eleição, pelo Estado, daquilo que considera de interesse de toda a coletividade, porquanto somente o próprio ente político seria capaz de escolher objetivamente aquilo que atenderia ao interesse geral. Nesse sentido,

O interesse público é uma noção funcional. Ele serve principalmente como um princípio fundamental de legitimação, destinado a fortalecer o consenso em torno do Estado e a renovar continuamente a crença na legitimidade de sua autoridade. Essa noção está ligada a uma ideologia. Diante do caráter particularmente ideológico do interesse geral, da especificidade dessa ideologia e, principalmente, da posição única do Estado em relação ao direito autoral, torna-se importante questionar o interesse do público e destacar a necessária distinção entre o interesse coletivo do público e o interesse geral. (Carre, 2004, p. 29, tradução nossa)¹⁶³

Pelo interesse público, o Estado confirma e continuamente renova sua legitimidade ao eleger conteúdo que venha a preencher o interesse da coletividade. Por assim dizer, o interesse público está sempre sujeito a mudanças, que

¹⁶¹ Sobre o assunto – direito de autor e interesse público – sugere-se a leitura da tese *L'interet du public em droit d'auteur*, de Stéphanie Carre. Disponível em https://www.ceipi.edu/websites/ceipi/Documents/CV_Publis/These_Carre_Tome_2.pdf. Acesso em março de 2024.

¹⁶² No original: *felicidad de los individuos como miembros de la sociedad, ni sólo en la protección y fomento de los intereses y derechos del grupo humano, sino en una equilibrada armonía entre los desiderata del hombre como gobernado y las exigencias sociales o estatales*.

¹⁶³ No original: *L'intérêt public est une notion fonctionnelle. Il sert essentiellement «de principe fondamental de légitimation, destiné à renforcer le consensus autour de l'Etat et à renouveler en permanence la croyance dans le bien-fondé de son autorité»*. Cette notion participe d'une idéologie. C'est au regard de ce caractère particulièrement idéologique de l'intérêt général, de la spécificité de cette idéologie et surtout, de la position tout à fait particulière de l'Etat vis-à-vis du droit d'auteur, qu'il nous est apparu important de poser la question de l'intérêt du public et de souligner la nécessaire distinction entre l'intérêt collectif du public et l'intérêt général.

proporcionam o tom e tonalidade daquilo que é capaz de revelar os anseios sociais do coletivo. Ao retratar o interesse público naquele dado momento, o Estado justifica sua condição e valida sua autoridade. O interesse público não possui um conteúdo acabado e estanque, mas variável. Quer se dizer com isso que o interesse público, ao menos como objeto deste estudo, necessita ser preenchido por um conteúdo subjacente, retratado, quanto ao direito de autor, pelo direito ao livre acesso ao conhecimento (acesso à cultura, à educação e à informação).

O direito de autor e o acesso ao conhecimento plasmam um verdadeiro paradoxo. Ao mesmo tempo em que o direito de autor tem como conteúdo último a difusão do conhecimento, afinal, não há razão de existir autor sem leitores, a proteção conferida ao mesmo direito parece não considerar explicitamente o acesso ao conhecimento como uma de suas principais preocupações. Desde a invenção da prensa de Gutenberg, veem-se esse processo de profusão do conhecimento, especialmente pelo desenvolvimento tecnológico, e a restrição ao acesso ao mesmo conhecimento, mediante a criação de normas jurídicas que supostamente preservariam o interesse do autor. Tal paradoxo agrava-se quando se considera o círculo criativo, vez que “toda nova criação precisa utilizar signos de comunicação já existentes para possibilitar a expressão de novas ideias, mas os próprios signos podem estar inacessíveis aos novos criadores em razão do aproveitamento deles por criadores anteriores, que as regras de direito autoral permitem” (Tridente, 2009, p. 8). A contradição, nesse sentido, prejudica não somente o acesso ao conhecimento, mas o próprio desenvolvimento cultural.

O direito de acesso ao conhecimento alcança o acesso a recursos educacionais (livros didáticos, artigos acadêmicos, materiais de estudo); o acesso a informações científicas, para que a comunidade acadêmica e o público em geral possam se beneficiar do avanço do conhecimento; o acesso a obras culturais, que proporciona que a expressão cultural seja preservada e compartilhada; o acesso a recursos digitais com o compartilhamento de informações por meio ferramentas virtuais (biblioteca virtuais, plataformas online de aprendizagem). Todavia, para que o acesso ao conhecimento seja possível, há de se superar a barreira autoral. Como forma de se transpor as barreiras, tem-se o acolhimento dos limites. Os limites assumem o papel de temperar esse direito, coadunando-o ao interesse público de acesso ao conhecimento, de modo que seja possível a constituição de um equilíbrio (ainda que frágil), capaz de garantir o respeito pela expressão da personalidade do autor e o

acesso ao conhecimento. Os limites retratam matizes jusfundamentais, que restringem o viés absolutista do direito de autor e concretizam uma equalização necessária, a fim de cumprir,

Assim, as exceções e limitações aos direitos autorais são apresentadas como uma parte fundamental da aplicação dos direitos autorais que se preocupa com o interesse geral. Este mecanismo central destina-se a permitir determinadas utilizações de obras protegidas sem a autorização prévia dos seus autores. Essencialmente baseadas em direitos fundamentais, as exceções e limitações aos direitos autorais refletem a importância dada ao acesso ao conhecimento na exploração de obras protegidas. (Dongmo, 2020, p 222, tradução nossa)¹⁶⁴

Os diplomas internacionais, dos quais o Brasil é signatário, também revelam o direito ao conhecimento (sentido amplo que abrange o direito à informação, à educação e à cultura). Veja-se, por exemplo, o artigo 27, da Declaração Universal dos Direitos do Homem¹⁶⁵; o artigo 15, do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC)¹⁶⁶, cujo documento foi incorporado à legislação brasileira pelo Decreto 591/1992. Do mesmo modo, a Constituição Federal brasileira prevê textualmente direitos fundamentais relacionados ao acesso ao conhecimento, mediante a oferta da educação¹⁶⁷, cuja missão será proporcionar o

¹⁶⁴ No original: *C'est ainsi que les exceptions et limitations au droit d'auteur se présentent comme un pivot de la mise en application d'un droit d'auteur soucieux de l'intérêt général. Ce mécanisme central se destine à permettre certains usages des œuvres protégées sans l'autorisation préalable de leurs auteurs. Essentiellement fondées sur les droits fondamentaux, les exceptions et limitations au droit d'auteur reflètent l'importance accordée à l'accès à la connaissance dans l'exploitation des œuvres protégées.*

¹⁶⁵ Artigo 27: 1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios. 2. Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor.

¹⁶⁶ Artigo 15:_1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de: a) Participar da vida cultural; b) Desfrutar o progresso científico e suas aplicações; c) Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor.

2. As Medidas que os Estados Partes do Presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão aquelas necessárias à conservação, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura.

3.Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa científica e à atividade criadora.

4. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura.

¹⁶⁷ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

pleno desenvolvimento da pessoa e o preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, da cultura¹⁶⁸ e do direito à informação¹⁶⁹.

A educação traduz-se em um direito vocacionado à libertação da ignorância, permitindo o exercício de outros direitos fundamentais. Como direito fundamental, deve dirigir-se à formação integral da pessoa, com vista à preparação técnica capaz de conferir atividade remunerada digna, permitir o exercício dos direitos políticos de forma autônoma e informada e possibilitar o convívio social harmonioso (Carbonell, 2004). Pode-se inferir, com o apoio da lição de André Ramos Tavares, que o núcleo essencial do direito à educação traduz-se no “direito de (igual) acesso à educação, que deve ser concedido a todos, especialmente para os níveis mais basilares do ensino” (Tavares, 2020, p. 957). Notadamente, qualquer proteção ao direito de autor

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;

VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

VII - garantia de padrão de qualidade.

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

IX - garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida.

¹⁶⁸ Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

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

I defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;

II produção, promoção e difusão de bens culturais;

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

IV democratização do acesso aos bens de cultura;

V valorização da diversidade étnica e regional.

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

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

¹⁶⁹ Artigo 5º (...) XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

que venha, eventualmente, a restringir o conteúdo mínimo ao direito à educação necessitará ser adequado às exigências sociais.

Como forma de proporcionar instrumentos de acesso à educação, o governo federal editou a Lei n. 10.753/2003¹⁷⁰, que instituiu a Política Nacional do Livro, regulamentada posteriormente, dentre outras, pelo Decreto n. 7.559/2011 (Plano Nacional do Livro e Leitura) e Decreto n. 9.099/2017 (Programa Nacional do Livro Didático e do Material Didático), cujas ações envolvem o aprimoramento e a democratização do acesso às informações e cultura, fomento à leitura, apoio ao desenvolvimento profissional do professor. Apesar da importância da universalização do acesso ao conhecimento, tem-se que a iniciativa não tocou qualquer aspecto que envolva a exclusividade do direito de autor.

O direito afeto à cultura abrange o pleno exercício de direitos culturais, e o acesso às fontes da cultura nacional e ao direito à informação constitui um direito subjetivo, público de o cidadão obter, junto aos órgãos públicos, as informações a seu respeito e também de interesse coletivo ou geral¹⁷¹, o que foi regulamentado pela Lei n. 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação).

Restrições que reverberem no direito à educação, cultura ou informação, invocadas em nome da proteção ao direito de autor, exigiram a devida ponderação, a fim de que, preservado o núcleo essencial dos direitos em disputa, seja possível a equalização do problema apresentado. Não seria possível, de antemão, por mais relevante que seja o direito social, asseverar que o direito de autor haveria de ser preterido. Como forma de adequar o tratamento do direito e conformá-lo ao direito ao conhecimento, Christophe Geiger (obra denominada “O Direito de Autor como um Direito ao Acesso Garantido a Participação Cultural por Meio da Proteção dos Interesses dos Criadores”, 2015) defende que o direito de autor deveria ser considerado um direito ao acesso. A perspectiva da avaliação do direito de autor deveria partir da admissão de que os “direitos exclusivos sejam conferidos contanto e na medida em que facilitem o progresso cultural. Os interesses da sociedade não são somente a razão para a concessão da proteção como também a razão para limitá-la”

¹⁷⁰ Carboni aborda essa temática no artigo intitulado “Direito de Autor, Acesso ao Conhecimento e à Informação e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) no Âmbito de Bibliotecas e Arquivos Públicos” (2021).

¹⁷¹ A referida lei define “informação” como dados, processados ou não, que podem ser utilizados para a produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato (artigo 4º, inciso I)

(Geiger, 2015, p. 10). Como resultado, ter-se-ia a necessária proteção ao autor, mas, ao mesmo tempo, “a imposição de obrigações que resultaria em um dever de disseminar de maneira mais ampla possível as criações e explorá-las” (Geiger, 2015, p. 17). Tais obrigações derivariam de imposições verificadas a partir de direitos fundamentais, a exemplo do direito ao conhecimento, o que possibilitaria justificativa adequada para inúmeros problemas práticos que limitam o direito de acesso ao conhecimento. Sergio Branco parece acolher esse entendimento ao asseverar: “Se os direitos sociais, econômicos e culturais são realmente direitos exigíveis como prega a melhor doutrina, então, os direitos autorais precisam ser o espelho da promoção desses direitos humanos nunca sua barreira” (Branco, 2007, p, 138).

Adequado, neste momento, se abordar questões factuais que envolvem o necessário balanceamento do direito de autor e o direito de acesso ao conhecimento. Muitas questões representativas do choque em análise podem ser verificadas no âmbito das bibliotecas públicas. As bibliotecas congregam os dois interesses de forma concomitante; consideradas um espaço de propagação do conhecimento, mediante acesso universal e igualitário, têm como objeto central para cumprir seu mister a disponibilização das produções intelectuais, sobre as quais se aplica a proteção jurídica notoriamente conhecida. A situação toma contornos ainda mais problemáticos se se adicionar o componente “tecnologia”. No âmbito bibliotecário, podem-se destacar as seguintes ações sujeitas a censuras, a despeito da renitente importância da difusão do conhecimento:

O escopo das exceções geralmente se concentra na reprodução de obras protegidas por direitos autorais. O direito de reprodução é muitas vezes de maior importância, uma vez que as bibliotecas fazem cópias para preservação, pesquisa ou qualquer outro propósito. Quando as bibliotecas fornecem cópias aos usuários para fins de estudo ou pesquisa, essa ação também implica o direito de distribuição. Quando as bibliotecas permitem que os usuários visualizem uma obra audiovisual ou imagens armazenadas em um servidor de rede, o serviço levanta questões sobre se está “expondo” ou “executando” ou “disponibilizando”. (Crews, 2008, p. 29, tradução nossa)¹⁷²

¹⁷² No original: *El ámbito de aplicación de las excepciones generalmente se centra en la reproducción de obras protegidas por derecho de autor. El derecho de reproducción suele tener mayor importancia, dado que las bibliotecas efectúan copias a efectos de preservación, investigación o para cualquier otro fin. Cuando las bibliotecas entregan copias a los usuarios a efectos de estudio o investigación, esta acción entraña también el derecho de distribución. Cuando las bibliotecas permiten a los usuarios ver una obra audiovisual o imágenes que están almacenadas en un servidor de red, el servicio plantea preguntas acerca de si se trata de “exponer” o “ejecutar” o “poner a disposición”*

A reprodução de obras protegidas (o que inclui a obra audiovisual), para o fim de preservá-las ou mesmo de oferecer ao usuário acesso ao estudo ou conhecimento, envolve não somente a discussão relacionada ao direito e autor, mas também o direito à distribuição, em colisão com o direito de acesso ao conhecimento. Estudo realizado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) fez o levantamento do tratamento dispensado às bibliotecas na legislação de vários países. No estudo de 2008, foram avaliados 149 países, sendo que 21 não contavam com qualquer norma que restringisse o direito autoral em favor das bibliotecas (Crews, 2008). Destaca-se que o Brasil já se encontra nesse grupo e ali permanece. Com efeito, as hipóteses lançadas exigirão análise que representa o escopo deste tópico de estudo – limites extrínsecos –, já que não houve qualquer alteração legislativa a respeito. A biblioteca, no ordenamento brasileiro, não goza de qualquer previsão que proporcione o abrandamento do direito de autor, no que se relaciona aos limites.

A biblioteca do século XXI deverá congrega o impresso e o digital e permitir que o usuário tenha acesso a recursos multimídia. A biblioteca deve atender às camadas menos favorecidas da população e servir ao propósito de inclusão das camadas excluídas (Carboni, 2007). Para isso, caberá à biblioteca pública “criar uma interação com a comunidade e implantar produtos que de fato facilitem o acesso à Sociedade da Informação” (Suaiden, 2000, p. 57).

Alheia às políticas públicas que deixam de conferir qualquer relevância à propagação de conhecimento pelas bibliotecas públicas, à falta de estrutura física, à ausência generalizada de cultura digital e de recursos humanos (Cunha *et al.*, 2005), tem-se, ainda, a própria restrição imposta pela lei autoral. A ausência de previsão legal impediria a biblioteca de reproduzir acervo para o fim de preservação, por se tratar de uma obra rara ou obra esgotada e não mais publicada. Mostram-se não autorizadas também algumas práticas consideradas de importância salutar para a disseminação do conhecimento pelas bibliotecas: i) cópias de trabalhos publicados e não publicados em seu acervo para fins de preservação ou migração do conteúdo para um novo formato; ii) empréstimo de uma obra adquirida pela biblioteca a outra instituição de ensino para que sirva de apoio em sala de aula ou de ensino a distância; iii) autorização para que seja autorizada a reprodução de obra para o fim de suporte de ensino em sala de aula; iv) conversão, pela biblioteca, de um formato a outro para que a obra se torne acessível a pessoas com deficiência; v) autorização da produção de cópias de obras, desde que não seja destinada a exploração comercial (Carboni,

2007). Em cada uma das hipóteses listadas, têm-se “situações-tipo” que demonstram o conflito do direito de autor com o direito de acesso ao conhecimento, que exigem, no mais das vezes, a mitigação da proteção autoral em nome de um interesse social. Por certo, há de se pontuar que não se pode admitir a extirpação por completo do direito de autor, ainda que seja nessa esfera do acesso universal e gratuito do conhecimento, porquanto, mesmo nesse caso, há de se respeitar o núcleo essencial do direito de autor. Nesse sentido, a busca por equilíbrio entre os interesses há de ser almejada, sendo correto crer que a iniciativa jamais seria daqueles que detêm o direito:

Não se pode confiar nos detentores de direitos para colocar os interesses da sociedade em primeiro lugar. Essa é a função dos governos. Embora ninguém negue aos detentores de direitos o direito de obter um retorno sobre seu investimento, as limitações na forma de exceções devem fazer parte da equação para garantir que a sociedade também possa obter um retorno semelhante em seu investimento em educação e pesquisa. Somente dessa forma um equilíbrio será alcançado. (International Federation of Library Associations and Institutions – IFLA, 2003, p. 16, tradução nossa)¹⁷³

Questão afeta ao direito à cultura pode ser encontrada quanto se trata do acesso aos museus. Sabe-se que os museus congregam grande parte das expressões culturais mais relevantes de um povo e que seu acesso exige deslocamento e custos daquele que pretende experimentar e conhecer as produções artísticas. A tecnologia, porém, permite o compartilhamento das obras culturais na rede mundial de computadores. Trata-se da figura denominada de museus virtuais. Os autores Raúl Solórzano Solórzano e Moisés Rejanovinschi Talledo (2022) defendem a necessidade de se criar uma nova forma de limitação ao direito autoral, de modo que seja autorizado o acesso público às obras culturais expostas na internet. Para tanto, seriam estabelecidas como condições: que o uso não fosse lucrativo; que a propagação digital seria limitada ao território nacional e ofertada em baixa resolução; que fosse respeitada a menção expressa à autoria. Diante da viabilidade tecnológica e dos limites físicos e materiais, por certo, tal medida seria hábil a contribuir para a disseminação da cultura e para a concretização do direito constitucional de acesso ao conhecimento. A exemplo do tratamento dispensado às bibliotecas, não há, porém, permissivo legal que autorize essa restrição ao direito autoral.

¹⁷³ No original: *One cannot rely on rights owners to put the interests of society first. That is the role of governments. Although no one denies rights owners the right to obtain a return on their investment, limitations in the form of exceptions must be part of the equation to ensure that society may also obtain a similar return on its investment in education and research. Only in this way will a balance be achieved*

Veem-se, ainda, conflitos entre o direito autoral e outro direito social consagrado pela Constituição Federal: a promoção do desenvolvimento tecnológico e científico¹⁷⁴. Os artigos 218 e 219 correlacionam o desenvolvimento tecnológico e científico aos desenvolvimentos cultural e socioeconômico, e essa coligação entre o direito de autor e o desenvolvimento é defendida por *Ciro Lopes e Barbuda (2015)*:

Embora o Constituinte não tenha vinculado o desenvolvimento tecnológico e econômico do país ao direito de autor (...) é incontestável a intercorrência daquele princípio também em matéria autoral, ambiência jurídica naturalmente propícia para o florescimento e estímulo de criações intelectuais relevantes para alavancar o progresso da ciência, da arte e, como tal, da cultura pátrias. Além disso, não é possível aplicar a Constituição em cortes, devendo-se, até mesmo para preservar o idêntico patamar jurídico dos direitos autorais e da promoção do desenvolvimento nacional, perante o regime jurídico constitucional-autoralista, privilegiar a interpretação sistemática dos institutos. (*Lopes; Barbuda, 2015, p. 117*)

Como parte integrante do desenvolvimento tecnológico, as obras intelectuais (não necessariamente industriais) também integram o comando constitucional de desenvolvimento tecnológico e científico, que deveria desembocar em iguais desenvolvimentos cultural e socioeconômico. A tutela autoral poderá, assim, chocar-se com questões envoltas à realidade tecnológica e científica, por consequência. *Carboni (2008)* cita situações em que se observa o dito conflito. Ele descreve a divergência ocorrida nos Estados Unidos, *Walt Disney Production* e *Sony Corporation*, cujo tema envolveu a comercialização de videocassetes na década de 1970 e a

¹⁷⁴ Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

§ 1º A pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação.

§ 2º A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

§ 3º O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa, tecnologia e inovação, inclusive por meio do apoio às atividades de extensão tecnológica, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

§ 4º A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

§ 5º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.

§ 6º O Estado, na execução das atividades previstas no caput, estimulará a articulação entre entes, tanto públicos quanto privados, nas diversas esferas de governo

§ 7º O Estado promoverá e incentivará a atuação no exterior das instituições públicas de ciência, tecnologia e inovação, com vistas à execução das atividades previstas no caput.

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

potencial capacidade dos aparelhos em produzir cópias privadas¹⁷⁵. Outra situação descrita pelo autor é o uso da tecnologia de compartilhamento de informações – *peer-to-perr* –, que permite o compartilhamento de arquivos pela internet, sem haver necessidade de qualquer empresa ou entidade centralizadora. Por se tratar de uma prática lesiva aos direitos autorais, a indústria do entretenimento exigiu que fossem tomadas medidas para coibir a prática, o que resultou na aplicação de penalidades aos usuários, além da criação de um sistema de proteção (DRM – *Digital Rights Management*). Esse sistema de proteção, por vezes, acaba por impedir “qualquer tipo de cópia, mesmo aquelas permitidas pela legislação de direitos autorais dos diversos países, o que significa que podem constituir uma séria violação às limitações desses direitos” (Carboni, 2008, p. 215).

Questões como aquelas há pouco trazidas (especialmente relacionadas ao livre acesso ao conhecimento) apresentam um sério agravante: dificilmente são levadas ao Poder Judiciário, por se tratar de questões que envolvem direitos difusos ou coletivos, que historicamente acabam sendo negligenciados, em virtude da ineficiência da atuação dos órgãos representativos (instituições governamentais e o Ministério Público) e da necessidade de conhecimentos técnicos (Bacal, 2016), ou mesmo a parca cultura social nessa área que impede ser a pressão social instrumento de exigência do cumprimento das obrigações sociais constitucionalmente assumidas.

Os direitos sociais difusos, a par de sua difícil concretização, esbarram em uma visão ultrapassada, mas que ainda insiste em se apresentar nas realidades jurídica e política brasileiras e que dificulta ainda mais a efetivação. A malfadada “natureza programática” da norma constitucional, a impossibilidade de exigência imediata do direito e a “reserva possível” são exemplos de tratamentos jurídicos limitantes aos direitos de livre acesso ao conhecimento ou direito ao desenvolvimento tecnológico, que, somados às barreiras legais que reforçam o direito autoral, constituem imposições altamente impeditivas do exercício dos respectivos direitos constitucionais.

4.3.3 O Direito de Autor ainda em Batalha: A Esfera Privada do Conflito

¹⁷⁵ A decisão proferida pela Suprema Corte foi favorável aos consumidores, pois as cópias privadas seriam destinadas a uso doméstico, sem finalidade comercial, respeitando-se a doutrina do *fair use* (Carboni, 2008).

No tópico anterior foi apresentada uma abordagem das situações de conflito do direito de autor com os interesses públicos, notadamente o livre acesso ao conhecimento e o desenvolvimento tecnológico. Restou demonstrada a necessidade de o direito de autor ser visto como um direito de acesso, a fim de que o equilíbrio entre a proteção moral e a patrimonial do autor seja estabelecida com os interesses que envolvem o desenvolvimento cultural e tecnológico e o acesso à educação e à informação. Embora não seja plenamente possível uma demarcação precisa entre o interesse público e o interesse privado, tem-se que prioritariamente tais direitos sociais constituem direitos difusos e representam interesses de uma coletividade não determinada, sendo o desenvolvimento deste capítulo mais relacionado a interesses que podem ser atribuídos individualmente (muito embora pudessem ser vinculados a uma ordem pública).

Portanto, a divisão entre os dois tópicos constituiu muito mais uma escolha didática, do que propriamente um reforço da dicotomia público-privado. O que talvez se possa encontrar nestas próximas linhas será o desenvolvimento de direitos fundamentais, tidos como direitos de primeira geração e direitos privados (propriamente ditos), vinculados especialmente aos direitos de personalidade. Versar-se-á sobre a liberdade de expressão, direito à privacidade, como direitos fundamentais de primeira geração que poderiam disputar espaço com o direito de autor; também se abordará a correlação entre a função social do direito de autor e o abuso de direito e algumas hipóteses que resultam dessa interlocução (abuso do direito ao ineditismo pelos herdeiros, as obras órfãs, direito de concorrência e abuso do direito de petição).

Como regra, costuma-se iniciar determinado tema abordando-se aspectos dogmáticos, que retratam a natureza jurídica ou o tratamento legal dispensado ao instituto. Permita-se, no caso da liberdade de expressão, iniciar seu tratamento com a lembrança do julgamento de um caso emblemático: trata-se da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, na reclamação constitucional provocada por Erich Lüth. A importância de se iniciar com a menção a esse importante julgamento dá-se por um duplo motivo: ao mesmo tempo que retrata o tratamento dispensado à liberdade de expressão em conflito com o direito de autor, estabelece bases importantes para se trabalhar a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. O referido caso teve o seguinte substrato fático: Erich Lüth, no início da década de 1950, apresentou severas críticas à produção cinematográfica produzida por Veit Harlan, considerado uma “antiga celebridade de filmes nazistas e

corresponsável pelo incitamento à violência praticada contra o povo judeu (principalmente por meio de seu filme *ud Süß*, de 1941)” (Schwabe, 2005, p. 394). Contra a prática realizada, Harlan e os produtores do filme propuseram uma ação cominatória contra Lüth, que foi julgada procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo. Dentre os argumentos utilizados, o Tribunal Estadual trouxe o direito ao exercício da profissão bem como o prejuízo causado, em virtude do boicote, não somente ao autor da ação, mas também às empresas que financiaram o filme, em clara alusão ao direito de autor (no viés patrimonial). Contra a decisão, Lüth recorreu ao Superior Tribunal Estadual de Hamburgo e, ao mesmo tempo, impetrou Reclamação Constitucional, cuja fundamentação foi a do respeito ao direito fundamental à livre expressão do pensamento.

O julgamento proferido pela Corte Constitucional alemã trouxe a discussão sobre a incidência dos direitos fundamentais às relações particulares (eficácia horizontal), que considerou ser adequado o uso de aplicabilidade indireta, o que significa dizer que as cláusulas gerais previstas em leis privadas seriam as mediadoras dos direitos fundamentais (Tavares, 2020), influenciadas pelo conteúdo axiológico conferido pela tábula de valores fundamentais por ocasião da interpretação da legislação privada. A Corte admitiu, no caso sob análise, a existência de lei geral hábil a intermediar a proteção constitucional da liberdade de expressão na esfera privada e ponderou que a conduta praticada pelo reclamante não extrapolara os limites que venham a afastar o referido direito constitucional. Concluiu, ao final:

Tribunal Constitucional Federal chegou, pelo exposto, à convicção de que o Tribunal Estadual desconheceu, no julgamento do comportamento do reclamante, o significado especial do direito fundamental à livre expressão do pensamento, que também alcança o caso em que ele entra em conflito com interesses privados. A decisão do Tribunal Estadual fundamenta-se nesta falha de aferição e uso dos critérios próprios do direito fundamental e, destarte, viola o direito fundamental do reclamante do Art. 5 I 1 GG. Portanto, deve ser revogada. (Schwabe, 2005, p. 394-395)

O julgamento do caso Lüth matizou e desenvolveu esse direito fundamental à liberdade de expressão, que saiu fortalecido ao ser vinculado a um papel democrático, aplicável ainda às relações particulares:

O Tribunal Constitucional Federal deduziu desse significado preponderante da liberdade de opinião que esse direito fundamental, de acordo com o teor da Constituição, deve não apenas, por um lado, ter seus limites fixados nas "leis gerais", mas também, por outro lado, que as mesmas leis gerais têm seus limites implícitos na própria liberdade de opinião (o assim chamado

efeito interativo dos direitos fundamentais). Os direitos fundamentais representam uma ordem objetiva de valores. Cada norma jurídica alemã deve ser lida à luz dessa ordem de valores, interpretada e correspondentemente aplicada conforme a Constituição. (Martins, 2018, p. 10)

Os dois pontos tocados pelo caso Lüth merecem ser tratados na realidade brasileira: a eficácia dos direitos fundamentais e a disciplina da liberdade de expressão. O primeiro deles exigiria a busca pela resposta à seguinte indagação: poder-se-ia considerar a incidência indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, a exemplo do que ocorre no Direito alemão?

Diferentemente do entendimento trazido pelo Tribunal Constitucional Alemão¹⁷⁶, o direito pátrio acolhe a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais às relações privadas. As críticas lançadas contrariamente à forma de aplicação dos direitos fundamentais geralmente se voltam “ao esvaziamento da autonomia privada, a insegurança jurídica, a ampliação exagerada dos poderes dos juízes, em detrimento do legislador democrático, desfiguração do Direito Privado, que acabaria sendo completamente colonizado pelos direitos fundamentais” (Sarmiento, 2010, p. 350). Contra as críticas, Sarmiento (2010) pontua pelo não acolhimento, já que a autonomia privada não é absoluta; que a insegurança jurídica existiria não somente na necessidade de equalização de direitos fundamentais, mas também na esfera privada em razão de existência de cláusulas gerais; que o maior poder conferido aos juízes não decorre da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, tratando-se de um consequência do pós-positivismo; que a constitucionalização do Direito Civil não significaria sua colonização¹⁷⁷. Portanto, em atenção à resposta apresentada contra

¹⁷⁶ Canaris compartilha igualmente o entendimento de que a eficácia imediata ou direta de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas não deveria ocorrer de forma irrestrita: “Em contraposição às leis do direito privado, bem como à sua aplicação e desenvolvimento pela jurisprudência, os sujeitos de direito privado e os seus comportamentos não estão, em princípio, sujeitos à vinculação imediata dos direitos fundamentais” (Canaris, 2009, p. 132). Se bem que, no caso de direito de autor previsto constitucionalmente, talvez fosse possível admitir a aplicação da norma constitucional de forma direta e imediata: em conformidade, só deveria falar-se em ‘eficácia imediata em relação a terceiros, se os direitos fundamentais se dirigem contra sujeitos de direito privado como destinatários da norma, como no caso do artigo 9º, n. 3, 2ª frase, da LF, ou quando se defende uma correspondente concepção da eficácia dos direitos fundamentais” (Canaris, 2009, p. 133). O mencionado artigo refere-se ao direito de associação, todavia poderia ser aplicado igualmente ao direito de autor, porquanto em ambos os casos há claro entendimento de que a norma constitucional dirige-se contra sujeito de direito privado.

¹⁷⁷ André Ramos Tavares compartilha de entendimento sobre a necessidade em se mitigar a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Cita decisão proferida pelo STF (voto do ministro Gilmar Mendes, em Adin 2.054/2003) que conferiu eficácia a direito fundamental do direito de autor – na atividade realizada pelo ECAD –, justificando, para tanto, tratar-se esse órgão prestador de serviço público por delegação legislativa, o que significa dizer que não se tratava de uma relação puramente privada (p. 479): “O voto é relevante, porque não apenas introduz a importante discussão

as rejeições, há de se entender pela incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas¹⁷⁸, evidentemente, em dadas situações em que se observaria a insuficiência da norma infraconstitucional, ou, segundo Canaris (2009), pelo fato de a norma constitucional sobre direito de autor se dirigir contra sujeitos de direito privado.

Na realidade pátria brasileira, a liberdade de expressão é prevista no artigo 5º, inciso IX, que estabelece: “é livre a liberdade intelectual, artística, científica e de conhecimento, independentemente de censura ou licença”. Dado seu conteúdo e seu lugar inserido na Constituição Federal, trata-se de direito fundamental representativo de uma liberdade (direito de primeira geração ou dimensão). Pela liberdade de expressão, tem-se o alicerce da democracia e do esperado Estado Democrático de Direito, pois notadamente a primeira prerrogativa ceifada por qualquer regime totalitário é justamente a liberdade de o cidadão expressar sua opinião. A liberdade de expressão revela-se como direito de conteúdo multiforme, ao relacionar-se com inúmeras formas e direitos conexos (liberdade de manifestação de pensamento, de comunicação, de informação, de acesso à informação, de opinião, de imprensa, de mídia, de divulgação e de radiodifusão) (Tavares, 2005), e sua substância pressupõe

da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, mas igualmente porque parece inclinar-se por não admiti-la tão ampla e irrestritamente, já que se faz alusão especial à situação peculiar da entidade envolvida, situação essa que a obrigaria a observar imediatamente os direitos fundamentais. Em outras palavras, se se admitisse tão amplamente a eficácia imediata, não se teria de cogitar do papel “semiestatal” desempenhado pela entidade, o qual a vincula aos direitos fundamentais. Realmente, com a eficácia direta e imediata corre-se o grave risco, especialmente no Brasil, de constitucionalizar todo o Direito e todas as relações particulares, relegando o Direito privado a segundo plano no tratamento de tais matérias. Como produto dessa tese ter-se-ia, ademais, a transformação do STF em verdadeira Corte de Revisão, porque todas as relações sociais passariam imediatamente a ser relações de índole constitucional, o que não é desejável. Mas, de outra parte, não se pode negar, em situações de absoluta omissão do legislador, que os direitos “apenas” constitucionalmente fundados sejam suporte para solução imediata de relação privada”.

¹⁷⁸ O artigo intitulado “A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Análise crítica do Recurso Especial 201.819-8 e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815” aborda o posicionamento do Supremo Tribunal sobre o assunto, ao julgar questão sobre o direito de associação (exclusão de sócio de uma sociedade civil sem fins lucrativos – União Brasileira de Compositores – UBC) e sobre a exigência de autorização prévia para publicação de biografias (caso das biografias não autorizadas), respectivamente, quando se concluiu que não há entendimento firme sobre a eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, muito embora seja essa a direção: “Dessa forma, é possível interpretar que a Corte ainda não se desvinculou totalmente do ideal de segurança que representa a existência de necessária atuação do legislador infraconstitucional, ou seja, identificamos que ainda persiste uma certa influência da teoria da eficácia mediata ou indireta. Em outras palavras, o entendimento da Corte Suprema pátria está em evolução, mas ainda demonstra ressalvas ou alguma timidez para adoção integral da teoria da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Por fim, a análise desses dois julgados demonstra que nem sempre os ministros votam de acordo com seus posicionamentos doutrinários defendidos anteriormente, bem como a fundamentação dos acórdãos algumas vezes revela incoerências que passam imunes à crítica acadêmica” (Rodrigues; Leal, 2018, p. 36).

duas dimensões: a substantiva e a instrumental. “A dimensão substantiva compreende a atividade de pensar, formar a própria opinião e exteriorizá-la. A dimensão instrumental traduz a possibilidade de utilizar os mais diversos meios adequados à divulgação do pensamento” (Tavares, 2005, p. 220).

Em virtude de sua ligação com inúmeros direitos e formas, a liberdade de expressão encontrará restrições. Restrições à liberdade de expressão encontram-se na própria Constituição Federal, nos termos do artigo 220, parágrafo 3º, incisos I e II¹⁷⁹, que estabelece a regulamentação das diversões e espetáculos públicos, de acordo com as faixas etárias e o direito de as famílias e as pessoas de se defenderem contra programas de rádio, televisão ou propagandas que atentem contra valores dispostos no artigo 221¹⁸⁰ ou que sejam nocivos à saúde e ao meio ambiente.

O direito de autor, ainda que possa servir como concretização da liberdade de expressão, acaba por constituir igualmente limitação, o que decorre em virtude do círculo criativo, que passa a sofrer as consequências da tutela autoral para as mais recentes produções:

à medida que aumenta o grau de proteção do direito de autor (tanto com relação ao seu escopo, quanto ao prazo de proteção), aumenta o nível de interferência e de restrição à liberdade de expressão, pois esta não pode se manifestar de forma totalmente livre sobre uma expressão anteriormente criada, a menos que haja uma expressa anuência do seu criador; u em circunstâncias expressamente admitidas por lei, em caráter de exceção (Carboni, 2008, p. 196).

¹⁷⁹ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

¹⁸⁰ Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Vislumbra-se, assim, um paradoxo entre a liberdade de expressão e o direito de autor. Ao mesmo tempo que o direito de autor preserva a expressão e o exercício de uma liberdade criativa (liberdade de expressão), impõe cerceamento ao próximo autor, que seguramente necessitaria utilizar parte das ideias e expressões já concebidas. Quanto mais avança a proteção autoral, pela substancial existência de um sem-número de formas já criadas, sobra um espaço menor de ação para o novo sujeito-autor, já que não será autorizada a reprodução de determinada forma anteriormente concebida. Remetendo-se à origem do direito autoral, tido como instrumento de censura, Tridente (2009) leciona sobre essa contradição:

Paradoxal, ainda, é o modo como o direito autoral deve estimular o discurso ao mesmo tempo em que impõe limitações a ele. Nascido como censura às publicações contrárias ao poder estabelecido, o direito autoral veio mais tarde a ser considerado o “motor da liberdade de expressão”, por conferir um incentivo econômico aos autores para produção de novos discursos. Atualmente, porém, muitos apontam para uma tendência de retorno deste ramo do direito às suas origens mais remotas, podendo prevalecer sua manipulação como instrumento de repressão à livre expressão e circulação de ideias. (Tridente, 2009, p. 117)

A maneira pela qual o tratamento jurídico não acarreta o próprio encerramento do exercício da liberdade de expressão e do gênio criativo humano é delimitar o objeto de tutela. Assim, o que se protege não é a ideia em si, mas o contributo mínimo do sujeito-autor pela forma de revelação da genialidade deste. Todavia, o artifício jurídico acima apresentado é incapaz de solucionar o paradoxo e os problemas decorrentes. Prosseguindo a avaliação crítica aplicada na interrelação de direito de autor e liberdade de expressão, Tridente (2009) aborda a dicotomia “direito-incentivo” e “direito-custo” relacionada ao direito autoral. Em alguns casos, o direito autoral representa um insumo, afinal, para se obter acesso ao catálogo de produções já existentes, é necessária uma nova produção, e o sujeito-autor terá de suportar um custo. E somente após a produção e assunção desse custo, com a produção concretizada, ter-se-ia o direito-incentivo, a parcela patrimonial representativa do direito de exploração da obra. Ocorre que, principalmente em obras audiovisuais, o “direito-custo” pode significar valor monetário superior ao “direito-incentivo”, o que acarreta claro cerceamento à liberdade de expressão.

Além do problema decorrente da dicotomia “direito-incentivo” e “direito-custo”, segundo a lição de Horowitz (2009), o direito de autor poderá vulnerar a liberdade de expressão em situações como i) restrição à utilização de obras protegidas, o que poderia reduzir a capacidade de outros de utilizar a obra e de criar ou expressar suas

próprias ideias; ii) imposição de censura ou controle, quando detentores de direitos autorais utilizam o direito ao exclusivo somente em casos que lhes favoreçam; iii) barreiras ao acesso à informação, o direito de autor poderia restringir o debate público, ao estabelecer restrição ao acesso a informações essenciais; iv) impactos negativos, ao possibilitar que a liberdade de imprensa sofra restrições autorais, que impeça o uso de meios legais para se utilizar materiais protegidos; v) restrições à paródia ou crítica, que poderia ser rechaçada mediante a vontade do autor.

Kraetzig (2020) alerta para a censura, mascarada de proteção autoral, hábil a ceifar a liberdade de expressão: nas situações em que reportagens de imprensa, com conteúdo protegido por direito autoral, são diuturnamente censuradas pelo Poder Judiciário, por um mero pedido do titular. Basta, para tanto, a demonstração de que não haveria uma hipótese legal de limitação ao direito de autor aplicável. Passam a largo a existência efetiva de prejuízo ao autor, que muitas vezes não existe, tampouco qualquer indagação que busque a relevância da informação trazida pela reportagem. Defende, assim, a autora que a tutela autoral somente poderia ser concedida se tiverem determinado que a liberdade de propriedade apresenta precedência sobre os direitos fundamentais de comunicação no caso específico¹⁸¹; e ainda vai além, afirmando que seria possível admitir a abertura do elemento de “ilegalidade” para ser obtido um equilíbrio de interesses ao abrigo da lei dos direitos de autor, se o direito ao exclusivo for utilizado indevidamente; como cláusula geral que pode ser preenchida com valor, a autora praticamente convida os direitos fundamentais a serem incorporados ao Direito Civil na acepção da jurisprudência de Lüth¹⁸².

A bem da verdade, há de se concordar com o magistério de Branco (2011), quando defende que o direito ao acesso ao conhecimento e o respeito à liberdade de

¹⁸¹No original: *Die Lösung liegt vielmehr in einer Interessensabwägung im Einzelfall: Die Zivilgerichte dürfen einem urheberrechtlichen Unterlassungsanspruch in derartigen Fällen nur stattgeben, wenn sie im konkreten Einzelfall einen Vorrang der Eigentumsfreiheit gegenüber den Kommunikationsgrundrechten festgestellt haben* (Kraetzig, 2020). Nossa tradução: Pelo contrário, a solução reside em uma ponderação de interesses no caso concreto: nesses casos, os tribunais cíveis só podem conceder um pedido de medida cautelar ao abrigo da lei de direitos de autor se tiverem estabelecido que a liberdade de propriedade tem precedência sobre os direitos fundamentais de comunicação no caso individual específico.

¹⁸²No original: *Das Tatbestandsmerkmal der „Widerrechtlichkeit“ kann bei einem missbräuchlichen Einsatz des Ausschließlichkeitsrecht als Ventil für eine urheberrechtliche Interessenabwägung geöffnet werden. Als wertausfüllungsfähige Generalklausel lädt es zu einem Einstrahlen der Grundrechte in das Zivilrecht im Sinne der Lüth-Rechtsprechung geradezu ein.* (Kraetzig, 2020). Nossa tradução: No caso de uma utilização abusiva do direito exclusivo, o critério da “ilegalidade” pode ser aberto como uma saída para uma ponderação dos interesses dos direitos de autor. Como uma cláusula geral que pode ser preenchida com valor, ela praticamente convida os direitos fundamentais a brilhar no direito civil na acepção da jurisprudência de Lüth.

expressão seriam capazes de conduzir o homem à sua dignidade, porquanto ambos os direitos acabam por garantir a concretização de outros direitos fundamentais tais como o direito à educação, à cultura, ao lazer e à livre iniciativa. Assim, não seria crível se abdicar de um direito de autor funcionalizado, dirigido não somente à proteção econômica do sujeito-autor, mas, sobretudo, à adequação da faceta patrimonial aos cânones sociais e teleológicos, permeados pelos valores constitucionais. É crível se admitir que a incidência direta e imediata nas relações privadas exigiria cuidado para que não extirpasse a autonomia privada, bem como fossem preservados os interesses em conflito, mediante a incidência de juízo valorativo pautado na justa proporcionalidade e equalização.

Tratar-se-á, agora, sobre direito fundamental diverso, igualmente considerado direito de personalidade: discutir-se-á a intimidade. A intimidade constitui direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso X, que estabelece: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem de pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Viu-se, ao longo do trabalho, que a proteção autoral foi paulatinamente ampliada, como se os responsáveis pela edição das leis virassem as costas para a realidade que clama pelo compartilhamento das informações, com a mediação da internet. A partir desse incremento de políticas persecutórias, pode-se apontar um movimento com potencial capacidade de ultrajar a intimidade em nome da proteção do direito autoral. O artigo de Giovanni Maria Riccio, intitulado “Direito de Autor e Privacidade na Itália” (2011), apresenta situações que, sob o argumento de proteção do direito autoral especialmente no ambiente virtual, acabam por conferir profundo desrespeito à intimidade. Muito embora o estudo seja realizado na Itália, as dificuldades e práticas analisadas ultrapassam fronteiras, pois constituem o fruto de um mundo globalizado. Desse estudo, podem-se extrair as seguintes hipóteses de ultraje ao direito à intimidade: i) para o fim de proteção dos direitos autorais, realiza-se a coleta de dados pessoais, o que pode gerar conflito entre os direitos autorais e o direito à privacidade dos usuários, especialmente se essa coleta for feita de forma invasiva ou sem consentimento adequado; ii) para o fim de proteger o direito autoral, o monitoramento de atividades online também se revela potencialmente capaz de constranger o direito à privacidade, principalmente se a vigilância for excessiva ou desrespeitar a legislação sobre a proteção de dados; iii) manutenção e uso por longo período de dados pessoais dos usuários, realizados sob o argumento de avaliação de eventual desrespeito ao

direito autoral, o que se agrava se a manutenção dos dados for desnecessária ou desproporcional; iv) divulgação de informações pessoais em processos judiciais: em casos em que informações pessoais dos usuários são divulgadas em processos judiciais relacionados a direitos autorais, pode ocorrer conflito entre a proteção dos direitos autorais e a privacidade dos envolvidos, especialmente se não forem tomadas medidas adequadas para se proteger os dados sensíveis (em situações como essa, socorre-se do sigilo, conferindo-se ao processo o denominado “segredo de justiça”).

O equilíbrio entre o direito de autor e a privacidade também é desenvolvido por Trabuco (2007). Ela afirma a dificuldade em se proteger o direito de autor, na prática ilegal que envolve o uso de cópia privada sem o seu consentimento, sem que haja intromissão na vida privada do suposto transgressor. Afinal, como seriam possíveis a fiscalização e a demonstração do ilícito? Ao mesmo tempo, pontua que, se fosse reconhecido o uso da cópia privada como prática autorizada em virtude da não intromissão da privacidade, a complexidade seria estabelecer o limite de definição da “privacidade”:

Se nos cingirmos à justificação do uso privado como resultado da necessidade de proteger a privacidade dos utilizadores das obras, teremos perante nós uma fundamentação da imposição de um limite aos direitos exclusivos de autor (no caso, ao direito de reprodução) que assenta num interesse subjacente difícil de determinar. Com efeito, definir com exactidão o que deva entender-se pelo bem “privacidade” é tarefa a que se dedica, com dificuldade e desde há muito, a doutrina, parecendo apenas certo que a referência é feita para concentrar a atenção no facto de a privacidade se reportar à salvaguarda de “*informação (num sentido lato)*”. (Trabuco, 2007, p. 5-6)

No caso do Brasil, a situação torna-se ainda mais complexa, já que a cópia privada é textualmente proibida, sendo autorizada somente a produção de pequenos trechos. A bem da verdade, o respeito à privacidade une-se a tantos outros argumentos que se dirigem contra ao restritivo texto legal sobre as limitações autorais.

Sobre a dificuldade apresentada, parece não existir uma resposta única e acabada que confira uma solução satisfatória, tampouco pensa-se não ser possível a confecção de uma proposta formal e distante da casuística existente. Há de se recorrer, portanto, a uma avaliação sempre pontual e factual das circunstâncias que envolvem o conflito, de modo que o sopesamento entre os direitos proporcione justiça ao caso posto.

Tratar-se-á, ainda, da função social do direito de autor. A obra de Guilherme Carboni, denominada “Função Social do Direito do Autor” (2008), já citada em

inúmeras oportunidades, é referência importante sobre o tema. Em respeito à linha argumentativa até aqui apresentada, tem-se que a função social do direito de autor deveria amparar-se não diretamente sob os fundamentos da função social da propriedade ou da função social do contrato¹⁸³. Com efeito, busca-se apresentar uma abordagem diferente daquela defendida pelo mencionado autor¹⁸⁴. Por certo, a aproximação do direito de autor às funções sociais da propriedade e do contrato traria evidente benefício argumentativo e de autoridade, porquanto atrairia, de forma imediata, essa ordem de limites extrínsecos ao *locus* constitucional. Entretanto, essa escolha viria de encontro ao eixo teórico até aqui desenvolvido.

Ora, se o direito de autor constitui direito de personalidade, tem-se o natural afastamento de qualquer teoria de propriedade aplicável ao instituto jurídico. Defende-se que a roupagem de um regime jurídico-proprietário, agasalhado pelo direito de autor, além de conferir trágicos problemas ao instituto, apresenta total ausência de rigor científico. O abandono dessa ficção, utilizada a serviço de interesses nitidamente mercadológicos, é medida que se impõe e traria, na lição de Ciro de Lopes e Barbuda, a inserção da “funcionalização desse direito (direito de autor); o abuso do direito de autor; e o fenômeno da repersonalização do direito autoral” (Barbuda, 2015, p. 129). A bem da verdade, a admissão do fundamento da função social do direito de autor a partir da função social da propriedade, ao invés de rechaçar o regime jurídico-proprietário, acabaria por afirmá-lo, ainda que fosse sob novos contornos. De forma subjacente, talvez, seja possível a consideração das funções sociais do contrato nos negócios jurídicos que versem sobre o direito de autor, o que envolve conjunturas mais circunstanciais, que não deixam de ser relevantes, mas não atingem o cerne do objeto de estudo.

A indagação que surge desse breve arrazoado seria: é possível se admitir limitações ao direito de autor fundadas em sua função social? Qual seria o fundamento hábil a justificar tal afirmativa? As respostas às indagações partiriam da lição de Lopes e Barbuda (2015), porquanto o fundamento da função social do direito de autor seria a aplicação do regime do abuso de direito. A funcionalização do direito de autor traria

¹⁸³ Artigo 5º (...) XXIII - a propriedade atenderá sua função social;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) III - função social da propriedade;

¹⁸⁴ Cumpre se salientar que o referido autor apresenta outras funções, além da social, verificadas no direito de autor: função de identificação; função promocional; função econômica; função política.

consigo a incidência do instituto jurídico do abuso de direito, como se este fosse a reação ao desrespeito das funções não respeitadas. O alinhamento das funções do direito de autor e das repreensões proporcionadas pelo instituto do abuso de direito, com efeito, seria capaz de reconduzir o direito de autor à sua repersonificação, o que se afina à compreensão já defendida sobre a natureza do instituto autoral.

O abuso de direito está tipificado na legislação brasileira, nos termos do artigo 187, do Código Civil, que estabelece: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes”. Sobre o abuso de direito regulado no ordenamento jurídico brasileiro, Martins-Costa (2018, p. 397) preceitua o fundamento para a caracterização do ilícito: “o exercício abusivo, entendendo-se abrangidos por essa expressão o abuso, o exercício desmedido, o desviado do fim lícito e o disfuncional”.

Capelo de Souza (2011) aborda a incidência do abuso de direito sobre a cláusula geral de personalidade, o que seria naturalmente aplicável ao direito autor, dada sua natureza jurídica. Ao atribuir, à cláusula geral de personalidade, funções, representativa da necessidade de se conjugar o direito de personalidade ao seu fim econômico e social, o autor conclui pela possibilidade de que o abuso de direito reste caracterizado, se o titular da cláusula geral de personalidade exceder excessivamente os respectivos limites econômicos e sociais impostos. Pontua o autor, todavia, que não se pretende defender que a cláusula geral de personalidade seja um direito dirigido ou funcionalizado:

no sentido de que o seu exercício tem de corresponder, a par e passo, a um tipificador fundamento legal. Nem muito menos que tal direito seja um poder-dever”. Com efeito, sendo a liberdade um bem essencial da personalidade humana e sustentáculo da própria dignidade da pessoa humana (...) tem necessariamente de haver um largo e aberto espaço de autonomia privada, com os inerentes poderes individuais de autodeterminação e de autogestão da respectiva esfera de interesses pessoais, no reconhecimento e no exercício do direito geral de personalidade do art. 70. (Capelo de Souza, 2011, p. 519-520)

Parece que Capelo de Souza (2011) expôs, com profunda perspicácia, a incidência das funções e do abuso de direito por meio dos direitos de personalidade, estabelecendo contornos capazes de respeitar os misteres esperados, sem aleijar a necessária autonomia privada e a liberdade que justificam e são justificadas pela dignidade da pessoa humana. Considera-se que essas lições seriam aplicáveis ao

direito de autor, porquanto o respeito à função social e ao fim econômico deve ser considerado, sem, porém, afastar o respeito à autonomia privada, autogestão e autodeterminação, como corolários da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

Do mesmo modo, a funcionalização da cláusula geral da personalidade e a proteção contra o abuso de direito dirigem-se para a vedação de atos manifestamente contrários à boa-fé¹⁸⁵ e aos bons costumes¹⁸⁶. A prática de atos e a confecção de negócios jurídicos relacionados ao direito de autor, igualmente, exigirá do titular o respeito às expectativas legítimas de terceiros, à probidade, ética, lealdade e ao arcabouço social de regras morais, sob pena de caracterização de efetivo abuso autoral.

Algumas hipóteses concretas podem ser mencionadas para a demonstração da importância da correlação entre funcionalização, abuso de direito e direito de autor:

(a) se pleiteia a proteção para métodos, sistemas, formatos, idéias e todos os demais atos e conceitos que se encontrem dentro do campo de imunidade do direito autoral; (b) se restringem as limitações impostas aos usos livres das obras em função da ordem pública ou de direitos alheios, impedindo que uma pessoa ou grupo de pessoas exerçam a crítica ou o estudo de obra preexistente independente de comunicação; (c) o agente ou órgão investido da arrecadação dos direitos de utilização pública autuam a representação teatral, ou a execução musical realizada gratuitamente para fins didáticos, ou em ambientes domésticos; (d) se tenta influir na liberdade criativa do intérprete, ou quando se investe contra a paródia ou a caricatura alegando ofensa inexistente; (e) as pessoas que necessitem da criação de um autor, como matéria-prima de sua atividade profissional, abusam de sua superioridade econômica ou política para açambarcar por meio de contratos leoninos todas as formas de uso de uma obra, por todos os meios e processos, com alcance e comercialização garantida em todos os países, sem limitações no tempo; (f) os herdeiros impedem o uso regular das obras criadas pelo autor impondo ônus excessivos ou embaraços à livre circulação do bem cultural. (Abrão, 2002, p. 218)

¹⁸⁵ “A boa-fé é entendida aqui, como é sabido, com um caráter objetivo, valendo não como um estado de espírito subjetivo mas como um princípio normativo, pelo qual todos devem actuar como pessoas de bem, num quadro de honestidade, correção, probidade e lealdade, de forma não defraudar as legítimas expectativas de confiança gerada nos outros. Quando uma pessoa, também em matéria de relações de personalidade, excede clamorosamente os limites normativos decorrentes da boa-fé, não está a exercer qualquer direito de personalidade, que nesse caso pura e simplesmente não existe, porque o próprio âmbito axiológico-normativo desses direitos não cobre tal situação” (Capelo de Souza, 2011, p. 530).

¹⁸⁶ “Por sua vez, os bons costumes, cuja violação clamorosa constitui igualmente abuso de direito, são predominantemente entendidos, numa concepção de base sociológica, como aqueles usos ou costumes (mores) que são valorados como bons (boni) pelo conjunto das regras morais aceites pela consciência moral. Haverá, pois, abuso de direito geral de personalidade quando o comportamento ou os objetivos do seu titular tiverem graves e chocantes conotações de imoralidade social, mesmo face à relatividade dos bons costumes no tempo e no lugar” (Capelo de Souza, 2011, p. 531).

Das situações descritas, a autonomia conferida aos herdeiros quanto ao exercício do direito ao ineditismo pode caracterizar o abuso autoral. O fato seria o seguinte: “é bastante comum ver autores falecidos deixarem obras inéditas, seja porque não houve tempo para publicá-las, seja porque optaram, tácita ou expressamente, por mantê-las em segredo” (Moraes, 2008, p. 122). Sobre a situação, Rodrigo Moraes entende que a conduta praticada pelos herdeiros seria abusiva se contrariasse a vontade do falecido autor, porquanto se expressou o desejo de publicar a obra, e a não realização pelos herdeiros configuraria manifesto desrespeito à boa-fé e ao fim social.

Outra indagação pode surgir: e se o autor falecido nada mencionou sobre o desejo ou não de publicar a obra? Segundo Moraes (2008, p. 122), “o autor, em vida, não precisa justificar as razões de sua opção pelo ineditismo. Seus sucessores, contudo, precisam declinar argumentos razoáveis para a não divulgação de obras inéditas do *de cujus*, sob pena da incidência do abuso de direito”. A conclusão trazida pauta-se na funcionalização do direito, já que se tem um imperativo de acesso à cultura e ao conhecimento bem como da boa-fé que estriba a expectativa legítima da sociedade em se conhecer a obra. Não entende-se que haveria desrespeito à liberdade dos titulares do direito, até pelo fato de que a mitigação da autonomia seria justificada pela condição dos titulares (herdeiros). De outro lado, questão de alta indagação envolve hipótese diversa: e se o autor, em vida, expressamente tivesse declarada a vontade de não publicar a obra, os herdeiros, à revelia do desejo do falecido, poderiam fazê-la? O citado autor apresenta o tratamento legal dispensado ao caso nas realidades espanhola, italiana e portuguesa, sendo nestes dois últimos países respeitada a vontade do falecido autor, enquanto no primeiro a primazia seria direcionada à tutela do direito de acesso à cultura.

Sobre a problemática, Barbosa (2013) entende que a vontade do autor, ainda que falecido, deveria prevalecer, enquanto a vontade dos terceiros (herdeiros) teria de ser mais prontamente condicionada às funções econômicas e sociais. “Eu dava ao titular o direito de recusar-se. Só a terceiros titulares é que esse direito de recusar-se seria negado” (Barbosa, 2013, p.589). Por certo, a ausência de previsão legal acaba por gerar tais questionamento e insegurança jurídica¹⁸⁷. De todo modo,

¹⁸⁷ Saliente-se que a previsão legal somente trata da declaração de vontade do falecido autor em caso de obras inacabadas, nos termos do artigo 55, da Lei 9.610/98: Art. 55. Em caso de falecimento ou de impedimento do autor para concluir a obra, o editor poderá:

entendimento diverso exigiria, daquele autor que se nega peremptoriamente a não publicar determinada obra, destruí-la, sendo a única opção hábil a assegurar sua vontade *post mortem*, o que parece exagerado e contrário aos fundamentos e valores que regem o direito de autor.

As obras órfãs também são objeto de debate quanto à limitação decorrente da funcionalização do direito autoral e impedimento ao abuso. Tem-se como obras órfãs aquelas “cujo autor seja desconhecido, ou com quem não se consiga estabelecer contato, ou só o seja possível fazer com tantos custos que tirem interesse à utilização da obra, nos casos em que essa autorização é necessária” (Santos, 2010, p. 68). Essa situação cria um problema de difícil solução: como poderá o interessado explorar economicamente essa obra para uma finalidade determinada se não há como obter a autorização prévia e expressa exigida pela lei? Mais do que podem aparentar, as obras órfãs acabam por representarem considerável número de trabalhos¹⁸⁸, razão pela qual se exige a busca pelo adequado tratamento a tal problemática.

Barbosa (2013) pontua que a causa do aumento das obras órfãs deu-se em virtude do incremento do prazo do uso do exclusivo – “não havia obras órfãs no século XIX, porque os direitos autorais na Europa, no Reino Unido e nos Estados Unidos duravam 14 ou 28 anos, depois passou para 56 anos (...) em um prazo assim é muito mais fácil de se manter quem é o titular, a quem se tem que pedir a autorização estabelecida” (2013, p. 456). As causas próximas das obras órfãs podem ser a editora faliu, o autor transferiu seus direitos e não registrou a transferência, ou ele morreu e seus herdeiros não podem ser localizados¹⁸⁹ (Kerremans; Pesserl, 2012, p. 32).

Salienta-se que não há tratamento expresse na legislação brasileira sobre as obras órfãs, o que mais se aproximaria seria a previsão sobre as obras de autoria

I - considerar resolvido o contrato, mesmo que tenha sido entregue parte considerável da obra;

II - editar a obra, sendo autônoma, mediante pagamento proporcional do preço;

III - mandar que outro a termine, desde que consintam os sucessores e seja o fato indicado na edição. Parágrafo único. É vedada a publicação parcial, se o autor manifestou a vontade de só publicá-la por inteiro ou se assim o decidirem seus sucessores.

¹⁸⁸ *This phenomenon immobilizes a large part of the audiovisual heritage kept in the archives of cultural institutions. Also up to 75% of all the books catalog may meet those conditions, making up for huge amounts of information and knowledge secluded from the public* (Kerremans; Pesserl, 2012, p. 32). Em livre tradução: Esse fenômeno imobiliza grande parte do patrimônio audiovisual guardado nos arquivos das instituições culturais. Além disso, até 75% de todo o catálogo de livros pode atender a essas condições, representando enormes quantidades de informação e conhecimento isolados do público.

¹⁸⁹ No original: *the publisher went bankrupt, the author transferred his rights, and did not register the transfer, or he died and his heirs cannot be located.*

desconhecida (artigo 45, inciso II¹⁹⁰) e que possibilitam o livre uso, por serem de domínio público. A previsão da obra de autoria desconhecida não poderia ser aplicada às obras órfãs, pois, nessa situação, o autor é conhecido, porém não pode ser localizado. A autoria atribuída a um sujeito-autor ou herdeiros, assim, impediria a incidência da mesma disposição legal. Como forma de se resolver o impasse, possibilitando o acesso ao conhecimento e impedindo qualquer forma de abuso (pela omissão intencional do autor e familiares, por exemplo), José Oliveira Ascensão defende que o uso seria viável com a disponibilização de uma caução, “mobilizável quando e se o titular retomasse o contato” (2010, p. 24). Manoel J. Pereira dos Santos aponta outras possibilidades para a resolução do problema das obras órfãs: i) a admissão do uso livre da obra, sem que constitua qualquer tipo de infração, mediante o pagamento de uma remuneração equitativa fixada judicialmente; ii) a exemplo da solução conferida pela legislação canadense, a outorga de uma licença compulsória, concedida, de forma onerosa, por uma autoridade competente (judicial ou administrativa), mediante a comprovação, pelo interessado, de que não foi possível localizar o titular do direito autoral e com a indicação precisa da finalidade específica e tempo (Santos, 2010). As propostas apresentadas trariam dois inconvenientes: para a primeira, haveria certa insegurança jurídica, porquanto a qualquer momento o titular da obra poderia discutir a justificativa para o uso e os valores caucionados; para a segunda, não seria possível o manejo, por falta de previsão legal, além de se traduzir em considerável exigência formal. Aqui são válidas as lições já trazidas sobre o acesso ao conhecimento, com a necessidade de haver equalização entre os direitos em disputa. Em termos práticos, entende-se que não haveria outra possibilidade senão aquela que acena para a intervenção do Judiciário ao caso concreto, a fim de que seja autorizado o uso, com a devida reserva financeira disponível, ao titular do direito não localizado, pelo menos, até que seja criada norma específica sobre o tema.

O abuso de direito autoral também poderá caracterizar desrespeito ao direito de concorrência, o que poderia configurar infração da ordem econômica ou prática de concorrência desleal (Carboni, 2008). Há previsão constitucional acerca do direito de

¹⁹⁰ Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público:

I - as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;

II - as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

concorrência, nos termos dos artigos 170 e 173¹⁹¹. A legislação ordinária também previu o conteúdo concorrencial, conforme disposição da Lei 12.529/2011, especialmente no artigo 36 (e incisos¹⁹² e parágrafo 3º e incisos¹⁹³). Chamam a atenção a esse respeito algumas disposições legais citadas. Vejam-se, por exemplo, o exercício de forma abusiva da posição dominante, o impedimento de acesso de concorrente a fontes de insumo, de exploração de direitos de propriedade intelectual ou o exercício de forma abusiva desses mesmos direitos intelectuais.

A partir de tais disposições legais, poderia surgir a indagação se o direito ao exclusivo não seria capaz de excluir a questão que envolve o direito de concorrência, pois pareceria um tanto equivocada a incidência de um direito de concorrência sobre bens considerados de direito exclusivo. A esse respeito, Alessandra Tridente oferece contribuição crítica que se revela em uma aparente contradição das próprias finalidades do direito de autor, que, segundo ela, seria estimular a concorrência ao mesmo tempo que estabelece restrição à livre exploração econômica dos bens:

Paradoxal, igualmente, é o arranjo com que o direito autoral deve estimular a concorrência ao mesmo tempo em que restringe a livre exploração econômica dos bens. O monopólio temporário sobre obras artísticas, literárias

¹⁹¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV - livre concorrência;

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...)

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

¹⁹² Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante. (...)

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

¹⁹³ (Artigo 36) § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...)

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; (...)

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; (...)

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

e científicas deve servir para promover a concorrência em condições de equidade, pois confere uma dianteira no mercado aos agentes que investiram no desenvolvimento dessas obras, premiando-os pelo progresso que geraram. Recentemente, contudo, têm aumentado as preocupações de que o direito autoral possa servir a propósitos anticoncorrenciais, quando utilizado pela indústria de distribuição de conteúdo dominante no século XX para impedir o ingresso de novos participantes no mercado. Há, desse modo, um latente paradoxo entre o direito autoral e as *liberdades de iniciativa e concorrência*. (Tridente, 2009, p. 118)

Denis Borges Barbosa (2010) trata da questão sobre o direito de exclusivo e o direito de concorrência e busca responder se os institutos teriam incidência alternativa ou cumulativa, o que significa dizer se o direito de autor estaria sujeito às limitações quanto à concorrência. O mesmo autor conclui que seria plenamente possível a incidência de regras de direito concorrencial ao direito exclusivo de autor, “em situações que excedem aos limites do direito exclusivo, ou como agravante da lesão de direito abstrata” (Barbosa, 2010, p. 247). Nesse sentido, dois pontos merecem destaque para ser possível uma conclusão mais adequada: i) há certa restrição à concorrência em virtude do direito ao exclusivo; ii) essa certa mitigação da esfera concorrencial, entretanto, não afasta a necessidade de que sejam esperadas determinadas atividades do titular do direito ao exclusivo, o que seria aferido mediante a observância de limites, como cláusula que veda as condutas abusivas, ou seja, caso as condutas que exercitam o direito ao exclusivo deixem de cumprir seu fim social, econômico ou contrariem a boa-fé e ou os bons costumes e, com isso, se causarem prejuízos injustificados ao mercado ou à livre iniciativa de outrem, ter-se-á a incidência do direito concorrência ao caso.

O direito ao exclusivo pode conferir aparente “salvo conduto” para a prática lesiva ao direito de concorrência, porquanto se estaria sob uma autorização capaz de afastar qualquer outro interessado na exploração econômica de um bem intelectual. Siirainen (2001) aborda essa difícil correlação entre direito de autor e o direito de concorrência e enuncia hipóteses de desrespeito ao direito de concorrência pelo exercício do direito exclusivo de autor tais como o abuso da posição dominante, quando a empresa detentora da exploração do bem apresenta preços abusivos para sua comercialização; excesso de barreiras legais que impedem o acesso ao conhecimento e, por consequência, a produção de novos bens intelectuais; prática reiterada e excessiva de litigiosidade pelos detentores do direito ao exclusivo.

A prática de se utilizar de ações judiciais ou medidas administrativas para ceifar a livre concorrência é denominada *sham litigation*. A conduta conhecida como “*sham*

litigation, referente ao uso abusivo de procedimentos administrativos ou processos judiciais com a finalidade de afastar concorrentes do mercado, nasce no direito norte-americano como exceção à denominada doutrina *Noerr-Pennington*, segundo a qual, “a legislação antitruste não poderia impedir o acesso dos cidadãos aos poderes públicos, reconhecendo a validade de ações legítimas para influenciar decisões de agentes públicos” (Prata de Carvalho, 2019, p. 39). A *sham litigation* pode ser verificada no uso inadequado do Poder Judiciário ou de órgãos governamentais, ao se propor ações ou medidas administrativas, que visam à descabida proteção ao direito de autor, cujo objetivo real seria subverter o livre exercício do direito de concorrência. Sabe-se que o processo judicial é moroso e exige o dispêndio de consideráveis recursos financeiros. Com efeito, aquele que detém maiores recursos financeiros e que se utiliza de instrumentos legais, que notoriamente sabe não terem viabilidade, somente para ganhar tempo e até mesmo dissuadir outros eventuais concorrentes a não praticar atos contrários ao seu interesse, comete um ato abusivo, contrário ao mandamento constitucional que assegura a livre concorrência¹⁹⁴.

Já foi dito que os limites extrínsecos ao direito de autor mostram-se resultado da própria noção de sistema, porquanto a correlação entre o direito de autor e os demais direitos exige sempre a indispensável tarefa de adequação, com o manejo da busca pela proteção de cada um dos direitos e a preservação do próprio sistema jurídico. Não haveria como catalogar todas as hipóteses que podem surgir dessa correlação do direito de autor com os demais direitos. Todavia, espera-se que tenham

¹⁹⁴ João Grandino Rodas, em artigo intitulado “Propriedade intelectual e Direito Concorrencial são complementares”, narra alguns casos julgados pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) (2017) em que houve a avaliação do abuso do direito de petição aplicado ao direito concorrencial e direito de autor. Transcreve-se um deles: “As editoras Nova Atenas e Ponto de Arte representaram a editora de revistas de palavras cruzadas e de passatempo, denominada Ediouro, alegando conduta anticompetitiva, consubstanciada, tanto pela propositura, de medidas extrajudiciais, quanto judiciais, para intimidar e excluir concorrentes. No Caso Ediouro (2002), resultante dessa representação, o Cade examinou alegações de concorrência desleal, supostamente materializadas pela semelhança dos produtos das concorrentes com os da Ediouro; bem como compensações financeiras feitas pela mesma editora a concorrentes, vinculadas à formalização de acordos de não-concorrência. A Superintendência Geral do Cade, depois de servir-se dos testes PRE e POSCO, constatou poder de mercado e posição dominante (participação de mercado de 73,9% da Ediouro e 0,6% da Nova Atenas), conduta agressiva para registrar e proteger marcas com relação a produtos idênticos; e chegou à conclusão que barreiras artificiais à entrada e à manutenção de concorrentes haviam sido criadas. Efetivamente, a Editora Nova Atenas, R. G. Santoro Editores e Editora Escala haviam sido alijadas. A recomendação de condenação baseou-se na celebração abusiva de acordos não judiciais de não-concorrência; no abuso de posição dominante por intermédio de fraude; e na pressão a distribuidoras para não distribuir produtos de concorrentes, por suposta violação de direitos de propriedade intelectual. A Ediouro acabou por firmar Termo de Compromisso de Cessação com o Cade, para não mais exigir exclusividade na utilização de certos vocábulos e expressões constantes em marcas de sua titularidade”.

sido suficientes as demonstrações, pois são representativas de inúmeras esferas de interesses diversos.

No caso específico dos limites extrínsecos ao direito de autor, fundamentados em direitos privados, não se pode descurar da cláusula geral da personalidade, pois os conflitos acabam por integrar, no mais das vezes, direitos próprios da personalidade humana. Demais disso, a incapacidade legislativa em realizar previsão das variáveis casuísticas, proporcionada por dinâmica social cada vez mais fragmentada e complexa, exigirá a abertura sistêmica, possibilitada por essa cláusula geral que assegura a tutela da personalidade humana. Dito isso, a associação à dignidade da pessoa humana, enquanto vetor a partir do qual se irradiam os valores essenciais da sociedade, deverá guiar o intérprete à busca pela melhor solução.

5 OS LIMITES DO DIREITO DE AUTOR SOB A PERSPECTIVA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Este capítulo será destinado ao estudo sobre o tratamento judicial aplicável aos limites do direito de autor. Afinal, a avaliação dogmática do direito de autor e dos respectivos limites normativos (limites intrínsecos) bem como as hipóteses de conflitos com outros direitos abstratamente considerados (limites extrínsecos) conferem uma visão ampla, porém incompleta acerca do tema proposto. Uma análise qualitativa das decisões judiciais, com efeito, proporcionará uma compreensão mais aperfeiçoada e profunda da conjuntura do direito de autor pátrio, especialmente diante da evidente demonstração de inúmeras omissões legislativas e da crescente zona de conflito entre vários direitos com a temática autoral. Por isso, um dos caminhos a serem trilhados haveria de ser desenvolvido pelo Poder Judiciário, eis que a solução aos problemas apresentados repousa na dificuldade em se adequar, em dadas situações, valores constitucionais e direitos fundamentais aparentemente inconciliáveis.

Não se desconsideram outras possibilidades que poderiam ser pensadas, a exemplo da alteração normativa, que imprimam mudanças mais profundas no tratamento dispensado ao direito de autor. Mudanças estas que conferissem um olhar mais atento e sensível às necessidades sociais, ao apelo à cultura e ao conhecimento, que poderia ser feito somente com a exposição dos reais agentes e interesses que sempre determinaram o rumo desse direito. Até que seja confeccionada legislação que possa responder às necessidades apresentadas, porém, o que resta é a atuação do Poder Judiciário, como interlocutor das exigências sociais e da solução dos problemas apresentados, a despeito da insuficiência legislativa.

Magrani (2019), inclusive, entende que a atuação do Poder Judiciário como anteparo aos conflitos entre os direitos de autor e demais direitos, constitucionais ou não, apresenta vantagens práticas, pois confere um resultado imediato: “a busca pelos fundamentos constitucionais das limitações e exceções abre a possibilidade de se restabelecer o equilíbrio para além da mudança legal, através da interpretação/aplicação da lei, representando vantagens do ponto de vista dos resultados práticos a curto prazo” (Magrani, 2019, p. 191).

Serão levantadas e analisadas as decisões proferidas sobre o direito de autor nas Cortes superiores – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. O recorte permite, espera-se, a obtenção de um quadro mais amplo e suficiente sobre o

tratamento aplicado ao direito de autor no cenário federal. A realização dessa tarefa em todos os 27 Tribunais de Justiça demandaria um trabalho acima dos limites razoáveis, o que não importaria para um resultado deveras adequado, já que a solução final da discussão desembocaria no entendimento das Cortes superiores. De outro lado, a eleição de alguns Tribunais de Justiça traria consigo a ausência de critérios razoáveis para uma pesquisa científica. Por isso, a escolha de levantamento e análise de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça oportunizará a ponderação sobre o entendimento condensado da legislação federal e dos conflitos de índole constitucional.

Nesse sentido, estabelecer-se-ão os critérios de busca e avaliação jurisprudencial, que permitam a seleção objetiva de julgados, para depois se definir os métodos de análise do resultado obtido, de modo que se alcance uma visão adequada e mais completa do cenário jurídico do direito autoral, já que se encerrará um levantamento de postulados históricos, filosóficos e dogmáticos, e, quantos aos limites, a (in)suficiência da lei, os conflitos com os outros direitos, de forma mais abstrata, e a atuação do Poder Judiciário na solução das omissões e dos conflitos.

5.1 OS CRITÉRIOS PARA LEVANTAMENTO E AVALIAÇÃO DAS DECISÕES

O Supremo Tribunal Federal tem como mister a defesa e preservação da Constituição Federal, de modo a serem resguardados a incidência normativa e os valores expressos na Carta Magna, e sua atuação tem como fim precípua o cumprimento de papéis, que, nas palavras de Barroso (2018, p. 61), são “contramajoritário, quando invalidam atos dos Poderes eleitos; representativo, quando atendem demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas; e iluminista, quando promovem avanços civilizatórios independentemente das maiorias políticas circunstanciais.”. Ao realizar seus papéis, o Supremo Tribunal Federal, por meio de posições jurídicas devidamente fundamentadas, estabelece contornos na sociedade que venham a se moldar aos valores constitucionais.

A despeito da previsão constitucional do direito de autor nas sucessivas Constituições, viu-se que esse direito sempre esteve à margem de uma discussão efetivamente elevada a um nível constitucional. Historicamente, sempre foi visto como um direito alheio ao sistema jurídico, como fosse externo ao *corpus civilis*, considerado uma disciplina *sui generis*. A demonstração da afirmativa pode ser ilustrada pela

destacada discussão acerca da natureza constitucional do instituto, que permanece até os dias atuais, já que há quem defenda tratar-se de um direito constitucional somente em seu viés patrimonial, entendimento assistemático e que refuta a conclusão, ao ver desta tese, mais adequada quanto à sua natureza jurídica (considerado direito de personalidade). Quer-se dizer, com esses breves apontamentos, que se imagina não ser o Supremo Tribunal Federal o palco central de debates acerca do direito autoral.

Todavia, o equivocado tratamento dispensado ao direito autoral e a infundada divergência, que rejeita seu *status* de direito constitucional (pelo menos em sua integralidade), fundamental e de personalidade, não podem servir de escusa que impeça a pesquisa adequada, porquanto, se assim se fizesse, estar-se-ia afirmando a posição que se censurou, ao invés de contestá-la.

De outro lado, o conteúdo acerca dos limites extrínsecos trouxe inúmeras áreas de conflito do direito autoral com direitos expressamente previstos na Constituição Federal (direito de acesso à informação, à cultura, à educação; direito à privacidade; liberdade de expressão). Como resultado, tem-se que o Supremo Tribunal Federal também seria, em tese, o órgão responsável por solucionar tais discussões. Por respeito às conclusões obtidas, assim, mostra-se indispensável a apuração do direito autoral sob as lentes do Supremo Tribunal Federal.

Na pesquisa realizada junto ao Supremo Tribunal Federal, será utilizado, separadamente, um único critério de busca: “direito autoral” ou “direito de autor” ou “Lei 9.610/98”. As decisões consideradas serão aquelas colegiadas, e o filtro utilizado será a partir da vigência da ordem constitucional brasileira (5 de outubro de 1988). As razões de tais filtros residem na necessidade em se apurar o entendimento do próprio tribunal e não de um único ministro e as discussões posteriores à Constituição Federal de 1988 seriam aquelas que mereceriam maior atenção.

Realizadas a consulta e a avaliação dos julgados encontrados no Supremo Tribunal Federal, será dada sequência à pesquisa com o levantamento e posterior análise dos julgados do Superior Tribunal de Justiça. O Superior Tribunal de Justiça tem como finalidade precípua conferir unidade à legislação federal, tendo como competência julgar recurso especial: que contrarie ou negue vigência de lei federal; que julgue válido ato de governo local contrário à lei federal; ou em que se verifica divergência jurisprudencial entre tribunais diversos. A competência de conferir unidade da lei federal e do sistema jurídico e proporcionar uniformidade na resolução

de conflitos que guardem similaridade demonstra que os casos, que não sejam afetados a temas constitucionais, com maior repercussão e maior impacto social, seriam direcionados ao Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido,

o STJ é um Tribunal de superposição, superior aos graus ordinários de jurisdição - Primeiro e Segundo graus -, com a missão jurídico-política de permitir que uma mesma norma jurídica federal seja aplicada em todo o país de maneira uniforme e simétrica, afastando a quebra do Princípio da Igualdade entre os diversos "súditos" da República, pela mera circunstância de terem domicílio em diferentes Estados-membros. (Martins, 2009, p. 63)

Crê-se, com efeito, que a avaliação dos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça permitiria um substrato capaz de oferecer um cenário adequado acerca do tratamento jurídico aplicado ao direito autoral e seus limites. A análise será dirigida às decisões colegiadas, porquanto as decisões monocráticas ou seriam levadas à análise colegiada ou não seriam, como regra, capazes de demonstrar a compreensão do Tribunal Superior a respeito de determinado tema.

Os critérios de busca serão eleitos a partir dos temas desenvolvidos no capítulo anterior, com destaque aos seguintes pontos: pressupostos para a tutela autoral; (in)suficiência da legislação; dicotomia regra-exceção; limites extrínsecos vinculados aos interesses públicos; limites extrínsecos vinculados aos interesses privados. Em cada um desses pontos, serão realizadas buscas, a partir de termos que revelem seus aspectos mais relevantes do trabalho desenvolvido. Em cada uma das buscas, serão utilizados termos mais abrangentes, que façam referência à grande área, e tais termos serão alternados entre "direito autoral", "direito de autor", "Lei 9.610/98" e "Lei 9610/98", porquanto o manejo unicamente do termo específico ao conteúdo restrito que se persegue impediria a obtenção do resultado esperado.

Da leitura atenta sobre os pressupostos para tutela autoral, podem-se extrair alguns termos de busca¹⁹⁵. Com a finalidade de se colher a posição do Tribunal Superior sobre o pressuposto "humano" ("expressão da personalidade humana") para a criação e proteção da obra, foram utilizados os seguintes termos de busca: "direito autoral" e "personalidade"; "Lei 9.610/98" e "personalidade". O termo "personalidade",

¹⁹⁵ Pressuposto para tutela autoral: i) expressão da personalidade humana – "direito autoral" ou "direito de autor" ou "Lei 9.610/98" ou "Lei 9610/98" e "personalidade"; ii) originalidade e contributo mínimo – "direito autoral" ou "direito de autor" ou "Lei 9.610/98" ou "Lei 9610/98" e "contributo mínimo"; "direito autoral" ou "direito de autor" ou "Lei 9.610/98" ou "Lei 9610/98" e "originalidade"; iii) requisitos definidores da obra intelectual – "direito autoral" ou "direito de autor" ou "Lei 9.610/98" ou "Lei 9610/98" e "artigo 7°"; "direito autoral" ou "direito de autor" ou "Lei 9.610/98" ou "Lei 9610/98" e "art. 7°".

por representar uma expressão polissêmica e de grande uso na linguagem jurídica, seria capaz de alcançar o entendimento esperado, sem descurar da necessidade de um filtro pela leitura dos julgados, tendo-se em vista o risco de se obter decisões que fogem ao escopo da pesquisa. Ainda, para que seja possível se vislumbrar o tratamento jurisprudencial dado à originalidade e aos respectivos requisitos, indispensável para a proteção autoral, serão realizadas buscas utilizando-se dos termos “originalidade”, “contributo mínimo” (conjugados, como com “direito autoral”, “direito de autor”, “Lei 9.610/98” e “Lei 9610/98”) e “artigo 7” ou “art. 7”.

No fragmento do trabalho em que foram estudadas as hipóteses legais dos limites do direito de autor, os temas definidores dos critérios de buscas seriam os seguintes: domínio público¹⁹⁶; coautoria¹⁹⁷; reprodução de pequenos trechos¹⁹⁸ 199; obra integral e artes plásticas²⁰⁰; direito de citação²⁰¹; anotações de trechos de aulas pelos estudantes²⁰²; execução de obras em estabelecimentos comerciais para demonstração à clientela ou comercialização de produtos²⁰³; representação teatral e execução musical em estabelecimento de ensino ou ambiente familiar²⁰⁴; uso de pequenos trechos de obras ou uso integral da obra considerada arte plástica²⁰⁵; uso

¹⁹⁶ Domínio público: "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "domínio público".

¹⁹⁷ Coautoria: "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "coautoria"; "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "divisibilidade"; "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "indivisibilidade".

¹⁹⁸ Reprodução de pequenos trechos: "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98") e "pequenos trechos".

¹⁹⁹ Será realizada consulta jurisprudência para se apurar o tratamento jurídico-penal tendo-se em vista as alterações no artigo 184, parágrafo 4º, do Código Penal, os termos serão os seguintes: "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "artigo 184"; "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "art. 184".

²⁰⁰ Obra integral: "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "obra integral". Artes plásticas; "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "artes plásticas".

²⁰¹ Citação de obras: "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "citação".

²⁰² Anotações de trechos de aulas pelos estudantes: "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "estudantes"; "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "lições"; "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "obra original"; ("direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "professor"; "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "professores".

²⁰³ Uso em estabelecimentos comerciais para demonstração à clientela ou comercialização de produtos: "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "estabelecimentos comerciais".

²⁰⁴ "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "representação teatral"; "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "familiar"; "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "ensino".

²⁰⁵ pequenos trechos de obras ou obra integral, quando de artes plásticas: "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "obra integral"; "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "artes plásticas".

de obras intelectuais com a finalidade de servir como provas²⁰⁶; paródias e paráfrases²⁰⁷; direito de representação de obras localizadas em logradouros públicos²⁰⁸.

A forma de interpretação das hipóteses legais previstas na Lei 9.610/98, se admitiria ou não uma interpretação extensiva ou uso da analogia, também será objeto de levantamento e posterior consulta jurisprudencial²⁰⁹.

Quanto aos limites extrínsecos, seguir-se-á o roteiro apresentado, que dividiu os direitos em colisão com o direito de autor em um grupo mais voltado a aspetos de interesse público, e outro grupo de direitos relacionados aos interesses privados. Primeiramente, a apuração do posicionamento do Tribunal Superior será a demonstração de qual seria o "status" do direito de autor, tido como direito fundamental e/ou direito de personalidade²¹⁰. Na sequência, será conjugado o direito de autor com o interesse público para o fim de vislumbrar o tratamento nesse caso de limite extrínseco, que integrará a correlação com o direito à cultura, com o direito à educação, com o direito ao acesso ao conhecimento e, ainda, com o direito ao desenvolvimento tecnológico e científico²¹¹.

²⁰⁶ Para servir como provas em processo judicial ou administrativo: "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "produção provas".

²⁰⁷ Uso autorizado em caso de paródias ou paráfrases: "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98") e "paródia"; "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98") e "paráfrase".

²⁰⁸ Direito de uso de representação de obras localizadas em logradouros públicos: "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "pintura" ou "desenho" ou "fotografia" ou "recursos audiovisuais"; "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "logradouro".

²⁰⁹ A esse propósito, serão utilizados os termos: "direito autoral" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "analogia"; "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "extensiva"; "direito autoral" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "analogia"; "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "exemplificativo"; "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "restritiva".

²¹⁰ Sobre isso, serão pesquisados: "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "direito fundamental"; "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "direito de personalidade".

²¹¹ Os termos de busca serão os seguintes: "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "interesse público"; "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "acesso ao conhecimento"; "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "direito ao conhecimento"; "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "educação"; "direito autoral" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "escola"; "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "cultura"; "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "tecnológico"; "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "científico"; "direito autoral" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "analogia"; "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "biblioteca"; : "direito autoral" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "sequência"; "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "obras raras"; "direito autoral" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "obras órfãs".

O viés do conflito do direito de autor com os interesses privados será objeto de buscas, sob o enfoque de direitos fundamentais como a liberdade de expressão e o direito à privacidade²¹². O direito de autor limitado segundo sua funcionalização será também buscado²¹³.

De antemão, é possível supor que haverá sobreposição de julgados em razão da considerável quantidade de termos consultados, porquanto é razoável crer que haverá recorrência, em um mesmo julgado, mais de um termo em buscas diferentes. Para esse aparente problema, haverão de ser evitados qualquer tipo de tautologia ou repetição desnecessária. Por isso, uma vez realizado o levantamento de todos os julgados, dependendo da quantidade e da recorrência da sobreposição de um mesmo julgado em diversas buscas, será dirigida uma forma de abordagem. Diz-se isso, pois talvez não seja possível a manutenção da ordem temática estabelecida no trabalho e respeitada na forma das buscas jurisprudenciais, sob pena de se proporcionar repetição de um mesmo julgamento inúmeras vezes, o que não seria o mais recomendado. Outra possibilidade seria o tratamento mais agrupado dos julgados de acordo com a temática. Isso, entretanto, dependerá, repete-se, do resultado das buscas.

Outro aspecto importante diz respeito ao propósito estabelecido nesta pesquisa de levantamento e análise dos julgados. A abordagem tem um tema central que envolve os limites do direito de autor, por isso a escolha do roteiro temático desenvolvido no capítulo anterior como critério para as pesquisas jurisprudenciais, porém o objetivo não é o aprofundamento em um único ponto das restrições ao direito autoral, assim, é possível que um ou outro julgado deixe de ser encontrado. Todavia, uma vez que o intento é ter uma visão abrangente sobre o tratamento jurisprudencial das restrições ao direito de autor, segundo as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal Justiça, reputa-se que a omissão (não deliberada) de um ou outro julgado não comprometerá o resultado final que se persegue.

²¹² Consultaremos os seguintes termos de busca: "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "liberdade de expressão"; "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "privacidade"; "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "intimidade".

²¹³ Para isso utilizaremos as expressões: "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "função social"; "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "abuso"; "direito autoral" ou "direito de autor" ou "lei 9.610/98" ou "lei 9610/98" e "concorrência".

5.2 O DIREITO DE AUTOR SOB AS LENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Foi realizada consulta no sítio eletrônico (www.stf.jus.br) do Supremo Tribunal Federal, em que foram utilizados como critérios de busca “direito de autor” ou “direito autoral” ou “Lei 9.610/98”. Aplicou-se o filtro “data de julgamento” a partir de 05 de outubro de 1988 e selecionou-se a ordem dos julgados em data cronológica: “mais antigos”. O resultado das decisões colegiadas foi de 81 julgados²¹⁴. O julgado mais antigo data de 12 de maio de 1989 (RE 113505) e o mais recente, de 15 de março de 2024 (RE 702362). Saliente-se que a ADI 5.062 foi julgada conjuntamente com a ADI 5.065, sendo que esta não apareceu nos resultados da busca; o mesmo ocorreu com a ADO 10, que foi julgada em conjunto com a ADO 11, sendo que esta também não apareceu nos resultados da busca.

A razão pela qual se estabeleceu como recorte a data da promulgação da Constituição Federal de 1988 decorre da evidente necessidade em se atribuir maior importância a decisões que têm como fundamento a ordem jurídico-constitucional brasileira vigente. Saliente-se que o objetivo não seria um levantamento histórico do inter decisório sobre o direito de autor, mas um quadro mais atual do tratamento conferido ao assunto pelas lentes do Supremo Tribunal Federal. A evolução a partir de então foi considerada, já que foi utilizado um filtro que estabeleceu uma ordem cronológica à consulta.

Diante da quantidade de julgamentos, foi possível se observar que a atuação do Supremo Tribunal Federal circunscreve-se à avaliação de dois pontos: crimes que envolvem a violação de direitos autorais e questões relacionadas ao interesse de

²¹⁴ RE 113505; MS 20936; AI 137422 AgR; HC 75338; ADI 1929; ADI 2054 MC; AI 302046 ED; CR 9574 AgR; AI 359793 AgR; ADI 2054; ADI 3059 MC; RE 201819; RE 119013 AgR; HC 98898; AI 786434 AgR; HC 100240; AI 635789 AgR; HC 98080; Ext 1212; AI 813149 AgR; RE 702362 RG; HC 112574; AI 738720 AgR; AI 857526 AgR; RHC 115986; HC 118265; HC 118322; ARE 774560 AgR; ARE 721878 AgR; RHC 120473; RHC 120677; HC 120994; HC 121355; HC 117542; ARE 816712 AgR; HC 125345; ADI 3059; ARE 874940 AgR; RHC 125391 AgR; ARE 849027 AgR; ARE 893915 AgR; ARE 911206 AgR; ARE 873518 AgR; HC 132103 AgR; ARE 945367 AgR; ARE 961537 AgR; HC 123037; HC 126731; HC 136233; ADI 5062; HC 128849 AgR; HC 146113 AgR; RE 1056363 AgR; ARE 1051703 AgR; ARE 740537 AgR; ARE 1108544 AgR; HC 124124; ARE 1174554 AgR; HC 156016; ARE 1186552 AgR; ADI 5800; ARE 1202666 AgR-ED; ARE 1201809 AgR; ADI 5799; HC 168410 AgR; ARE 1247009 AgR; ARE 1288640 ED-AgR; ADI 1945; ADI 5659; HC 187203; ARE 1336025 AgR; RE 688223; ARE 1362217 AgR; ARE 1362777 AgR; ADPF 963 AgR; ADI 6151; HC 225129 AgR; ADO 10 e 11; ARE 1397143 AgR; ARE 1431956 AgR; RE 702362.

arrecadação do ECAD. O total de 34 julgados envolviam discussões penais que tangenciavam, muitas vezes, o direito autoral, porquanto grande parte dos julgados relacionava-se ao cabimento ou não do remédio constitucional de *habeas corpus*, e um deles envolveu o pedido de extradição por crime autoral (Ext 1212). Um único ponto sobre as discussões penais nos julgados que chamou a atenção: como matéria de defesa, foi ventilada a atipicidade da conduta em virtude da incidência do princípio da adequação social²¹⁵ (o princípio da insignificância também foi argumento muito ventilado, porém em nada se relaciona com esta pesquisa). O manejo da tese defensiva do princípio da adequação social não diz respeito diretamente à presente temática, mas envolve substrato social importante para uma eventual autorização de abertura sistêmica que venha a oferecer um tratamento diverso àquele trazido pela legislação autoral vigente.

Como resposta à verificada esquizofrenia autoral, que recrudesce a perseguição penal, notadamente com a criação de normas incriminadoras mais severas, ao mesmo tempo que se vislumbra um sentimento social comum de licitude do uso e compartilhamento de obras alheias sem a devida autorização, o Supremo Tribunal Federal rechaçou qualquer tese libertária pautada na adequação social. Ressaltando o viés ético e moral da sociedade, ao condenar a prática da pirataria, o ministro Dias Toffoli reafirmou a preservação da tipicidade da conduta delitiva, no julgamento do HC 98.898, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, da Primeira Turma, em 20 de abril de 2010²¹⁶. Obviamente que, nas situações julgadas, não se vislumbrou o uso ou compartilhamento sem a intenção lucrativa – o que seria o aspecto de maior relevância para este trabalho –, porquanto em todos os casos o que se viu foi a reprodução destinada à venda.

Gostar-se-ia ainda de abordar um *Habeas Corpus* que, a despeito de não envolver diretamente como substrato fático os direitos autorais, acabou por tangenciar elementos importantes sobre o tema desta tese; refere-se aqui ao HC 75388, de

²¹⁵ Cita-se, por exemplo, o HC 98898; RHC 115986; HC 118322; HC 123037.

²¹⁶ Segue fragmento do julgamento do ministro Dias Toffoli: “Em primeiro lugar, a pirataria é combatida, sim, por vários órgãos institucionais, o Ministério da Justiça tem o Plano Nacional de Combate à Pirataria, o Ministério Público e toda a sociedade atuam. Há vários órgãos como a Defesa da Concorrência, de Defesa dos Direitos Autorais, existem propagandas institucionais que são veiculadas na televisão brasileira, orientando as pessoas a não venderem e a não comprarem produto pirata. Não há que se falar, ademais, que esse crime seria tolerado pela sociedade, como o fora antigamente o adultério, hoje, já revogado do nosso Código Penal. Não. Não está certo isto! Pelo contrário, as instituições têm agido para divulgar que a pirataria é um crime”.

relatoria de Nelson Jobin, cujo julgamento, pelo Pleno, ocorreu em 25 de setembro de 1998. A discussão retratava a prática de crime de extorsão praticada por juiz de direito contra tabelião, uma vez que aquele propunha influenciar o julgamento de processo que este respondia junto à Corregedoria, mediante pagamento. Como prova, o tabelião teria gravado a conversa telefônica, sem o conhecimento do outro interlocutor. Sobre o cabimento ou não da prova – gravação telefônica por um dos interlocutores –, os ministros deliberaram e ofereceram seus respectivos votos.

Antecipa-se que o julgamento concluiu, pela maioria de votos (vencidos os ministros Marco Aurélio e Celso e Mello) pela possibilidade de uso da gravação telefônica em que um dos interlocutores é aquele quem a realiza. O que chamou a atenção, entretanto, foi o voto do ministro Sepúlveda Pertence. Este defendeu que a discussão sobre a gravação telefônica feita por um dos interlocutores não envolvia o direito ao sigilo das comunicações telefônicas (artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal²¹⁷), mas o sigilo de correspondência escrita na troca de cartas, nos termos do artigo 33²¹⁸, da Lei 5.988/73²¹⁹. Esse ministro entendeu que o sigilo previsto no inciso XII, artigo 5º, da Constituição Federal, destina-se à proteção contra terceiro que venha a interceptar a gravação e, que por isso, o melhor fundamento ao caso viria do permissso previsto na Lei de Direitos Autorais. Questão salutar para este trabalho foi a admissão de ampliação da incidência da norma legal, que não se limitou às “cartas missivas”, ao revés, alcançou a transferência de informações por um meio tecnológico diverso (telefone), o que revela a necessidade de adequação do texto de lei autoral ao uso de novas tecnologias.

Como dito acima, o ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – assume papel de primazia na atuação das questões autorais perante o Supremo Tribunal Federal. Dos 81 julgados, 21 decisões tinham como parte o ECAD²²⁰. A

²¹⁷ Artigo 5º, XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

²¹⁸ Artigo 33 – As cartas missivas não podem ser publicadas sem permissão do autor, mas podem ser juntadas como documento, em autos oficiais.

²¹⁹ O referido artigo guarda referência com o atual artigo 34, da Lei 9.610/98: Artigo 34 - As cartas missivas, cuja publicação está condicionada à permissão do autor, poderão ser juntadas como documento de prova em processos administrativos e judiciais.

²²⁰ ADI 1929; ADI 2054 MC; AI 359793 AgR; ADI 2054; AI 738720 AgR; ARE 774560 AgR; ARE 945367 AgR; ARE 961537 AgR; ADI 5062; RE 1056363 AgR; ARE 1051703 AgR; ARE 740537 AgR; ARE 1108544 AgR; ARE 1174554 AgR; ADI 5800; ARE 1201809 AgR; ADI 5799; ARE 1247009 AgR; ARE 1288640 ED-AgR; ADI 6151; ARE 1397143 AgR (foram contabilizadas as medidas cautelares, que tiveram posteriormente a análise do pedido principal – ADI 2054 e ADI 3059).

verificada primazia do ECAD como parte constante nas demandas que envolvem os interesses autorais deu-se em virtude da denominada “presunção de repertório universal” em favor do ECAD. Em outras palavras, passou a haver a presunção de que o ECAD é o único legítimo representante, em território brasileiro, de todo e qualquer titular de direitos autorais e/ou conexos de execução pública” (Ferreira Rodrigues, 2021, p. 477). A legislação autoriza, entretanto, que os autores e titulares de direitos conexos venham a exercer seu direito de associação para o fim de exercício e defesa de seus direitos (até mesmo em respeito à liberdade constitucional de associação), o que significa dizer que há liberdade para que sejam criadas associações que preservem os direitos autorais. As discussões iniciais que envolviam o ECAD, ocorridas logo após a vigência da Lei 9.610/98, diziam respeito à constitucionalidade da sua própria instituição. Duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) foram propostas²²¹, porquanto os autores defendiam que a atuação do ECAD constituiria monopólio e ofenderia a plena liberdade de associação e o princípio da liberdade econômica.

A ADI 1929 foi proposta pela Confederação Nacional do Comércio. O ministro relator Ilmar Galvão, em julgamento proferido em 18 de dezembro de 1998, concluiu pela ausência de pertinência temática, pois seus representados não seriam filiados ao escritório em questão, seriam somente responsáveis pelo pagamento dos direitos autorais: “fácil é perceber o alheamento da Autora diante da circunstância de exercitar-se a exigência de tais direitos por meio de uma só entidade representativa das associações de autores interessadas ou entidades distintas, conforme a natureza da obra executada”. Tal foi seguido pelos demais pares. O Partido Social Trabalhista (PST) também propôs ADI (ADI 2.054-4). O julgamento foi relatado pelo ministro Ilmar Galvão, que concluiu pela inconstitucionalidade da norma que instituiu o ECAD, por desrespeito ao direito constitucional de liberdade de associação (tanto a positiva, quanto a negativa), o que foi acompanhado pelo ministro Marco Aurélio. Vencidos, porém. Sepúlveda Pertence votou pela constitucionalidade da norma que instituiu o ECAD, porquanto não haveria de se falar em desrespeito à liberdade de associação, pois o referido órgão seria equivalente a uma associação que desempenha um serviço público por delegação da lei, a exemplo das autarquias corporativas (Ordem dos Advogados do Brasil, por exemplo), o que não se poderia falar em desrespeito ao

²²¹ ADI 1929; ADI 2054 MC; ADI 2054.

direito de associação²²². O voto do ministro Sepúlveda Pertence foi acompanhado pelos ministros Gilmar Mendes (que confirmou o compromisso constitucional pela proteção ao direito de autor e o acerto do legislador na forma criada para proteção do direito autoral), Ellen Gracie, Nelson Jobim, Maurício Corrêa, Carlos Velloso (que reafirmou o status de direito fundamental e direito de personalidade ao direito autoral), Sidney Sanches e Moreira Alves. Estabelecida a constitucionalidade do ECAD, viu-se paulatinamente o aumento de sua participação nas demandas que envolviam interesses autorais com maiores repercussões financeira e social.

Algumas outras ADIs (ações diretas de inconstitucionalidade) foram julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, com a participação do ECAD, o objeto, entretanto, foram, em sua maioria, leis estaduais que criaram limitações ao direito de autor. A despeito do direto interesse dessas questões nesta pesquisa, viu-se que as limitações trazidas pelos Estados foram declaradas inconstitucionais por desrespeito à competência legislativa. A ADI 3.059/RS (não trouxe diretamente questão que envolve limitação direito de autor) avaliou norma estadual que previu que o uso de sistemas e equipamentos de informática seria preferencialmente aqueles livres de restrições proprietárias, sendo autorizado o uso de programas com restrições proprietárias em algumas hipóteses. A declaração de inconstitucionalidade por ofensa à competência legislativa não foi confirmada, já que seria possível a fixação, por lei estadual, da preferência apontada, sem que isso configurasse desrespeito à competência legislativa da União; verifica-se que a questão autoral era meramente indireta.

A ADI 5.800/AM julgou a lei amazonense que estabeleceu limitação ao direito autoral, em seu viés econômico, que dispensava a cobrança pelo ECAD de execução pública de obras musicais ou literomusicais e de fonogramas por associações, fundações ou instituições filantrópicas e aquelas oficialmente declaradas de utilidade pública estadual. O voto proferido pelo ministro relator Luiz Fux, seguido por unanimidade por seus pares, afirmou o direito de autor como direito integrante do Direito Civil: “ainda que disposto em legislação extravagante, porquanto corresponde,

²²² Nesse sentido, concluiu o ministro: “remetida pela Constituição à lei concretizar a forma pela qual os autores e intérpretes poderiam fiscalizar o aproveitamento econômico de suas obras, não só por si, mas também por entidades de representação sindical ou associativa, o que cabe indagar é se o legislador se manteve nas raias da autorização constitucional. Quanto a isso, parece-me evidente que sim, dado, primeiro, a permissão constitucional explícita a essa experiência, majoritária, no campo internacional, nascida da necessidade de um instrumento de “gestão coletiva” como condição de eficácia da arrecadação de direitos autorais, como tentei lembrar em meu voto”.

a um só tempo, ao direito de propriedade intelectual e a seu direito de personalidade”. Na sequência, o julgado concluiu pela inconstitucionalidade formal, ante a usurpação da competência legislativa da União, que detém a competência exclusiva para legislar sobre direito autoral. Decidiu, ainda, pela inconstitucionalidade material da mesma disposição legal, pois a isenção do direito de recebimento dos direitos autorais “alija os autores das obras musicais de seu direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução ou do reconhecimento por sua criação”. A ADI 5.799/MT, de relatoria do ministro Alexandre de Moraes, envolveu questão semelhante, em que foi avaliada uma lei estadual do Mato Grosso, que isentou a cobrança de direitos autorais, permitindo a utilização gratuita de obras pelas instituições filantrópicas, associações, fundações e entidades oficialmente declaradas de utilidade pública. A conclusão unânime foi a mesma daquela ADI citada anteriormente: foram declaradas a inconstitucionalidade formal, por usurpação da competência legislativa da União em prever normas sobre Direito Civil, e a inconstitucionalidade material, por desrespeito ao direito constitucional do autor, previsto no artigo 5º, XXII e XXVII.

A ADI 6.151/SC avaliou uma legislação catarinense que autorizava a execução, em locais abertos ao público ou em estabelecimentos fechados, de obras musicais, literomusicais mecânicas, por meio de fonogramas, videogramas e audiovisuais, e a execução musical ao vivo, desde que o evento não visasse a lucro e fosse realizado por entidades oficialmente declaradas de utilidade pública estadual ou municipal, fundações ou instituições filantrópicas e associações de cunhos recreativo, filantrópico, beneficente, assistencial, promocional ou educacional. O julgamento foi realizado em 10 de outubro de 2022 e teve como ministro relator Edson Fachin. A exemplo dos dois outros julgamentos já apresentados, o arrazoado inseriu o direito de autor como integrante do Direito Civil, para o fim de revelar a usurpação da competência legislativa da União e declarar a inconstitucionalidade material, por desrespeito ao direito constitucional ao exclusivo.

Pedro Marcos Nunes Barbosa e Karin Grau-Kuntz avaliaram a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 6.151/SC. Concordaram, em grande parte, com o percurso lógico-jurídico apresentado nas razões de voto do ministro relator Edson Fachin. Afinal, a usurpação da competência legislativa da União em legislar sobre o direito autoral, como parte integrante de Direito Civil (entendido este como um direito comum, como uma teoria geral do direito privado e como fonte supletiva das omissões das demais categorias), acabaria por “gerar um caos regulatório sob as vestes de

pseudos pluralismos”. Por outro lado, a inconstitucionalidade material foi declarada em virtude do desrespeito ao conteúdo patrimonial do direito de autor, verificado pela exploração pública autorizada sem o interesse de lucro. Nesse sentido, os autores esclarecem que o lucro poderia ser indireto, o que não foi mencionado pela norma, e que não houve qualquer consideração acerca da configuração de eventual dano injusto ao detrimento do titular. Demais disso, a limitação ao direito de autor não poderia ser justificada unicamente pela condição dos beneficiários (entidades de primeiro e terceiro setores), pois representaria a concessão banal de uma vantagem fora de qualquer contexto causal, o que seria hábil a ocasionar assimetrias e danos injustos.

Um ponto nas razões apresentadas, entretanto, chamou a atenção. O ministro Edson Fachin, ao citar a Lei 9.610/98 e as limitações ao direito de autor inseridas no artigo 46, reafirmou a incidência dos caracteres próprios dos direitos de personalidade ao direito moral do autor e definiu as hipóteses previstas no citado artigo como integrantes de um rol taxativo:

Tal matéria, por sua vez, possui legislação específica, a saber, a Lei Federal n. 9.610/98, também denominada de Lei Autoral. De acordo com tal diploma legal, aos autores são garantidos seus direitos morais e patrimoniais, os quais se referem, respectivamente, à personalidade da criação intelectual e à integralidade da obra e à sua utilização econômica.

Tamanha a importância de tais direitos que o próprio comando legal classifica o direito moral como absoluto, inalienável, impenhorável e irrenunciável, ao passo que assegura a não submissão ou limitação dos direitos patrimoniais – exceto nos casos expressamente previstos pela mencionada legislação nacional, em seu artigo 46, o qual compreende, **de maneira taxativa**, as seguintes situações. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6151/SC. Plenário, Ministro Relator Edson Fachin. Julgamento em 10 de outubro de 2022)

A conclusão foi idêntica às demais, diante da declaração da inconstitucionalidade formal e material da lei estadual. O que chama a atenção é o tratamento hermenêutico dado ao artigo 46, da Lei 9.610/98; a despeito de não se tratar do objeto direto da discussão, existem decisões contrárias a tal entendimento, o que retrata a contradição no tratamento aplicado ao assunto. A bem da verdade, o entendimento declarado como fundamento do voto do ministro Edson Fachin é contrário a uma parcela significativa da doutrina, do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

Ou seja, se o STF acertou ao tolher as ilicitudes constitucionais de uma lei claudicante como a 17.724/2019-SC, este fundamento de *obiter dicta* da

pseuda-taxatividade do rol exemplificativo das liberdades, em verdade, geraria uma tutela hipertrofiada e inconstitucional dos direitos autorais. Acaso o parágrafo criticado do voto prevalecesse como *ratio decidendi*, seria difícil que a lei 9.610/98 fosse compatível com outros direitos fundamentais/sociais sensíveis, tais como o direito à educação (art. 206 da CRFB), livre informação (art. 5º, XIV da CRFB) e cultura (art. 215 da CRFB). Logo, para evitar respostas maniqueístas²⁴ a um erro legislativo, a melhor maneira de se prestigiar a boa coisa julgada da ADI 6.151 é ventilá-la como um progresso conglobante no qual se deu dois passos para a frente, mas um passo para trás. (Barbosa; Grau-Kuntz, 2022, n.p.)

O tratamento conferido à aplicação hermenêutica das limitações não mais se coaduna a uma visão restritiva que impeça o avanço tecnológico e o social. Por certo, já se viu que o mero uso da analogia ou de uma interpretação extensiva aos dispositivos legais que tratam das limitações ao direito de autor não seria capaz de resolver as dificuldades e omissões com que se depara atualmente, mas também é certo que o entendimento específico tratado pelo ministro destoou e representou uma posição que merece ser superada.

As ADIs 1.945/MT e 5.659/MG, julgadas 20 de maio de 2021, inauguraram uma nova abordagem ao direito de autor²²³. A discussão central, longe do objeto de pesquisa desta tese, envolveu a incidência tributária do ICMS ou ISS sobre o *software*. Ao que parece, a discussão tributária sobre as novas tecnologias que envolvem o direito de autor está longe de arrefecer. Não por acaso, seguiram-se dois outros julgamentos sobre questões afins, o RE 688223 e o ARE 1362217 AgR.

A ADI 5.062/DF²²⁴ teve julgamento conjunto com a ADI 5.065²²⁵, pois versam sobre o mesmo tema, qual seja, a avaliação da constitucionalidade das alterações trazidas à Lei 9.610/98 pela Lei 12.853/2013. A referida lei alterou as funções e

²²³ Antes, porém, havia um julgado sobre a incidência do ISS sobre a locação de filmes, cujo argumento pela incidência do referido imposto seria o fato de que a locação caracterizaria a cessão temporária de direitos autorais, o que não foi confirmado. ARE 849027 AgR, julgamento em 21 de maio de 2015.

²²⁴ Na ADI 5062 os requerentes foram (i) ABRAMUS (Associação Brasileira de Música e Artes), (ii) AMARSOMBRÁS (Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes/Sociedade Musical Brasileira), (iii) ASSIM (Associação de Intérpretes de Músicos), (iv) SBACEM (Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música), (v) SICAM (Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais), (vi) SOCINPRO (Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais), (vi) ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição). Os dispositivos impugnados foram os art. 5º, 68, 97, 98, 98-A, 98-B, 98-C, 99, 99-A, 99-B, 100, 100-A, 100-B e 109-A da Lei nº 9.610/1998 com as alterações promovidas pela Lei nº 12.853/2013, bem como os art. 4º, 5º, 6º, 7º e 8º da própria Lei nº 12.853/2013.

²²⁵ Na ADI 5065, o requerente foi a UBC (União Brasileira de Compositores). Os dispositivos impugnados foram os art. 5º; 68, §6º; 97, §§ 1º, 5º, 6º; 98, §§ 1º, 3º, 4º, 6º, 7º, 8º, 13, 14, 16; 99, §§ 1º, 4º, 8º, 9º; 98-A, III, §§ 1º, 2º, 3º; 98-C, §2º; 99-A, § único; 99-B; 100-A; e 100-B da Lei nº 9.610/1998 com as alterações promovidas pela Lei nº 12.853/2013.

organização do ECAD, conforme lição de Pedro Augusto Pereira Francisco e Mariana Giorgette Valente:

O PLS 129 tornou-se a Lei 12.853 no dia 14 de agosto de 2013, pautando-se nos princípios de transparência, eficiência e isonomia, que devem estar presentes nas atividades de cobrança pela utilização de qualquer obra ou fonograma, por parte das associações de gestão coletiva e do ECAD. A lei ainda declara que a atividade de gestão coletiva é atividade de interesse público, devendo assim atender à sua função social.

Ao contrário do que havia sido proposto na CPI do ECAD, a lei não consistia em um novo diploma autônomo, mas sim uma modificação dos arts. 68, 97, 98 e 100 – que tratam da gestão coletiva – da Lei de Direitos Autorais, bem como adicionava oito novos artigos. (Francisco; Valente, 2016, p. 259)

Como resposta a inúmeras denúncias dirigidas ao Escritório Central de Administração e Distribuição – ECAD –, foi aberta uma Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI – no Senado Federal. O relatório final concluiu pela importância social do órgão, também, todavia, pela necessidade de que fosse realizada uma remodelação completa na forma de gestão dos recursos advindos da exploração autoral. O relatório propôs que as mudanças deveriam ser orientadas para que a gestão coletiva viesse a ser organizada sob a transparência, eficiência, modernização, regulação e fiscalização²²⁶. Como resposta a essa necessidade, foi publicada a Lei 12.853/2013. A referida lei imprimiu um viés público ao ECAD e às associações de gestão coletiva²²⁷, que passaram a ser declarados como de interesse público e responsáveis por atender à sua função social (artigo 97, parágrafo 1º, da Lei 9.610/98). O ministro relator Luiz Fux apresentou voto profundo e amplamente lastreado por fundamentos históricos e sociais, capazes de justificar a função da gestão coletiva²²⁸, bem como os contornos na formação do sistema brasileiro e as

²²⁶ Brasil. Senado Federal. CPI do ECAD: Relatório Final, p. 371.

²²⁷ O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição é administrado por sete associações de gestão coletiva (ABRAMUS (Associação Brasileira de Música e Artes), (ii) AMARSOMBRÁS (Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes / Sociedade Musical Brasileira), (iii) ASSIM (Associação de Intérpretes de Músicos), (iv) SBACEM (Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música), (v) SICAM (Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais), (vi) SOCINPRO (Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais; (vii) UBC (União Brasileira de Compositores)), que, possuem, dentre outras funções, a de repassar os valores arrecadados aos titulares de direitos autorais.

²²⁸ Apresenta em seu voto as vantagens do sistema de gestão coletiva: “Em linhas gerais, compreende-se por gestão coletiva de direitos autorais o exercício e a defesa das prerrogativas legais inerentes à criação intelectual através de associações formadas por titulares desses direitos. Esse modelo de gestão reduz as dificuldades operacionais geradas tanto pela cotitularidade das obras quanto pelos custos de monitoramento da sua execução. Ao reunir autores, torna-se mais simples a identificação e a negociação do licenciamento dos direitos. Ao mesmo tempo, viabiliza-se que uma mesma estrutura de fiscalização e cobrança seja utilizada por diferentes titulares, diluindo os custos de manutenção pela presença de economias de escala (HANDKE, Christian. Collective administration. Handbook of the

distorções da gestão do mercado autoral²²⁹. Com as premissas devidamente estabelecidas, o ministro relator passou a avaliar especificamente cada uma das impugnações trazidas. Agrupa-se a avaliação dos artigos 68, parágrafos 6º e 8º; artigo 98-B, incisos, I, II e VI, e parágrafo único e do artigo 109-A²³⁰. A discussão girou em torno do suposto desrespeito à privacidade e aos princípios gerais da atividade econômica (artigo 170, da Constituição Federal). Entendeu, assim, o ministro relator que, a despeito da difícil tarefa de conciliar os interesses colidentes, os artigos cumpriam a função precípua de transparência e publicidade à gestão coletiva, não havendo de se falar em ofensa aos princípios apontados; “no sopesamento dos bens em jogo, o alegado sacrifício à intimidade dos autores encontra-se devidamente compensado pelos benefícios decorrentes da transparência da gestão coletiva” (p. 32).

Economics of Copyright. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Inc., 2014, pp. 179-206). Por esse ângulo, a gestão coletiva tende a aperfeiçoar o mercado na direção socialmente eficiente” (p. 10).

²²⁹ A conjuntura como pano de fundo para a edição da Lei 12.853/2013 era a comprovação de abuso do poder dominante pelo ECAD e pelas associações gestoras, segundo conclusões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE): “O julgamento do CADE é relevante ao evidenciar, no plano empírico, aquilo que, no plano teórico, já era esperado: apesar de não haver monopólio legal em favor das associações de titulares de direitos autorais, o qual se restringe ao ECAD, a sistemática da gestão coletiva, ao induzir a precificação conjunta das obras, faz florescer significativo poder de mercado, uma vez que as decisões de preço tendem a ser tomadas em acordo entre as associações” (p. 19).

²³⁰ Artigo 68 (...) § 6º O usuário entregará à entidade responsável pela arrecadação dos direitos relativos à execução ou exibição pública, imediatamente após o ato de comunicação ao público, relação completa das obras e fonogramas utilizados, e a tornará pública e de livre acesso, juntamente com os valores pagos, em seu sítio eletrônico ou, em não havendo este, no local da comunicação e em sua sede.

§ 8º Para as empresas mencionadas no § 7º, o prazo para cumprimento do disposto no § 6º será até o décimo dia útil de cada mês, relativamente à relação completa das obras e fonogramas utilizados no mês anterior.” (NR)

Art. 98-B. As associações de gestão coletiva de direitos autorais, no desempenho de suas funções, deverão:

I - dar publicidade e transparência, por meio de sítios eletrônicos próprios, às formas de cálculo e critérios de cobrança, discriminando, dentre outras informações, o tipo de usuário, tempo e lugar de utilização, bem como os critérios de distribuição dos valores dos direitos autorais arrecadados, incluídas as planilhas e demais registros de utilização das obras e fonogramas fornecidas pelos usuários, excetuando os valores distribuídos aos titulares individualmente;
II - dar publicidade e transparência, por meio de sítios eletrônicos próprios, aos estatutos, aos regulamentos de arrecadação e distribuição, às atas de suas reuniões deliberativas e aos cadastros das obras e titulares que representam, bem como ao montante arrecadado e distribuído e aos créditos eventualmente arrecadados e não distribuídos, sua origem e o motivo da sua retenção; (...) IV - oferecer aos titulares de direitos os meios técnicos para que possam acessar o balanço dos seus créditos da forma mais eficiente dentro do estado da técnica; (...)

Parágrafo único. As informações contidas nos incisos I e II devem ser atualizadas periodicamente, em intervalo nunca superior a 6 (seis) meses.

Art. 109-A. A falta de prestação ou a prestação de informações falsas no cumprimento do disposto no § 6º do art. 68 e no § 9º do art. 98 sujeitará os responsáveis, por determinação da autoridade competente e nos termos do regulamento desta Lei, a multa de 10 (dez) a 30% (trinta por cento) do valor que deveria ser originariamente pago, sem prejuízo das perdas e danos.

Contra a declaração prevista no artigo 97, parágrafo 1º, no sentido de que as associações de titulares de direitos autorais exercem atividade de interesse público e devem atender à sua função social, foi pleiteada a declaração de inconstitucionalidade por ofensa aos artigos 1º e 5º, incisos XXII, XXVII, XXVIII, e 170 da Constituição Federal. Em resposta, o voto não acolheu o pedido, porquanto reafirmou a importância das associações de gestão coletiva de direitos autorais e a necessidade de que, de fato, cumpram sua função social (“a *importância social* dessa função ao permitir a existência do mercado e, *a fortiori*, o aumento de bem-estar de autores e usuários, bem como incremento da oferta e do consumo de cultura) revela a natureza transindividual de tais associações, a justificar o interesse público na sua existência e no seu adequado funcionamento” (p. 74).

O pedido de declaração de inconstitucionalidade das disposições do artigo 5º, inciso XIV, do artigo 97, parágrafos 5º e 6º, do artigo 98, parágrafos 13 e 14, do artigo 99, parágrafo 1º e do artigo 99-A²³¹, parágrafo único, tinha o objetivo de afastar a restrição quanto à participação, nos órgãos de gestão coletiva, daqueles titulares de direitos autorais ou conexos que não fossem considerados titulares originários. Para tanto, a alegação foi que os referidos dispositivos legais contrariam a liberdade de associação (artigo 5º, incisos XVII, XVIII e XIX), a garantia de transmissibilidade dos

²³¹ Artigo 97 (...) § 5º Apenas os titulares originários de direitos de autor ou de direitos conexos filiados diretamente às associações nacionais poderão votar ou ser votados nas associações reguladas por este artigo. (...)

§ 6º o Apenas os titulares originários de direitos de autor ou de direitos conexos, nacionais ou estrangeiros domiciliados no Brasil, filiados diretamente às associações nacionais poderão assumir cargos de direção nas associações reguladas por este artigo.” (NR)

Art. 98. Com o ato de filiação, as associações de que trata o art. 97 tornam-se mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para o exercício da atividade de cobrança desses direitos. (...)

§ 13. Os dirigentes das associações serão eleitos para mandato de 3 (três) anos, permitida uma única recondução precedida de nova eleição.

§ 14. Os dirigentes das associações atuarão diretamente em sua gestão, por meio de voto pessoal, sendo vedado que atuem representados por terceiros.

Artigo 99. A arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras musicais e literomusicais e de fonogramas será feita por meio das associações de gestão coletiva criadas para este fim por seus titulares, as quais deverão unificar a cobrança em um único escritório central para arrecadação e distribuição, que funcionará como ente arrecadador com personalidade jurídica própria e observará os §§ 1º a 12 do art. 98 e os arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-B, 100, 100-A e 100-B.

§ 1º O ente arrecadador organizado na forma prevista no caput não terá finalidade de lucro e será dirigido e administrado por meio do voto unitário de cada associação que o integra.

Art. 99-A. O ente arrecadador de que trata o caput do art. 99 deverá admitir em seus quadros, além das associações que o constituíram, as associações de titulares de direitos autorais que tenham pertinência com sua área de atuação e estejam habilitadas em órgão da Administração Pública Federal na forma do art. 98-A.

Parágrafo único. As deliberações quanto aos critérios de distribuição dos recursos arrecadados serão tomadas por meio do voto unitário de cada associação que integre o ente arrecadador.”

direitos autorais (artigo 5º, inciso XXVII), o princípio da isonomia (artigo 5º, *caput*) e a propriedade privada como princípio geral da ordem pública (artigo 5º, inciso XXII, e artigo 170, inciso II). A decisão rejeitou o pedido de declaração de inconstitucionalidade, porquanto i) não haveria de se falar em desrespeito ao artigo 5º, inciso XXVIII, b, pois não existe previsão constitucional sobre a participação de titulares derivados na gestão coletiva de direitos autorais; ii) as regras impugnadas não impactam os direitos patrimoniais dos titulares de direitos derivados; iii) se a função da gestão coletiva é incentivar a criação intelectual, e sendo os titulares originários aqueles que desempenham a função criativa, seria razoável conferir maior capacidade decisória a eles, especialmente pelo fato de que as gravadoras e editoras multinacionais, ao possuírem catálogos de grande números de autores, ter-se-haveria a um total desvirtuamento do poder decisório; iv) em virtude do caráter público das associações de gestão coletiva, as regras impugnadas não seriam contrárias à liberdade associativa.

O pedido de declaração de inconstitucionalidade em virtude da necessidade de que as associações preexistente realizem prévia habilitação em órgão público federal (artigo 98, parágrafo 1º, artigo 98-A, artigos 4º, 5º, 6º, 7º, e 8º, da Lei 12.853/2013), sob o argumento de desrespeito à liberdade de associação, ao princípio da proporcionalidade, ao direito adquirido e ao jurídico perfeito, também restou rejeitada, segundo o voto do ministro relator, porquanto a fiscalização constitui consequência lógica de qualquer atribuição pública a ser realizada, também que o entendimento consolidado não assegura a manutenção de um mesmo regime jurídico, não havendo, portanto, ofensa ao ato jurídico perfeito.

Quanto à possibilidade de que seja criada mais de uma forma de arrecadação de direitos autorais (com o direito de os titulares arrecadarem pessoalmente seus direitos) (artigo 98, parágrafos 3º, 4º, 10, 11 e 15²³²) bem como a determinação de

²³² Artigo 98. (...) § 3º Caberá às associações, no interesse dos seus associados, estabelecer os preços pela utilização de seus repertórios, considerando a razoabilidade, a boa-fé e os usos do local de utilização das obras.

§ 4º A cobrança será sempre proporcional ao grau de utilização das obras e fonogramas pelos usuários, considerando a importância da execução pública no exercício de suas atividades, e as particularidades de cada segmento, conforme disposto no regulamento desta Lei. (...)

§ 10. Os créditos e valores não identificados deverão permanecer retidos e à disposição dos titulares pelo período de 5 (cinco) anos, devendo ser distribuídos à medida da sua identificação.

§ 11. Findo o período de 5 (cinco) anos previsto no § 10 sem que tenha ocorrido a identificação dos créditos e valores retidos, estes serão distribuídos aos titulares de direitos de autor e de direitos conexos dentro da mesma rubrica em que foram arrecadados e na proporção de suas respectivas

manutenção de um cadastro atualizado de dados relativos aos direitos autorais, assegurando, ao Ministério da Cultura, acesso contínuo e integral (artigo 98, parágrafos 6º, 7º e 8º²³³), segundo voto proferido, não trariam qualquer violação à propriedade, à privacidade e ao princípio da proporcionalidade. Mostrou-se imperiosa a necessidade de que gestão coletiva de direito autoral viesse a ser transparente, de modo que os usuários (titulares de direitos) tivessem conhecimento acerca das participações individuais nas obras.

As regras que fixaram critérios para a definição do valor da taxa de administração praticada pelas associações, bem como para distribuição dos valores arrecadados aos autores, e que limitou o poder de os associados definirem acerca da utilização dos recursos (artigo 98, parágrafos 12 e 16; artigo 99, parágrafos 4º, 8º e 9º²³⁴), também foi objeto de impugnação, sob o argumento de desrespeito à liberdade de associação, ao direito de propriedade e à livre iniciativa. Mais uma vez o pedido de

arrecadações durante o período da retenção daqueles créditos e valores, sendo vedada a sua destinação para outro fim. (...)

§ 15. Os titulares de direitos autorais poderão praticar pessoalmente os atos referidos no caput e no § 3o deste artigo, mediante comunicação à associação a que estiverem filiados, com até 48 (quarenta e oito) horas de antecedência da sua prática.

²³³ Artigo 98. (...) § 6º As associações deverão manter um cadastro centralizado de todos os contratos, declarações ou documentos de qualquer natureza que comprovem a autoria e a titularidade das obras e dos fonogramas, bem como as participações individuais em cada obra e em cada fonograma, prevenindo o falseamento de dados e fraudes e promovendo a desambiguação de títulos similares de obras.

§ 7º As informações mencionadas no § 6º são de interesse público e o acesso a elas deverá ser disponibilizado por meio eletrônico a qualquer interessado, de forma gratuita, permitindo-se ainda ao Ministério da Cultura o acesso contínuo e integral a tais informações.

§ 8º Mediante comunicação do interessado e preservada a ampla defesa e o direito ao contraditório, o Ministério da Cultura poderá, no caso de inconsistência nas informações mencionadas no § 6º deste artigo, determinar sua retificação e demais medidas necessárias à sua regularização, conforme disposto em regulamento.

²³⁴ Artigo 98 (...) § 12. A taxa de administração praticada pelas associações no exercício da cobrança e distribuição de direitos autorais deverá ser proporcional ao custo efetivo de suas operações, considerando as peculiaridades de cada uma delas. (...)

§ 16. As associações, por decisão do seu órgão máximo de deliberação e conforme previsto em seus estatutos, poderão destinar até 20% (vinte por cento) da totalidade ou de parte dos recursos oriundos de suas atividades para ações de natureza cultural e social que beneficiem seus associados de forma coletiva." (NR)

Artigo 99 (...) § 4º A parcela destinada à distribuição aos autores e demais titulares de direitos não poderá, em um ano da data de publicação desta Lei, ser inferior a 77,5% (setenta e sete inteiros e cinco décimos por cento) dos valores arrecadados, aumentando-se tal parcela à razão de 2,5% a.a. (dois inteiros e cinco décimos por cento ao ano), até que, em 4 (quatro) anos da data de publicação desta Lei, ela não seja inferior a 85% (oitenta e cinco por cento) dos valores arrecadados. (...)

§ 8º Sem prejuízo do disposto no § 3º do art. 98, as associações devem estabelecer e unificar o preço de seus repertórios junto ao ente arrecadador para a sua cobrança, atuando este como mandatário das associações que o integram.

§ 9º O ente arrecadador cobrará do usuário de forma unificada, e se encarregará da devida distribuição da arrecadação às associações, observado o disposto nesta Lei, especialmente os critérios estabelecidos nos §§ 3º e 4º do art. 98." (NR)

declaração de inconstitucionalidade não foi aceito, porquanto foi repisada a necessidade de intervenção no setor, já a estrutura econômica desse setor se aproxima de um monopólio natural. O artigo 99, parágrafo 7º²³⁵ determina que a associação que perder a habilitação deverá transferir todas as informações necessárias ao processo de arrecadação e distribuição de direitos, e, diante do aspecto instrumental que as associações possuem, o pedido foi rejeitado. A mesma sorte foi o pedido de inconstitucionalidade do artigo 98-C e do artigo 100-B²³⁶, que determinava a obrigação de as associações de gestão coletivas prestarem contas dos valores recebidos aos associados, que poderiam provocar o Ministério da Cultura, caso a obrigação não fosse cumprida. Por derradeiro, também foi rejeitada a declaração de inconstitucionalidade do artigo 99-A²³⁷, que autorizava um órgão da Administração Pública Federal a tornar obrigatória a admissão de associados no ECAD, o que foi rejeitado em virtude do monopólio de arrecadação e da distribuição de direitos relativos à execução pública de obras intelectuais.

Talvez se possa indagar a razão para que fosse avaliado cada um dos pedidos de inconstitucionalidade das ADIs 5.062 e 5.065, já que não dizem respeito diretamente às limitações ao direito de autor. Entende-se que o brilhante voto proferido pelo ministro relator Luiz Fux trouxe reflexões relevantes à compreensão do atual estágio do direito autoral, especialmente no que toca à sua gestão. O tratamento

²³⁵ Artigo 99 (...) § 7º Cabe ao ente arrecadador e às associações de gestão coletiva zelar pela continuidade da arrecadação e, no caso de perda da habilitação por alguma associação, cabe a ela cooperar para que a transição entre associações seja realizada sem qualquer prejuízo aos titulares, transferindo-se todas as informações necessárias ao processo de arrecadação e distribuição de direitos.

²³⁶ Artigo 98-C. As associações de gestão coletiva de direitos autorais deverão prestar contas dos valores devidos, em caráter regular e de modo direto, aos seus associados.

§ 1º O direito à prestação de contas poderá ser exercido diretamente pelo associado.

§ 2º Se as contas não forem prestadas na forma do § 1º, o pedido do associado poderá ser encaminhado ao Ministério da Cultura que, após sua apreciação, poderá determinar a prestação de contas pela associação, na forma do regulamento.

Artigo 100-B. Os litígios entre usuários e titulares de direitos autorais ou seus mandatários, em relação à falta de pagamento, aos critérios de cobrança, às formas de oferecimento de repertório e aos valores de arrecadação, e entre titulares e suas associações, em relação aos valores e critérios de distribuição, poderão ser objeto da atuação de órgão da Administração Pública Federal para a resolução de conflitos por meio de mediação ou arbitragem, na forma do regulamento, sem prejuízo da apreciação pelo Poder Judiciário e pelos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, quando cabível.

²³⁷ Artigo 99-A. O ente arrecadador de que trata o caput do art. 99 deverá admitir em seus quadros, além das associações que o constituíram, as associações de titulares de direitos autorais que tenham pertinência com sua área de atuação e estejam habilitadas em órgão da Administração Pública Federal na forma do art. 98-A.

Parágrafo único. As deliberações quanto aos critérios de distribuição dos recursos arrecadados serão tomadas por meio do voto unitário de cada associação que integre o ente arrecadador.

dispensado pela Lei 12.853/2013 e o julgamento que a confirmou trouxeram uma incipiente mudança na forma de se enxergar o direito autoral, e é justamente isso que merece destaque. Viu-se que o direito de autor pouco serviu verdadeiramente ao autor, porquanto os interesses econômicos sempre sobrepujaram os interesses daqueles responsáveis pela criação. A Lei 12.853/2013 e o julgamento das ADIs, entretanto, demonstraram uma profícua tentativa de equalizar os interesses, ao conferirem uma série de prerrogativas destinadas efetivamente ao autor (tido, segundo a lei, como titular originário). A questão, para esta tese, mais emblemática traduziu-se na elegibilidade nas associações nacionais de gestão, cujo direito de votar e de ser votado foi destinado exclusivamente ao titular do direito de autor ou de direitos conexos, excluídos os editores e sucessores. A propósito,

Podemos dizer, contudo, que a mudança mais simbólica e significativa trazida pela lei são as novas regras de votação nas assembleias das associações e do ECAD. No caso das primeiras, apenas titulares originários de direitos autorais e conexos – compositores, arranjadores, versionistas, intérpretes, músicos acompanhantes e produtores fonográficos – poderão votar e ser votados. Editores e sucessores de artistas ficam impossibilitados.

Já no caso das assembleias do ECAD, extingue-se o voto proporcional à arrecadação de cada associação – bem como a divisão entre associações administradas e efetivas. A lei estabelece que as votações no ECAD devam ser regidas pelo voto unitário de cada associação membro.

É interessante notar que, apesar do reconhecimento do direito autoral como bem de mercado, a lei compreende que obras musicais não se restringem ao seu valor econômico. Os titulares originários estão subjetivamente vinculados às suas criações e por isso passam a ser percebidos como os maiores interessados na gestão coletiva. (Francisco; Valente, 2016, p. 260)

Essa tentativa de correção de rota, ao menos, retrata uma constatada realidade, a de que há uma força que dirige a proteção autoral e volta-se à proteção de interesses de grupos maiores. Não por acaso, veja-se que todas as associações que integram o Escritório Central de Administração e Distribuição (ECAD) integram o polo ativo das ADIs, a despeito de a norma impugnada, em grande parte, defender os interesses dos titulares originários. Há certa estranheza no fato de o ECAD e de as associações estarem em lado oposto ao autor, pois os referidos órgãos somente foram criados justamente para que fossem protegidos, primeiramente, o interesse dos autores e, de forma difusa, os interesses que envolvem o acesso e a difusão do conhecimento, da cultura e da educação. Portanto, dessa postura das associações coletivas extrai-se, inclusive, certa crise de legitimidade, já que as próprias associações de gestão coletiva preocuparam-se muito mais com seus exclusivos interesses do que com os benefícios social, coletivo e do autor nas alterações trazidas

pela lei. Paris (2002) já advertiu sobre a posição dos órgãos de gestão coletiva de direito autoral, por contemplarem uma complexidade de interesses muitas vezes contraditórios entre si; mesmo em um cenário mais estruturado, como na França (e bem diferente daquele verificado no Brasil), é possível se notar esse papel antagônico das associações coletivas:

Uma primeira abordagem ao mundo da gestão coletiva deixou-nos a impressão de uma paisagem bastante estruturada, com fronteiras que parecem naturais por serem tão estáveis. E, no entanto, esta paisagem é o lugar de todos os confrontos: desde simples discórdias até batalhas sangrentas. Entre as pessoas consultadas, muitas acabaram por levantar o véu sobre o campo de batalha em que atuavam: “Há de facto rivalidades enormes, ataques fortíssimos, batalhas terríveis entre sociedades de autores”, “é um conflito até à morte”, “são histórias de muito dinheiro, [...] é muito sórdido. [...] A gente continua puxando um ao outro no caminho. Não existem apenas coisas bonitas no copyright”, “é a selva. Numa altura em que a gestão coletiva está sob ataque, devíamos estar todos juntos, estou um pouco desiludido...”. A cobrança de direitos de autor, assim que sai de situações rotineiras, envolve uma negociação que por vezes se transforma em conflito. O sistema, por mais bem regulamentado que seja, não se adapta facilmente às novas situações, como se fosse guiado apenas por um princípio fundamental: conceder uma remuneração justa aos autores. Além dos conflitos em situações duplicadas, ocorrem outros conflitos: guerras frias entre empresas que não competem diretamente e guerras civis entre a empresa e os seus beneficiários. Esses diferentes conflitos revelam o peso da lógica gerencial no funcionamento do sistema. (Paris, 2002, p. 142, tradução nossa)²³⁸

Dito isso, veja-se que a análise da Lei 12.853/2013 e dos julgados das ADIs 5.062 e 5.065, muito embora não fosse relacionada diretamente aos limites ao direito de autor, constitui parte integrante da pesquisa, quando se expôs a origem, desenvolvimento e reais interesses que dirigiram e ainda dirigem a conformação do direito autoral, elementos que se consideram indispensáveis para a compreensão do tratamento dispensado aos limites autorais. Por certo, a edição da Lei 12.583/2013 e

²³⁸ No original: *Une première approche du monde de la gestion collective nous a laissé l'impression d'un paysage assez structuré, aux frontières qui paraissent naturelles tant elles sont stables. Et pourtant, ce paysage est le lieu de tous les affrontements : des simples discordes aux batailles sanglantes. Parmi les personnes consultées, nombreuses sont celles qui ont fini par lever le voile sur le champ de bataille sur lequel elles évoluaient : « Il y a en fait des rivalités énormes, des attaques très fortes, des batailles épouvantables entre sociétés d'auteurs », « c'est un conflit à mort », « c'est des histoires de gros sous, [...] c'est très sordide. [...] On n'arrête pas de se tirer dans les pattes. Il n'y a pas que des belles choses dans le droit d'auteur », « c'est la jungle. Au moment où la gestion collective est attaquée, on devrait être tous ensemble, je suis un peu déçu... ». La perception des droits pour les auteurs, dès qu'elle sort des situations routinières, implique une négociation qui tourne parfois au conflit. Le système, pour bien réglé qu'il soit, ne s'adapte pas sans heurts aux situations nouvelles comme s'il n'était guidé que par un principe fondamental: octroyer une juste rémunération aux auteurs. En plus des conflits dans les situations de doublons, d'autres conflits se produisent : guerres froides entre sociétés non directement concurrentes et guerres civiles entre la société et ses ayants droit. Ces différents conflits sont révélateurs du poids de la logique gestionnaire dans le fonctionnement du système*

o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal foram cercados de uma conjuntura social que clamava por alterações acerca da forma de tratamento da gestão coletiva autoral, o que tornou mais factível a inserção de regras contrárias a interesses historicamente dominantes.

Houve até quem utilizasse a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) para sucedâneo recursal, a fim de discutir o uso indevido de imagem e de obras protegidas por direito autoral em campanha política, o que foi afastado dado o nítido caráter subsidiário do instrumento processual (ADPF 963).

Foi encontrado um único resultado de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 10), que foi julgada conjuntamente com a ADO 11. O objeto das ações foi a declaração da omissão legislativa quanto ao direito de resposta (artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal); regras de programação das emissoras de rádio e televisão (artigo 220, parágrafo 3º, inciso II; e artigo 221, incisos I a IV, da Constituição Federal); regras que impedissem a proibição de monopólio e oligopólio nos meios de comunicação social (artigo 220, parágrafo 5º, da Constituição Federal). O mérito acabou não sendo julgado por perda do objeto, porquanto o sistema de classificação indicativa foi inserido como forma de proteção à família contra as programações de rádio e televisão, bem como viu-se a edição da Lei 12.529/2011, que tratou sobre o monopólio e oligopólio. Quanto ao direito de resposta, reafirmou-se a desnecessidade de previsão infraconstitucional, dado o caráter autoaplicável do respectivo direito fundamental.

O julgamento que mais se adequa ao objeto desta pesquisa curiosamente foi o mais antigo. Refere-se aqui ao Recurso Extraordinário 113505, de relatoria do ministro Moreira Alves, julgado pela Primeira Turma em 28 de fevereiro de 1989. A ação foi movida pela TV Globo Ltda. contra a TV Studios Rio de Janeiro Ltda., pelo uso de numerosos trechos da programação da autora, durante a transmissão do programa da ré, denominado “Troféu Imprensa”, transmitido no dia 10 de janeiro de 1982. Destaca-se que o fato de a norma aplicável ser a revogada Lei 5.988/73 pouco prejudica as considerações sobre o julgado. A decisão proferida pela primeira instância rejeitou o pedido da autora, sob o argumento de que o exercício do direito de citação fora realizado de forma razoável, na medida justificada pela finalidade a ser atingida. Contra a sentença foi interposta apelação, julgada pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que manteve, por maioria de votos, a decisão. Pelo autor apelante, foram ofertados embargos de declaração, que também foram

rejeitados, sob o argumento de que o costume autorizaria a prática discutida (até pelo fato de o programa já ter sido apresentado pela autora, ora embargante), de que toda obra seria passível de citação, de que o texto legal não impediria uma interpretação extensiva, o que autorizaria a prática da embargada. Com efeito, foi interposto Recurso Extraordinário, ao qual foi negado seguimento, sendo provido, entretanto, o agravo.

No julgamento do Recurso Extraordinário, o ministro relator, após a citação doutrinária de vários autores, admitiu que a aplicação do inciso III, do artigo 49, da Lei 5.988/73²³⁹, poderia abranger não somente jornais, revistas escritas, mas também os programas informativos, ilustrativos ou críticos do rádio e da televisão:

No caso, essa interpretação extensiva tanto mais se justifica quanto é certo que o inciso III do artigo 49 da Lei 5988/73 é reprodução quase literal do inciso V do artigo 666 do Código Civil, redigido este numa época em que não havia organismos de radiodifusão, e que, na atualidade, não tem sentido que o que é lícito, em matéria de citação para a imprensa escrita, não o seja para a falada ou televisionada. A mesma justificativa que existe para o direito de citação na obra (informativa ou crítica) publicada em jornais ou revistas de feição gráfica se aplica, evidentemente, aos programas informativos, ilustrativos ou críticos do rádio e da televisão.

Ao fim, por unanimidade, o Recurso Extraordinário não foi conhecido por ausência de negativa de vigência de lei²⁴⁰. A compreensão sobre a incidência do princípio da isonomia quanto ao tratamento conferido à imprensa escrita e à falada serviu como guia para a conclusão sobre a possibilidade do manejo de uma interpretação extensiva quanto à limitação ao direito de autor e ao exercício do direito de citação. Por certo, a incidência precisa desse entendimento sobre a legislação

²³⁹ Art. 49. Não constitui ofensa aos direitos do autor: (...) III - A citação, em livros, jornais ou revistas, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica;

²⁴⁰ Recurso Extraordinário n. 113.505-1, Rio de Janeiro, Primeira Turma, Julgamento 28.02.89; Recorrente TV Globo Ltda; Recorrido TV Studios Rio de Janeiro Ltda. EMENTA: Direito autoral. Fixação, em vídeo-cassete e, depois, em vídeo-tape, por uma empresa de televisão, de programas de outra, para posterior utilização de pequenos trechos dessa fixação a título de ilustração em programa de crítica para premiação.

- falta de prequestionamento da questão concernente à necessidade de autorização da emissora quanto à fixação de seu programa por outra.

- Tendo em vista a natureza do direito de autor, a interpretação extensiva da exceção em que se traduz o direito de citação é admitida pela doutrina. Essa admissão tanto mais se justifica quanto é certo que o inciso III do artigo 49 da Lei 5988/73 é reprodução quase literal do inciso V do artigo 666 do Código Civil, redigido este numa época em que não havia organismos de radiodifusão, e que, na atualidade, não tem sentido que o que é lícito, em matéria de citação para a imprensa escrita, não o seja para a falada ou televisionada. A mesma justificativa que existe para o direito de citação na obra (informativa ou crítica) publicada em jornais ou revistas de feição gráfica se aplica, evidentemente, aos programas informativos, ilustrativos ou críticos do rádio e da televisão.

Recurso extraordinário não conhecido.

atual, que trata do direito de citação, não se mostra mais necessária, já que a redação atual do artigo 46, inciso III, da Lei 9.610/98²⁴¹, menciona expressamente a possibilidade de citação “em qualquer outro meio de comunicação”. A decisão, todavia, abriria possibilidade a outras situações não previstas na legislação atual. Estranhamente, porém, como visto anteriormente, o voto proferido pelo ministro Edson Fachin, na ADI 6.151/SC, retrocedeu ao entendimento firmado no julgado há pouco avaliado. A omissão à análise de mérito, aliada a tais posicionamentos contraditórios nas poucas oportunidades em que há avaliação de mérito sobre o direito autoral e seus limites, acaba por contribuir para um cenário de insegurança e controvérsia.

Grande número de decisões deixou de ter o mérito apreciado em virtude da incidência da Súmula 279 (“para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”), da Súmula 282 (“é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”) e da Súmula 356 (“o ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”). Outro argumento utilizado foi também a ofensa reflexa ou indireta à Constituição Federal como não suscetível de recebimento do Recurso Extraordinário²⁴². Este último argumento, muito embora tenha sido afetado ao Tema 1.155 (caso ARE 1325815), acabou não sendo avaliado pelo pleno, por decisão do presidente ministro Luiz Fux, que deixaria a presidência e não teria tempo hábil para dar os devidos encaminhamentos e discussões sobre o tema²⁴³. Entretanto, o

²⁴¹ Artigo 46 Não constituem ofensa aos direitos autorais: III – a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra.

²⁴² AI 137422 AgR; RE 119013 AgR; AI 786434 AgR; AI 635789 AgR; AI 813149 AgR; AI 738720 AgR; AI 857526 AgR; HC 118265; HC 120994; HC 121355; HC 117542; HC 125345; ARE 774560 AgR; ARE 874940 AgR; RHC 125391 AgR; ARE 893915 AgR; ARE 911206 AgR; ARE 945367 AgR; ARE 961537 AgR; RE 1056363 AgR; ARE 1051703 AgR; ARE 740537 AgR; ARE 1108544 AgR; ARE 1174554 AgR; ARE 1186552 AgR; ARE 1201809 AgR; ARE 1247009 AgR; ARE 1288640 ED-AgR; ARE 1336025 AgR; ARE 1362777 AgR; ARE 1397143 AgR; ARE 1431956 AgR.

²⁴³ ARE 1325815: "Considerando a relevância e a peculiaridade da proposta de tese no Tema 1.155, a necessidade de aprimoramento no que concerne à eficiência do sistema de precedentes na realidade brasileira, como se observa pela provocação temerária do Poder Judiciário até a última instância para rediscussão de questões já decididas, entendo que a construção de uma tese como a propugnada nestes autos demanda maior reflexão e amadurecimento da comunidade jurídica. Por outro lado, compete inicialmente à Presidência do Supremo Tribunal Federal decidir os recursos extraordinários e recursos extraordinários com agravo que sejam manifestamente inadmissíveis ou improcedentes, nos termos do artigo 13, V, c e d, do Regimento Interno do STF. Desse modo, avizinando-se o encerramento de minha gestão na Presidência desta Suprema Corte, DETERMINO o CANCELAMENTO do Tema 1.155 da repercussão geral."

fundamento para o não recebimento de recurso extraordinário ainda continua sendo utilizado (RE 702362 e RE 1453738 AgR, ambos com julgamento em 19 de dezembro de 2023).

Fugiria ao objeto desta pesquisa a análise do acerto ou não das decisões que deixaram de conhecer os recursos interpostos perante o Supremo Tribunal Federal, mas em algumas situações reconhece-se que não somente seria interessante o conhecimento sobre o posicionamento do Tribunal como a manifestação poderia trazer um tratamento jurídico mais adequado, a ponto de contribuir para maior segurança jurídica. Citam-se, por exemplo, o julgamento do RE 119013 AgR, em que a discussão envolvia a cobrança de direitos autorais pelo uso de personagem, em campanha publicitária do estado do Paraná, sem autorização do autor; o julgamento do ARE 774560 AgR em que se discutia a incidência de cobrança de direitos autorais em virtude de execução pública de músicas em “quermesse”; o julgamento do ARE 774560 AgR em que se pleiteava a cobrança de direitos autorais pela execução de música em hotel (sobre o mesmo assunto: ARE 945367 AgR; ARE 1108544 AgR; ARE 1201809 AgR), em motel (ARE 1397143 AgR) ou em igreja (ARE 961537 AgR).

Questões relacionadas à transmissão pelos “novos” meios tecnológicos também não foram avaliadas pelo Supremo Tribunal Federal, pelos motivos já citados. No AI 788720 AgR, por exemplo, a discussão foi o cabimento da cobrança de direitos autorais em virtude da transmissão em TV por assinatura (também no julgado RE 1056363 AgR) e, em julgado mais recente, a discussão foi sobre a incidência de direitos autorais sobre a execução de músicas em plataforma de *streaming*.

À guisa de conclusão, tem-se que pela avaliação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, pode-se ter um retrato adequado do tratamento conferido, pelo respectivo tribunal, a respeito do direito de autor. Há de se considerar todo o cenário aplicável ao direito autoral, que talvez explique a ausência de uma atuação mais efetiva pelo Supremo Tribunal Federal a respeito desse assunto. A legislação apresenta grave deficiência na previsão sobre os limites ao direito de autor. Como visto, inúmeras situações que clamam por uma limitação autoral não são previstas pela legislação, e, ao mesmo tempo, observa-se um processo de maximização do direito autoral, o que não consiste necessariamente em maior proteção ao autor. Essa hipertrofia do direito de autor coincide com o interesse corporativo e mercadológico que guia seu desenvolvimento normativo.

Aquele que detém a maior representação sobre os direitos autorais, o Escritório Central de Administração e Distribuição (ECAD), diante da favorável condição legislativa, também não provoca o Poder Judiciário em situações que venham a trazer qualquer possibilidade de imposição de limites, ao revés, atua como fiscal de uma ordem social e econômica já consolidada, no sentido de impedir que novas restrições ao direito autoral (notadamente relacionados à incidência da cobrança) venham a ser inseridas. As ilustrações proporcionadas pela ADIs estaduais que veicularam formas de limitações à cobrança de direitos autorais são claros exemplo da atuação do ECAD. De outro lado, não se observou qualquer representatividade que viesse repensar o inexistente equilíbrio entre o direito autoral e a cultura, o conhecimento, a educação, a informação ou mesmo a liberdade de expressão. A tentativa mais próxima disso foi ventilada pela ADO 10 (que teve o julgamento conjunto da ADO 11), proposta pelo PSOL (Partido Socialismo e Liberdade), quando veiculou a omissão inconstitucional pela ausência de previsão legal do direito de resposta, de regras de programação e de produção das emissoras de rádio e televisão e de proibição ao monopólio e oligopólio, que, ao fim, não teve o mérito julgado por perda superveniente do objeto.

Pode-se vislumbrar que, desde os termos de buscas (mais amplos possíveis) até a análise dos julgados, a tentativa foi esmiuçar em busca de fundamentos que, ao menos, tangenciassem o objeto desta pesquisa. Almejava-se que os limites extrínsecos fossem trazidos à discussão no principal palco Judiciário do Brasil, de modo que fosse estabelecida a devida equalização entre o direito de autor e os direitos constitucionais em evidente colisão. Questões relacionadas à atuação das bibliotecas na difusão do conhecimento, ao tratamento conferido a obras raras, à funcionalização do direito autoral não foram encontradas. Os pontos efetivamente tratados pelo Supremo Tribunal Federal e que dizem diretamente respeito ao tema desta tese foi o RE 113505, que autorizou o emprego de uma interpretação extensiva na aplicação da norma relacionada aos limites (o que foi rechaçado, anos mais tarde, no voto proferido pelo ministro Edson Fachin, na ADI 6.151/SC, que concluiu, incidentalmente, pela taxatividade das hipóteses de limitação). As ADIs também ocuparam papel de destaque, porém, afetam de forma indireta a temática desta pesquisa. Podem-se separar em três blocos as ADIs analisadas: i) as primeiras, em que se viu a discussão sobre a constitucionalidade do próprio ECAD (e da Lei 9.610/98), enquanto órgãos que detêm o monopólio da administração e distribuição dos direitos autorais; ii) algumas em que se teve a discussão sobre limitações trazidas por leis estaduais, cujo

resultado foi pela inconstitucionalidade formal, por usurpação de competência legislativa da União, e inconstitucionalidade material, por desrespeito ao direito ao exclusivo; iii) e aquelas que discutiram a reforma imposta pela Lei 12.853/2013 à gestão coletiva, que acenou para uma mudança de tratamento ao direito autoral, conformando-o a certa funcionalização estrutural (afeta ao interesse público) e aos interesses dos titulares originários.

Diante dos resultados obtidos, que, de forma mais ampla, pugnam por um insuficiente tratamento jurídico do direito autoral no cenário constitucional aplicado, mostra-se, agora, razoável, se imiscuir em uma análise jurisprudencial dirigida a uma interpretação e uniformização da legislação federal, pela ótica do Superior Tribunal de Justiça.

5.3 O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O DIREITO DE AUTOR: UMA AVALIAÇÃO QUALITATIVA DOS JULGADOS

Viu-se que o Supremo Tribunal Federal apresenta abordagem limitada acerca do direito de autor, em grande parte pela incidência de Súmulas que impedem a avaliação de mérito dos recursos que buscavam o acesso ao respectivo grau recursal, também em virtude da ausência de postulação por legitimados de questões que viessem efetivamente a veicular controvérsias encontradas na realidade autoral. Por conta disso, o que se encontrou com a análise dos julgados foi uma mais efetiva participação do ECAD, enquanto agente que busca a proteção à incidência da cobrança autoral e, ao mesmo tempo, a preservação da competência legislativa única da União quanto à previsão de normas sobre o direito de autor.

A impressão já apresentada, no sentido de o direito de autor, a despeito de uma histórica e contínua previsão constitucional, ser um direito tipicamente infraconstitucional, parece ser confirmada pela avaliação das postulações levadas ao Supremo Tribunal Federal. Por certo, essa consideração não se dá necessariamente por responsabilidade do Supremo Tribunal Federal, mas por algo ainda mais difuso e arraigado nas culturas jurídica e social: o direito de autor seria, de fato, um direito deslocado do sistema jurídico e integrante de regras seccionadas e dispersas. A estranheza causada pela ausência de manifestações mais profundas e amplas sobre os temas autorais pelo Supremo Tribunal Federal não passou despercebida por Campos (2014), que pontuou:

Diante da previsão constitucional de proteção aos Direitos Autorais (artigo 5º, XXVII e XXVIII) e dos severos efeitos que a incidência da tutela sobre uma obra causam à sociedade, é de se estranhar a falta de posicionamento por parte do STF em analisar questões de tamanha relevância. Suspeitava-se que a ausência de julgados se dê em função do exercício de jurisprudência defensiva, sobretudo com a aplicação da Súmula 279 ainda nos tribunais de origem. (Campos, 2014, p. 33)

A julgar pelo considerável uso da cláusula de impedimento do conhecimento do Recurso Extraordinário, consistente na impossibilidade em se julgar Recursos Extraordinários que veiculem a denominada ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, pode-se supor que tais dissídios também tenham sido também levados a julgamento no Superior Tribunal de Justiça, por manejo do respectivo Recurso Especial. Aliado esse fato à cultura jurídica aplicada ao direito de autor, que o afasta de uma perspectiva constitucional e o impulsiona a um viés normativo pouco afeto à visão sistemática, espera-se encontrar uma variedade muito superior de temas nos julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça.

Será utilizada uma sistemática diversa na busca dos julgados, se comparada com aquela aplicada para consulta às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Naquela pesquisa, dada a escassez de resultados, foi realizada uma busca por termos genéricos, que envolviam tão-somente a análise de decisões que contivessem, por resultado, o direito de autor. Por assim dizer, todos os resultados obtidos (para decisões colegiadas proferidas e a partir da Constituição Federal) foram devidamente avaliados.

Para as consultas realizadas no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, serão utilizados os termos gerais (“direito de autor”, “direito autoral”, “Lei 9.610/98” e “Lei 9610/98”), acrescidos de termos específicos, ligados diretamente ao conteúdo aplicado aos limites autorais. Como já dito alhures, serão avaliadas e consideradas como resultado das buscas as decisões colegiadas. Para a abordagem das consultas, tentar-se-á seguir a ordem estabelecida na pesquisa teórica quanto aos limites.

Iniciar-se-á com a avaliação dos julgados relacionados aos pressupostos da tutela autoral. A caracterização da obra destinada à proteção autoral representa a faceta positiva da limitação ao direito de autor, porquanto aquilo que não se traduzir em obra destinada à proteção autoral estará fora do respectivo espectro tutelar. Foram consultados, assim, termos para se demonstrar o tratamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, dos pressupostos para a tutela autoral, tida como expressão da

personalidade humana, revestida de originalidade e apelo estético, cuja previsão legal está plasmada no artigo 7º, da Lei 9.610/98. Pesquisou-se, assim, a expressão “personalidade”, conjuntamente com os termos genéricos²⁴⁴. O resultado foi o seguinte: foram encontrados 35 julgados²⁴⁵, dos quais, 26 foram de falso positivo e nove, adequados ao tema²⁴⁶. Para o termo específico “originalidade”, acrescido dos termos genéricos, foram encontradas 11 ocorrências, das quais, três²⁴⁷ não diziam respeito ao tema, enquanto oito²⁴⁸ correspondiam ao objeto de estudo. A inserção do termo específico “artigo 7º”, conjugado aos termos genéricos, proporcionou oito resultados, sendo três²⁴⁹ aplicados ao estudo e outros cinco²⁵⁰ não relacionados ao tema. A consulta ao termo “contributo mínimo”, acrescido dos termos genéricos, não obteve qualquer resultado, assim como a consulta ao termo “art. 7º”, acrescido também dos termos genéricos. Passe-se à análise das jurisprudências encontradas.

²⁴⁴ Para o fim de simplificar as explicações sobre os termos de busca e evitar consideráveis repetições, que acabaria por prejudicar a fluência do texto, sempre quando se referir ao uso de termos genéricos de busca, estaria indicado o uso de “direito autoral” ou “direito de autor” ou “Lei 9.610/98” ou “Lei 9610/98” aos quais será acrescentada a expressão específica com a conjunção (coordenativa aditiva) “e”.

²⁴⁵ Resp 1630851/SP; Resp 1645746/BA; Resp 1652588/SP (discussão sobre danos moral em virtude de matéria jornalística); AResp 786875/SP (não conhecido pela incidência da Súmula 7 do STJ); Resp 1634069/SP (não conhecido pela incidência da Súmula 7 do STJ); Resp 1862910/RJ (discussão sobre o prazo prescricional aplicado aos direitos autorais); Resp 1859665/SC (discussão sobre publicação de vídeo com informações alegadamente falsas); Resp 1909982/RJ (discussão sobre o prazo prescricional aplicado aos direitos autorais em produção de vinheta); Resp 1860630/RJ (discussão sobre o uso da marca “Legião Urbana”); Resp 1903273/PR (discussão sobre a privacidade e intimidade em troca de mensagens por aplicativo *whatsapp*); Resp 1929433/PR (discussão sobre a privacidade e intimidade em troca de mensagens por aplicativo *whatsapp*); Resp 1727950/RJ; Resp 1947652/GO (discussão sobre o direito moral de reivindicar a obra); A Resp 1955620/RJ (não conhecido pela incidência da Súmula 7 do STJ); Resp 2038445/DF (discussão sobre validade de contrato advocatício); AgInt Edcl Aresp 768733/SP (não conhecido pela incidência da Súmula 7 do STJ); Resp 1895936/TO (discussão sobre o PASEP); Resp 1895941/TO (discussão sobre o PASEP); Resp 1951931/DF (discussão sobre o PASEP); Resp 37374/MG (discussão sobre danos morais em virtude de destruição de obra de arte); Resp 74473/RJ (discussão sobre o uso de imagem); Resp 45305/SP (discussão sobre o uso de imagem); Resp 121757/RJ; Resp 202564/RJ (discussão sobre o pagamento de direitos autorais); Resp 148781/SP (discussão sobre direitos conexos ao direito de autor); Resp 617130/DF; Resp 445908/SP (discussão sobre transmissão de obra musical); HC 113702/RJ (questão de ordem criminal); Resp 1096604/DF (não conhecido pela incidência da Súmula 7 do STJ); RMC 43139/DF (discussão sobre questão aplicada em prova da magistratura – se o direito autoral integrava o conteúdo de direito civil); Resp 1322704/SP; Resp 1422699/SP; Resp 1558683/SP; Resp 1562617/SP; Resp 1656621/RJ (discussão sobre o pagamento de direitos autorais).

²⁴⁶ Resp 1630851/SP; Resp 1645746/BA; Resp 1727950/RJ; Resp 121757/RJ; Resp 617130/DF; Resp 1322704/SP; Resp 1422699/SP; Resp 1558683/SP; Resp 1562617/SP.

²⁴⁷ Resp 1832502/SP (questão que envolve propriedade industrial); Resp 1237752/PR (questão que envolve o uso de marca, de expressão “Curitiba”); Resp 143499/SP (questão de ordem criminal).

²⁴⁸ Resp 1943690/SP; Resp 1311629/SP; AgRg Resp 1209123/SP; Resp 130043/SP Resp 913008/RJ; Resp 655035/PR; Resp 69134/SP; Resp 57449/RJ.

²⁴⁹ Resp 1831080/SP; Resp 1450302/RJ; Resp 1046603/RJ.

²⁵⁰ Resp 1137738/SP; AgRg Resp 1104365/RS; AgRg Resp 862628/RS; AgRg Resp 861181/RS; AgRg Resp 834025/RS

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o objeto de incidência da proteção autoral, ao diferenciar o *corpus mechanicum* e o *corpus mysticum*, porquanto a proteção propriamente dita somente incide sobre o fruto do espírito criativo humano. “De fato, a Lei n. 9.610/98, relaciona as obras intelectuais protegidas pelo direito autoral as composições musicais, tenham elas letra ou não (art. 7º, V), mas não dispensa nenhuma proteção especial ao meio físico, ao *corpus mechanicum* onde fixada a composição musical”²⁵¹. O Recurso Especial n. 1.630.851-SP, julgado pela Terceira Turma, em 27 de abril de 2017, de relatoria do ministro Paulo de Tarso Severino, julgou questão em que se discutiu a abrangência da proteção autoral, cuja situação envolvia a gravação de voz de locutora profissional para uma central telefônica sem a devida autorização. O voto concluiu que a gravação não constituiu em qualquer prática de interpretação ou execução de obras literárias, artísticas ou expressões de folclore, nos termos do artigo 5º, XIII, da Lei 9.610/98, porquanto “as gravações realizadas pela recorrente em muito se assemelham ao ofício de um locutor que apenas lê uma mensagem anteriormente redigida, desprovida de qualquer natureza artística ou literária” (p. 6). A proteção, entretanto, considerou a emanção sonora como um direito de personalidade autônomo, não sendo reconhecido o direito à indenização pela ausência do uso para fins comerciais (o que já não interessa ao escopo deste trabalho). Em sentido semelhante, o Superior Tribunal de Justiça chancelou a inexistência de proteção à obra jornalística, diante da ausência de originalidade, por não constituir efetiva criação do espírito, dado o caráter meramente informativo (Resp 130043/SP). Do que se observa, há total adequação com o entendimento doutrinário e legal visto, já que a prática protegida pelo direito autoral deve ser revestida de originalidade.

Outro caso que evidencia o conteúdo trabalhado, relacionado à incidência ou não da proteção autoral, tendo-se em vista os pressupostos para a respectiva tutela, pode ser observado no julgamento do Recurso Especial n. 1.645.746-BA, pela Terceira Turma, de relatoria do ministro Ricardo Villas Bôas Cueva²⁵², cujo objeto de discussão seria a prática de plágio em obra. Contra a decisão que condenou o réu à indenização pela prática de plágio, foi interposto o Recurso Especial, que, em seu

²⁵¹ REsp n. 1727950-RJ, Terceira Turma, julgamento, por unanimidade, em 08 de março de 2022, de relatoria do ministro Moura Ribeiro, cujo objeto de discussão envolveu o pleito dos herdeiros do músico João Gilberto em obter os *masters* de suas canções originais.

²⁵² O resultado do julgamento deu-se por maioria de votos, segundo o voto proferido pelo ministro relator.

juízo, estabeleceu premissas legais e doutrinárias sobre a tutela do direito de autor, ao definir que não incide a proteção autoral sobre ideias e paráfrases, porém o que se vislumbrou foram inúmeras “reproduções literais da obra originária, com a apropriação da estrutura física e argumentativa”, ficando “afastada a alegação no sentido de que foi apenas utilizada a ideia do autor originário, ou de paráfrases” (p. 20). Aqui, mais uma vez, observa-se a adequação na proteção ao direito de autor, já que uma nova obra deveria conter requisitos de expressão pessoal, que consubstanciassem um contributo mínimo, não quanto ao conteúdo, mas quanto à forma peculiar de expressão.

Ainda sobre o objeto de proteção, alguns julgados sobre as fotografias foram encontrados (Resp 121757/RJ; Resp 617130/DF; AgRg Resp 1209123/SP; Resp 69134/SP; Resp 1831080/SP; Resp 1322704/SP²⁵³). Este último julgado traz a discussão sobre um ensaio sensual, protagonizado por Déborah Secco, em que esta pleiteava indenização por publicação que teria extrapolado o objeto da contratação realizada, em virtude de uma nova edição da Revista *Playboy* (“edição Déborah Secco”). O excerto aplicável ao objeto deste estudo envolveu, primeiramente, o notório conhecimento acerca da proteção autoral às fotografias, como obras estéticas produzidas pelo engenho criativo, mas também realizou a interessante distinção, já que o sujeito da proteção da fotografia seria o fotógrafo e não o fotografado: “a modelo fotografada, nesse particular, não goza de proteção do direito autoral, porque nada cria, dela não emana nenhuma criação artística do espírito exteriorizada como obra artística” (p. 10). Por conseguinte, a proteção pleiteada pela conhecida artista somente poderia ser fundamentada pelo direito de imagem, jamais pelo direito autoral²⁵⁴. Ainda sobre o uso de fotografia, considerada um bem autoral, restou demonstrada a necessidade de haver originalidade na captura da imagem e que o uso respeite a demanda de citação do autor, conforme se pode observar do voto proferido pelo ministro Barros Monteiro, no Resp 69134/SP (Quarta Turma, julgamento em 19 de setembro de 2000), que considerou indevido o uso de fotografia em campanha publicitária sem que fosse realizada a devida citação do autor da fotografia, desde que contivesse um mínimo de originalidade. O mesmo raciocínio foi aplicado no

²⁵³ Resp 1322704/SP, Quarta Turma, ministro relator Luis Felipe Salomão, julgamento por unanimidade, em 23 de outubro de 2014.

²⁵⁴ Resp 1046603/RJ, Quarta Turma, ministro relator Luis Felipe Salomão, julgamento por unanimidade, em 08 de maio de 2012, abordou a questão sobre o direito conexo do ator ou da atriz e estabeleceu a distinção com o direito de autor, por entender que este teria o direito de exploração da obra.

juízo do Resp 1831080/SP, de relatoria do ministro Ricardo Villa Bôas Cueva (Terceira Turma, julgamento em 17 de outubro de 2023), cujo contexto fático envolveu o uso de fotografia por agência de turismo sem o devido crédito e sem a necessária anuência do autor da fotografia.

A proteção autoral também se dirigiu a criações do espírito em diversas formas tais como design de peças de roupa íntima (Resp 1943690/SP); sobre o título da obra, desde que não represente expressão de uso comum e seja dotada de originalidade (Resp 1311629/SP); campanhas publicitárias (Resp 655035/PR); criação de logomarca (Resp 57449/RJ); projeto arquitetônico (Resp 1562617/SP); software como bem a ser protegido, equiparado à proteção dirigida a obras literárias (Resp 913008/RJ). A discussão que envolveu a proteção autoral sobre o design em peças de roupa íntima (Resp 1943690/SP, Terceira Turma, julgado em 19 de outubro de 2021, de relatoria da ministra Nancy Andrighi) perpassou a admissão de que o rol do artigo 7º, da Lei 9.610/98, seria meramente exemplificativo, permitindo a proteção autoral em obras diversas daquelas arroladas, mesmo nos casos das denominadas obras de arte aplicadas, “que se definem por serem uma criação intelectual que combina, ao mesmo tempo, caráter estético e conotação utilitária” (p. 12).

O título da obra também teve sua proteção *in abstracto* confirmada, porém o julgado encontrado (Resp 1311629/SP, Quarta Turma, julgado em 25 de abril de 2017, de relatoria do ministro Luiz Felipe Salomão, vencido) deixou de admitir a proteção: trata-se da controvérsia sobre a proteção do título de obra teatral denominada “As filhas da mãe”, em virtude de veiculação de telenovela com o mesmo nome. Foi vencido o ministro relator, que havia mantido o julgamento da apelação, no sentido de que o título da obra teatral mereceria proteção, pois o uso, pela telenovela, seria hábil a gerar confusão. O voto proferido pelo ministro Marcos Buzzi sagrou-se vencedor, ao concluir que os gêneros – obra teatral e telenovela – são diversos, o que permitiria o uso em ambas as obras e acresceu à afirmação de que o título (“As filhas da mãe”) não seria revestido de originalidade.

A decisão acerca de proteção autoral sobre campanha publicitária (Resp 655.035, Terceira Turma, julgamento em 07 de maio de 2007, relatoria do ministro Humberto Gomes de Barros) teve como pano de fundo o seguinte contexto fático: a Cervejaria Kaiser lançou campanha, no ano de 1999, em que utilizava como *slogan* “Kaiser, A Cerveja Nota 10”. O autor da demanda, porém, já havia criado campanha com a mesma expressão “A Cerveja Nota Dez”, registrada em 1996 no Escritório de

Direitos Autorais, muito embora ainda não tivesse sido publicada (produzida). A decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Paraná tinha rejeitado o pedido formulado pelo autor, em virtude do desconhecimento da obra anterior pelo réu (Cervejaria Kaiser do Brasil). O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, reformou a decisão por entender que o registro realizado pelo autor, a despeito de não proporcionar qualquer elemento constitutivo do direito de autor, fazia prova da anterioridade, não sendo razoável o argumento da denominada “coincidência criativa”, aliado à omissão culposa que envolveu a não realização de qualquer busca quanto ao conteúdo da campanha, já que se teve acesso ao respectivo título, conforme prova produzida. Sobre a incidência da tutela autoral, verificada com a efetiva criação, Pedro Abreu M. Campos aponta a importância do registro, não como ato constitutivo, mas como ato probatório de anterioridade:

Portanto, apesar de os Direitos Autorais nascerem com a efetiva criação e de o registro não constituir direito (endo essas premissas sido reconhecidas expressamente no julgado), sua existência mostrou-se de grande utilidade prática para o caso concreto, garantindo a efetividade da tutela. (p. 58)

Em julgado que aproximava a propriedade industrial ao direito de autor foi analisada a tutela autoral àquele que criou a logomarca²⁵⁵, profissional contratado para propor a criação e sistematização de um novo logotipo da marca “Brahma”. A discussão envolveu o direito ou não do profissional, contratado na condição de empregado para tal mister. Os fatos e os respectivos julgamentos deram-se por ocasião da vigência da Lei 5.988/73, que detinha previsão expressa para tal situação (artigo 36²⁵⁶), diferentemente da legislação atual. A discussão, porém, perpassa, *obiter dictum*, a proteção autoral do logotipo:

E, desta forma, o logotipo, sinal criado para ser o meio divulgador do produto, por demandar esforço de imaginação, com criação e cores, formato e modo de veiculação, inegavelmente se caracteriza como obra intelectual, sendo, destarte, meramente exemplificativo o elemento do art. 6º da Lei 5.988/73. Ainda que se fosse incluir o símbolo-marca como desenho, impróprio seria confundir o desenho industrial definido no Código de Propriedade Industrial (lei 9.276/96) com o desenho do logotipo. O primeiro caracteriza-se pela sua

²⁵⁵ REsp 57499/RJ, Quarta Turma, Ministro Relator Sálvio Figueiredo Teixeira, julgamento em 24 de junho de 1997.

²⁵⁶ Art. 36. Se a obra intelectual for produzida em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho ou de prestação de serviços, os direitos do autor, salvo convenção em contrário, pertencerão a ambas as partes, conforme for estabelecido pelo Conselho Nacional de Direito do Autor.

§ 1º O autor terá direito de reunir em livro, ou em suas obras completas, a obra encomendada, após um ano da primeira publicação.

§ 2º O autor recobrará os direitos patrimoniais sobre a obra encomendada, se esta não for publicada dentro de um ano após a entrega dos originais, recebidos sem ressalvas por quem a encomendou.

utilização na fabricação industrial, como v.g. um vasilhame especial para café, enquanto que no desenho tutelado pela lei autoral prepondera o valor artístico, sem preocupação com escala de produção. (p. 11)

Chama a atenção não somente a distinção adequada da logomarca, enquanto criação estética protegida pelo direito autoral, e do desenho industrial, dotado de apelo utilitário, mas também o tratamento conferido ao rol de objetos protegidos pelo direito autoral, considerado, desde a legislação revogada, meramente exemplificativo.

Interessante julgado estendeu a proteção autoral ao projeto arquitetônico (Resp 1562617/SP, Terceira Turma, julgado em 22 de novembro de 2016, de relatoria do ministro Marco Aurélio Bellizze). A compreensão do julgado exige maior entendimento sobre o respectivo contexto fático: a Suvinil (Indústria de Tintas Basf) utilizou uma imagem de residência para realizar propagandas e estampar embalagens de seus produtos e, para tanto, obteve autorização do proprietário da residência. Contra essa prática, o profissional autor do projeto arquitetônico ingressou com ação, pleiteando a proteção autoral de sua obra.

O voto proferido pelo ministro Marco Aurélio Bellizze delimitou a proteção ao projeto arquitetônico, ao concluir “que a proteção autoral, no caso, do arquiteto, abrange tanto o projeto e o esboço confeccionados por profissional legalmente habilitado, como a obra em si, materializada na construção edificada” (p. 8). Com efeito, a utilização (no caso, com finalidade lucrativa) “da imagem da obra arquitetônica, representada por fotografias, em propagandas de tintas fabricadas pela demandada, encontra-se, inarredavelmente, dentro do espectro de proteção da Lei de Proteção dos Direitos Autorais” (p. 8). Mesmo com a aquisição e concretização do projeto arquitetônico, o adquirente do trabalho (no caso, o dono da residência retratada) não adquire qualquer outro direito autoral “cujo modo de utilização não seja intrínseco à finalidade de aquisição” (p. 10), o que jamais poderia inferir na ausência em se conceder os devidos créditos, diante do caráter intransmissível do direito moral autoral. A bem da verdade, o referido julgado desenvolve uma perspectiva ampla de proteção autoral, reafirmando a expressão criativa como um bem de alta relevância. Reitera a compreensão de que se filia ao direito de autor enquanto expressão indissociável e indisponível da personalidade humana e concretiza a tutela em seu aspecto patrimonial, como decorrência do apelo moral.

Pela avaliação das decisões colegiadas proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça conclui-se por uma adequação aos pressupostos da tutela autoral, ao

estabelecer como critérios necessários: i) a criatividade, estética e originalidade como integrantes da obra protegida pela tutela autoral; ii) a admissão da obra estética, em caráter de neutralidade (sem que haja qualquer avaliação subjetiva do belo) e ainda que aplicada a uma finalidade prática; iii) o processo de criação da obra criativa e da respectiva proteção sem que haja necessidade de qualquer formalidade, muito embora o registro contribua em caso de eventual discussão quanto à anterioridade; iv) o rol de bens sujeitos à proteção autoral deve ser considerado meramente exemplificativo, permitindo-se a tutela de obras estéticas e originais não integrantes da previsão legal. Pensa-se que as decisões guardam sintonia com o entendimento doutrinário mais acertado e se mostram coerentes e harmônicas entre si.

Pode-se, agora, iniciar a abordagem das decisões que envolvem os limites intrínsecos ao direito de autor. O primeiro tema consultado representa conteúdo de grande relevância e sobre o qual paira profunda reflexão, pois retrata a demonstração da escalada da proteção autoral, muitas vezes contrária a cânones que representam o acesso ao conhecimento e à difusão cultural, tratando-se da questão que envolve do domínio público. Os termos de pesquisa utilizados foram aqueles termos gerais acrescidos ao termo “domínio público”. O resultado obtido foi de sete acórdãos, dentre os quais, três²⁵⁷ diziam respeito ao tema, enquanto os outros quatro não abordavam a temática²⁵⁸ (ou traziam menção ao termo, sem qualquer discussão a respeito). Em nenhum deles houve aprofundamento da temática. O Resp 1422699/SP, que aborda discussão sobre o direito de exploração de obra pelos herdeiros, menciona o tempo para que a obra venha a cair em domínio público, sem acrescentar maiores elementos à discussão. O Resp 1740265/SP, por sua vez, trata de questão importante sobre a aplicação intertemporal do prazo para o domínio público, tendo em vista o fim da vigência da Lei 5.988/73 e o início da vigência da Lei 9.610/98, ao estabelecer que o incremento do prazo será aplicado de acordo com a nova legislação, caso não tenha transcorrido o prazo total da lei revogada até a vigência da nova lei autoral²⁵⁹.

²⁵⁷ Resp 1740265/SP; Resp 1422699/SP; Resp 86109/SP.

²⁵⁸ Eresp 1810440/SP (o conteúdo discutido dizia respeito ao uso de paródia em conflito com a liberdade de expressão); AgInt no Aresp 775401/DF (o objeto de discussão envolve o uso de fotografia capturada por fotógrafo contratado); Resp 1190647/RS (não trata de obras sob o domínio público, porquanto há expressa menção sobre obras que não estaria em domínio público); Resp 63250/RJ (o recurso nesse caso não foi conhecido).

²⁵⁹ “O art. 41 da Lei dos Direitos Autorais estabelece que após o prazo de 70 (setenta) anos, contados do dia 1º de janeiro do ano seguinte à morte do autor, a obra cai em domínio público. Isso porque, à luz da exegese conferida pelo artigo 112 do referido diploma legal, mesmo o autor tendo falecido sob a égide do regime anterior, se ainda não havia *“expirado o prazo de proteção que lhe era anteriormente*

A decisão no Resp 86109/SP, da Quarta Turma, de relatoria do ministro Barros Monteiro, foi pelo não conhecimento do Recurso Especial. A questão, entretanto, envolveu o uso de fotografia de “Lampião” e “Maria Bonita” por instituição financeira, sem a autorização da única filha do casal. Condenada na instância inferior, a Instituição Financeira interpôs Recurso Especial, em que veiculou, como fundamento para reforma, o domínio público da fotografia. Muito embora o direito discutido se relacionasse ao uso do direito de imagem, foi alegada a possibilidade de uso da fotografia sem autorização, em virtude do domínio público. O voto, porém, dirigiu-se no sentido de que não teria sido comprovado o transcurso do prazo para o direito de uso em virtude do domínio público. Há de se perguntar, todavia: fosse verificado o transcurso do prazo legal para que a fotografia caísse em domínio público, o direito pleiteado pela herdeira seria afastado? Pensa-se que o voto proferido trouxe confusão entre institutos que guardam certa similaridade. Refere-se, aqui, ao direito de autor e ao direito de imagem, porquanto ambos apresentam, a par da natureza de direito de personalidade, uma expressão econômica. A fotografia, assim, teria seu aspecto voltado ao direito autoral em relação àquele que a produziu, responsável pela captura da imagem. As pessoas retratadas, por sua vez, não possuem direito autoral sobre a fotografia, porquanto seu direito relaciona-se ao direito de imagem. Viu-se, em momento anterior, essa distinção bem realizada, no caso em que foi julgado o pleito movido por Déborah Secco, cujo julgado definiu que o direito de autor da fotografia seria do fotógrafo e não do fotografado, a quem seria conferido o direito de imagem. A impropriedade técnica desse julgado, todavia, não comprometeu o resultado, já que não houve o julgamento do mérito, pelo não conhecimento do recurso.

Demais a mais, tem-se uma parca discussão pelo Superior Tribunal de Justiça acerca do domínio público, diante dos poucos julgados e da ausência de qualquer análise mais profunda sobre tema de tamanha relevância.

Sobre as questões relacionadas à coautoria e à divisibilidade ou indivisibilidade da obra, foi realizada consulta ao Superior Tribunal de Justiça para o levantamento das decisões relacionadas, cujo resultado foi o seguinte: i) para os termos gerais, acrescidos do termo “coautoria”, foram encontradas seis ocorrências, sendo duas

reconhecido pelo § 2º do art. 42 da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973”, o prazo de proteção deverá ser ampliado de 60 (sessenta) anos para 70 (setenta) anos por força, justamente, do art. 41.”

relacionadas ao tema²⁶⁰ e outras quatro consideradas falso positivo²⁶¹; ii) para o termo “divisibilidade”, consultado em cotejo com os termos gerais, foi encontrado um resultado, já verificado na consulta anterior (Resp 244362/RJ); iii) para a expressão “indivisibilidade”, consultada em conjunto com os termos gerais, foram encontrados dois resultados que não diziam respeito ao tema²⁶². O Resp 244362, da Quarta Turma, de relatoria do ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 25 de setembro de 2001, tratou de questão processual, porquanto a discussão envolveu o pedido extinção de cessão de direitos autorais de um dos coautores, em contrato realizado por todos os autores da obra. Nas instâncias inferiores, a decisão tinha sido no sentido de que haveria necessidade de formação de litisconsórcio ativo e unitário. A decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, entretanto, concluiu pela possibilidade de postulação individual do pedido formulado. Para tanto, os argumentos perpassaram a divisibilidade do direito de autor; reporta-se, aqui, especialmente ao voto proferido pelo ministro Ruy Rosado de Aguiar (p. 13):

Hoje, porém, estou convencido (o que também me auxiliou naquele julgamento em que acompanhei o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo) de que a criação intelectual conjunta por dois compositores é realmente indivisível, de sorte que não se poderia definir o que seja de um ou de outro, ou separar um do outro. Do ponto de vista jurídico e econômico, porém, não há essa indivisibilidade; cada um pode dispor do seu direito, de modo autônomo, em relação à obra criada, cada qual cedendo por um preço e sob certas condições os seus direitos, e o outro não cedendo ou cedendo para outros em outras condições; alguns podem doar, outros podem cobrar; alguns podem estar satisfeitos com o modo de pagamento, outros não, etc. Essas relações jurídicas sobre a cessão do direito do autor não se caracterizam pela indivisibilidade.

Saliente-se, primeiramente, que a premissa – “de que a criação intelectual por dois compositores é realmente indivisível” – não constitui a conclusão mais adequada, pois já se viu que, na divisibilidade relativa, seria possível, em tese, a definição de cada uma das contribuições dos coautores (como no caso da composição musical, em que um músico oferece a letra e o outro, a melodia). A par dessa inadequação técnica, tem-se que a questão sobre a possibilidade de exercício individual do direito por cada um dos coautores mostrou-se acertada. A discussão, porém, não tocou especificamente se, no caso concreto, haveria ou não essa divisibilidade da obra discutida, mas tão-somente o exercício do respectivo direito patrimonial.

²⁶⁰; Resp 1417789/PR; Resp 244362/RJ

²⁶¹ EDcl AgInt Resp 1476664/DF; Resp 1597678/RJ; AgRg Aresp 781452/RS; AgRg Resp 853489/RS;

²⁶² HC 186405/RJ; Resp 1227053/SP.

O Resp 1417789, da Terceira Turma, de relatoria do ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 12 de maio de 2015, por seu turno, discutiu o direito de reparação de danos a supostos coautores do “Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa”. A questão mais relevante envolvia a definição de coautoria ou de mero assistente, o que traria como consequência o direito à indenização autoral ou não. A decisão, ao final, deixou de acolher o pedido de reforma da decisão, concluindo que o requerente seria mero assistente. As duas decisões encontradas sobre o tema deixam em aberto as questões suscitadas anteriormente, especialmente, uma análise mais profunda acerca do tratamento da (in)divisibilidade relativa da obra.

Para a previsão legal estabelecida no artigo 46²⁶³, incisos II e VIII²⁶⁴, foi realizada a consulta aos termos expressões gerais, acrescidos de “pequenos trechos”. A análise será conjunta, em virtude da coincidência do principal termo que representa cada um dos dispositivos legais. Como resultado, obteve-se o total de cinco decisões colegiadas, todas relacionadas ao tema²⁶⁵.

Os cinco julgados encontrados, quando se pesquisaram os termos gerais, acrescidos de “pequenos trechos”, referiram-se ao inciso VIII, do artigo 46, o que significa dizer que as discussões não envolveram o direito de cópia privada, sem finalidade de lucro. Esse dispositivo, inclusive, foi aquele que proporcionou, e ainda proporciona, grande celeuma, porquanto a legislação anterior autorizava não somente a cópia de pequenos trechos, mas a cópia integral do livro, desde que destinada a uso privado e sem finalidade lucrativa. Essa alteração legislativa constitui uma das demonstrações do escalonamento protecionista ao direito de autor, em descompasso, muitas vezes, ao desenvolvimento cultural e de acesso ao conhecimento.

Os referidos julgados compreenderam situações das mais diversas, já que tiveram como fatos o uso de esculturas em filme publicitário, sem autorização do titular

²⁶³ Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: (...) II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro; (...) 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.

²⁶⁴ Foi realizada uma só consulta aos dois dispositivos legais em razão de que em ambos o tema central seria a reprodução de “pequenos trechos” de obras, utilizadas sem o consentimento do titular do direito autoral. Por certo, o inciso II apresenta abrangência mais restrita, pois se aplica ao copista que o faz para uso privado, sem intenção de lucro. O inciso VIII também tem maior abrangência por incluir a reprodução de obras de artes plásticas, que poderá ser representada de forma integral (não somente fragmento).

²⁶⁵ AgInt Edcl Resp 1455668/RJ; Resp 1704189/RJ; Resp 1645574/SP; Resp 1343961/RJ; Resp 1217567/SP.

da obra (AgInt Edcl Resp 1455668/RJ); o uso de música para dar nome a programa televisivo (Resp 1704189/RJ); uma possível reprodução de projeto arquitetônico (Resp 1645574/SP); o uso de obras de arte em filme publicitário (Resp 1343961/RJ); o uso de letra de música em ensaio erótico de revista (Resp 1217567/SP). A primeira das situações narradas considerou o uso, sem autorização das esculturas, em filme publicitário do Banco Itaú permitido, nos termos do artigo 46, inciso VIII, da Lei 9.610/98, eis que as esculturas tão-somente integravam parte do cenário. Para tanto, estabeleceu-se o caráter acessório da obra utilizada, assim considerado (p. 5): “A norma que permite a reprodução não autorizada pelo autor fixa a natureza acessória da obra reproduzida, ou seja, ela não pode ser o “centro das atenções” quando comparada à obra nova no bojo da qual estiver posta. Sua natureza deve ser evidente, a ponto de não prejudicar, não desfigurar a obra nova, caso dela seja retirada”.

Em julgado semelhante, Resp 1343961/RJ, um filme publicitário utilizou-se de uma tela de criação do requerente, denominada “Rupestre”, sem que indicasse a paternidade ou obtivesse licença. O tribunal local reformou a decisão do juízo singular que havia condenado o requerido pelo uso indevido da obra. Contra a decisão foi interposto Recurso Especial. O voto proferido pelo ministro Luis Felipe Salomão, integrante da Quarta Turma, abordou a necessidade de conciliação entre os interesses privados e a demanda de acesso e desenvolvimento cultural e intelectual, o que é viabilizado pelos limites, e abordou, ainda, a regra dos três passos²⁶⁶. Sobre a interpretação do artigo 46, inciso VIII, da Lei 9.610/98, o tratamento foi semelhante ao julgado anterior, ao vincular o permissso legal – “pequenos trechos” – à ideia que envolve o caráter acessório do uso (p. 17):

A locução *pequenos trechos*, como não poderia ser diferente, pareceu aos operadores da norma um tanto quanto subjetiva, a ponto de retirá-la qualquer utilidade prática. Por esse motivo, logo a doutrina cuidou de dar objetividade à expressão, revelando seu real significado: *pequenos trechos* são aqueles que possuem caráter acessório em relação ao todo que é exposto. Aqui, menos importa, na verdade, o tamanho, a quantidade do que se reproduz, e mais a qualidade do que se expõe.

²⁶⁶ “Na lição de Maristela Basso, a disciplina internacional estabelece a denominada “regra dos três passos - *three step test*”, segundo a qual a reprodução não autorizada de obras de terceiros é admitida nas seguintes hipóteses: “(a) em certos casos especiais; (b) que não conflitem com a exploração comercial normal da obra; (c) não prejudiquem injustificadamente os legítimos interesses do autor” (*As exceções e limitações aos direitos de autor e a observância da regra do teste dos três passos [three step test]*). In: *Direitos autorais: estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos*. São Paulo: Editora RT, 2007. p. 252).” (p. 15)

O julgado, entretanto, foi um pouco mais além, pois abordou o outro elemento da norma permissiva: “nem cause prejuízos injustificados”. O voto enunciou que o fato de não existir contraprestação, por si, não constitui causa para a demonstração de um prejuízo injustificado.

O Resp 1704189/RJ envolveu a celeuma entre TVSBT e os titulares da música denominada “Ela só pensa em beijar”, também conhecida como “Se ela dança, eu danço”. A companhia televisiva apresentou programa com o nome “Se ela dança, eu danço”, utilizando-se também do fonograma. O tribunal *a quo* considerou indevido o do fonograma pela emissora de televisão e não o uso do título do programa. O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, entendeu que o uso do fonograma e do título do programa constituíam ofensa aos direitos autorais, pois o caráter acessório não estava presente, vez que permitiria uma associação imediata à música notoriamente conhecida. Com efeito, a decisão foi reformada para que o pedido do autor fosse acolhido.

A suposta reprodução de projeto arquitetônico também foi objeto de discussão, que envolveu a incidência do artigo 48, inciso VIII, da Lei 9.610/98, no Resp 1645574/SP. Nesse julgado, foi reforçada a proteção autoral dirigida ao trabalho arquitetônico, que se expressa tanto no projeto e esboço quanto na obra em si, materializada na construção. No caso, foi verificada a identidade de dois elementos, dentre os 19 analisados, o que conferiu um caráter acessório ao projeto reproduzido.

O Resp 1217567/SP, da Quarta Turma, de relatoria de Luis Felipe Salomão, julgou o caso envolvendo o titular da música “*Dancin days*” e a revista *Playboy*. A alegação de ofensa do titular da música foi pelo uso de trechos mais famosos da música (“Abra suas asas, Solte suas Feras, Entre nesta festa”) em ensaio fotográfico sem a devida autorização, o que causara prejuízo financeiro pela perda de negócios. Foi desenvolvida a questão sobre o caráter acessório do uso das expressões integrantes da obra musical bem como sobre a ocorrência de eventual prejuízo injustificado. O voto destacou a completude, que inviabilizaria a conclusão pelo uso adequado da limitação (p. 11): “Conforme bem destacou o relator do acórdão ora impugnado, a utilização do trecho musical tem caráter de completude do ensaio fotográfico comercializado pela recorrente, viabilizando uma mais atenta contemplação e maior valorização de sua obra”. Também considerou o histórico de cessões realizadas, o que demonstra o nítido interesse de veicular a música a práticas

cotidianas do cidadão brasileiro, nunca a um conteúdo erótico²⁶⁷. Arrematou-se, ao fim, que o direito de citação (previsto no inciso III) somente seria possível para fins científicos ou educativos, jamais para veicular conteúdo erótico.

Os julgados trazidos retratam patamares coerentes para a interpretação do inciso VIII, especialmente no que tange à avaliação do caráter acessório da obra utilizada. A avaliação sobre o “prejuízo injustificado” foi encontrada tão-somente na última decisão. Também nada foi encontrado sobre a recomendação da Associação Brasileira de Direitos Reprográficos, que sugere que o direito de reprodução lícita deve variar entre 10% a 15% da obra; ao revés, decisões avaliadas indicam que a análise da completude da reprodução exige uma apuração casuística, pouco relacionada à extensão da reprodução. O pesar se dá pela ausência de qualquer decisão quanto ao direito de reprodução do copista, retratada no inciso II.

Para o fim de se analisar o tratamento conferido ao inciso II, ou melhor, à prática (i)lícita de copiar a obra integralmente, vale-se do tratamento penal dispensado, com o advento da Lei 10.695/2003, que alterou o artigo 184, do Código Penal, ao incluir a previsão do parágrafo 4º²⁶⁸. Há quem defenda, assim, que a alteração do Código Penal, ao dispor sobre a não caracterização do tipo penal de violação de direito autoral em caso de uma única reprodução de obra, não destinada a fim econômico, traria alteração do inciso II, do artigo 46, da Lei 9.610/98. Sobre essa questão, foi realizada consulta ao acervo jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, a fim de se apurar se a alteração penal concretizou alteração na legislação autoral. Foi, para tanto, realizada a consulta das expressões termos gerais, conjugadas com os termos “artigo 184” ou “art. 184”. O resultado foi de 50 acórdãos²⁶⁹. Verificou-se a existência do Tema

²⁶⁷ “De fato, é incontroverso nos autos que a recorrida já havia realizado contratos de exploração comercial da canção e/ou de sua letra com colégios, parques infantis, shopping centers e produtos caseiros, como a maionese Hellmann's (...) Nesse passo, diante do histórico das licenças concedidas pela recorrida, conclui-se de forma cristalina que o interesse legítimo dos autores nunca foi vincular a sua obra ao mercado erótico” (p. 12).

²⁶⁸ Artigo 184 (...) §4º - O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.

²⁶⁹ 30107/MG; CC 45606/CE; HC 133178/SP; HC 142231/MG; Pet no HC 142231/MG; CC 116820/MG; HC 143499/SP; AgRg no HC 219211/MG; AgRg no AResp 97669/SC; AgRg no Resp 1344160/MS; HC 191568/SP; HC 239035/MT; HC 233230/MG; AgRg no AResp 60864/RS; CC 127584/PR; Resp 1369764/MG; HC 273164/ES; RHC 43403/SP; Ag Rg no Resp 1376680/PR; AgRg no Resp 1416910/RS; AgRg no Resp 1453802/SP; RHC 45543/PR; AgRg no Resp 1499185/MG; HC 312187/RS; AgRg no Resp 1451608/SP; HC 320724/RS; Resp 1456239/MG; Resp 1485832/MG; AgRg no Resp 1474742/RS; HC 315127/RS; HC 333272/RS; HC 208015/SP; HC 334698/RS; HC 336842/RS; HC 336820/RS; AgRg no Aresp 487577/MG; HC 369820/RS; HC 359040/RS; AgRg no

Repetitivo n. 926²⁷⁰, que não diz respeito ao objeto deste estudo. Considerando-se que a inserção do parágrafo 4º ao artigo 184, do Código Penal, ocorreu em 1 de julho de 2003, qualquer decisão referente a fatos pretéritos também não teria qualquer interesse para este estudo, razão pela qual foi aplicado filtro para se avaliar as decisões posteriores a essa data, sendo excluído um único julgado²⁷¹, restando outros 49. Foram também excluídos os *habeas corpus* e respectivos Recursos (25 acórdãos), pois o objetivo da avaliação seria a influência da lei penal na legislação autoral, razão pela qual qualquer *habeas corpus* não iria, de plano, veicular tal discussão. Assim, restaram 21 acórdãos para análise, pois foram excluídos outros três conflitos de competência. Os 21 acórdãos analisados referiram-se exclusivamente a questões de índole penal, e em nenhum deles verificou-se a possível incidência do artigo 184, parágrafo 4º, do Código Penal, para o fim de legitimar o uso de cópia integral da obra, com a ampliação da disposição prevista no artigo 46, inciso II, da Lei 9.610/98 (que autoriza a cópia somente de pequenos trechos). As discussões penais envolviam, em regra, alegações sobre a necessidade ou não de laudo para a caracterização do ilícito penal de violação de direito autoral, a desnecessidade de identificar o titular do direito autoral violado para fim de concretizar o decreto condenatório ou, ainda, a alegação, como matéria de defesa, da atipicidade da conduta baseada na adequação social e no princípio da insignificância (o que já foi analisado por ocasião de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal). A doutrina que defendia a ampliação da limitação prevista no inciso II, do artigo 46, da Lei 9.610/98, por derrogação tácita, advinda da alteração no artigo 184, do Código Penal, pela Lei 10.695/2003, não chegou a ser avaliada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ainda sobre o inciso VIII, do artigo 46, da Lei 9.610/98, foram consultados os termos “obra integral” ou “artes plásticas”, acrescidos dos termos gerais. Para a primeira consulta – “obra integral” – obtiveram-se dois resultados²⁷², os dois já avaliados anteriormente. Para a segunda consulta – “artes plásticas” –, também foram

Resp 1525103/MG; AgRg no Aresp 1043241/SP; AgRg no Aresp 1351687/AC; HC 415061/RS; AgRg no Aresp 1199977/RS; AgRg no Resp 1668337/MG; Ag Rg no Aresp 1281475/SP; AgRg no Resp 1772368/SC; AgRg no Aresp 1427679/SP; HC 531030/SP; AgRg nos Edcl no RHC 110831/MT; HC 825988/SP;

²⁷⁰ Tema Repetitivo 926: É suficiente, para a comprovação da materialidade do delito previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal, a perícia realizada, por amostragem, sobre os aspectos externos do material apreendido, sendo desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou de quem os represente.

²⁷¹ CC 30107/MG.

²⁷² Resp 134961/RJ; Resp 1645574/SP.

obtidas duas ocorrências²⁷³, já analisadas e que nada acrescentariam à questão que envolve algum tratamento específico sobre o limite às artes plásticas.

Pensa-se, assim, que o inciso II e o inciso VIII, do artigo 46, trabalhados conjuntamente pelas razões já expostas, possuem tratamento relativamente adequado quanto à avaliação do que seria “pequenos trechos”, sempre verificado em um aspecto casuístico, em que se analisa a acessoriedade ou não do uso da obra reproduzida, porém a ausência de qualquer decisão sobre a possibilidade e uso de reprodução de obra integral para uso privado e sem finalidade de lucro, mesmo em caso de obras raras e indisponíveis, demonstra que o Poder Judiciário, dada sua inércia, nem sempre poderá socorrer uma legislação inoperante e incapaz de considerar a devida equalização entre os valores que clamam por adequação.

Volte-se ao inciso III, do artigo 46, da Lei 9.610/98²⁷⁴, que trata do denominado direito de citação. Como já foi explicado, o referido limite ao direito autoral exige que a citação seja destinada a fim de estudo, crítica ou polêmica, sendo utilizada na medida justificada ao objeto que o autor espera atingir, havendo sempre o dever de indicar o nome e origem da obra utilizada. A pesquisa à base de dados jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça foi feita com o uso dos termos gerais, acrescidos da expressão “citação”. O resultado foi de 56 acórdãos²⁷⁵, e, após a leitura das decisões,

²⁷³ Resp 1343961/RJ; Resp 1422699/SP.

²⁷⁴ Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: (...) III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra.

²⁷⁵ AgInt Aresp 2355302/SP (discute temática de direito autoral, porém, não relacionado ao direito de citação - não houve julgamento do mérito em virtude da Súmula 07 do STJ); Resp 2008122/SP; AgInt Resp 1887908/SC; Resp 1969653/MS; Edcl no AgInt no Pedido de Uniformização de Lei 1204/PR; Resp 1967264/SP (discute sobre a desnecessidade de indicação do nome do autor e da obra em paródia); AgInt AgResp 1870273/SP; AgIn Recl 41408/PR; AgInt Aresp 997278/PR; Edcl AgInt Resp 1804578/SP; AgInt Resp 1804578/SP (discussão sobre o uso de imagem); AgInt no Aresp 1376071/SP; AgInt Aresp 1265610/SP; Resp 1704189/RJ (esse acórdão foi analisado, discute o uso de música em programa televisivo, que utilizou refrão para intitular o nome do programa); Resp 1450302/RJ; AgInt Aresp 1554260/SP; HDE 818/EX; AgInt Aresp 1253127/SP; AgInt Agint Aresp 1024331/SC; AgRg Aresp 397849/PR; HC 186405/RJ; Resp 1160039/BA (discussão sobre o prazo prescricional para a cobrança do direito autoral); Resp 1424004/GO (discute sobre a incidência de juros para a indenização em virtude violação a direito autoral, considera a natureza extracontratual da relação entre o violador e o detentor do direito violado); RHC 38233/SP; Resp 1081793/SP ; AgRg Resp 1163175/PA; Resp 1096604/DF; AgRg Resp 198310/SP (trata de questão que envolve direito autoral, porém, não diz respeito ao direito de citação – não houve julgamento de mérito em virtude da Súmula 07 do STJ); Resp 968307/SP; AgRg Resp 1254038/PR; Resp 951521/MA; Edcl AgEg Resp 1023728/RS; AgRg Edcl AgIn1103819/PB; AgRg Resp 1080321/RS; AgRg Resp 878523/RS; AgRg Resp 862628/RS; AgRg Resp 1058665/PR; Resp 1088082/RJ; AgRg AgRg Resp 1108563/PB; Resp 1102072/SP; HC 118443/SP; Resp 1063123/AM; AgRg Resp 1042151/SP; Resp 958410/SC; Resp 972766/SP; AgRg Ag 595448/RJ (trata de questão que envolve direito autoral, porém, não diz respeito ao direito de citação – não houve julgamento de mérito em virtude da Súmula 07 do STJ); Resp 791630/RJ (discussão sobre a cobrança de direitos autorais em quartos de hospital onde estão instalados televisores); AgRg Ag

observou-se o total de 53 acórdãos como falso positivo (alguns que em nada se relacionavam ao tema de direito de autor, outros que não se ligavam ao objeto de análise específico), e três acórdãos tratavam especificamente sobre o direito de citação aplicado ao direito autoral²⁷⁶.

Considerando-se a ordem cronológica dos julgados encontrados, será iniciada a abordagem com análise do Resp 23746/SP, julgado pela Quarta Turma, em 28 de março de 1995, cujo ministro relator foi Sálvio Figueiredo Teixeira. Pela data da decisão, pode-se observar que a lei autoral aplicável foi aquela já revogada (Lei 5.988/73). O imbróglio envolveu a publicação em revista do *script* do último capítulo da novela “Ti ti ti”. O escritor e roteirista, Cassiano Moraes Mendes (conhecido como Cassiano Gabus Mendes), propôs ação contra a Bloch Editores, em que pleiteou indenização por contrafação praticada em virtude da publicação do *script* do último capítulo da citada novela. Como defesa, a Editora Bloch alegou que a publicação seria autorizada em virtude do direito à informação e à citação. A sentença proferida pelo juízo singular julgou improcedente a pretensão do requerente, por entender que a publicação do *script* do último capítulo não envolveria a impressão gráfica do contexto global da obra. Contra a sentença, foi interposta apelação, rejeitada, por não ter ficado caracterizada impressão ou edição de obra dentro dos limites de tolerância, conferidos pelos direitos de informação e de citação. Após a negativa aos embargos de declaração oferecidos, foi interposto Recurso Especial, que veiculou a impossibilidade de exercício do direito de citação ante a ausência de qualquer obra citante (o último capítulo ainda não tinha sido televisionado) e também não seria possível se falar em direito de informação sobre fato ainda não ocorrido, ainda que a divulgação *ipsis litteris* de partes capitais do último capítulo da novela teria desrespeitado o ineditismo, o que acarretaria ofensa ao direito moral de divulgação do criador intelectual.

O voto proferido pelo ministro relator trouxe o direito moral do autor de conservar sua obra inédita e, de acordo com sua conveniência, escolher o momento e a forma de apresentá-la ao público. Considerando-se que a publicação da revista ocorreu uma semana antes da veiculação da novela, sem a autorização do criador,

396391/SP; Resp 228716/SP (discute sobre a incidência de juros para a indenização em virtude violação a direito autoral); Resp 31085/SP; Resp 174107/SP; Resp 262839/PB (discussão sobre a legitimidade de cobrança de direitos autorais pelo ECAD); Resp 164047/SP; Resp 197962/SP; Resp 128340/MG (discussão sobre a cobrança de direitos autorais em quartos de motel onde estão instalados televisores); Resp 23746/SP.

²⁷⁶ Resp 23746/SP; Resp 1450302/RJ; Resp 2008122/SP.

tem-se caracterizada a infringência ao direito moral e patrimonial do autor. Sobre a avaliação do direito de citação aplicável ao caso (p. 5):

A citação consiste na transcrição de trechos de obras normalmente para fins de crítica ou de reforço de argumentação, recurso, aliás, de que já me utilizei neste voto ao citar talentoso jurista. Pressupõe, contudo, que a obra de que extraído o excerto já tenha sido publicada.

Prosseguindo, o ministro relator também afastou o exercício regular do direito de citação, eis que a conduta não estaria justificada pela prática do direito à informação. O intento da requerida, ao transcrever metade do *script*, não teria sido somente de noticiar o fim da novela, mas de antecipar os principais lances de desfecho, estampando na capa chamadas, por exemplo: “Exclusivo”, “Saiba agora como será, na íntegra, o final de Ti ti ti”. Ao fim, concluiu-se pela necessária reforma da decisão, porquanto estaria caracterizada infringência ao direito de autor do criador da novela, o que foi seguido, por unanimidade, pelos demais integrantes. Mostrou-se bem alinhado o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça ao defender o direito de autor em seu aspecto moral, que envolve o direito de escolha do criador da obra em torná-la pública ou não. A baliza, ao direito de citação, assim, revela-se necessária, a despeito da importância que tal restrição possui.

Acórdão encontrado que toca diretamente o direito de citação foi o Resp 1450302/RJ, julgado, por unanimidade, pela Quarta Turma, em 11 de fevereiro de 2020, pelo voto do ministro relator Marco Buzzi. Trata-se de discussão sobre o uso de poema integral de Cecília Meireles, denominado o “O Lagarto Malvado”, em livro didático intitulado “Na Ponta da Língua”, destinado à 4ª série do ensino fundamental. A ação foi movida pelos herdeiros da conhecida poetisa contra a editora do livro didático e tinha como objetivo a proibição de o livro vir a ser reeditado ou reimpresso. O pedido dos herdeiros não fora acolhido nas instâncias ordinárias, razão pela qual foi interposto recurso especial. As razões recursais basearam-se no fato de que o poema, a despeito de ter sido publicado em um livro de poesias denominado “Ou Isto ou Aquilo”, deveria ser considerado uma obra literária em si e que, por isso, o artigo 46, inciso III, da Lei 9.610/98, não assentiria no uso não autorizado da obra em sua integralidade, sendo admissível somente o uso de “passagens da obra”.

O voto proferido admitiu ser a poesia uma obra literária em si, a despeito de ser publicada em um livro. Todavia, a abordagem que envolve a incidência do permissivo legal, que impõe restrição ao direito de autor, prevista no inciso III, do artigo 46, da Lei

9.610/98, exigiu uma interpretação mais abrangente, condizente à indispensável adequação à necessidade educacional e à própria proteção ao direito moral do autor. Entendeu o ministro relator que a reprodução apenas parcial do poema (p. 11) “poderia ensejar interpretações outras, proporcionando a violação do conteúdo da obra, o que, conseqüentemente, ocasionaria atentado ao direito moral do autor que, nos termos da legislação de regência (art. 24, inciso IV da Lei 9.610/98), tem o direito de “assegurar a integralidade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la”. De outro lado, dada a relevância da obra e a nítida constatação da finalidade do uso da obra – unicamente para auxiliar o ensino e estudo –, tem-se que o uso não autorizado foi utilizado na medida justificada para atingir seu fim, “que reclama, na hipótese, a necessária citação e análise integral da obra singular poética, tanto para viabilizar o seu adequado estudo como para não prejudicar a integralidade do produto literário” (p. 14). Indo um pouco mais além, já que o inciso III não impõe tal exigência, o ministro relator pontuou que a citação realizada não causaria qualquer prejuízo ao titular do direito autoral, ao revés, porquanto proporcionava que uma nova geração de jovens estudantes tivesse conhecimento da renomada obra da “célebre e finada poetisa, contribuindo para a difusão da informação e da cultura literária brasileira” (p. 14).

O julgado provoca grande alento de equidade em um conturbado mundo autoral que prima pela prevalência de um texto pouco atento às necessidades e mudanças sociais. A equalização entre a proteção autoral e o direito à difusão do conhecimento e do ensino expressa-se pela correta da interpretação legal aplicada ao texto. Sem fazer referência aos valores constitucionais nitidamente presentes, verificaram-se a promoção e busca pelo desenvolvimento da cultura e do ensino.

O Resp 2008122/SP, julgado pela Terceira Turma, em 22 de agosto de 2023, deu cabo à discussão sobre o serviço de retransmissão de notícias e matérias jornalísticas denominado *clipping*. Por meio de pagamento, usuários receberiam o serviço de notícias editadas, porém não produzidas pelo provedor desse serviço. As empresas jornalísticas – Folha de São Paulo e Agora São Paulo – ajuizaram ação contra a empresa de *clipping* (*Linear Clipping*), por entenderem que as notícias veiculadas em seus respectivos canais estariam acobertadas pela proteção autoral e que não poderiam ser replicadas ou editadas, sem a devida autorização, no serviço de *clipping*. Nas instâncias inferiores, o pedido foi julgado improcedente, tendo-se em vista a incidência do limite autoral previsto no artigo 46, inciso I, a (que permite a

reprodução na imprensa diária ou periódica de notícia ou artigo informativo), e no inciso VIII (que autoriza a reprodução de pequenos trechos, quando a reprodução não constituir objeto principal da obra nova e não prejudicar a exploração normal da obra). O voto proferido pela relatora, ministra Nancy Andrigli, integrante da Terceira Turma, teve como premissa inicial a incidência da norma autoral a toda criação que configure exteriorização de uma expressão intelectual original, para estender a incidência à produção jornalística (o que demonstra, mais uma vez, o caráter exemplificativo do artigo 7º). E, no caso concreto, entendeu que a proteção à matéria jornalística não alcançaria os fatos noticiados, mas a matéria jornalística, “com seus contornos específicos de forma e conteúdo (linguagem utilizada e análise realizada)” (p. 9).

O interessante julgado, ainda, desenvolveu a temática específica da limitação autoral, ao excluir a incidência do artigo 46, inciso I, a, pelo fato de a atividade do autor não poder ser incluída na hipótese de “imprensa diária ou periódica”. Também não seria reprodução de pequenos trechos, conforme permissão do inciso VIII, do artigo 46, por causar prejuízo injustificado aos autores da obra jornalística. Por derradeiro, concluiu-se que o serviço de clipagem não constitui mera citação de obra alheia, pois a “recorrida utiliza as matérias jornalísticas como insumo do produto que comercializa, e não como meras citações” (p. 15). Com efeito, a decisão reformou, por maioria²⁷⁷, o acórdão proferido pelo Tribunal local e acolheu o pedido dos requerentes.

Os julgados analisados, no total de três, mostraram-se alinhados ao entendimento doutrinário acerca do direito de citação, que tem como fundamento a necessidade de proteção a valores deveras relevantes tais como o acesso ao conhecimento, à expressão e à informação. O primeiro deles demonstrou apreço pelo direito moral de autor, diante da exploração econômica de obra que sequer tinha sido veiculada. Em sentido semelhante, a última decisão considerou ofensivo o uso da ferramenta denominada clipagem de notícias e afastou a suposta legalidade ao direito de citação, face à proteção à obra jornalística e à restrição ao uso por terceiro com finalidade econômica. Por derradeiro, tem-se que a decisão proferida que autorizou a manutenção de poesia da Cecília Meireles em livro didático teve o louvor de conseguir o equilíbrio necessário entre a proteção ao direito moral de autor e a preservação e

²⁷⁷ O voto vencido, proferido pelo ministro Moura Ribeiro, entretanto, deixa evidente que a questão não é tão simples, porquanto entendeu o ministro que o serviço de clipagem oferecido pelo recorrido poderia ser considerado um serviço de imprensa e que notícias não seriam tidas como criações do espírito, razão pela qual seria autorizada a prática de clipagem de notícias, diante do permissivo do artigo 46, inciso I, a.

promoção da educação e do ensino. A despeito do parco número de julgados sobre esse tema, tem-se que a qualidade das decisões mostrou-se de grande valia para o fim de vislumbrar uma correlação justa entre o entendimento doutrinário e a aplicação legal.

Seguindo a ordem estabelecida na disposição legal, iremos buscar-se-ão e se analisarão os julgados relacionados ao inciso IV, do artigo 46, que autoriza seja realizado apanhado de lições em estabelecimentos de ensino, sem a necessidade de autorização prévia e expressa por aquele que ministrou a aula ou ensino, sendo vedada a publicação²⁷⁸. Já se viu que a doutrina apresenta severa crítica a esse dispositivo, pois o objetivo dele não seria o óbvio, declarar o direito do estudante em realizar as anotações, mas o direito do professor em controlar o que seria feito com essas anotações, o que revela muito mais um reforço ao direito autoral do que propriamente uma limitação. Foram realizadas, assim, cinco consultas, sempre se conjugando os termos gerais a um termo específico, que, nesse caso, foram “estudantes”, “lições”, “obra original”, “professor”, “professores”. O resultado foi, respectivamente, de nenhuma ocorrência, cinco²⁷⁹, cinco²⁸⁰, uma²⁸¹ e nenhuma ocorrência. Nenhuma das ocorrências tratou especificamente sobre o conteúdo do inciso IV, do artigo 46.

O inciso V, do artigo 46²⁸², por seu turno, trata do direito de uso de obras protegidas pela Lei Autoral em estabelecimentos comerciais, para o fim de demonstração para a clientela do produto, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos para sua utilização. Para tanto, a consulta foi realizada utilizando-se os termos gerais e a expressão “estabelecimento

²⁷⁸ Artigo 46 (...) IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;

²⁷⁹ Termos gerais acrescido de “lições”: AgRg Resp 1104365/RS; AgRg Resp 862628/RS; AgRg Resp 861181/RS; AgRg Resp 834025/RS; Resp 1113959/RJ.

²⁸⁰ Termos gerais acrescido de “obras originais”: Eresp 1810440/SP (discussão sobre paródia em propaganda eleitoral); Resp 1727950/RJ (discussão sobre o direito moral em reivindicar a autoria da obra); Resp 1810440/SP (discussão sobre paródia em propaganda eleitoral); Resp 951521/MA (reprodução de obra localizada em logradouro público, já analisado); Resp 594526/RJ (discussão sobre direito de sequência dos herdeiros).

²⁸¹ Termos gerais acrescido de “professor”: MS 20940/DF.

²⁸² Artigo 46 (...) V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização.

comercial”, obtendo-se o total de 16 acórdãos²⁸³. Dentre os 16 acórdãos, somente um deles não se referiu especificamente ao assunto tratado (Resp 983357/RJ).

O julgado mais antigo refere-se ao Resp 2961/RJ, da Quarta Turma, de relatoria do ministro Cesar Asfor Rocha, em 11 de junho de 1996, que, a despeito de não desenvolver profundamente os fatos e fundamentos jurídicos, trouxe embasamento para decisão a incidência da Súmula 63 do STJ²⁸⁴. A justificativa da própria edição da Súmula citada seria o lucro indireto outorgado ao empresário por incremento da clientela²⁸⁵.

A decisão colegiada, proferida no Resp 68514/RJ, da Segunda Seção, de 12 de junho de 1996, e de relatoria do ministro Nilson Naves, decidiu questão que envolvia a incidência da cobrança de direitos autorais pela retransmissão de músicas em quartos ou apartamentos de hotéis. O ministro relator entendeu que o quarto do hotel não poderia ser considerado estabelecimento comercial, não sendo aplicável, nesse caso, o comando da Súmula 63 do STJ. A execução em quarto de hotel, assim, não poderia ser considerada execução pública, pois seria equivalente à própria casa do hóspede, e somente seria reproduzida dentro da esfera de atuação particular do interessado. Além disso, não seria possível, de fato, ter conhecimento se o hóspede ouviu a música. Dito isso, a obrigação em pagar direitos autorais pela retransmissão de músicas somente seria cabível caso os hotéis viessem a reproduzir o fonograma em seus restaurantes, salões de festas, por exemplo. O voto proferido pelo ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira acrescentou o argumento de que a música teria pouca relevância na qualificação dos hotéis, não sendo crível se falar em lucro indireto obtido por meio da música ambiente. O voto proferido por Ruy Rosado de Aguiar, a despeito de acolher a decisão do ministro relator, estabeleceu tendência que seria seguida posteriormente: enunciou que seria devido o direito autoral por disponibilidade de

²⁸³ Resp 1152820/SP; Resp 1067706/RS; Resp 1088045/RJ; Resp 983357/RJ; Resp 509086/RJ; Resp 510262/RJ; Resp 174464/PR; Resp 94363/ES; Resp 111105/PR; AgRg Resp 202783/ES; Resp 128040/GO; Resp 83813/RS; Resp 90878/RJ; Resp 109149/SP; Resp 68514/RJ; Resp 2961/RJ.

²⁸⁴ Súmula 63 do STJ: são devidos direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas em estabelecimentos comerciais.

²⁸⁵ No mesmo sentido: Resp 109149/SP (Quarta Turma); Resp 90878/RJ (Terceira Turma) (incidência de direitos autorais pela transmissão de músicas em mercado); Resp 83813/RS (Terceira Turma) (incidência de direitos autorais pela transmissão de músicas em mercado); Resp 128040/GO (Terceira Turma) (incidência de direitos autorais pela transmissão de músicas em mercado); AgRg no Resp 202783/ES (incidência de direitos autorais pela transmissão de músicas em motel, não se discutiu a questão sobre a natureza da hospedagem – pública ou privada); Resp 111105/PR (Quarta Turma); Resp 94363/ES (Quarta Turma); Resp 174464/PR (Quarta Turma) (incidência de direitos autorais pela transmissão de músicas em restaurante); Resp 509086/RJ (Terceira Turma) (incidência de direitos autorais pela transmissão de músicas em bar e boate).

música ao hóspede em quarto de hotel, porém haveria de ser estabelecida uma maneira adequada de apuração, já que o uso dependeria da vontade do usuário.

As decisões acima avaliadas tinham como substrato normativo a Lei 5.988/73, mais especificamente, o artigo 73²⁸⁶, que estabelecia como critério para a incidência da regra a existência de lucro direto ou indireto do estabelecimento comercial. Com o advento da Lei 9.610/98, o artigo 68²⁸⁷ já não previa a necessidade de demonstração de lucro direto ou indireto. Com efeito, os fundamentos que erigiram a Súmula 63, do STJ, também deixaram de encontrar adequação normativa. Vê-se igualmente modificação nas decisões proferidas pelo STJ. O Resp 510262, julgado em 15 de abril de 2004, da Quarta Turma e de relatoria do ministro Cesar Asfor Rocha, discutiu a incidência da cobrança de direitos autorais por transmissão radiofônica, mediante sonorização ambiental (nos elevadores e áreas comuns), em condomínio de estabelecimentos comerciais. O Recurso Especial foi interposto pelo ECAD, em virtude do julgamento de apelação que entendeu que o condomínio composto por profissionais liberais não se enquadraria no conceito de estabelecimento comercial bem como que a sonorização não proporcionaria qualquer lucro. O recurso foi acolhido, porquanto, além de restar caracterizado o conceito de estabelecimento comercial ao caso, verificou-se a dispensa quanto ao lucro direto ou indireto.

A avaliação sobre a incidência de direitos autorais pela retransmissão por rádio ou televisão em quartos de hotéis também foi restabelecida em parâmetros pautados na nova legislação. A discussão não seria mais a verificação de lucro direto ou

²⁸⁶ Art. 73. Sem autorização do autor, não poderão ser transmitidos pelo rádio, serviço de alto-falantes, televisão ou outro meio análogo, representados ou executados em espetáculos públicos e audições públicas, que visem a lucro direto ou indireto, drama, tragédia, comédia, composição musical, com letra ou sem ela, ou obra de caráter assemelhado.

²⁸⁷ Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.

§ 1º Considera-se representação pública a utilização de obras teatrais no gênero drama, tragédia, comédia, ópera, opereta, balé, pantomimas e assemelhadas, musicadas ou não, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, em locais de frequência coletiva ou pela radiodifusão, transmissão e exibição cinematográfica.

§ 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.

§ 3º Consideram-se locais de frequência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas.

indireto²⁸⁸, tampouco o caráter público ou privado do ambiente, mas se o quarto de hotel ou motel seria ambiente de frequência coletiva ou não. Nesse sentido, o Resp 1088645/RJ, da Terceira Turma, por relatoria do ministro Massami Uyeda (vencido o relator)²⁸⁹, decidiu, em 22 de setembro de 2009, pela incidência da cobrança de direitos autorais em quarto de motel ou hotel quando existentes aparelhos de rádio ou televisão, por entender que se tratava de ambiente de frequência coletiva. Esse entendimento, inclusive, foi mantido no julgamento de Tema Repetitivo (n. 1066)²⁹⁰.

Os julgados avaliados a respeito da limitação ao direito autoral de transmissão de obras estéticas em estabelecimento comercial deixaram evidentes dois pontos sensíveis: i) a combatividade e representatividade do ECAD, quanto à luta para não haver mitigação do direito autoral, especialmente patrimonial, o que não significa dizer que há efetiva proteção ao autor; ii) o recrudescimento do direito autoral em dispositivo legal que pouco se comenta, porquanto, se a limitação estudada outrora era possível, quando não se verificasse lucro direto ou indireto, agora esse requisito não é mais necessário, o que significa dizer que a limitação tornou-se de incidência ainda mais restrita.

O inciso VI, do artigo 46²⁹¹, trata da limitação que permite a representação teatral e a execução musical, realizadas no recesso familiar e nos estabelecimentos de ensino, para fins didáticos e sem qualquer intento lucrativo. A pesquisa dirigiu-se à busca pelo tratamento dispensado à representação teatral, por se tratar de hipótese mais específica, se comparada à execução musical, que traria uma ampliação

²⁸⁸ Em igual sentido, no Resp 1067706/RS (Quarta Turma) entendeu-se devida a incidência de direitos autorais pela exibição de programas em televisor instalado na sala de espera de clínica, não sendo necessária mais a discussão sobre o auferimento de lucro direto ou indireto. No Resp 1152820/SP (Quarta Turma) também se julgou pelo cabimento da cobrança de direito autoral pela exposição de músicas em supermercado, ocasião em que se dispensou o cabimento de auferimento de lucro direto ou indireto.

²⁸⁹ “E no exercício deste mister, a exegese que mais se coaduna com toda com o ordenamento jurídico em vigor é no sentido de restringir a cobrança de direitos autorais apenas às aéreas comuns do motel (a exemplo de uma recepção ou saguão), o qual, repita-se, está definitivamente enquadrado dentre os locais de frequência coletiva, restando, pois, inviável a exação se as obras forem executadas no interior de seus cômodos individuais, os quais não passam de meros locais de habitação coletiva” (p. 8).

²⁹⁰ Tema Repetitivo 1066 (Segunda Seção, julgamento em 29 de setembro de 2020): “a) A disponibilização de equipamentos em quarto de hotel, motel ou afins para a transmissão de obras musicais, literomusicais e audiovisuais permite a cobrança de direitos autorais pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. b) A contratação por empreendimento hoteleiro de serviços de TV por assinatura não impede a cobrança de direitos autorais pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, inexistindo bis in idem”.

²⁹¹ Artigo 46 (...) VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;

demasiada de resultados, sendo utilizada a expressão “representação teatral”, seguida dos termos gerais, quando foi obtido um único resultado²⁹², que, após, avaliado, viu-se ser aplicável ao presente estudo. Considerando-se que a execução de músicas e a representação teatral poderiam ser realizadas no recesso familiar, o termo empregado foi “familiar”, também acrescido dos termos gerais, sendo obtido o total de 17 acórdãos²⁹³, dos quais, somente três guardam pertinência temática com o presente assunto (um dos quais coincidiu com a pesquisa anterior)²⁹⁴. A outra opção para a incidência normativa seria o uso de representação teatral e de execução música em estabelecimentos de ensino, razão pela qual foi utilizada como critério de busca a palavra “ensino”, também conjuntada aos termos gerais, sendo obtidos 17 acórdãos²⁹⁵, dentre os quais, foi possível se identificar cinco acórdãos²⁹⁶ relacionados ao tema, sendo dois deles já identificados nos termos de pesquisa anterior.

Sobre a execução musical realizada no âmbito familiar, em 04 de junho de 2013, houve análise pelo Resp 1320007/SE, da Terceira Turma, de relatoria da ministra Nancy Andrighi. O substrato fático envolvia a discussão sobre a incidência de direito autoral em virtude de evento religioso (cerimônia, seguida de culto), em que era realizada formatura para os alunos que concluíam um curso teológico e que tinha como participantes os formandos e familiares, sem qualquer intento lucrativo. Após estabelecer a regra geral que impõe a cobrança de direitos autorais em locais de frequência coletiva, independentemente de intento lucrativo ou não, a ministra apresentou a hipótese de limitação aplicável ao caso. Para tanto, trouxe interpretação ao inciso VI, do artigo 46, que dispensa a cobrança de direito autoral quando a

²⁹² Resp 1575225/SP.

²⁹³ Resp 1715798/RS; Resp 1716113/DF; Resp 1873377/SP; AgInt Edcl Resp 1817854/RS; Resp 1841953/PR; AgInt Edcl AgInt Aresp 1203742/DF; Resp 1740265/SP (discussão sobre a sucessão em direitos autorais); AgRg Aresp 842256/SP; AgInt Aresp 972870/SP; Resp 1575225/SP; Resp 1546140/PR (discussão sobre a cessão de direito autoral); Resp 1320007/SE; Resp 1198105/RJ; Resp 500182/RJ; Resp 963353/PR; Resp 812465/RS; Resp 255774/PB.

²⁹⁴ Resp 1320007/SE; Resp 1575225/SP; AgInt Aresp 972870/SP.

²⁹⁵ Resp 1691899/RJ (discussão sobre o uso do termo “paraolímpico”); RMS 62878/RJ; AgInt Edcl AgInt Aresp 1203742/DF; Resp 1450302/RJ (discussão sobre o uso de poema de Cecília Meireles em livro didático, já analisado em outra ocasião, pois relacionado ao direito de citação); AgInt Aresp 444558/SP; Resp 1431565/MG; Resp 1575225/SP; AgRg Aresp 651099/PR; Resp 1416758/RS; Resp 1328706/MG (discussão sobre responsabilidade do provedor de internet); Resp 1320007/SE; AgRg Resp 1278263/RJ; Resp 1201340/DF (discussão sobre publicação de obra na *internet* sem a autorização do autor); Resp 1127220/SP; AgRg Resp 1072803/RS; Resp 384339/PR; Resp 760157/RJ (discussão sobre o uso de imagem em programa televisivo de ensino, denominado “telecurso”).

²⁹⁶ AgRg Resp 1278263/RJ; Resp 1320007/SE (decisão já encontrada quando consultado o termo “familiar”); Resp 1416758/RS; Resp 1575225/SP (decisão já encontrada quando consultado o termo “familiar”); Resp 1431565/MG.

execução ocorrer no recesso familiar. Passou-se, então, à abordagem do que seria o “recesso familiar”. Sob uma interpretação teleológica, a ministra concluiu que “recesso familiar” não tem como significado exclusivamente a noção de residência, mas um ambiente que envolva um círculo familiar em que se vislumbra um “*intuito familiae*”. Uma vez que a cerimônia e o culto posterior estariam limitados aos formandos, familiares e amigos próximos, restaria evidente o ambiente familiar em que ocorria a execução das músicas, não sendo devida a cobrança de direitos autorais²⁹⁷. O voto vencido do ministro Sidnei Beneti, entretanto, dirigiu-se ao não acolhimento do recurso especial, para o fim de admitir a cobrança de direito autoral. O fundamento pautou-se na localidade em que foi realizado o evento, considerado um grande Centro de Convenções. Sendo assim, “precedente que assim se lançasse certamente transmigraria para situações numericamente incontroláveis, frustrantes de direitos autorais legítimos” (p. 24).

Ainda sobre a discussão “recesso familiar”, em que se dá a execução de músicas ou representação teatral, também foi objeto de análise no Resp 972.870/SP, julgado, por unanimidade, em 13 de dezembro de 2016, pela Quarta Turma, de relatoria do ministro Raul Araújo. A discussão sobre a legalidade ou não da cobrança de direito autoral dizia respeito à festa de debutante, realizada em um recinto de hotel, que teve 300 convidados. Rejeitado o recurso especial, foram utilizados os argumentos trazidos no acórdão proferido pelo tribunal de origem, que considerou o local onde ocorreu a festa – local público – bem como a quantidade de participantes.

Sobre a autorização legal para a execução musical em âmbito familiar ou em estabelecimentos de ensino, discutiu-se o cabimento da cobrança de direitos autorais pela execução de músicas culturais e folclóricas em festa junina promovida pela escola. Refere-se, aqui, ao Resp 1575225/SP, de lavra da Segunda Seção, por maioria, que teve como ministro relator Raul Araújo, em julgamento ocorrido em 22 de junho de 2016. O ECAD, vencido no tribunal de origem, interpôs recurso especial, sob o argumento de que a autorização legal para não incidência da cobrança seria somente admitida em caso de restar configurado o ensino da música, e não em evento de festa junina. O voto do ministro relator deixou de acolher as razões recursais, dada

²⁹⁷ “A excepcionalidade criada pelo art. 46 da Lei Autoral é muito clara: havendo uma festa que se caracterize como “recesso familiar”, a cobrança é indevida, pois não há violação ao direito dos autores das obras musicais, quando ocorre somente a locação do espaço físico para a realização de evento. Vale repisar: existindo a intenção de gerar um ambiente familiar, não devemos falar em violação de direitos autorais, o que afasta a incidência dos encargos cobrados pelo ECAD” (p. 12).

a importância da festividade, que confere um relevante vínculo entre a escola e a família, conferindo confraternização, ao mesmo tempo em que promove a cultura: “tratando-se de uma festa de confraternização, pedagógica, didática, de fins culturais, que congrega a escola e a família, é fácil constatar que a admissão da cobrança de direitos autorais representaria um desestímulo a essa união.

Esse desagregamento não deve ser a tônica do presente julgamento, levando-se em consideração a sociedade brasileira, tão marcada pela violência e carente de valores mais sólidos” (p. 10). Em sentido contrário, a ministra Maria Isabel Gallotti proferiu o voto, porquanto entendeu que não haveria de se falar em finalidade didática, pois a festa junina não seria voltada aos alunos, mas ao público geral, cuja finalidade seria proporcionar diversão. Ela defendeu, ainda, que a interpretação das limitações não poderia ser extensiva, para que viesse ampliar o cabimento da expressão permissiva que autoriza a execução musical para finalidade didática²⁹⁸. No mesmo sentido, o ministro Luis Felipe Salomão arrazoou que toda instituição de ensino privada tem, direta ou indiretamente, a intenção de lucro nas atividades que realiza, sem falar do *marketing* proporcionado pelo festejo, ao atrair o público em geral. Assim, visto que a festa junina não se destina a fins exclusivamente didáticos, o direito autoral seria devido pela execução de músicas. Ao fim, o voto do ministro relator, por maioria, sagrou-se vencedor, no sentido de não ser devida a cobrança de direitos autorais em festa junina.

Antes de ser firmado esse entendimento pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, foi encontrada decisão proferida pela Quarta Turma, em julgamento realizado em 19 de março de 2013, de relatoria do ministro Antonio Carlos Ferreira, que concluiu pelo cabimento da cobrança de direito autoral em festa junina realizada em escola, pois a incidência da cobrança prescinde de qualquer discussão sobre a existência ou não de lucro. Observa-se, assim, que não houve discussão sobre a limitação ora estudada, que envolve a não cobrança em caso de evento realizado em estabelecimento de ensino, desde que destinada a fins didáticos. A decisão, assim, mostrou-se rasa, talvez por falta de fundamentação recursal.

²⁹⁸ Mostra-se bem presente, a exemplo desse voto, o entendimento, já objeto de crítica, que prima por uma interpretação restritiva aplicada aos limites autorais. Transcreve-se o fragmento do voto da ministra: “Isso porque penso que o art. 46, inciso VI, da Lei 9.610/98, como representa restrição aos direitos autorais, não deve merecer interpretação extensiva do que sejam esses “fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro”. Tanto que a lei fala em “fins exclusivamente didáticos” (p. 11).

Duas outras decisões trataram da incidência da cobrança de direitos autorais em evento realizado por instituição de ensino. O Resp 1416758/RS, julgado em 03 de junho de 2013, pela Terceira Turma, de relatoria da ministra Nancy Andrighi, julgou legítima a cobrança de direitos autorais à Universidade Federal de Santa Maria em virtude de evento musical realizado em praça pública. Ele entendeu que a cobrança seria adequada pelo fato de a realização do evento ter ocorrido fora dos limites físicos da Instituição de Ensino e reiterou, ainda, a prescindibilidade de o evento buscar ou não lucro. O Agravo Interno no Resp 1431565/MG, julgado em 26 de setembro de 2017, pela Quarta Turma, de relatoria do ministro Antonio Carlos Ferreira, manteve o mesmo entendimento sufragado no julgado anterior, porquanto entendeu cabível a cobrança de direito autoral em virtude de evento gratuito (“Semana do Fazendeiro”), realizado fora das dependências da Universidade Federal de Viçosa (ocorreu no Parque de Exposição da Violeira). A par da superada discussão sobre a incidência da cobrança em eventos gratuitos ou não, tem-se que o critério que dirigiu as decisões foi o local onde ocorrera o evento. Para tanto, aplicou-se a literalidade do dispositivo legal que estabelece a dispensa da cobrança pela representação teatral ou execução música quando forem realizadas “para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro”. Por certo, a dicção legal pressupõe que tais eventos realmente sejam realizadas “nos” estabelecimentos de ensino. Porém, talvez a interpretação nesses estritos limites confirme, ainda mais, a verificada tendência à proteção autoral, primada em uma hermenêutica pouco afeta à admissão de restrições.

Para avaliação do posicionamento judicial, segundo as decisões do Superior Tribunal de Justiça, quanto ao inciso VII, do artigo 46²⁹⁹, foram utilizadas as expressões gerais, acrescidas do termo “produção de provas”, não sendo encontrado qualquer resultado.

Repise-se que o inciso VIII, do artigo 46, foi devidamente avaliado em conjunto com o inciso II, do mesmo artigo, por se tratar de termos coincidentes e assunto semelhantes.

²⁹⁹ Artigo 46 (...) VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;

Encerradas as hipóteses do artigo 46, segue-se a hipótese prevista no artigo seguinte³⁰⁰, que aborda a limitação de direito autoral em caso de paródias e paráfrases, desde que não sejam reprodução das obras originárias e não impliquem descrédito. Foram realizadas duas consultas, utilizando-se separadamente dois termos, “paródia” e “paráfrase”, cada qual conjugado aos termos gerais. Para o termo “paródia”, foram encontrados oito resultados³⁰¹, sendo apenas um descartado, em virtude da não avaliação do mérito do recurso diante da incidência da Súmula 7 do STJ³⁰². Para o termo “paráfrase”, foram verificados seis acórdãos³⁰³, todavia cinco deles coincidiram com a busca anterior, sendo apenas um deles diverso³⁰⁴. Esse acórdão encontrado, Resp 1645746/BA, tratou de questão que envolveu o plágio de obra literária, cuja matéria de defesa do requerido foi que a paráfrase não constitui plágio, tampouco qualquer ilicitude, o que ficou demonstrado pelo exame comparativo das obras, com a ausência de qualquer traço inédito à obra derivada. No mais, o referido aresto pouco acrescentou à discussão.

Em discussão sobre o uso de música alterada em propaganda veiculada em comercial televisivo, viu-se a proteção do direito autoral, tanto no aspecto moral quanto no seu aspecto patrimonial. Uma grande rede de supermercado – Carrefour – veiculou propaganda na Rede Globo de Televisão, na qual alterou o conteúdo de música denominada “Roda Roda Roda”. Contra o uso da canção, foi movida ação de reparação por danos morais e materiais pelo autor da obra e pelo cessionário dos direitos autorais. No tribunal local foi reconhecido o direito de ambos os requerentes, e, ao autor da canção, foi assentido o direito moral, enquanto ao cessionário dos direitos autorais, o direito patrimonial. Contra o acórdão, foi interposto, pelo requerido, recurso especial. O Resp 1131498/RJ foi relatado pelo ministro Raul Araújo, julgado pela Quarta Turma, em 17 de maio de 2011, sendo rejeitadas as razões recursais. No voto do ministro relator ficou consignado que a propaganda televisiva não poderia utilizar-se de letras de músicas, ainda que alteradas, sem a autorização do titular do

³⁰⁰ Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito.

³⁰¹ Eresp 1810440/SP; Resp 1967264/SP; Resp 1810440/SP; Resp 1597678/RJ; AgInt Aresp 607146/RJ; Resp 1548849/SP; Resp 1342266/PE; Resp 1131498/RJ.

³⁰² AgInt Aresp 607146/RJ.

³⁰³ Resp 1810440/SP; Resp 1967264/SP; Resp 1810440/SP; Resp 1548849/SP; Resp 1645746/BA; Resp 1131498/RJ.

³⁰⁴ 1645746/BA.

direito, porquanto tal prática não seria caracterizada como paródia ou mesmo paráfrase (p. 7):

(...) verifica-se que na hipótese dos autos a letra original da canção foi alterada de modo a atrair consumidores ao supermercado da ré, não havendo falar em paráfrase, pois a canção original não foi usada como mote para desenvolvimento de outro pensamento, ou mesmo em paródia, isto é, em imitação cômica, ou em tratamento antitético do tema. Foi deturpada para melhor atender aos interesses comerciais do promovido na propaganda.

A questão, portanto, envolve ponto um pouco mais profundo, já que toca naquilo que seria ou não paródia ou paráfrase. A decisão proferida vincula a caracterização de paródias ou paráfrases à destinação final da obra derivada, devendo sempre se voltar à formulação de outro pensamento ou à imitação cômica. A indagação que surge é a seguinte: em uma campanha publicitária, que a finalidade última representa um interesse comercial, seria possível vislumbrar a formulação de outro pensamento ou a imitação cômica? Saliente-se que a disposição legal não estabelece qualquer previsão sobre impedimento nesse sentido de que a paródia ou a paráfrase não poderia se destinar a fins comerciais. Até pelo fato de que tal impedimento inviabilizaria, de forma considerável, a razão de ser da limitação, já que as obras que veiculassem paráfrases ou paródias não poderiam ser comercializadas. O pensamento externado no voto em análise, a bem da verdade, acabaria por restringir consideravelmente a atividade publicitária, especialmente pelo fato de que a “publicidade sempre se utilizou da paródia e da caricatura como procedimentos técnicos de sua comunicação, dentro do que o professor Carrascoza assinala como uma ‘opção criativa’ adotada pela proximidade cultural entre a obra e o público” (Basso, 2021, p. 160).

Outro ponto tocado pelo voto foi o aspecto moral do direito autoral. A despeito de o autor da obra ter transferido o direito de exploração a terceiro (também autor da ação), o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito moral daquele, em virtude da alteração da letra e do direito moral do criador sobre a integridade da obra. Trata-se, assim, de consequência adequada, ainda que seja de uma causa discutível (impedimento de uso livre de músicas em campanha publicitária).

Em decisão que ampliou o que seria paródia (diferentemente da decisão acima avaliada, que restringiu consideravelmente a noção da prática criativa), o Sport Club do Recife foi acionado, pelo criador de caricatura de mascote do mesmo clube de futebol, por uso da obra artística em camisas do time sem a devida autorização (Resp

1342266/PE, Quarta Turma, relator ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 07 de março de 2017). Foi reconhecido o direito autoral sobre as caricaturas, como já esperado. O voto do ministro relator, Luis Felipe Salomão, concluiu que a produção a que se pleiteava proteção autoral tratava-se de uma paródia, porquanto a criação tinha como inspiração uma caricatura realizada há mais de 25 anos, que constitui propriedade exclusiva do clube requerido. Com efeito, a obra produzida pelo requerente constituiu-se em obra que desrespeita o direito autoral do Clube Requerido, pois realizada sem a autorização deste. Todavia, o relator foi vencido, porquanto foi reconhecido o direito autoral à caricatura como um direito autônomo e que o clube teria se utilizado indevidamente de obra alheia.

Considerável importância foi atribuída à querela entre Folha de São Paulo e Falha de São Paulo, que chegou ao Superior Tribunal de Justiça pelo Resp 1548849/SP, julgado pela Quarta Turma em 20 de junho de 2017, que teve como ministro relator Marco Buzzi³⁰⁵, em razão dos interesses em discussão, especialmente, a liberdade de expressão. O julgamento teve como questões relevantes o uso de marca, discussão sobre liberdade de expressão e de concorrência desleal. A Folha de São Paulo utilizava-se de publicações feitas pelo conhecido jornal – Folha de São Paulo – para realizar paródias e sátiras. A sentença proferida acolheu parcialmente o pleito, entendeu que não haveria, a princípio, qualquer ilegalidade na prática realizada pela Folha de São Paulo, inclusive quanto ao sítio eletrônico utilizado, pela clara evidência de que se trata de atividade de conteúdo crítico. Todavia, considerando-se que o conteúdo verificado no sítio eletrônico apresenta também conotação comercial, restaria contaminada a autorização legal, devendo ser congelado o respectivo domínio eletrônico. O tribunal de origem manteve a decisão, sendo também rejeitados os embargos de declaração. A requerida, Falha de São Paulo, com efeito, interpôs Recurso Especial. A alegação pautou-se na inexistência de impedimento à incidência do artigo 47, da Lei 9.610/98, pelo fato de existirem patrocinadores ou anunciantes (conotação comercial) e por não descaracterizar o conteúdo cômico ou caricato do trabalho.

³⁰⁵ O caso teve enorme repercussão, inclusive, internacional. A maior parte dos veículos de imprensa condenou a medida da Folha de São Paulo, por entender se tratar de censura. Veja-se, a propósito: <https://www.wired.com/2010/12/more-brazilian-cyberpolitics/>; <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/ombudsma/om0901201101.htm>; <https://web.archive.org/web/20160110050655/http://noticias.r7.com/tecnologia-e-ciencia/noticias/justica-tira-do-ar-site-que-criticava-a-folha-de-s-paulo-20101005.html>; <https://jornalggn.com.br/midia/blogs/da-serie-ombudsman-sofre-o-caso-falha/>.

O ministro relator, Marco Buzzi, entendeu pela incidência da Lei 9.610/98 e do respectivo artigo 47, em conjunto, porém com a legislação que protege o direito à marca (Lei 9.279/96). Assim, muito embora tenha verificado *in casu* que a paródia seria autorizada pela legislação autoral, concluiu que a prática desrespeitaria o direito à marca. Uma vez que a requerida, Falha de São Paulo, utilizava-se de identidade visual muito próxima àquela usada pela requerente, Folha de São Paulo, entendeu pelo desrespeito ao direito à propriedade industrial. Diante disso, vislumbra-se, nas palavras do ministro, concorrência desleal, eis que “não seria possível dissociar a imagem do *website* da imagem da marca da Recorrente”. Concluiu-se pelo necessário acolhimento do pedido do requerente, a fim de que o sítio eletrônico permanecesse congelado. Contrário ao voto do ministro relator, o Ministro Luis Felipe Salomão sagrou-se vencedor. O Ministro Luis Felipe Salomão reafirmou que a prática da Falha de São Paulo caracterizava-se como paródia e há liberdade de expressão que a justifica. Entendeu que não existia qualquer confusão entre as marcas, que o livre uso de obras para paródias não prevê como exigência qualquer questão sobre a finalidade comercial ou não, e que não se estaria diante de concorrência desleal, já que não há concorrência entre as empresas.

Tem-se que a decisão proferida estabeleceu adequado tratamento quanto à questão que envolve a finalidade comercial ou não, porquanto não seria crível admitir exigência não imposta pela legislação acerca de uma liberdade. Pensa-se que a decisão corrigiu rota verificada na decisão proferida no Resp 1131498/RJ.

A modificação do entendimento sobre a desnecessidade de avaliação de conteúdo comercial em uso livre de paródia ficou ainda mais evidente com o julgamento do Resp 1597678/RJ, pela Terceira Turma, em 21 de agosto de 2018, de relatoria do ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. O substrato fático envolvia o uso de paródia da música em “Garota de Ipanema” em campanha publicitária, com alusão à música, com a utilização de linguagem escrita e introdução de palavras que alteraram o sentido original. Tanto o juízo singular como o tribunal local entenderam que o uso mostrou-se adequado, segundo o permissivo legal. As razões recursais que fundamentaram o Recurso Especial pautaram-se na impossibilidade de o uso da paródia ser destinada à finalidade comercial. O julgamento, porém, não acolheu tais razões, já que o artigo 47, da Lei 9.610/98, não prevê tal exigência, demais disso, “compreende-se que impedir o uso de paródias em campanhas publicitárias apenas porque esse tipo de obra possui como finalidade primeva o uso comercial implicaria,

por via transversa, negar o caráter inventivo de uma campanha publicitária, inibindo a liberdade de criação e, em última análise, censurando o humor” (p. 11).

O uso de paródias em campanhas eleitorais também foi objeto de discussão no Superior Tribunal de Justiça. Refere-se aqui a duas ocorrências encontradas que dizem respeito ao mesmo processo (Resp 1810440/SP e Eresp 1810440/SP). Considerando-se que os Embargos de Divergência atraíram a análise da questão à Segunda Seção (o julgamento ocorreu em 24 de agosto de 2022 e teve como ministro relator Luis Felipe Salomão), por se tratar de avaliação mais ampla, aqui se reportará a esse julgamento. O julgamento do Resp havia reconhecido o direito de uso de obras para produção de paródias, independentemente da finalidade – comercial, eleitoral, educativa, puramente artística ou qualquer outra – e, com isso, considerou a prática eleitoral lícita. Em virtude de dissídio com decisão proferida pela Quarta Turma, demonstrado pelo Resp 1131498/RJ (que afastou o uso livre de paródia em campanha do supermercado Carrefour), foram interpostos Embargos de Divergência, sendo encaminhado para julgamento para Segunda Seção. *In caso*, tem-se o uso de música intitulada “O portão”, de composição de Roberto Carlos e Erasmo Carlos, pelo então candidato à vaga de deputado federal, Tiririca. O ministro relator concluiu pela possibilidade de uso de paródia em propaganda eleitoral, porém estabeleceu algumas condições (p. 35):

(i) existência de certo grau de criatividade (ou seja, a obra derivada não poderá retratar verdadeira reprodução da obra parodiada); (ii) ausência de efeito desabonador da obra originária; (iii) respeito à honra, à intimidade, à imagem e à privacidade de terceiros (artigo 5º, inciso X, da Constituição de 1988); (iv) observância do direito moral de ineditismo do autor da criação primeva (artigo 24, inciso III, da Lei 9.610/1998); (v) atendimento da regra do “teste dos três passos” (three-step-test), que viabiliza o exercício do direito de reprodução por terceiros não autorizados em casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra nem prejudiquem, injustificadamente, os interesses legítimos do autor; e (vi) ausência de intuito comercial, tendo em vista o acréscimo de fundamentação trazido pelo eminente Ministro Raul Araújo.

A inserção da regra dos três passos mostrou-se importante, por revelar importante instrumento para a ponderação acerca das limitações autorais, entretanto o que mais chamou a atenção foi a inserção de restrições que impedem o uso livre da paródia, pautado no intuito comercial. Assim, a despeito da ausência de previsão legal quanto à destinação da paródia e de restrições impostas à liberdade criativa nas campanhas publicitárias, tem-se que a paródia não poderá mais ser utilizada para tal

fim sem a devida autorização do autor ou titular do direito autoral. A justificação, para tanto, encontra-se no voto do ministro Raul Araújo:

Ora, entre os interesses legítimos do autor estão os de ordem patrimonial, assegurando ao titular a justa remuneração pelo trabalho criativo que elaborou, do qual não se pode livremente aproveitar o empresário capitalista, utilizando, sem autorização, a obra alheia na forma parodiada para atrair maior clientela para seus negócios e incrementar expressivo lucro às custas do trabalho do autor.

Assim, quando a finalidade do aproveitamento da obra autoral parodiada não é meramente cômica, artística, cultural, educativa altruísta ou eleitoral, mas sobretudo econômica e egoística, no sentido de auferir lucro em ambiente de livre iniciativa e concorrência capitalista, não há por que assegurar-se tratamento isonômico com aquelas outras finalidades, as quais verdadeiramente **"não afet(am) a exploração normal da obra nem caus(am) prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor"**. (p. 43, grifos nossos.)

Muito embora seja possível se vislumbrar eventual abuso ao direito autoral pelo uso de paródias em campanhas publicitárias, tem-se que a restrição total em caso de campanhas que se destinem à exploração comercial de um produto mostra-se contrária à própria dicção legal, revelando a renitente tendência, não somente da legislação, como da jurisprudência em conferir paulatino incremento tutelar ao direito autoral.

O último acórdão encontrado sobre a paródia foge à questão afeta à finalidade de sua aplicação e trata de assunto que envolve o direito moral do autor. No Resp 1967264/SP, julgado pela Quarta Turma, em 15 de fevereiro de 2022, de relatoria da ministra Nancy Andrighi, trouxe discussão sobre a necessidade de indicação, na paródia, do nome da obra musical parodiada e de seu autor. Concluiu-se pela desnecessidade da referida indicação, pois a paródia, por se tratar de obra nova, tem como autor aquele que a criou. Além disso, entendeu a ministra que o legislador, quando entendeu por necessária a "menção do nome do autor ou a citação da fonte originária, ele procedeu à sua positivação de modo expresso" (p. 11), o que foi seguido pelos respectivos pares.

Considera-se que a discussão sobre a finalidade comercial aplicada à paródia é ilustrativa da postura judicial sobre o direito autoral, já que os entendimentos firmados são cotidianamente superados, e, a cada incremento de limitações, vê-se nova resposta do hipertrofiado direito autoral.

A última hipótese legal sobre a limitação ao direito de autor que se verá será aquela prevista no artigo 48, que envolve a liberdade de representação de obras

localizadas em logradouros públicos³⁰⁶. À consulta realizada no sítio eletrônico do STJ, foi aplicado o termo “logradouro”, juntamente com os termos gerais. Como resposta, obteve-se o total de 20 acórdãos³⁰⁷, dentre os quais, foram encontrados sete sobre o tema³⁰⁸ (um dos recursos não foi conhecido). Uma gama considerável de decisões discutiu a cobrança de direitos autorais em eventos realizados pelo ente político, geralmente, prefeituras³⁰⁹.

O Resp 951521/MA, da Quarta Turma, julgado em 22 de março de 2011, de relatoria do ministro Aldir Passarinho Junior, tratou de discussão sobre a incidência do artigo 48, da Lei 9.610/98. O pano de fundo foi a representação de obra de arte localizada em logradouro da cidade em cartões telefônicos, o que trouxe, ao autor das esculturas, a iniciativa em propor ação pleiteando danos morais e materiais pela prática indevida da empresa de telefonia Telemar Norte Leste S/A. Em defesa, a requerida alegou que as obras foram feitas a mando do governo estadual e localizadas em logradouro público, o que autorizaria o uso livre por toda a população, tornando implícita a autorização para a representação. O juízo singular rejeitou o pedido, sob a alegação de que a reprodução das imagens inseridas em cartão telefônico seria de pouca importância e que acabaria por divulgar as belezas e os pontos turísticos da localidade. A decisão foi reformada pelo tribunal de origem, por entender que o uso não autorizado de reprodução artística geraria desrespeito ao direito autoral. Em recurso especial, o requerido alegou a incidência do artigo 48, da Lei 9.610/98. O voto do ministro relator rechaçou as razões recursais, por entender que o proveito econômico extraído da representação de obra de arte atrairia a incidência dos artigos 77 e 78³¹⁰. Ponderou, ainda, que, fosse a utilização da representação da obra a fins

³⁰⁶ Art. 48. As obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais.

³⁰⁷ Resp 1831080/SP; Edcl AgInt Resp1797700/DF; AgInt Aresp Resp 1773884/SP; Resp 1837451/RJ; Resp 1897342/RJ; Resp 1746739/SP; Resp 1740265/SP; Resp 1438343/MS; Resp 1562617/SP; AgRg Ag1355420/RS; AgRg Ag1249164/RJ; Resp 951521/MA; AgRg Ag 1069838/SP; Resp 871887/RJ; Resp 514082/SP; Resp 524873/ES; Resp 468097/MG; Resp 426394/MG; Resp 302583/SP; Resp 246908/SP.

³⁰⁸ Resp 951521/MA; AgRg Ag1355420/RS (não foi conhecido o Recurso Especial); Resp 1438343/MS; Resp 1562617/SP; Resp 1746739/SP; Edcl AgInt Resp1797700/DF; AgInt Aresp Resp 1773884/SP.

³⁰⁹ O entendimento sob a vigência da Lei 5.748/73 era que não era cabível a cobrança autoral, se o evento fosse sem finalidade lucrativa (gratuito à população). A exemplo: Resp 426394/MG; Resp 468097/MG; Resp 514082/SP. Após a vigência da Lei 9.610/98, a questão que envolvia o intento lucrativo ou a cobrança de ingressos deixou de ser relevada, sendo cabível a cobrança em qualquer hipótese. Veja-se: Resp 524873/ES; AgRg Ag 1069838/SP; AgRg Ag1249164/RJ; Edcl AgInt Resp1797700/DF.

³¹⁰ Art. 77. Salvo convenção em contrário, o autor de obra de arte plástica, ao alienar o objeto em que ela se materializa, transmite o direito de expô-la, mas não transmite ao adquirente o direito de reproduzi-

comerciais, mas ligados a uma atividade essencial, seria justificada (p. 7): “Anoto que ainda poderia haver tolerância em relação a certas situações, como veiculação de propaganda turística, cultural e, outras do gênero, posto que inerente à atividade essencial à reprodução de paisagens, logradouros e outros bens públicos”. O ministro Raul Araújo ofereceu voto contrário, abordando que se mostra plenamente razoável e comum o uso de inúmeras representações de obras tais como o Cristo Redentor. Em intervenção adequada, a ministra Maria Isabel Gallotti aduziu que esses casos apresentados pelo ministro Raul Araújo dizem respeito a ilustrações de cenários, representações de imagens panorâmicas, e não a representação específica de uma obra, tal como ocorreu. Por maioria, assim, viu-se a conjugação da incidência do artigo 48, da Lei 9.610/98, a não exploração econômica ou exploração justificada pela essencialidade da correlação entre o bem representado e o serviço ou produto oferecido.

Decisão que chamou a atenção desta tese anteriormente envolveu a proteção ao projeto arquitetônico ao respectivo criador (Resp 1562617/SP, julgado em 22 de novembro de 2016, pela Terceira Turma), mesmo consubstanciado na própria construção. Refere-se aqui à decisão em que uma conhecida empresa de tintas (Suvinil) estampou imagem de residência em seus produtos, mediante autorização dos proprietários da residência, mas sem a anuência do arquiteto. Um dos argumentos para refutar o pleito do criador do projeto arquitetônico foi que a residência estaria localizada em logradouro público e, por isso, poderia ser objeto de representação. O julgado afastou tal argumento, porquanto a prática realizada pela dita empresa não foi representar uma paisagem, mas retratar a obra arquitetônica, com intuito claramente lucrativo, afastando a incidência do artigo 48, da Lei 9.610/98.

A exemplo do caso dos cartões telefônicos, verificou-se discussão sobre o uso de representação de escultura em ingressos para uma partida de futebol, realizada na cidade de Campo Grande, entre Brasil e Venezuela (Resp 1438343/MS, Quarta Turma, julgado em 01 de dezembro de 2016, de relatoria do ministro Luis Felipe Salomão). O entendimento foi semelhante ao caso anteriormente avaliado, afastando a incidência do uso da representação em caso de finalidade comercial, “ressalvada, entretanto, a licitude da propaganda turística, cultural e outras do gênero, ante o fato de a reprodução de paisagens, logradouros e outros bens públicos ser inerente à

la. Art. 78. A autorização para reproduzir obra de arte plástica, por qualquer processo, deve se fazer por escrito e se presume onerosa.

atividade essencial empreendida pelo agente econômico” (p. 16). O desfecho, todavia, foi diverso, pois entendeu-se que a representação das obras nos ingressos “revelou-se, diretamente, vinculada ao escopo de divulgação do patrimônio turístico da cidade, sem qualquer reflexo no interesse do público em participar do evento” (p. 18), não trazendo, ainda, qualquer incremento ao número de espectadores.

No mesmo sentido, viu-se a não incidência do comando do artigo 48, da Lei 9.610/98, diante da representação de obra de arte localizada em logradouro público em revista (editorial de moda), dado o caráter comercial e publicitário (Resp 1746739/SP, da Terceira Turma, de relatoria do ministro Ricardo Villa Bôas Cueva, julgado em 25 de agosto de 2020). Igualmente, analisou-se decisão proferida em que foi afastada a aplicação do permissivo do artigo 48, da Lei 9.610/98, em virtude de uma empresa de agência de viagens ter se utilizado de fotografias sem a anuência do fotógrafo, com nítido caráter comercial, que retratava paisagens em locais públicos (Resp 1831080/SP, Terceira Turma, ministro relator Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 17 de outubro de 2023).

Esse entendimento – uso sem intento comercial de representação de obra localizada em logradouro – não possui previsão expressa no artigo 48, da Lei 9.610/98, pois na dicção do artigo não se vislumbra a exigência acerca da finalidade da representação. Essa linha hermenêutica já foi verificada por ocasião da interpretação do artigo 47, sobre o uso livre da paródia, em que se observaram mudanças de entendimentos, sendo firmada, ao fim, a conclusão de que a paródia poderia ser utilizada livremente desde não tivesse como destinação última uma finalidade comercial, a despeito, igualmente, de não existir qualquer previsão legal nesse sentido. Pensa-se que essa correlação entre o uso livre da paródia, da paráfrase e de representação de obras em logradouros públicos, a despeito de ser obtida a partir de uma interpretação sistemática do microssistema autoral, diz muito sobre o tratamento conferido às limitações, em geral considerada exceção e com aplicação restritiva. Oportunamente, sem embargo dessa compreensão, será avaliado expressamente esse posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

Uma vez que se analisou o tratamento aplicado, pelo Superior Tribunal de Justiça, às hipóteses legais dos limites ao direito autoral, denominadas de limites intrínsecos, abordar-se-á, agora, o entendimento hermenêutico sobre as limitações, de modo que seja verificado se o viés aplicado seria pelo uso de interpretação extensiva ou restritiva. Sobre o tratamento hermenêutico utilizado nas hipóteses legais

de limitações aos direitos autorais, foram realizadas quatro pesquisas, utilizando-se dos termos “analogia”, “extensiva”, “exemplificativo” e “restritiva”, cada uma acrescida dos termos gerais. Para a primeira pesquisa, 30 foram as ocorrências, porém nenhuma dela se referiu ao tema em questão³¹¹, pois envolviam, na grande parte das vezes, o uso de analogia para incidência de Súmulas do Supremo Tribunal Federal que impediam o conhecimento do recurso especial. Sobre a interpretação extensiva nas hipóteses de limitações previstas em lei, o resultado foi de 12 acórdãos³¹², sendo possível se separar cinco decisões³¹³. Para a consulta ao rol exemplificativo, alcançou-se o total de cinco ocorrências³¹⁴, sendo apenas uma delas aplicável ao estudo (Resp 964404/ES). Por fim, a consulta ao termo “restritiva”, acrescido dos termos gerais, proporcionou 34 acórdãos³¹⁵, sendo apenas uma decisão relevante (Resp 2008122/SP); aqueles que se aproximavam da temática diziam respeito à forma de interpretação dos negócios jurídicos relacionados ao direito autoral (a legislação expressamente enuncia que os negócios jurídicos serão interpretados restritivamente) e que, por isso, não tratam das limitações.

A primeira das decisões que se abordará, mesmo não dizendo respeito à interpretação sobre os limites, acabou-se por incluí-la, para fazer menção sobre o entendimento que primou pela impossibilidade de interpretação extensiva na definição de local de frequência coletiva, pois o julgado entendera que os quartos de hotéis não poderiam ter a incidência da cobrança de direitos autorais por serem reservados e

³¹¹ Resp 2098063/SP; Resp 1763517/SP; AgInt Resp 2061163/SP; AgInt Aresp 2073533/PR; AgInt Aresp 1577011/SP; AgInt Ag Resp 1967401/GO; AgInt Ag Resp 1564234/MS; AgInt Aresp 1702142/GO; AgInt Aresp 1355468/MG; AgInt no Aresp 1196459/PR; AgInt Aresp 1080007/SP; AgInt Resp 1708796/PE; AgInt Aresp 832397/ES; AgInt Aresp 473112/SP; Resp 1674370/SP; AgRg Aresp 1034140/SP; Resp 1658045/SP; AgRg Aresp 851533/SP; AgRg Edcl Resp 1526679/SP; AgRg Aresp 658637/RJ; AgRg Aresp 523892/PR; AgRg Aresp 522355/PE; RHC 43403/SP; AgRg Aresp 419951/BA; Resp 1372136/SP; Ag Rg Resp 1131138/SP; AgRg Resp 955837/DF; AgRg Resp 809837/RS; Resp 874997/ES; Resp 661022/RJ.

³¹² Resp 1837451/RJ; Resp 1897342/RJ; Resp 1575225/SP; 1430320/AL; Resp 1320007/SE; Resp 1183210/RJ; AgRg Resp 608123/RS; Resp 1067706/RS; AgRg Resp 1058679/SC; Resp 963353/PR; AgRg Resp 1025554/ES; Resp 874997/ES.

³¹³ AgRg Resp 1025554/ES; Resp 1320007/SE; Resp 1837451/RJ; Resp 1897342/RJ; Resp 1575225/SP.

³¹⁴ Resp 1943690/SP; AgInt Aresp 1694758/MS; AgInt Aresp 444558/SP; Resp 964404/ES; Resp 913008/RJ.

³¹⁵ HC 825988/SP; Resp 2008122/SP; AgRg Resp 1955620/RJ; AgRg PetExe Aresp 1071650/SP; Resp 1643203/RJ; AgInt Resp 1537596/SC; AgRg Resp 1650127/SP; AgInt Resp 1669276/SP; AgRg Aresp 572431/SP; HC 395522/SP; AgInt HC 395110/RJ; HC 388672/SP; Resp 1558683/SP; Resp 1520978/DF; Resp 1546140/PR; HC 347245/SP; HC 280026/SP; HC 306438/DF; Resp 1286704/SP; AgRg HC 267200/SP; HC 167551/SP; HC 234753/RS; HC 230981/SP; HC 226679/SP; HC 175969/SP; HC 161019/SP; Resp 750822/RS; Resp 913008/RJ; Resp 715004/SP; Resp 740358/MG; Resp 148781/SP; Resp 492731/RS; Resp 302209/MG; Resp 191936/SP.

íntimos (AgRg Resp 1025554). Decisão interessante trouxe ao debate a interpretação do artigo 46, inciso VI, da Lei 9.610/98, que autoriza a execução musical realizada no recesso familiar. Viu-se a aplicação de interpretação extensiva ao se ampliar o espectro de incidência da expressão “recesso familiar” a local que não fosse precisamente a residência da família, se a intenção era a de gerar um ambiente familiar (*intuito familiae*), permitindo a aplicação da norma em evento religioso – formatura e confraternização de ensino das escrituras bíblicas – restrito ao público e gratuito³¹⁶.

O julgamento do Recurso Especial 1575225/SP, pela Segunda Seção, já foi devidamente avaliado, sendo tecida análise, inclusive, do voto proferido pela ministra Maria Isabel Gallotti, que entendeu pela impossibilidade de se utilizar de interpretação extensiva quanto à exigência de que, para a aplicação da norma prevista no artigo 46, inciso VI, a finalidade fosse exclusivamente didática, não sendo possível que também fosse destinada à diversão ou confraternização. Ao fim, viu-se que o voto restou vencido, sendo autorizado o uso de música em festa junina, sem a necessidade de autorização ou cobrança autoral. Sobre essa conclusão de que a interpretação sobre as limitações exige uma aplicação restritiva, que não venham a ampliar o espectro de incidência, lembra-se aqui do Resp 1416758/RS (Terceira Turma, julgado em 03 de junho de 2014), em que restou consignado no voto da ministra relatora Nancy Andrighi sobre as regras que impõem limites ao direito autoral: “Trata a regra de impor limites ao direito autoral, restringindo o âmbito de seu exercício. Como é cediço, normas que ostentam essa natureza não admitem qualquer espécie de interpretação que possa engendrar a ampliação de seu alcance. Sua aplicabilidade à hipótese fática está condicionada, portanto, ao preenchimento de todos os requisitos legais preestabelecidos” (p. 3).

³¹⁶ “Numa interpretação teleológica da norma em foco (art. 46, VI, da Lei n.º 9.610/98), é possível depreender que o legislador não pretendeu usar a expressão “recesso familiar” como sinônimo de “residência”, pois, se assim o quisesse, assim o teria feito, eis que havia a sua disposição uma vasta gama de palavras ou expressões, tais como domicílio, lar, habitação, morada, moradia, casa, imóvel, etc, que certamente demonstrariam outra intenção. Na hipótese dos autos, temos que a recorrente é uma instituição cristã de educação teológica, sem fins lucrativos, cujo objetivo é o ensino das escrituras bíblicas, sendo realizada, ao final de cada ano, uma formatura com o intuito de confraternização entre os alunos e seus amigos e familiares. Frise-se que tal cerimônia é totalmente religiosa e desprovida de qualquer interesse de lucro. Ora, a festa é realizada com a presença de familiares e amigos próximos, o que pode ser considerado recesso familiar, uma vez que a festa não é aberta ao público, mas apenas para convidados dos formandos. Portanto, os eventos em análise se encaixam na exceção prevista na lei, de modo que, não ofendendo os direitos autorais, não há falar em recolhimento de qualquer contribuição ao órgão fiscalizador” (p. 11).

Os últimos dois julgados referem-se ao mesmo conteúdo (Resp 1897342/RJ e Resp 1837451/RJ). Trata-se de discussão que envolveu o direito de exclusividade de transmissão do Carnaval pela Globo Comunicação e Participações e a Terra Networks Brasil S/A. Esta realizava a transmissão de sons e imagens do desfile das escolas de samba, sendo pleiteada por aquela a proteção ao direito de exclusividade, porquanto detentora dos respectivos direitos. Como fundamento de defesa, foi abordada a possível incidência do artigo 46, I, da Lei 9.610/98, que autoriza a veiculação de notícias ou de artigos informativos na imprensa diária ou periódica. Para tanto, admite-se uma interpretação extensiva para o fim de ampliar o que seria imprensa diária ou periódica, desde que fosse destinada exclusivamente à informação³¹⁷.

O Resp 964404/ES, julgado pela Segunda Turma, em 23 de maio de 2011, abordou a incidência ou não de direitos autorais em evento religioso, sem fins lucrativos e com entrada gratuita, realizado em escola. O voto proferido pelo ministro Paulo de Tarso Sanseverino abordou a indispensável ponderação sobre a natureza exemplificativa ou taxativa das restrições trazidas nos artigos 46 a 48, da Lei 9.610/98. Ao trazer a incidência imediata dos direitos fundamentais que podem se chocar com o direito de autor (também direito fundamental), a decisão conclui que o disposto nos referidos artigos seria meramente exemplificativo:

Ora, se as limitações de que tratam os arts. 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98 representam a valorização, pelo legislador ordinário, de direitos e garantias fundamentais frente ao direito à propriedade autoral, também um direito fundamental (art. 5º, XXVII, da CF), constituindo elas - as limitações dos arts. 46, 47 e 48 - o resultado da ponderação destes valores em determinadas situações, não se pode considerá-las a totalidade das limitações existentes. (p. 5)

Afinal, a interpretação deveria conduzir a ponderação com outros valores igualmente importantes, devendo os artigos 46, 47 e 48, da Lei 9.610/98, ser interpretados e aplicados de “acordo com os direitos e garantias fundamentais, e da consideração dos próprios direitos e garantias fundamentais” (p. 6). Para tanto, o ministro relator aponta a necessidade em se observar a regra dos três passos, concluindo, ao final, pela legalidade de execução das obras no referido evento, por

³¹⁷ “Com efeito, o art. 46, I, da Lei n. 9.610/98 prevê como exceção aos direitos de autor e aos direitos conexos a reprodução de notícia ou de artigo informativo na imprensa diária ou periódica. Portanto, em interpretação extensiva, as obras autorais podem vir a ser utilizadas na veiculação de informação, desde que exclusivamente com esse fim, sem que seja necessário, para tanto, autorização do particular” (p. 16).

não se tratar de efetivo prejuízo, sendo ainda respeitado o direito fundamental à liberdade de culto e de religião frente ao direito de autor.

Dada a relevância do acórdão proferido no Resp 964404/ES, realizou-se consulta a essa decisão “964.404” acrescida dos demais termos gerais de busca. Obtiveram-se cinco acórdãos³¹⁸ (pois um dos resultados era o próprio acórdão utilizado como critério de busca). Em todos eles, o voto acabou por fazer referência, como fundamento, ao acórdão utilizado para parâmetro de consulta. Nem todos, entretanto, abordaram a forma de interpretação das limitações previstas nos artigos 46 a 48, da Lei 9.610/98, que era justamente o intento desta tese, a fim de apurar a recorrência do entendimento sobre a interpretação mais ampla das limitações. O Resp 1320007/SE já havia sido analisado, quando se trabalhou o termo sobre a interpretação extensiva, que atribuiu maior sentido à expressão “recesso familiar” e o mesmo se diz em relação ao Resp 1575225/SP. O que chamou a atenção foi o voto proferido pelo ministro relator Luis Felipe Salomão, no Resp 1343961/RS, julgado pela Quarta Turma, em 06 de outubro de 2015. O objeto do julgamento foi a possibilidade ou não de uso de pequenos trechos da obra sem a devida permissão. Após trazer os fundamentos que amparam o direito de autor, inclusive com espeque na Constituição Federal, o ministro relator, desenvolveu a ideia das limitações sobre tal direito como forma de equilibrar interesses em conflito, a exemplo da função social. Ao abordar sobre a dicotomia regra-exceção, o ministro apontou a forma como entende deve ser conduzida a interpretação das limitações, tidas por ele como exceções (p. 15):

Quanto à legislação brasileira, fortemente inspirada pelas regras previstas na ordenação internacional, as limitações impostas especificam os atos relacionados aos direitos do autor, que serão tolerados e que, não fosse a previsão legal, seriam considerados ilícitos autorais.

Nessa linha de raciocínio é que a doutrina especializada afirma que as regras que preveem aquelas *tolerâncias* constituem direito excepcional, e não direito subjetivo de quem se vale delas. As limitações ao direito autoral serão sempre exceção à regra do exercício exclusivo e ilimitado do direito pelo seu titular, comportando, por essa razão, interpretação restritiva. (p. 15)

Veja-se que a jurisprudência trazida como fundamento e a própria conclusão do julgado acenam para uma conclusão diametralmente contrária ao fundamento analisado. Tal excerto retrata a confusão, muitas vezes, encontrada nas razões de decidir, que acaba por conduzir a situações contraditórias e contrárias à melhor doutrina sobre o direito autoral.

³¹⁸ 1575225/SP; 1343961/RJ; 725233/SP; 1371835/SP; 1320007/SE.

Ainda sobre a demonstração da instabilidade sobre a maneira de interpretação dos dispositivos legais que enunciam limitações ao direito de autor, veja-se a decisão proferida no Resp 2008122/SP, proferida pela Terceira Turma, em 22 de agosto de 2023, que teve como ministra relatora Nancy Andrighi. O acórdão já foi objeto de análise, trata-se da discussão sobre a licitude ou não da prática de *clipping* de notícias, que foi considerada abusiva. O excerto que merece menção no momento foi o tratamento hermenêutico aplicado à limitação, já que a ministra relatora considerou que a norma que versa sobre limitação a direito autoral, por este se tratar de direito fundamental, deve ser realizada de forma restritiva (p. 18): “Além disso, mesmo que houvesse dúvida acerca do alcance da regra em questão, é necessário recordar que, por se tratar de norma que versa sobre limitação a direito fundamental (art. 5º, XXVII, da CF/88), sua interpretação deve orientar-se restritivamente, conforme jurisprudência do STJ. Nesse sentido, a título ilustrativo: REsp 1.959.824/SP (Primeira Seção, DJe 5/4/2023) e REsp 1.854.842/CE (Terceira Turma, DJe 4/6/2020)”.

Ao se abordar essa dicotomia, conclui-se que a melhor forma de se compreender o assunto não é estabelecer tais conclusões estaques e estigmatizantes, porquanto existirão hipóteses em que será necessária uma abordagem mais ampla e menos restritiva, a fim de se garantir a proteção, no caso concreto, de direito fundamental diverso. Todavia, a jurisprudência segue cambaleante, sem que haja aceno sobre qual posição seguirá.

A decisão no Resp 964.404/ES, pelo voto proferido, não somente enunciou a necessidade de interpretação sistemática e teleológica das limitações disciplinadas no artigo 46, da Lei 9.610/98, como também pontuou sobre a necessidade em se considerar as limitações existentes além dicção legal, quando se observa o confronto entre os direitos, notadamente, os direitos fundamentais. Tal inserção mostra-se oportuna, pois os limites extrínsecos serão objeto deste estudo na sequência. Portanto, por esse voto, pode-se encerrar o estudo sobre os limites intrínsecos e dar início aos limites extrínsecos, e essa interseção é bem observada no voto proferido.

Inaugurar-se-ão os estudos sobre os limites extrínsecos com a análise do tratamento dispensado pelo Superior Tribunal de Justiça quanto à catalogação do direito de autor enquanto direito fundamental e direito de personalidade. Seria, para o referido tribunal, o direito de autor um direito fundamental em sua integralidade (viés moral e econômico)? Seria o direito de autor um direito de personalidade?

A consulta realizada para se identificar a existência de discussão sobre o tratamento aplicado ao direito de autor enquanto direito fundamental – utilizado o termo “direito fundamental”, conjugado com os termos gerais – obteve sete ocorrências³¹⁹, das quais, quatro afirmaram que o direito autoral estaria na categoria de direito fundamental³²⁰. Todos esses julgados, porém, não se aprofundaram sobre essa questão (tratamento mais aprofundado sobre o direito de autor como direito fundamental), utilizando como argumento para o desenvolvimento das razões de julgamento como se fosse uma constatação pronta.

Quanto à avaliação da natureza de direito de personalidade do direito de autor – aplicou-se o termo “direito de personalidade” aos demais termos gerais –, viu-se o total de 20 acórdãos³²¹, dos quais, dez trataram sobre o tema³²². Em todos os acórdãos que versaram sobre o tema pesquisado houve o reconhecimento do direito de autor como direito de personalidade. A maior parte deles não teve como discussão central a natureza do direito de autor, perpassando essa questão ao explicar os contornos relacionados ao objeto do dissídio, e a principal exceção foi o julgado RMS 43139/DF, decidido em 17 de setembro de 2013, pela Segunda Turma. O objeto de controvérsia era a contestação de questões sobre o direito de autor, aplicadas em um concurso público para provimento de vagas para o cargo de juiz federal substituto, sendo o edital silente a respeito dessa matéria. O acórdão, entretanto, concluiu que o edital previa que seria objeto de avaliação o conteúdo relacionado aos direitos de personalidade e aos direitos de propriedade. Reafirmou-se, assim, a natureza dúplice do direito autoral, parte direito de personalidade e parte direito de propriedade: “embora regulados em legislação específica (Lei 9.610/98), os direitos autorais decorrem, em seus aspectos moral e patrimonial, respectivamente, dos direitos da personalidade e da propriedade, ambos consagrados no Direito Civil” (p. 6). Com efeito, concluiu-se pela validade do edital e das questões contestadas.

³¹⁹ Resp 2008122/SP; Resp 1832502/SP; AgInt Arep 1980824/MG; Resp 1859665/SC; Resp 1833567/RS; Resp 1661838/MG; Resp 964404/ES.

³²⁰ Resp 2008122/SP; Resp 1832502/SP; AgInt Arep 1980824/MG; Resp 964404/ES.

³²¹ Resp 768733/SP; Resp 1947652/GO; Resp 1727950/RJ; Resp 1860630/RJ; Resp 1903273/PR; Resp 1929433/PR; 1859665/SC; Resp 1862910/RJ; AgInt Aresp 786875/SP; Resp 1652588/SP; Resp 1630851/SP; Resp 1562617/SP; Resp 1558683/SP; Resp 1422699/SP; Resp 1322704/SP; RMS 43139/DF; Resp 445908/SP; Resp 148781/SP; Resp 45305/SP; Resp 74473/RJ

³²² Resp 148781/SP; RMS 43139/DF; Resp 1630851/SP; Resp 1562617/SP; Resp 1558683/SP; Resp 1422699/SP; Resp 1322704/SP; Resp 1862910/RJ; Resp 1947652/GO; Resp 1727950/RJ.

O Resp 148781/SP (Quarta Turma, julgado em 02 de setembro de 2004) trouxe como direito de personalidade também os direitos conexos ao direito de autor, como os direitos dos intérpretes e executantes; o direito do arquiteto sobre o projeto arquitetônico (Resp 1562617/SP, Terceira Turma, julgado em 22 de novembro de 2016) , ainda que consubstanciado em obra; o direito de personalidade do fotógrafo sobre a imagem capturada, que não se confunde com os demais direitos do fotografado (Resp 1322704/SP, Quarta Turma, julgamento em 23 de outubro de 2014).

O que chamou a atenção a respeito da natureza jurídica aplicada ao direito de autor foi algo além da admissão de se tratar de um direito de personalidade. Pode-se extrair, a partir do julgado que reafirmou que o direito de autor estaria compreendido na disciplina de direito civil e na subdisciplina de direito de personalidade e direito de propriedade (RMS 43139/DF), um prenúncio sobre a teoria aplicável à espécie pelo Superior Tribunal de Justiça. Essa impressão sobre a admissão, pelo Superior Tribunal de Justiça, de uma teoria eclética, que admite um caráter dúplice à natureza do direito autoral, ora moral, ora patrimonial, restou confirmada em outras decisões.

O Resp 1558683/SP, em que se discutiu a validade de contrato de cessão em obra cinematográfica (novela “Pantanal”), na qual a antiga Rede Manchete conferiu direito de transmissão recebido pelo autor da telenovela à rede TVSBT (que acabou suprimindo fragmentos de capítulos), bem pontuou a natureza dúplice do direito de autor. Em seu voto, o ministro relator Ricardo Villa Bôas Cueva estabeleceu distinção entre o direito moral e o direito patrimonial de autor, sendo aquele objeto de disciplina distinta: “A renúncia aos direitos patrimoniais provenientes da exploração econômica da obra não pode ser extensível aos direitos da personalidade, incluído o de natureza moral, que são intransmissíveis, inalienáveis e irrenunciáveis” (p. 11).

No mesmo sentido, o Resp 1862910/RJ enunciou a natureza do direito moral de autor, considerado “expressões de personalidade”, sendo imprescritíveis e dotados de validade *ad infinitum*; também considerou a obra não apenas um bem, mas o reflexo da própria personalidade do autor, de seu gênio criativo, de suas preferências e seu estilo, considerada, portanto, “como um prolongamento do espírito de seu criador” (p. 10). Todavia, diferenciou esse caráter personalíssimo do aspecto patrimonial, como se fossem conteúdos totalmente distintos: “sendo independentes dos direitos patrimoniais, intransferíveis e inalienáveis, os direitos morais do autor permanecem sob sua titularidade, ainda que os direitos de exploração da obra tenham

sido licenciados ou cedidos a terceiros. E apenas alguns desses direitos morais subsistem mesmo depois de expirado o prazo de proteção da obra” (p. 11).

O mesmo tratamento foi verificado no julgamento do Resp 1727950/RJ (Terceira Turma, julgamento em 08 de março de 2022), cujo julgamento envolveu o pleito de herdeiros do compositor João Gilberto, para que obtivessem as gravações masters de suas canções. No voto proferido pelo ministro relator Moura Ribeiro é possível se observar a distinção entre dois blocos de direitos quando se avalia o direito de autor, um relacionado aos direitos de personalidade e outro, aos direitos patrimoniais: “fixada essa premissa, de que existem direitos morais do autor e também direitos patrimoniais do autor, cumpre assinalar que eles se submetem a regimes jurídicos distintos. Os primeiros, ao contrário dos segundos, estão intimamente ligados aos direitos de personalidade e, por isso, são considerados inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis. Os segundos não gozam dessa mesma prerrogativa” (p. 3). Confirmando a secção entre direito moral e patrimonial de autor, o Resp 1947652/GO (Terceira Turma, julgado em 15 de março de 2022), de relatoria do ministro Moura Ribeiro, entendeu que “Os direitos patrimoniais diferenciam-se dos direitos morais particularmente pela possibilidade de o autor poder deles dispor, já que é alienável, penhorável, temporário e prescritível, enquanto os direitos morais se encontram permanentemente investidos, incrustados, na pessoa do autor, criador da obra artística” (p. 9).

Vê-se, assim, que, sem embargo da admissão do direito de autor como direito de personalidade, o entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça é aquele que prima por uma visão eclética do direito de autor, em que se conjugam dois direitos (e naturezas) distintos, integrantes do direito de autor, um de índole personalista e moral e outro de índole patrimonial, sujeitando-se cada qual a regimes jurídicos distintos. Reitera-se o risco que envolve a admissão dessa perspectiva, porquanto não seria forçosa a atribuição de valores semelhantes ao direito patrimonial e ao direito moral de autor, a fortiori, se se reconhecer que a Constituição Federal somente protege a perspectiva patrimonial da obra. Repisa-se, ainda, que a melhor solução seria aquela em que se observa a natureza do direito de autor como um direito de personalidade em sua integralidade, permitindo a prática negocial nesse contexto, em que se admitem restrições voluntárias não gerais, tampouco permanentes, a exemplo do tratamento conferido ao direito de imagem.

Realizar-se-á, agora, a avaliação dos arestos que tiveram como embate a adequação entre o direito de autor e direitos fundamentais diversos. Iniciar-se-á com o choque entre o direito de autor e interesses públicos, a exemplo da educação, cultura, desenvolvimento tecnológico e científico. O que se espera é extrair, de tais decisões, o tratamento conferido pelo Superior Tribunal de Justiça na prática em equalizar os direitos (direito de autor e interesses públicos) em conflito. A primeira consulta realizada ocorreu aplicando-se o termo “interesse público”, conjugado aos termos gerais. Foram obtidas 11 ocorrências³²³, e, após a análise de cada uma delas, observou-se inaptidão de todas, por não se relacionar diretamente ao assunto, tampouco como forma de fundamentação do acórdão. Partiu-se, então, para buscas mais específicas, em que se utilizou das expressões “acesso ao conhecimento” e “direito ao conhecimento”, acrescentadas aos termos gerais, do que não se encontrou qualquer resultado. Pesquisaram-se os termos “educação” e “escola”, com o incremento dos termos gerais, sendo obtido o total de nove³²⁴ e 15 acórdãos³²⁵ respectivamente, dos quais, se viu um resultado pertinente para o primeiro caso³²⁶, e quatro para o segundo³²⁷ (um deles, entretanto, é coincidente com o resultado obtido na consulta imediatamente anterior – Resp 964404/ES). Os temas direito à cultura, desenvolvimento tecnológico e desenvolvimento científico também foram consultados. Foram obtidas as seguintes ocorrências: para o conteúdo relacionado ao direito à cultura, colheu-se o total de 21 acórdãos³²⁸, sendo 14 relacionados ao tema³²⁹; para a limitação relacionada ao desenvolvimento tecnológico (utilizou-se o

³²³ AgInt AgInt Resp 1685256/AM; Resp 1921769/PR; Resp 1923473/MG; MS 20940/DF; Resp 1843449/SC; Resp 1749812/PR; Resp 1634069/SP; AR 5070/ES; Resp 1652588/SP; Resp 1444957/MG; Resp 1113959/RJ.

³²⁴ Resp 1691899/RJ; AgInt Aresp 1701665/RS; AgInt Resp 1907343/PE; Resp 62878/RJ; AgInt Edcl Eresp 1685558/SP; Resp 1685558/SP; Resp 964404/ES; Resp 474361/SP; RMS 9685/RS.

³²⁵ AR 5254/SP; Resp 1837451/RJ; Resp 1897342/RJ; AgInt Aresp 444558/SP; AgInt Aresp 1162391/RJ; AgInt Resp 1431565/MG; Resp 1500635/RJ; Resp 1575225/SP; Resp 725233/SP; Resp 1416758/RS; Resp 1320007/SE; Resp 1201340/DF; Resp 964404/ES; Resp 123067/SP; Resp 15424/SP.

³²⁶ Resp 964404/ES.

³²⁷ Resp 964404/ES; Resp 1575225/SP; Resp 725233/SP; Resp 1416758/RS.

³²⁸ AgInt Resp 1712476/SP; Resp 1831080/SP; Eresp 1810440/SP; AgInt Aresp 746850/SP; Resp 1746739/SP; AgInt AgInt Re 1381616/SP; Resp 1740265/SP; CC 150629/SP; Resp 1438343/MS; Resp 1575225/SP; Resp 1343961/RJ; Resp 1190647/RS; Resp 1160483/RS; Resp 1390985/PR; Resp 951521/MA; AgRg Ag 1102615/DF; Resp 445908/SP; Resp 514082/SP; Resp 426394/MG; Resp 246908/SP; AgRg Ag 12833/GO.

³²⁹ Resp 514082/SP; Resp 426394/MG; Resp 246908/SP; AgRg Ag 12833/GO; Resp 1438343/MS; Resp 1575225/SP; Resp 1343961/RJ; Resp 1190647/RS; Resp 1160483/RS; Resp 1390985/PR; Resp 951521/MA; Resp 1740265/SP; Resp 1831080/SP; Eresp 1810440/SP.

termo “tecnológico, acrescido dos termos gerais), chegou-se ao total de nove acórdãos³³⁰, nenhum deles, entretanto, discutiu questões relacionadas à ponderação com outros interesses ou direitos; o mesmo se viu para a consulta realizada ao conhecimento científico (aplicou-se a expressão “científico” conjugada com os termos gerais), pois foi obtido o total de sete acórdãos³³¹, sem que houvesse qualquer juízo de ponderação que expressasse limitação ao direito de autor.

O resultado obtido para o termo educação foi o acórdão Resp 964404/ES, já analisado em mais de uma oportunidade e que foi, inclusive, objeto de consulta específica. O que interessa a este tese neste momento será a avaliação do juízo de ponderação entre interesses que colidem, no caso concreto, com o direito de autor. O voto proferido pelo ministro relator Paulo de Tarso Sanseverino, ao julgar o cabimento da cobrança de direitos autorais em razão de execuções musicais em evento religioso em escola, com entrada gratuita e sem finalidade lucrativa, ponderou a necessidade de equalização da proteção autoral com os demais direitos fundamentais, ao entender que os limites disciplinados em lei constituem um rol exemplificativo:

Portanto, o âmbito de proteção efetiva do direito à propriedade autoral ressaí após a consideração das limitações contidas nos arts. 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98, interpretadas e aplicadas de acordo com os direitos e garantias fundamentais, e da consideração dos próprios direitos e garantias fundamentais.

Valores como a cultura, a ciência, a intimidade, a privacidade, a família, o desenvolvimento nacional, a liberdade de imprensa, de religião e de culto devem ser considerados quando da conformação do direito à propriedade autoral. Esta ponderação não pode, contudo, ocorrer de forma arbitrária, devendo observar rígidos critérios. (p. 6)

Pela necessária ponderação aplicável às limitações, verificou-se a abertura para a utilização da regra dos três passos como instrumento seguro e capaz de equilibrar o interesse individual do autor e o interesse coletivo de acesso ao conhecimento.

O Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial 725233/SP tocou na questão que envolve a necessidade de adequação entre direitos fundamentais e o direito de autor. Abordou-se *en passant* a necessidade de equalização de direitos, porquanto concluiu por autorização para que fosse realizado festejo junino, em virtude

³³⁰ Resp 1642249/SP; Resp 1559264/RJ; HC 233230/MG; HC 239035/MT; HC 191568/SP; Resp 727843/SP; Resp 110117/RJ; Resp 8973/SP; Resp 1297/RJ.

³³¹ Resp 2008122/SP; AgInt Edcl 1391520/RS; Resp 1726227/SP; Resp 1627606/RJ; Resp 150467/RJ; Resp 57449/RJ; Resp 5154/SP.

de consistir em evento destinado à divulgação da cultura popular brasileira e à confraternização para aqueles que frequentam a instituição de ensino, podendo ser considerado um evento pedagógico. Equiparou-se tal equalização de direito a outro julgado em que se viu a autorização de evento religioso, sem fim lucrativos e com entrada gratuita, como forma de proteção a direito fundamental à liberdade de culto e religião.

O voto vencido, proferido pelo ministro Luis Felipe Salomão, no Resp 1575225/SP, articulou o potencial conflito existente no conteúdo autoral, afinal, “os direitos autorais albergam, em sua essência, o conflito entre o interesse público na fruição das obras, por vontade ou necessidade, e o privado, este voltado para a retribuição econômica sobre o trabalho, e aqueles direcionados à fruição desta obra” (p. 18), bem como a necessidade de serem equalizados os interesses muitas vezes discrepantes. Todavia, ao se avaliar o mérito do recurso – que residia na possibilidade não autorizada de uso de músicas em festa junina – concluiu-se que o festejo não seria exclusivamente didático, a ponto de merecer a isenção legal, porquanto a instituição de ensino obtém lucro, direto ou indireto, sem falar de “*certo marketing*” ao possibilitar o ingresso de terceiros na celebração. Ao final, porém, foi reconhecida, pela Segunda Seção, a legalidade de execução de músicas em festa junina sem a necessidade de pagamento de direitos autorais, diante do caráter didático atribuído à festa popular. Não foi utilizada no voto vencedor a ponderação entre interesses em conflito, já que o argumento foi desenvolvido com base na interpretação legal. Por outro lado, o voto vencido mencionado retrata a deficiência, muitas vezes, do manejo do exercício de ponderação e equalização de direitos, pois os fundamentos teóricos apresentados pelo ministro parecem não corresponder à conclusão ao final apresentada.

Outra decisão que mereceu atenção foi aquela proferida no Resp 1416758/RS, julgado pela Terceira Turma, em 03 de junho de 2014. O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição interpôs recurso especial em virtude de acórdão que havia afastado a cobrança de direito autoral em evento musical realizado por uma universidade federal. O voto proferido pela ministra Nancy Andrighi concluiu pela possibilidade de cobrança, o que foi seguido pelos demais pares, pois o evento foi realizado fora do estabelecimento de ensino (em praça pública). Tem-se que, neste caso, foi perdida uma oportunidade relevante para que os valores culturais fossem considerados em um juízo de ponderação com a finalidade da norma e da

necessidade de equalização da proteção autoral, talvez seguindo a regra dos três passos. O uso de uma interpretação unicamente literal demonstrou o desapego a uma visão que exigiria a busca cotidiana por consubstanciar as finalidades atribuídas ao direito de autor, que, seguramente, não são aquelas unicamente determinadas por um apelo individualista e econômico.

A limitação extrínseca, relacionada à cultura, pouco acrescentou ao debate. Na maior parte dos julgados encontrados, viu-se repetição sobre questões já analisadas, tais como o dissenso sobre a incidência de direitos autorais em festejos públicos e gratuitos realizados por entes políticos (Resp 514082/SP; Resp 426394/MG; Resp 246908/SP; AgRg Ag 12833/GO; Resp 1190647/RS); a discussão sobre a incidência sobre direitos autorais em festas juninas realizadas gratuitamente por escolas (Resp 1575225/SP); o uso de representação de obra de arte localizada em logradouro público (Resp 1438343/MS; Resp 1746739/SP; Resp 1831080/SP). Não houve questão significativa em que fosse possível a integração desse direito fundamental em virtude de eventual vácuo normativo, tampouco uma viragem interpretativa que merecesse maiores aprofundamentos, o que se notou foi o uso de fundamentos que tangenciou o direito sem imprimir qualquer discussão voltada à incidência de um juízo mais adequado de ponderação. Tem-se que o Resp 1390985/PR, julgado pela Terceira Turma, em 26 de novembro de 2013, em que se discutia a incidência de cobrança autoral em rádio comunitária, poderia ter abordado, de forma mais profunda, a questão que envolve o direito de acesso à cultura, porém limitou-se a aplicar a disposição legal que determina a cobrança, independentemente do intento lucrativo pela execução de obra fonográfica.

Alguns pontos que retratam a omissão legislativa foram objeto de pesquisa. A busca dirigiu-se à avaliação da existência de julgados sobre eventual direito de bibliotecas em realizarem a reprodução de obras raras ou indisponíveis, de modo que pudessem ser preservados e difundidos a cultura e o conhecimento. Para tanto, foram utilizados os termos gerais com o acréscimo de “biblioteca”, sendo obtido o total de cinco acórdãos³³², todos sem qualquer relação com o tema. Em igual sentido, foi realizada consulta do termo “obras raras” bem como do termo “obras órfãs”, em conjunto com os termos gerais, e em ambos os casos não foi encontrado qualquer resultado. Ainda com o objetivo de vislumbrar eventual julgamento sobre a

³³² Resp 1831080/SP; AgInt Resp 1689168/RJ; AgInt Aresp1010417/SP; Resp 450951/DF; 594526/RJ.

determinação ou reprodução de obra esgotada ou rara sem a devida autorização do autor ou de herdeiros, foi realizada consulta aos termos gerais com acréscimo de “sequência”³³³, e o que se encontrou foi o total de cinco acórdãos, sendo que em dois deles verificou-se a discussão sobre o direito de sequência, relacionado à mais valia, devida ao autor ou herdeiros, da obra revendida.

Sob um viés mais privado, foram realizadas consultas a respeito da liberdade de expressão, direito à intimidade e à privacidade. Também se buscou o tratamento conferido, pelo Superior Tribunal de Justiça, à função social do direito de autor e ao respectivo abuso de direito. Seguiu-se o caminho já trilhado a respeito dos limites extrínsecos ao direito de autor, dessa vez em uma perspectiva que envolve eventuais choques entre esse direito e direitos de terceiros, de índole privada. Por certo, a ideia não foi estabelecer uma afirmação da dicotomia público-privado, mas de escolha de um critério notoriamente conhecido, capaz de catalogar os assuntos.

Para o tema de liberdade de expressão (foram utilizados o mesmo termo – “liberdade de expressão”, acrescido dos termos gerais), encontraram-se seis acórdãos³³⁴, sendo dois aplicáveis ao estudo de limites³³⁵. Os dois acórdãos encontrados já foram avaliados por ocasião do tema “paródia”. Ser-se-á, assim, pontual para indicar a pertinência que envolve o direito de autor e o limite imposto pela liberdade de expressão. O primeiro deles (Resp 1548849/SP, julgado pela Quarta Turma em 20 de junho de 2017, que teve como ministro relator Marco Buzzi, vencido) envolveu a controvérsia entre a Folha de São Paulo e a “Falha” de São Paulo, vez que esta se utilizava de publicações feitas por aquele jornal para realizar paródias e sátiras. O voto vencedor, proferido pelo ministro Luis Felipe Salomão, concluiu que a paródia seria plenamente justificada na hipótese, em razão do exercício da liberdade de expressão³³⁶, não havendo qualquer impedimento quanto ao desrespeito à marca recorrente. O segundo julgado (Resp 181044/SP), após a interposição de Embargos de Divergência, foi julgado pela Segunda Seção, que definiu os critérios para o uso

³³³ RMS 62878/RJ; AgRg Aresp 661692/RJ; Edcl Ag 1113133/BA; Resp 983357/RJ; RMS 594526/RJ

³³⁴ Resp 2057908/SC; Resp 1810440/SP; Resp 1903273/PR; Resp 1929433/PR; Resp 1859665/SC; Resp 1548849/SP.

³³⁵ Resp 1810440/SP; Resp 1548849/SP.

³³⁶ “Destarte, sendo indiscutível que a conduta da recorrente se enquadra como *paródia*, o que se vê, no caso sob exame, é prática perfeitamente admitida e de acordo com o direito de liberdade de expressão, tais como garantidos pela Constituição da República. Com efeito, a *paródia*, forma de expressão do pensamento e obra artística, é uma das limitações do direito de autor e sua previsão está no art. 47 da Lei 9.610/1998, que tratou da permissão às *paráfrases e paródias*” (p. 23).

adequado e lícito das paródias. A discussão, como já visto, envolvia o uso de música, de composição de Roberto Carlos e Erasmo Carlos, em campanha eleitoral pelo postulante à vaga de deputado eleitoral, conhecido como Tiririca. A liberdade de expressão, considerada fundamento do Estado Democrático de Direito, somente foi utilizada como embasamento que justifica o direito à paródia³³⁷. Não houve ponderação específica sobre tal liberdade colocada em xeque pelo direito de autor.

Coletaram-se também julgados sobre a intimidade e privacidade, a fim de se vislumbrar eventual colisão com o direito de autor que desafiasse a inserção de limites autorais. Os referidos termos foram consultados, cada qual em conjunto com os termos gerais já conhecidos. Para privacidade, viu-se o total de sete acórdãos³³⁸, dos quais, dois trataram especificamente sobre o tema³³⁹ (os demais, quando muito, abordaram de forma genérica o direito fundamental à privacidade). Para intimidade, obteve-se o total de sete decisões colegiadas³⁴⁰, sendo que em todas houve, quando muito, menção ao direito à intimidade, sem qualquer ponderação mais adequada que desafiasse uma análise mais profunda da decisão. As duas decisões que merecem destaque relacionam-se a um mesmo assunto, trata-se de discussão sobre a cobrança de direitos autorais acerca de quartos localizados em hotéis e motéis. No julgado mais antigo (Resp 740358/MG, da Quarta Turma, julgado em 07 de dezembro de 2006), o ministro Massami Uyeda, a despeito de seu voto vencido, entendeu pela não incidência de direitos autorais em razão de aparelhos rádio e televisor instalados em quartos de motel, pois não seria crível admitir que o referido ambiente fosse considerado local de frequência coletiva, como exige o parágrafo 3º, do artigo 68, da Lei 9.610/98, pois se trata de local reservado, em que as pessoas buscam privacidade e em que um terceiro somente poderia ingressar se autorizado:

Nos termos acima expostos, deve ser ressaltado que um quarto, como espaço em que uma (ou mais) pessoa(s) busca(m) privacidade, não pode ser compreendido como local de frequência coletiva. Por mais transitório que seja o lapso a que esteja submetida a posse do dormitório (de hotel ou de motel), somente poderá ingressar no espaço delimitado pelo cômodo se o(s)

³³⁷ “A proteção legal desse tipo de criação intelectual tem por escopo resguardar a **liberdade de expressão**, condição essencial ao pluralismo de ideias, que, por sua vez, constitui um valor estruturante do regime democrático” (p. 21).

³³⁸ Eresp 1810440/ SP; Resp 1903273/ PR; Resp 1929433/ PR; Resp 1859665/ SC; AgRg Resp 1025554/ ES; HC 57961/ SP; Resp 740358/ MG.

³³⁹ Resp 740358/ MG; AgRg Resp 1025554/ ES.

³⁴⁰ Eresp 1810440/ SP; Resp 1903273/ PR; Resp 1929433/ PR; Resp 1859665/ SC; Resp 1322704/ SP; Resp 964404/ ES; Resp 202564/ RJ.

possuidor(es) assim o permitir(em). Nesta hipótese, ocorre a proteção dos aposentos de modo individualizado, como se fosse uma residência particular.

No outro julgado sobre o mesmo assunto (AgRg no Resp 1025554/ES, julgado pela Terceira Turma, em 18 de dezembro de 2008), o mesmo ministro, então relator do julgamento, manteve o entendimento de que não seria considerado local de frequência coletiva o quarto de hotel, dada a privacidade própria do ambiente, razão pela qual não seria devido direito autoral pela instalação de rádio e televisor. Parece coerente o entendimento trazido, em que se considerou, na interpretação do dispositivo legal, direito fundamental de alta relevância. Todavia, como já se viu, o julgamento do Tema Repetitivo 1066 firmou entendimento contrário, em que se confirmou a incidência da cobrança de direito autoral em quarto de hotel ou motel, no qual há disponibilização de equipamento para reprodução de músicas ou de obras audiovisuais.

Foi realizada consulta para apurar o tratamento conferido pelo Superior Tribunal de Justiça ao direito autoral, face à incidência da função social da propriedade. A consulta utilizou-se do termo “função social”, acrescido dos termos gerais, e foram encontrados sete acórdãos³⁴¹. O acórdão que abordou diretamente a função social da propriedade não se relacionou diretamente ao direito de autor, mas ao direito de propriedade intelectual de marca. Por se tratar de assuntos próximos, passa-se a avaliar o Resp 1860630/RJ, julgado pela Quarta Turma, em 29 de junho de 2021, cujo relator foi a ministra Maria Isabel Gallotti. Trata-se de ação rescisória que tinha por objetivo rescindir o julgado, para o fim de declarar a cotitularidade da marca, bem como para que o titular da marca ficasse proibido de impedir os autores de fazerem uso da marca. A marca em questão é a conhecida banda de rock “Legião Urbana”, e os autores da ação rescisória são os antigos integrantes – Eduardo Dutra Villa Lobos e Marcelo Augusto Bonfá –, e o polo passivo foi integrado por Legião Urbana Produções Artísticas Ltda. (detentora do registro da marca). O tribunal de origem julgou procedente o pedido e acolheu a tutela cominatória para afastar a proibição do uso da marca pelos autores. A ministra relatora reafirmou o direito de propriedade sobre a marca e afastou o direito de uso, pelos autores, da ação rescisória³⁴², sendo acompanhado pelo voto do ministro Luis Felipe Salomão. A

³⁴¹ 1715798/RS; 1716113/DF; 1873377/SP; 1860630/RJ; 1921769/PR; 1455296/PI; 740358/MG.

³⁴² “Ocorre que a banda Legião Urbana teve suas atividades encerradas com a morte de Renato Russo, ocorrida em 1996, como também admitido na contestação. Não há direito social de participar ou assistir

corrente vencedora, composta pelos ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Raul Araújo, concluiu pela rejeição do Recurso Especial e manteve o direito de uso da marca. A fundamentação da decisão pautou-se na função social da propriedade, já que os autores da ação rescisória não somente foram os co-criadores da marca como também necessitam dela para o pleno exercício de sua atividade profissional, e a identidade da banda encontra-se a eles totalmente relacionada. Nesse sentido, a função social da propriedade da marca também perpassa a necessária preservação da disseminação da cultura nacional (p. 35):

De fato, o comando sentencial não foi além de permitir a utilização limitada e excepcional da marca – *rectius*, do nome que identificava o extinto conjunto musical e também seu primeiro álbum – por aqueles que, a par de figurarem como seus cocriadores e que contribuíram diretamente para seu sucesso, dela necessitam para o pleno exercício de sua atividade profissional, no contexto de importante e desejada disseminação da cultura nacional. Por sua vez, a autoidentificação dos recorridos, invocando a qualidade de ex-integrantes do extinto grupo musical, traduz direito da personalidade cuja limitação não poderia encontrar fundamento no direito marcário. A titularidade da marca "Legião Urbana", ostentada pela recorrente, não se afigura suficiente para impedir os réus-recorridos de se apresentarem como os componentes da banda homônima, conquanto extinta por força do precoce falecimento de seu vocalista. Trata-se, com efeito, de qualidade ínsita à sua própria identidade, pessoal e profissional, que não será eliminada de suas respectivas biografias tão só pelo fato de que o nome do grupo musical foi levado a registro para fins de proteção marcária. (p. 35)

A despeito de a discussão envolver direito de marca, as razões de decidir apresentam total pertinência com o direito autoral. Afinal, a função social, alinhada à busca pela disseminação cultural, também deve ser objeto de cuidado e apreço, quando tratada no âmbito autoral. Interessante a abordagem do direito de personalidade ligado à identidade dos integrantes e fundadores da banda musical. O direito à marca não poderia afastar o vínculo indissociável entre os criadores e sua criação, como bem ilustra o direito autoral em sua conotação moral, pois aquele direito representa aspecto com viés muito mais patrimonialista e que não deve suprimir as expressões da personalidade criativa e identitária. Tem-se que a decisão revelou cuidado preciso em se preservar os valores comuns aos direitos de personalidade,

a novas apresentações da banda Legião Urbana porque ela não mais existe. O eventual grupo formado pelos réus e algum cantor (cover) por eles escolhido para substituir Renato Russo não será a extinta Legião Urbana. Por outro lado, a marca Legião Urbana integra o patrimônio da empresa autora, tendo os réus dela se desvinculado, de comum acordo, desde 1987, após o protocolo do pedido de depósito, do qual, portanto, não podem alegar desconhecimento. O uso da marca cabe, pois, com exclusividade à empresa autora, podendo ser licenciado, mediante contrato, segundo as condições acordadas entre as partes”.

ligados ao direito de autor, muito embora não tenha sido nomeado especificamente esse direito.

Os temas do abuso de direito e direito de concorrência também foram consultados, pois costumeiramente são conteúdos que servem para balizar o direito autoral, com a imposição de limites extrínsecos. Foi realizada a pesquisa dos termos gerais acrescidos da expressão “abuso”, cujo objetivo era apurar decisões que viessem a estabelecer contornos ao direito autoral, a fim de se evitar o abuso desse direito. Foram obtidos 27 acórdãos³⁴³, como resultado, porém, nenhum deles tratou especificamente desse aspecto. O direito de concorrência, alinhado como limite ao direito autoral, também foi objeto de levantamento. Ao se consultar os termos gerais em conjunto com o termo “concorrência”, 23 acórdãos foram encontrados³⁴⁴. Quatro acórdãos foram selecionados por envolverem o objeto da análise³⁴⁵. O Resp 1380630/RJ (Quarta Turma, relator ministro Luis Felipe Salomão, julgamento em 13 de outubro de 2015) não trata diretamente do direito de concorrência como limite ao direito autoral, a bem da verdade, realiza a distinção entre os referidos conteúdos para a solução do caso concreto. A discussão envolveu o suposto desrespeito a direito autoral, pela apropriação e uso de apostilas sobre técnicas de venda por ex-empregado. A decisão concluiu, entretanto, que técnicas sobre métodos de treinamento e vendas não seria objeto diretamente do direito autoral e que a celeuma ficaria mais adstrita ao direito concorrencial. Vislumbra-se, assim, o direito concorrencial não como uma limitação ao direito autoral, mas como ramos que muitas vezes se cruzam, sendo adequada a delimitação da área de regulamentação de cada um.

Julgado que merece destaque foi o Resp 1627606/RJ (Terceira Turma, de relatoria do ministro Ricardo Villas Bôas Cueva e julgamento em 02 de maio de 2017).

³⁴³ AgInt Aresp 1980718/RS; Resp 1903273/PR; Resp 1929433/PR; AgInt Aresp 1433696/SP; Resp 1859665/SC; AgInt Aresp 1710782/SP; AgInt Aresp 831729/SC; HC 468604/PR; Resp 1652588/SP; Edcl AgInt Resp 1653955/PR; HC 208015/SP; HC 337675/PR; HC 306792/SP; Resp 1190647/RS; HC 307626/SP; HC 306438/DF; HC 192149/SP; AgRg Resp 1385921/RJ; HC 213758/SP; Resp 1114889/DF; Resp 1096604/DF; HC 197610/MG; Resp 32614/SP; Resp 768783/RS; Resp 886030/AL; RMS 6192/AM; MS 3752/DF.

³⁴⁴ AgInt Resp 1997936/MG; Resp 1943690/SP; Edcl AgInt Resp 1804578/SP; Resp 1759081/SP; Resp 1804578/SP; AgInt Resp 1628883/SP; AgRg CC 160673/SP; AgRg CC 160633/SP; Resp 1548849/SP; Resp 1627606/RJ; Resp 1400785/RS; AgRg Aresp 866986/SP; Resp 1380630/RJ; Resp 1237752/PR; RHC 186405/RJ; AgRg Aresp 168492/RJ; RHC 27964/RS; AgRg Edcl Resp 1158622/RS; Resp 1207952/AM; HC 150901/MG; Resp 1136676/RS; Resp 1016087/RS; Resp 823292/SP.

³⁴⁵ Resp 1380630/RJ; Resp 1548849/SP; Resp 1627606/RJ; Resp 1943690/SP.

Trata-se sobre pleito que almejava a proteção autoral sobre a criação de uma nova espécie securitária (seguro de responsabilidade civil com cobertura para danos ambientais em transporte de cargas), de modo que o concorrente não viesse a dispor de igual serviço, em virtude da necessária proteção autoral e da vedação à concorrência desleal por desvio de clientela. O ministro relator pontuou sobre o objeto de proteção do direito autoral, que não alcança ideias, planos, conceitos, sistemas ou métodos e, portanto, o objeto de proteção securitária não poderia ser sujeito à proteção autoral, sob pena de “engessamento do conhecimento bem como o comprometimento da livre concorrência e da livre iniciativa” (p. 8).

Em aresto já tratado em outra oportunidade, quando se abordou a incidência da regra de direito autoral sobre as paródias, também se observou a avaliação de eventual direito de concorrência. Refere-se, aqui, ao Resp 1548849/SP, julgado pela Quarta Turma, em 20 de junho de 2017, cujo ministro relator foi Marco Buzzi (vencido). Nesse julgado, viu-se a discussão sobre as paródias e sátiras realizadas por “Falha de São Paulo” em matérias publicadas pelo jornal “Folha de São Paulo”, o que supostamente desrespeitaria o direito de marca, eis que seria possível eventual confusão entre as referidas marcas e sítios eletrônicos. Nessa linha, o ministro relator, vencido, concluiu que a prática contestada deveria ser protegida sob o enfoque do direito de marca, porquanto se estaria diante de concorrência desleal, face à impossibilidade de dissociação entre cada um dos sítios eletrônicos³⁴⁶. O voto vencedor, proferido pelo ministro Luis Felipe Salomão, afastou a incidência do direito de marca, e, ao aplicar o regime jurídico autoral, estabeleceu a incidência da autorização conferida pela paródia. Rechaçou o direito de marca, porquanto não seria razoável admitir que houvesse confusão entre as marcas e que não existiria concorrência desleal, já que os serviços oferecidos pelas empresas seriam totalmente distintos. Aqui se viu, a bem da verdade, antes da necessária equalização entre o

³⁴⁶ “Nesse ponto, o acórdão combatido também não merece reparos. Isso porque, a partir do momento em que o conteúdo com conotação comercial foi inserido no sítio eletrônico do recorrente (consubstanciado nos links, anúncios e referências a uma das principais concorrentes da Folha de São Paulo), **o site *falhadespaulo.com.br* inevitavelmente restará sempre associado, perante os leitores/consumidores, à marca concorrente da recorrida, ainda que o referido conteúdo fosse retirado.**

Dessa forma, não sendo possível dissociar a imagem do *website* da imagem da marca da recorrente, a subsistência do domínio implicará em concorrência desleal, independentemente de ser ou não essa a intenção do recorrente e de existir ou não vínculo empregatício entre ele e a empresa concorrente da recorrida no mercado jornalístico” (p. 13, grifos nossos).

direito de autor e o direito de concorrência, a definição entre cada uma das áreas; não houve conjugação entre os referidos interesses, mas a distinção entre eles.

O último julgado a ser analisado também já foi objeto de ponderação, quando da caracterização do objeto de proteção autoral. Trata-se do Resp 1943690/SP, da Terceira Turma, julgado em 19 de outubro de 2021, sendo relatora a ministra Nancy Andrighi. A celeuma envolveu a proteção ao *trade dress* em coleção de peças de lingerie. Ao concluir pela possibilidade de proteção das obras de moda, a ministra passou a analisar a concretização de concorrência desleal na prática que envolvia a suposta reprodução da criação do autor da ação. Para que a proteção autoral fosse aplicada, a fim de impedir o uso da obra criada, haveria de ser caracterizada a concorrência desleal, verificada mediante a cumulação dos seguintes requisitos: ausência de caráter meramente funcional; distintividade; confusão ou associação indevida; anterioridade de uso. Nesse caso, o que se viu foi muito mais a complementariedade protetiva entre o direito autoral e o direito de concorrência do que a necessidade de equalização de interesses discrepantes e contrários.

Os julgados sobre direito autoral e direito de concorrência, a bem da verdade, seguiram dois caminhos distintos: aquele que estabeleceu necessária distinção de aplicação e conteúdo e outro que permitiu a complementação tutelar da criação da obra. Não se vislumbrou, em contrapartida, o efetivo choque entre os ramos autoral e concorrencial, que exigisse específica ponderação para a equalização dos referidos direitos, quando muito uma nota sobre a funcionalização do direito autoral, para que não fosse admissível o “engessamento do conhecimento, da livre iniciativa e do direito à concorrência”.

Considerando-se os grandes eixos temáticos – pressupostos de proteção autoral, limites intrínsecos e limites extrínsecos –, pode-se, agora, concluir acerca do tratamento conferido ao direito de autor pelo Superior Tribunal de Justiça. Sobre o eixo – pressupostos de proteção autoral –, viu-se o entendimento firmado no sentido de ampliação acerca do objeto sobre o qual incide a criação autoral. A necessidade de originalidade e de elementos que retratem um incremento criativo também foi desenvolvida nas jurisprudências pesquisadas. No total, foram realizadas cinco pesquisas e consultados 54 acórdãos, dos quais, 20 mostraram-se relevantes ao estudo. Viu-se, nos acórdãos, um desenvolvimento afinado à doutrina a respeito da temática

Quanto aos limites intrínsecos ao direito de autor, foram realizadas 28 pesquisas, sendo analisados 313 acórdãos, dos quais, 74 alinharam-se ao conteúdo específico (limites intrínsecos). A interpretação legislativa aplicada às decisões, no mais das vezes, respeitou a literalidade normativa, não sendo comum se encontrar decisões que viessem a justificar uma contrariedade legal em virtude de valores distintos que pudessem amparar uma hermenêutica mais ampla, não limitada ao sistema autoral. Questões pontuais que clamam por uma melhor previsão legislativa também não foram levadas ao Superior Tribunal de Justiça; veja-se, por exemplo, a questão da reprodução de obras, para fins não lucrativos, em que a legislação autoriza somente a reprodução de pequenos trechos. Mesmo sobre o domínio público, não se obtiveram mais profundas discussões, que viessem a oferecer caminhos diversos àquele trilhado pelo contestado conteúdo legal. Somente de forma pontual encontraram-se decisões que ultrapassaram as barreiras de uma interpretação meramente normativa, desvinculada da inserção do direito autoral em uma realidade social e complexa, a exemplo do Resp 1450302/RJ, que autorizou o uso do poema (integral) da poetisa Cecília Meireles em livro didático. Exemplos evidentes do tratamento voltado ao recrudescimento da proteção autoral e, especialmente, da cobrança dos respectivos direitos, foram i) o tema relacionado à incidência de direitos autorais por execução de obras audiovisuais e fonográficas em quartos de hotéis e motéis (a despeito do argumento que bem retrata não se tratar de local de frequência coletiva, diante da intimidade e privacidade ínsitas ao ambiente, a compreensão dominante foi no sentido contrário); ii) a temática relacionada à execução pública de obras protegidas pelo direito autoral, voltadas a fins didáticos, também expressa bem a proteção autoral, porquanto os eventos realizados por uma universidade federal em local distinto da sede, igualmente exigiu o pagamento dos direitos autorais.

O tratamento jurisprudencial aplicado à paródia evidenciou, com maior intensidade o senso protecionista do direito de autor. Lembre-se que o entendimento firmado pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento Eresp 181044/SP, foi no sentido de que os contornos do uso adequado da paródia envolveriam a não destinação à finalidade econômica, mesmo sem haver tal previsão no dispositivo legal, o que inviabilizaria o uso de paródias na publicidade.

A demonstração inequívoca reveladora da resistência à admissão de limites mais amplos ao direito autoral deu-se com a pesquisa a respeito da aplicação do viés hermenêutico sobre os dispositivos legais que tratam dessas restrições. As decisões

revelam inexistência de uma posição firme e adequada sobre a incidência de uma interpretação mais ampla acerca dos limites previstos na legislação, tampouco tais decisões abandonam essa abordagem, que poderia indicar a opção por uma abordagem casuística, sem declarar uma ou outra regra interpretativa, mas a adequação a cada situação. Sobre esse assunto, foram encontrados julgados que alertam para a necessidade de que a interpretação em torno das limitações seja ampla e aberta, enquanto outros, em virtude da natureza fundamental do direito de autor, enunciam o cabimento de uma interpretação mais restritiva.

O tratamento dispensado à temática dos limites extrínsecos mostrou-se ainda mais problemático. Foram realizadas 19 pesquisas e colhidos 186 acórdãos. Após a leitura de cada uma das decisões, 44 acórdãos foram selecionados como relevantes ao tema. Saliente-se, inicialmente, que restou demonstrado que o direito de autor, formalmente, foi considerado direito fundamental e direito de personalidade. Não foi encontrada qualquer decisão que estabelecesse qualquer conclusão contrária. Não houve manifestação mais profunda sobre o conteúdo acerca do qual recairia a fundamentalidade do direito de autor, porquanto se viu que há na doutrina quem defenda que o direito de autor seria considerado fundamental somente em seu viés patrimonial. Sobre a natureza do direito de autor como direito de personalidade, ainda restou também verificado um posicionamento do Superior Tribunal de Justiça mais alinhado a uma teoria eclética, que reconhece o caráter dúplici da natureza do direito de autor, considerada direito moral e direito patrimonial, sujeitos a regimes jurídicos distintos. Reitera-se o posicionamento de que o mais adequado seria a admissão de um direito de autor como direito de personalidade em sua integralidade, sendo a questão patrimonial ou econômica desse direito tão-somente uma expressão de um direito de personalidade, o que seria alinhado ao tratamento conferido ao direito à imagem.

As pesquisas que tiveram como temática o interesse público, vinculado ao acesso ao conhecimento, direito à educação, direito à cultura, ao desenvolvimento tecnológico ou científico, em raros casos trouxeram uma avaliação mais profunda sobre o conteúdo dos limites autorais. A exemplo do que se verificou nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, o cotejo valorativo entre eventuais interesses e direitos em choque foi visto em poucas ocasiões. Observa-se que, mesmo em pontos sensíveis, que fogem à legislação, tais como a reprodução de obras esgotadas, raras ou órfãs, o tratamento dispensando às bibliotecas, não se observou

qualquer decisão que viesse a exaltar as necessárias preservação e difusão da cultura e do conhecimento.

Não foi diferente com os resultados obtidos quanto à temática mais privada, que envolveu a liberdade de expressão, intimidade, privacidade, função social, abuso de direito e direito de concorrência. A parca quantidade de decisões deixa evidente que as demandas levadas ao Superior Tribunal de Justiça raramente tocam esses pontos mais sensíveis.

Ao total, foram realizadas 52 pesquisas no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, e o total de acórdãos analisados foi de 553 acórdãos, dos quais, 138 envolviam a temática objeto da pesquisa.

Chamou a atenção, particularmente, a atuação do Escritório Central de Administração e Distribuição – ECAD –, que se mostrou combativa e representou quantidade considerável das discussões que envolviam o direito de autor. Veja-se que, das 81 decisões encontradas na consulta ao sítio do Supremo Tribunal Federal, em 21 delas o ECAD esteve presente³⁴⁷. A presença do ECAD foi percebida ao se asseverar que “esta atuação exercida pelo ECAD, ainda que criticada por muitos, é responsável pela construção de representativa jurisprudência nessa área específica dos direitos autorais, inclusive com edição de matérias sumuladas” (Pontes, 2022, p. 174).

Esse dado revela que, muitas vezes, a discussão sobre os limites ao direito autoral acaba por circunscrever-se a uma questão de cobrança ou não de direitos autorais na execução de obras, o que prejudica o avanço de matéria de tão grande relevância. Essa proeminência sobre a discussão que envolve a incidência ou não de cobrança sobre direitos autorais, que ocasiona certo descaso a questões de maior importância, dá-se pelo fato de a representatividade do ECAD e a preservação da cobrança devida não terem por objetivo primevo o desenvolvimento cultural ou a propagação do conhecimento, tampouco a busca pela proteção e promoção da atividade criativa, mas a preservação de um sistema posto, cuja função primordial é preservar os detentores de direitos autorais (não necessariamente o autor) contra

³⁴⁷ ADI 1929; ADI 2054 MC; AI 359793 AgR; ADI 2054; AI 738720 AgR; ARE 774560 AgR; ARE 945367 AgR; ARE 961537 AgR; ADI 5062; RE 1056363 AgR; ARE 1051703 AgR; ARE 740537 AgR; ARE 1108544 AgR; ARE 1174554 AgR; ADI 5800; ARE 1201809 AgR; ADI 5799; ARE 1247009 AgR; ARE 1288640 ED-AgR; ADI 6151; ARE 1397143 AgR.

restrições que venham a sofrer, ainda que possivelmente justificadas por fatores sociais, culturais ou atrelados a outros direitos de igual ou maior relevância.

A mesma constatação quanto às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal pôde ser obtida a partir da análise das decisões tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça, porquanto as questões que fogem ao interesse diretamente econômico dificilmente são objeto de proteção (ao menos não chegam aos Tribunais Superiores). A asseveração de que inúmeras hipóteses de omissões e contradições legais não foram objeto de discussão no Superior Tribunal de Justiça (ou mesmo no Supremo Tribunal Federal), ao invés de afastar o senso de urgência e necessidade de adequação normativa, reforça-o. Obviamente, o não tratamento mais justo ou a omissão normativa muitas vezes dissuadem aquele que se sente prejudicado a buscar o Poder Judiciário, justamente face ao temor de não ter sua pretensão acolhida, ao mesmo tempo em que estabelece sentimentos de descrença e impotência, o que sugere um impeditivo ao fluxo de desenvolvimento social esperado, dado o paradoxo entre a conjuntura factual e a norma.

Ante a insuficiência normativa, já vista no capítulo que antecedeu ao presente, aliada a um quadro jurisprudencial mais voltado à manutenção de um sistema econômico, tem-se que os limites mostram-se ineficazes à preservação dos valores que deveriam condicionar o direito autoral, de modo que fosse possível alcançar um ambiente equilibrado, capaz de equalizar interesses aparentemente discrepantes e conjugar a promoção da cultura e da educação, da liberdade e da privacidade, da livre iniciativa e do livre mercado, com a indispensável preservação das prerrogativas do criador.

6 DA SIMBOLOGIA DO DIREITO DE AUTOR E DA DEFINIÇÃO DOS ATORES

O estudo até aqui permitiu a conclusão de que a legislação atual se mostra totalmente desajustada e pouco eficaz para uma abordagem capaz de conferir ao direito autoral o cumprimento de todas suas atribuições. O tratamento obsoleto relegado aos limites autorais expõe ainda mais a antinomia crescente entre a proteção outorgada aos titulares de direitos e a indiferença social no respeito a mesma norma; porquanto se viu que, a despeito da crescente proteção formal do direito autoral, tem-se, na mesma proporção, um sentimento social de rejeição a esta tutela, por retratar valores que não mais integram anseios sociais. Como resultado dessa equação, observa-se o deslocamento do direito autoral a um espaço de isolamento e descontextualização.

Tendo em vista o importante papel atribuído ao Poder Judiciário, inspirado, em grande parte, pelo “fracasso” das demais funções em seus esperados misteres, foram analisadas as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça acerca dos limites ao direito autoral. A expectativa era de que as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores retratassem o exurgimento de uma legislação aplicada que viesse suplantiar as mazelas verificadas na análise anteriormente feita. O que se viu, porém, foi a inexistência de um tratamento sistemático que conferisse desenvolvimento contínuo e progressivo do direito autoral, o que acabou sendo justificado pelo próprio sistema judiciário, que, mesmo nos órgãos colegiados, privilegia decisões individuais e não a busca pela formação de “vontade coletiva”.

O desprezo pelos entendimentos já firmados sobre o mesmo tema em decisões anteriores também ficou demonstrado, fato que traz prejuízo para o tratamento progressivo acerca do direito autoral. Soma-se a isso, ainda, a inexistência de demandas que viessem expor as omissões e antinomias sobre os limites de direito de autor, por não representar interesses de grupos ou pessoas determinadas.

O cenário de insuficiência legislativa, não solucionado pela aplicação do direito pelos Tribunais Superiores, exige, por oportuno, ponderações sobre o caminho que deveria ser seguido para o melhor tratamento dos limites ao direito de autor.

Neste capítulo, por conseguinte, serão apresentadas ponderações sobre o caminho para a persecução de meios que possam materializar uma legislação autoral que ofereça instrumentos adequados e capazes de equalizar a proteção autoral e os

demais direitos circunvizinhos. A questão que surge perpassa pela busca pelo melhor modelo, dentro de uma realidade fragmentada e em constante estado de mudança, que possa garantir a proteção efetiva do direito de autor e de suas atribuições, sem que sejam eliminados ou desconsiderados os demais direitos.

6.1 AFINAL, A NORMA DEFEITUOSA PODE ATINGIR SEUS FINS SE INTELIGENTEMENTE APLICADA?

O Estado Moderno rompeu o medievo e trouxe consigo uma estruturação de funções atribuídas a órgãos distintos inseridos no interior do aparato estatal e, ainda, as noções de sujeito, de Estado e de Direito (Streck, 2014). Constituiu, assim, um avanço, “em um primeiro momento, como absolutista e, depois, como liberal; mais tarde o Estado se transforma, surgindo o Estado Contemporâneo sob as suas mais variadas faces” (Streck, 2014, p. 23). As várias modificações verificadas com o surgimento e desenvolvimento do Estado Moderno deram-se especialmente para que fossem solucionadas, ou pelo menos amenizadas, as contradições proporcionadas especialmente pelo liberalismo. A assunção de uma ordem de obrigações pelo Estado, agora denominado Estado-providência ou Social, traduziu-se em políticas que teriam como finalidade preservar o próprio modo capitalista de produção e compatibilizá-lo às promessas da modernidade. O último estágio desse desenvolvimento compromissório eclodiu no Estado Democrático de Direito, considerado, nas palavras de Lenio Streck, “a vontade constitucional de realização do Estado Social” (Streck, 2014, p. 47). Nesse Estado Democrático de Direito é que a “Constituição tem sua força normativa reconhecida e que, via de consequência, seus elementos e princípios fundantes ganham caráter vinculante, tanto no aspecto político, quanto jurídico. As tais promessas constitucionais são, inclusive, acompanhadas de mecanismos de vindicação judiciária” (Tovar, 2015, p. 520).

Ocorre que, nos países como o Brasil, em que se experimentou uma modernidade tardia, têm-se sérios problemas: “de um lado temos uma sociedade carente de realização de direitos e, de outro, uma Constituição Federal que garante estes direitos de forma mais ampla possível” (Streck, 2014, p. 47). Do que se mostra coerente a afirmação de que as promessas materializadas nas Constituições não foram cumpridas.

Há uma crença, fruto de uma profunda mudança e social e da suposta falência das promessas da modernidade³⁴⁸, de que a política não seria mais o campo adequado para se responder às exigências sociais, econômicas e morais que se apresentam nessa realidade cada vez mais fluída e complexa. O papel de centralidade do poder foi transferido àquele que poderia dar voz às necessidades consideradas individualmente, diante dessa realidade multifacetada. A esperança em medidas executadas pela Administração Pública ou na criação de normas capazes de atender às necessidades parece ter se esvaído³⁴⁹. Espera-se, do Poder Judiciário, a posição de bastião capaz de dar cabo a todas as mazelas, o que acaba por ser viabilizado diante do citado mecanismo de vinculação judiciária previsto na Constituição.

A compreensão dessa profunda mudança é explicada por Zygmunt Bauman, na obra “Legisladores e Intérpretes”. A modernidade trazia consigo a altivez intelectual que imaginava ser a história uma marcha irrefreável das *lumières*; “uma luta difícil, mas afinal vitoriosa, da Razão contra as emoções ou os instintos animais; da ciência contra a magia; da verdade contra o preconceito; do conhecimento correto contra a superstição (...) da racionalidade contra a afetividade e o domínio dos costumes” (Bauman, 2010, p. 157). Para tanto, o intelectual atuaria como mediador, a quem seria atribuído o papel ao legislador. A modernidade, assim, conferiu, ao legislador, a atribuição de conciliar, prévia e abstratamente, os choques de interesses, geradores de conflitos, a normas capazes de solucionar os problemas presentes e vindouros:

³⁴⁸ Bauman (2010) defende que somente aqueles que possuem visão pautada na perspectiva de uma ordem e “superioridade” europeia, primada, na razão que conclui que a modernidade foi um projeto fracassado: “Aqueles que antes esquadriharam o mundo como um campo a ser cultivado pela Europa, armada como ela estava com a Razão, tendem a falar hoje do projeto “fracassado” ou “não cumprido” da modernidade. (A modernidade, outrora o “cenário” sobre o qual não se refletia, subitamente foi percebida como um projeto, agora que seus atributos começaram a desaparecer um a um.) Da mesma maneira que o clima intelectual que a precedeu, a crise de confiança é uma construção intelectual; ela reflete, como antes, a experiência coletiva daqueles que articulam a autoidentidade de seus tempos e sociedades – a única categoria de pessoas que descreve e define a si mesma, e que não pode descrever ou definir a si mesma de nenhum outro modo, exceto descrevendo e definindo a sociedade da qual é uma parte” (Bauman, 2010, p. 170).

³⁴⁹ Mauro Cappelletti leciona que a ascensão do Estado Social trouxe consigo o declínio da confiança nos Parlamentos, dado o caráter fantasioso da pretensão de se erigirem leis como instrumentos de progresso social: “Demasiadas leis foram emanadas demasiadamente tarde, ou bem cedo tornaram-se totalmente obsoletas; muitas se revelaram ineficazes, quando não contraproduativas, em relação às finalidades sociais que pretendiam atingir” (p. 44). O Estado Administrativo (função executiva) igualmente não se mostrou hábil a concretizar as demandas apresentadas: “De outro lado, causou problemas não menos sérios também a emergência do estado administrativo. Desnecessário mencionar o perigo de abusos por parte da burocracia, a ameaça da situação de “tutela” paternalística, quando não de opressão autoritária, sobre os cidadãos por parte do onipresente aparelho administrativo e, por isso, ao mesmo tempo distante, inacessível e não orientado para o seu serviço” (Cappelletti, 1999, p. 44).

A estratégia moderna de trabalho intelectual é aquela mais bem-caracterizada pela metáfora do papel do "legislador". Consiste em fazer afirmações autorizadas e autoritárias que arbitrem controvérsias de opiniões e escolham aquelas que, uma vez selecionadas, se tornem corretas e associativas. A autoridade para arbitrar é, nesse caso, legitimada por conhecimento (objetivo) superior, ao qual intelectuais têm mais acesso que a parte não intelectual da sociedade. Esse acesso se dá graças a regras de procedimento, garantindo que se alcance a verdade, que se chegue a um juízo moral válido e se selecione um gosto artístico apropriado. (Bauman, 2010, p. 19)

Almejava-se uma sociedade estável, “solidariamente enraizada, da qual qualquer desvio mais acentuado apenas pode(ria) ser uma mudança para pior” (Bauman, 2010, p. 12). As consideráveis alterações nas demandas sociais e o avanço na especialização e diversificação do conhecimento, aliado às novas formas de disseminação de ideias e opiniões, afastaram o intelectual que propunha um conhecimento universal, de abordagem prática e prescritiva (como ocorria com os legisladores), e passaram a acolher aquele dotado de maior capacidade de reflexão crítica e interpretação profunda. O intelectual que passou a ocupar o papel de primazia foi o intérprete.

Transpassado o arranjo social para a interação das funções do Estado, pode-se afirmar que tal fenômeno foi espelhado. A primazia, que antes era atribuída à função legislativa (em momento imediatamente posterior, à executiva), passou a ser conferida à autoridade judiciária. Como resposta a essa mudança de protagonismo, viu-se o fortalecimento do Poder Judiciário, em momento que conferiu ampliação no espectro de atuação dos órgãos judicantes, alcançando esferas que trariam perplexidade a Montesquieu. Não raro se observa a ação judiciária em questões afetas a escolhas políticas ou mesmo dirigidas à formulação de normas; isso mesmo, regras gerais e abstratas, próprias da função que se esperava fosse formada por um consenso de representantes eleitos democraticamente.

Como já mencionado, o enfraquecimento dos papéis do Poder Executivo e do Poder Legislativo trouxe consigo atribuições ao Poder Judiciário impróprias ao modelo de Estado e de Direito da tradição brasileira. Podem-se eleger como razões para esse ruído que estremeceu os fundamentos que sustentavam o Estado de Direito a escalada do poder econômico sobre as decisões legislativas e políticas e a incapacidade em se cumprir as promessas da modernidade previstas no movimento constitucionalista. De forma mais direta, podem-se elencar como causas para essa crescente judicialização da vida, as seguintes: i) “o judiciário, é, ao fim e ao cabo, o

maior protetor dos direitos fundamentais”; ii) “a política majoritária nem sempre é o palco de satisfação dos interesses de desprivilegiados” (Tovar, 2015, p. 523); iii) a omissão do Poder Executivo e do Poder Legislativo quanto às suas atribuições conduz aqueles considerados prejudicados pela desídia buscarem o Poder Judiciário.

Diante da ascensão do Poder Judiciário, as funções da jurisprudência³⁵⁰, dentro da dogmática jurídica, sofreram proporcional reposicionamento. Tradicionalmente, a jurisprudência ocupava papel de fonte hermenêutica, já que representava um acordo hermenêutico deliberativo – por não se tratar de mera disputa de opiniões (o que é contestado, como se verá na sequência), mas de uma dialógica contraposição de argumentos –, tomado a partir de uma posição legítima – já que a posição é criada e exercida por um regular exercício de poder, segundo um processo de decisão –, capaz de gerar um efeito de vontade estabilizadora – que delimita as possibilidades e escolhe aquela supostamente mais adequada, conformando o dissenso em um ato de vontade (Santos; Sposato, 2016).

Esse trabalho hermenêutico, nas lições de Carlos Maximiliano, já proporcionava um silencioso movimento de evolução, “imperiosa, avassaladora, inelutável, pois domina e arrasta os próprios irredutíveis, a ponto de lhe obedecerem às exigências os que presumem resistir ainda” (Maximiliano, 2007, p. 14). Assim, o juiz

não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o consideram autômato; e, sim, árbitro da adaptação dos textos às espécies ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e o social. (Maximiliano, 2007, p. 66)

Diante da força, antes silenciosa, que já impunha, ao aplicar o direito, sensibilidade e argúcia para dar vida aos valores plasmados na norma jurídica, com a exasperação das atribuições judiciais, a atividade do intérprete assumiu contornos ainda mais evidentes.

A jurisprudência assumiu, a par de sua função hermenêutica, uma função prescritiva, representativa de uma alteração social própria da pós-modernidade, que

³⁵⁰ O termo “jurisprudência” é plurissignificativo, pois é utilizado como “sinônimo para Ciência do Direito”, empregado, também, “como conjunto das decisões dos Tribunais a respeito do mesmo assunto. Alguns especificam conjunto das decisões uniformes dos tribunais e outros falam em conjunto de decisões, sem referência à uniformidade” (Nunes, 2007, p. 105). Utilizar-se-á o termo “jurisprudência” em um sentido mais amplo, como conjunto de decisões, não necessariamente uniformes.

repercutiu diretamente nas funções do Estado e no modelo do Direito. O efeito *erga omnes* e o efeito vinculante passaram a ser incorporados pela atividade jurisprudencial (Santos; Sposato, 2016)³⁵¹. A esse protagonismo do Poder Judiciário, dá-se usualmente o nome de ativismo judicial³⁵². Essa prática tem sido alvo de críticas em virtude de prejuízos trazidos, tais como o empobrecimento discursivo do Poder Legislativo e do Poder Executivo, pois a dinâmica judicial é de imposição da determinação em decisão, o que enfraqueceria as funções legislativas e executivas, cuja dinâmica envolve a busca por consenso, isso sem se falar do prejuízo decorrente do esvaziamento político, ao serem vislumbradas decisões nitidamente políticas na esfera judicial, destituídas da esperada representatividade (Santos; Sposato, 2016).

Uma distinção mostra-se oportuna: nem toda intervenção mais assertiva do Poder Judiciário na concretização de princípios ou valores poderia ser considerada como ativismo. A concretização ou defesa de valores e princípios constitucionais podem ser vistas como forma de concretização de um garantismo³⁵³ (e não necessariamente um ativismo), tido como “um modelo de direito baseado na rígida subordinação à lei de todos os poderes e nos vínculos a eles impostos para a garantia dos direitos, primeiramente, dentre outros os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição” (Ferrajoli, 2015, n.p.). Ferrajoli aborda a distinção agora trazida entre ativismo e garantismo:

Configurando os direitos constitucionalmente estabelecidos como princípios objeto e ponderação, e não como regras objeto de aplicação, aquelas promovem um ativismo judicial que corre o risco de resultar em um desnaturamento da jurisdição, por aquelas transmutada em uma fonte do direito, por força do papel criativo e substancialmente legislativo a ela conferido pela regra do *stare decisis*. (Ferrajoli, 2015, n.p.)

³⁵¹ Em um tom ainda mais crítico, a autora Ingeborg Maus argumenta que a atuação do Poder Judiciário (notadamente do Tribunal Constitucional alemão) agiria, em dados casos, como instância última que define os valores sociais da sociedade, afastando a verdadeira representação da soberania popular, comprometendo a democracia. (Maus, Ingeborg. *Judiciário como Superego da Sociedade: O papel da Atividade Jurisprudencial na “Sociedade Órfã”*).

³⁵² “O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal é uma realidade incontestável, do ponto de vista descritivo, da vida política contemporânea brasileira. Nos últimos anos do século XX e, mais destacadamente, neste século XXI, houve significativa ampliação quantitativa e qualitativa de participação decisória do Supremo em nosso cenário sociopolítica. A Corte tem decidido sobre os temas mais fundamentais do país e o tem feito de maneira bastante criativa e assertiva de poder político-normativo sobre os outros “departamentos” de governo” (Campos, 2014, p. 341).

³⁵³ Muito vinculado ao âmbito penal, o garantismo pode ser aplicado em qualquer área do direito, porquanto envolve a busca pela concretização de princípios e direitos de ordens constitucional (com a defesa de direitos fundamentais), processual (com a busca pela tutela de princípios procedimentais e de processo para obtenção de decisões justas), administrativa (a fim de conter arbitrariedades na relação Estado-cidadão); civil (para proteger e equalizar direitos privados com a promoção de segurança jurídica e previsibilidade das relações civis). A propósito: Ferrajoli, Luigi. ***Epistemologia Jurídica y Garantismo***. Colonia del Carmen: Distribuciones Fontamara, 2004.

A admissão de princípios como regras de objeto de aplicação e da não atribuição de um caráter de fonte às decisões judiciais embasa uma distinção, *ab initio*, entre garantismo e ativismo, sendo crível se crer que o sistema jurídico atual evidencia um forte ativismo, pelo menos no contexto apresentado por Luigi Ferrajoli, dado o papel legislativo assumido pelos Tribunais Superiores. Não haveria maiores razões para se aprofundar acerca desse tema – ativismo judicial –, sendo suficiente o registro dessa inevitável realidade.

Inegavelmente, portanto, o estudo da atuação do Poder Judiciário sobre determinado tema, que permite se enxergar aspectos que envolvem a forma de se interpretar a norma jurídica, já que possibilita que essa atuação venha a agir como complemento ao trabalho do legislador, reforçando a norma e fixando seus sentidos jurídicos. Demais disso, a avaliação jurisprudencial proporciona a apuração se a atuação do Poder Judiciário ultrapassou os limites hermenêuticos e adentrou a esfera prescritiva ou normativa, típico das novas atribuições assumidas³⁵⁴. Afinal, “quanto melhor souber a jurisprudência adaptar o Direito vigente às circunstâncias mutáveis da vida, tanto menos necessário se tornará pôr em movimento a máquina de legislar. Até mesmo a norma defeituosa pode atingir os seus fins, desde que seja inteligentemente aplicada” (Maximiliano, 2007, p. 67).

Nesse cenário, a avaliação da postura pontual da atuação do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal acerca do objeto deste estudo mostrava-se indispensável. Afinal, ante a insuficiência legislativa que viesse a estabelecer os limites corretos ao direito de autor, havia de se esperar que esse ajuste pudesse ser realizado pelo Poder Judiciário. Quer-se, assim, pontuar que a insuficiência legislativa sobre os limites ao direito de autor reclamava que o Poder Judiciário viesse a ultrapassar a atuação hermenêutica e adentrar às atividades prescritivas, de modo que fosse possível a observância de melhor adequação entre as demandas sociais aplicadas à espécie e as soluções oferecidas pelos instrumentos estatais.

³⁵⁴ Interessante abordagem trazida por Boaventura ao estabelecer a origem dessa “nova política judiciária”, cuja formação deu-se, ao longo do século XX, pela necessidade de confirmação, ainda que formal, da igualdade, mediante a declaração de direitos, com a seguida demonstração da impossibilidade do Estado em cumprir suas promessas. As novas atribuições e poderes ao Poder Judiciário decorreu da necessidade em se responder aos crescentes litígios, promovidos pela declaração de direitos e crise de eficácia, o que foi ainda mais evidenciado pela crise econômica. Boaventura, Sousa Santo. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 7ª Ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999, p.141-157.

A atuação do Poder Judiciário sobre os limites do direito de autor quanto ao aspecto hermenêutico por vezes atendeu ao resultado esperado, especialmente nas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (o que se viu nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal foi, no mais das vezes, a confirmação da legitimidade ativa do ECAD e a avaliação de normas estaduais que estabeleceram restrições ao direito de autor). A abordagem e o entendimento consolidado sobre o caráter exemplificativo da obra autoral a ser protegida constituem claro exemplo da atuação hermenêutica capaz de reforçar a lei, já que foi observada a extensão da tutela a criações dotadas de originalidade das mais variadas (logomarca, projeto arquitetônico, coleção de roupas, título de obra). Ao mesmo tempo, a avaliação da contribuição mínima (a despeito de não ter sido encontrado esse termo) foi também considerada, sendo criações que envolvem um aspecto mais técnico, a exemplo de um novo produto de seguros ou mesmo a técnica de vendas.

O acerto dogmático da jurisprudência aplicado à natureza jurídica do direito de autor também foi verificado, ao estabelecer a condição de direito fundamental e direito de personalidade, o que proporciona a incidência do adequado regime jurídico. Em termos mais profundos, porém, não houve qualquer explicação verificada na doutrina acerca da extensão (unicamente patrimonial ou de um direito de autor em sua integralidade) da natureza jusfundamental prevista na Constituição Federal; também foi adotado um posicionamento sobre a natureza de direito de personalidade ao direito de autor, que acenou mais uma teoria eclética, que partilha o direito de autor em duas naturezas distintas, sujeitas a regimes jurídicos igualmente distintos, o que, como visto, talvez não fosse a posição mais adequada.

A atividade hermenêutica pelo Superior Tribunal de Justiça, em outras situações, não seguiu talvez pelo caminho esperado. Pode-se ilustrar com o tratamento dispensado à paródia e paráfrase, que, em julgamento realizado pela Segunda Seção, estabeleceu, como exigência para o uso de obra sem a necessária autorização do autor, que a destinação não fosse econômica, apesar de não existir previsão legal específica no dispositivo que regule o conteúdo. O mesmo se pode dizer em relação à incidência da cobrança de direitos autorais sobre quartos de hotéis e motéis, em que se viu a conclusão de que se trata de local de frequência coletiva, sem que houvesse reflexão maior sobre se tratar de ambiente que prima pela intimidade e privacidade (o que foi objeto, inclusive, de afetação a tema repetitivo).

O tratamento conferido pelos Tribunais Superiores à interpretação legal, nessa tarefa hermenêutica, refletiu, em grande parte, a vocação pela proteção autoral, em detrimento às restrições, ainda que previstas na legislação. Trata-se, como já se viu, de um movimento contínuo de ampliação e fortalecimento da proteção autoral, especialmente de seu viés patrimonial e econômico. A figura proeminente do ECAD deixa extremas dúvidas sobre a concretização do desiderato dirigido à preservação do sistema autoral e da mecânica nitidamente voltada à proteção do titular do direito autoral, que tende a não ser propriamente o criador da obra. Essa distorção acaba por gerar o desprezo a direitos correlacionados, que deixam de ser considerados nessa relação anacrônica e desigual. Refere-se, aqui, a título de ilustração, aos direitos de acesso ao conhecimento, à cultura e à informação, ao direito ao desenvolvimento tecnológico e até mesmo à liberdade de expressão, à intimidade e à privacidade.

O que se esperava encontrar, nesse sentido, seriam manifestações do Supremo Tribunal Federal que adentrassem esse campo que envolve os conflitos entre o direito de autor e os demais direitos fundamentais, ultrapassando, quem sabe, essa linha demarcatória da atuação hermenêutica, conferindo uma atuação prescritiva ou normativa. Para o Supremo Tribunal Federal, o que se constatou foi essa atuação prescritiva ou normativa tão-somente para que fosse avaliada a constitucionalidade das normas estaduais, ao preverem modalidades de restrição do direito autoral, todas declaradas inconstitucionais por violação à competência legislativa, tanto formal, quanto material. A única Súmula do Supremo Tribunal Federal sobre direito autoral foi editada no ano de 1964 e estabelecia a não incidência da cobrança de direito autoral, quando a orquestra fosse de amadores³⁵⁵, cujo conteúdo representa, hoje, pouca relevância prática, por se tratar de hipótese fática de escassa frequência.

Para as decisões analisadas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, verificou-se igualmente a ausência de uma atuação que ultrapassasse a esfera hermenêutica. Em alguns casos se vislumbrou o manejo de técnicas processuais, capazes de outorgar efeitos vinculantes ou *erga omnes*. Sobre o direito autoral, poderiam se destacar três temas repetitivos. Tema Repetitivo n. 593, que envolveu o aspecto penal da conduta de contrafação e a tese de defesa que alegava a incidência do princípio da adequação social, que tornaria a conduta tolerável. A tese firmada

³⁵⁵ Súmula 386 do Supremo Tribunal Federal: “Pela execução de obra musical por artistas remunerados é devido direito autoral, não exigível quando a orquestra fôr de amadores”.

afastou a incidência do argumento de defesa, ao enunciar: “Considera-se “típica, formal e materialmente, a conduta prevista no artigo 184, § 2º, do Código Penal, afastando, assim, a aplicação do princípio da adequação social, de quem expõe à venda CD's e DVD's 'piratas'”³⁵⁶.

O segundo Tema Repetitivo (Tema n. 926), também de âmbito criminal, envolvia a forma de comprovação da materialidade do crime previsto no artigo 184, §2º, do Código Penal, de modo que fosse esclarecido se o laudo pericial poderia ser feito por amostragem. A tese firmada, ao final, foi a de que “É suficiente, para a comprovação da materialidade do delito previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal, a perícia realizada, por amostragem, sobre os aspectos externos do material apreendido, sendo desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou de quem os represente”³⁵⁷. Ambos os temas pouco acrescentam ao debate sobre os limites ao direito autoral, o que retrata a grande incidência de discussões autorais penais no cenário do Tribunal Superior.

O último tema relaciona-se diretamente com o objeto deste estudo, trata-se do Tema Repetitivo n. 1066, que diz respeito à incidência da cobrança autoral por utilização de obras musicais e audiovisuais em quartos de hotel, motel ou afins. Após o julgamento foi firmada a seguinte tese: a) “A disponibilização de equipamentos em quarto de hotel, motel ou afins para a transmissão de obras musicais, literomusicais e audiovisuais permite a cobrança de direitos autorais pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD; b) A contratação por empreendimento hoteleiro de serviços de TV por assinatura não impede a cobrança de direitos autorais pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, inexistindo *bis in idem*”. Do que se observa que o único Tema Repetitivo sobre a limitação ao direito autoral se encaminhou à confirmação da incidência da cobrança pelo uso da obra.

³⁵⁶ Esse julgamento deu origem à edição da Súmula 502: “Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas” (Terceira Seção, julgado em 23/10/2013, DJe 28/10/2013).

³⁵⁷ Esse julgamento proporcionou a confecção da Súmula 574: “Para a configuração do delito de violação de direito autoral e a comprovação de sua materialidade, é suficiente a perícia realizada por amostragem do produto apreendido, nos aspectos externos do material, e é desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou daqueles que os representem” (Terceira Seção, julgado em 22/06/2016, DJe 27/06/2016).

As Súmulas editadas pelo Superior Tribunal de Justiça sobre direito autoral foram as seguintes: Súmula 63³⁵⁸; Súmula 228³⁵⁹; Súmula 261³⁶⁰; Súmula 502; Súmula 574. As duas últimas súmulas tiveram origem nos temas repetitivos já tratados e envolveram questões de âmbito penal.

A par das condições mais específicas sobre a jurisprudência afeta ao direito autoral nas esferas dos Tribunais Superiores, não se poderia furtar das sabidas críticas que são usualmente lançadas contra a própria racionalidade jurídica utilizada na prática decisória. Mesmo nos temas repetitivos ou nas demais formas de uniformização jurisprudencial, observa-se a incidência de um sistema que prima pelo personalismo nas decisões colegiadas. O acórdão constitui o resultado matemático de decisões individuais dos integrantes do órgão colegiado. “Apesar de colegiadas, as decisões tomadas pelo Plenário e por suas duas Turmas tendem a refletir a individualidade do ministro que se destacou na determinação do resultado e da sua fundamentação, o que acaba por desvalorizar o sentido coletivo da jurisprudência” (Sundfeld; Pinto, 2012, p. 6). Critica-se, ainda, a ausência de uma síntese descritiva e sistemática do estado da jurisprudência sobre aquele assunto que seria julgado (principalmente se se tratar de assunto com veiculação mais comum e renitente). Essa omissão acaba por contribuir para o próprio descaso da jurisprudência da respectiva Corte. No ramo do direito autoral, talvez sirva de exemplo positivo a síntese verificada no julgamento Eresp 181044 pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, em caso que discutia o uso de paródia em programa eleitoral. O voto do ministro relator Luis Felipe Salomão expressou, de forma didática e contextual, as variadas decisões sobre o assunto, em clara demonstração da necessidade de o Tribunal consolidar um entendimento, em respeito à busca por uma segurança jurídica.

Nesse mesmo sentido, José Rodrigo Rodriguez, em sua obra “Como decidem as Cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro)” (2013), alerta para tal fenômeno na racionalidade jurídica no Brasil, em que as decisões têm como marca a individualidade: “cada juiz parece se relacionar com a esfera pública de forma independente; sua individualidade está acima das eventuais “razões do Tribunal” que,

³⁵⁸ Súmula 63: “São devidos direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas em estabelecimentos comerciais.” (Segunda Seção, julgado em 25/11/1992, DJ 01/12/1992)

³⁵⁹ Súmula 228: “É inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral.” (Segunda Seção, julgado em 08/09/1999, DJ 08/10/1999)

³⁶⁰ Súmula 261: “A cobrança de direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas, em estabelecimentos hoteleiros, deve ser feita conforme a taxa média de utilização do equipamento, apurada em liquidação.” (Segunda Seção, julgado em 13/03/2002, DJ 19/03/2002)

aliás, não organiza os fundamentos dos votos em uma decisão coerente e tampouco impõe o dever de se elaborar um voto oficial da corte” (Rodriguez, 2013, p. 14). Soma-se à individualidade a tendência de o julgador de naturalizar os conceitos, como se sua perspectiva fosse a “única solução possível para o problema que os ocupa, utilizando, para este fim, uma grande quantidade de argumentos de autoridade” (Rodriguez, 2013, p. 14). O que se observa, na racionalidade jurídica das decisões e no sistema jurídico brasileiro, é o desprestígio à segurança jurídica, como resultado da pouca importância da fundamentação, o que gera “um espaço aberto para a contínua discussão do tema pela esfera pública” (Rodriguez, 2013, p. 110), típico de um sistema que centraliza seu fundamento na pessoa do julgador e não na formulação de uma fundamentação contumaz e convincente.

Lenio Streck pontua sobre a formação cultural do jurista brasileiro, que traz consigo a naturalidade da forma de se pensar segundo um paradigma subjetivista-solipsista, que estabelece como postulado a outorga de uma liberdade irrestrita ao aplicador do Direito, que julga segundo sua convicção, seus valores e seu senso de justiça, especialmente diante de cláusulas abertas, casos difíceis e lacunas na lei (Streck, 2013).

A conjugação de uma fundamentação individualista com o paradigma subjetivista-solipsista, na prática de julgar centralizada na pessoa do julgador e pouco afetos a uma fundamentação pautada em uma argumentação mais transparente e substantiva, concretiza uma verdadeira “Torre de Babel”, na qual cada um dos julgadores apresenta sua própria linguagem, produzida por suas próprias convicções pessoais e valores. Nessa realidade sistêmica do Judiciário brasileiro, torna-se ainda difícil a admissão do papel a que se atribuiu hodiernamente à jurisprudência – instrumento de realização das promessas da modernidade e de concretização das demandas sociais.

Esse singelo apanhado crítico sobre a atuação e papel outorgado ao Poder Judiciário não tem por objetivo tratar diretamente da racionalidade jurídica ou mesmo propor uma refundação da ordem judiciária, mas deixar evidente a necessidade de se estabelecer um caminho a ser seguido pela normatividade do direito de autor, iniciando-se pelo que não deve ser feito. A afirmação de Carlos Maximiliano, apresentada outrora – “até mesmo a norma defeituosa pode atingir os seus fins, desde que seja inteligentemente aplicada –, parece, agora, totalmente fora de contexto e inapropriada para corrigir as imperfeições da legislação autoral. O interessante do

recorte da atuação do Poder Judiciário, no contexto do direito autoral, é a constatação de que sequer se pode atribuir a pecha de qualquer ativismo judiciário. Ao revés, o que se constatou na análise da atuação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça foi certo “desinteresse” quanto ao incremento de um papel ativo na formação de decisões-prescritivas, capazes de conferir uma feição diferente ao quadro normativo autoral. Tal “desinteresse” não se pode atribuir unicamente aos respectivos tribunais, muito embora seja possível se identificar casos em que se vislumbrou certa tendência de manutenção do *status quo* (ligada essencialmente à preservação do sistema de cobrança autoral), porquanto se pôde constatar que a ausência de demandas que veiculassem as questões sociais mais pulsantes e latentes deu-se mais em razão da inexpressividade de legitimados que viessem a judicializar essas discussões. As demais críticas conduzidas pelos autores citados – Mauro Cappelletti, José Rodrigo Rodrigues e Lenio Streck, principalmente – podem ser aplicadas fielmente à seara autoral.

Essa conjuntura sobre os limites do direito autoral aplicado pelos Tribunais Superiores, em consonância com as críticas balizadas acerca da racionalidade judicial (personalismo, individualismo e solipsismo), revela a impossibilidade da manutenção da crença de preservação de uma legislação insuficiente pelo trabalho jurisprudencial. Saliente-se que sobre o tema do direito autoral sequer se verificou a esperada prática (detestável para alguns) de uma conduta mais proativa pelo Poder Judiciário, que viesse, ao menos, balbuciar uma solução que oferecesse resposta às omissões e às incoerências da legislação. Com efeito, há de se admitir a necessidade de um ajuste normativo, mediante o manejo de normas capazes de regular os limites do direito autoral, de forma que dialogue com os demais anseios sociais e com os demais direitos fundamentais. Não há mais o que se esperar do Poder Judiciário nesse escopo que exige interlocução constante entre direitos que muitas vezes expressam valores opostos.

6.2 DO JOGO POLÍTICO E DA DEFINIÇÃO DOS ATORES NO PALCO AUTORAL

A busca por novos parâmetros para regras sobre limites ao direito autoral deve, antes de tudo, passar pela constatação das forças que agem na formulação e aprovação de propostas. Espera-se tenha ficado claro, ao longo do trabalho, que,

desde a formação do direito autoral, verifica-se proeminência dos interesses econômicos. Desde as prensas móveis desenvolvidas por Gutemberg, que inaugurou o livro como primeiro item de produção em série, tem-se a necessidade de preservação dos “investimentos”, a fim de que seja possível o desenvolvimento do mercado, com a suposta intenção de incentivar a circulação de ideias e o progresso cultural e científico. A partir de então, as normas criadas tiveram por objetivo, ainda que de forma sub-reptícia, a preservação dos interesses comerciais do mercado. As mudanças impostas pelo avanço tecnológico aprimoraram o discurso sobre a necessidade de proteção do autor e do progresso cultural.

Esse iter histórico foi verificado, a exemplo, na fotografia. A obra de John Tagg, intitulada *El Peso de la Representacion* (2005), relata esse processo de desenvolvimento tecnológico aplicado a uma retórica fluida, que teve por principal escopo o resguardo dos interesses daqueles que detinham o controle comercial do produto, daqueles que detinham o controle da verdade. A obra citada parte de premissas contidas nas obras de Michel Foucault, ao estabelecer a aplicação de um regime de verdade (ou de vários) que serviria para justificar o tratamento dispensado à fotografia (como instrumento aplicado por uma ideologia construtora de uma verdade). A premissa básica de Foucault, utilizada na obra a que se fez referência, trata da correlação verdade e poder, já que aquela sempre estará inserida em um contexto de poder.

Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua “política geral” de verdade; isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros; os mecanismos e as instâncias que permitem distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos, a maneira como se sanciona uns e outros; as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a obtenção da verdade; o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiros. (Foucault, 2022, p. 52)

A inserção da fotografia como objeto de proteção do direito autoral expressa bem essa formação de um regime de verdade, orientado por um discurso científico, sendo destinado a uma difusão e consumo imensos, produzido e transmitido sob controle e objeto de debate político e confronto social (lutas ideológicas). Para que a fotografia fosse inserida no contexto de proteção autoral, viu-se a necessidade de se criar um regime de verdade. A importância da fotografia já era destacada desde a primeira metade do século XIX, porquanto os registros de imagens tornavam-se relevantes para a determinação da realidade (inclusive como uso de prova judicial) e como forma de controle social, então orientado por uma microfísica do poder (e não

mais por um poder absoluto típico das monarquias absolutistas). Todavia, com a alteração do processo tecnológico que permitiu a reprodução das imagens em massa, criou-se o mercado de “cartões-postais”, que tinham como temáticas a pornografia, celebridades e paisagens.

O peso social e econômico do incremento de uma nova tecnologia trouxe consigo massivo consumo, um contingente imenso de novos profissionais e um mercado próspero³⁶¹ e exigiu um novo discurso capaz de realocar a fotografia em um novo *locus*, a fim de evitar o que se conhece hoje como “pirataria”. Não seria mais suficiente se considerar a fotografia um instrumento revelador da realidade e o fotógrafo um autômato realizador dessa expressão do real, sob pena de se refrear o avanço econômico e prejudicar uma nova propriedade que surgia. A “verdade” seria dirigida a uma ressignificação da prática da fotografia, outorgando primazia àquele que operava o instrumento utilizado:

O ponto de entrada desse assunto foi produzido por meio da técnica; que, como um simples meio para a criação como tal, subjetivava a máquina e transformava seu trabalho no trabalho do sujeito. Simplesmente com essa condição, certos produtos fotográficos tornaram-se criações dignas de proteção. A máquina tornou-se um puro intermediário que se submetia à dominação do sujeito em ação e permitia que esse sujeito vestisse o real. (Tagg, 2005, p. 147, tradução nossa)³⁶²

³⁶¹ Para demonstrar o crescente mercado da fotografia e sua expressiva e crescente importância, no final do Século XIX: Entre 1880 y los primeros años del siglo xx, millones de fotógrafos profesionales, fabricantes y trabajadores pasaron a depender de la fotografía como medio de vida, y habrían resultado perjudicados si la ley no les hubiera protegido contra una competencia poco escrupulosa. En 1891, sólo en Francia, había más de mil estudios fotográficos, que daban empleo a más de medio millón de personas, y el valor total de la producción anual había ascendido a unos 30 millones de francos de oro. En otros países europeos, y especialmente en Estados Unidos, esta expansión fue incluso mayor. La fotografía había suscitado también un maremágnum de procesos y aplicaciones químicas, mecánicas e industriales que abastecían a una floreciente industria. Los comentaristas jurídicos comenzaron a reclamar la protección de las personas con "sentimiento artístico". Se había convertido en una necesidad de la industria el reconocimiento de la fotografía como propiedad y, por tanto, la consideración del fotógrafo como creador. (Tagg, p. 146). Em livre tradução: Entre 1880 e os primeiros anos do século XX, milhões de fotógrafos profissionais, fabricantes e trabalhadores passaram a confiar na fotografia para seu sustento e teriam sido prejudicados se a lei não os tivesse protegido contra a concorrência inescrupulosa. Em 1891, só na França, havia mais de mil estúdios fotográficos, empregando mais de meio milhão de pessoas, e o valor total da produção anual ascendia a cerca de 30 milhões de francos de ouro. Em outros países europeus, e especialmente nos Estados Unidos, essa expansão foi ainda maior. A fotografia também desencadeou um mar de processos e aplicações químicas, mecânicas e industriais que forneceram uma indústria florescente. Comentaristas jurídicos começaram a pedir a proteção de pessoas com "sentimento artístico". Tornou-se uma necessidade da indústria reconhecer a fotografia como propriedade e, portanto, considerar o fotógrafo como criador.

³⁶² No original: El punto de entrada de este sujeto se produjo a través de la técnica; que, como simple medio para la creación como tal, subjetivaba la máquina y transformaba su trabajo en trabajo del sujeto. Simplemente con esta condición, determinados productos fotográficos se convirtieron en creaciones merecedoras de protección. La máquina se convirtió en un puro intermediario que se sometía al dominio del sujeto en acción y dejaba que este sujeto revistiera lo real.

Nesse sentido, segundo a lição de John Tagg (2005), a subjetivação do processo de apreensão da imagem pela câmera fotográfica tornou-se o discurso utilizado para a formação de um regime de verdade, crucial para a preservação e progresso do mercado em ascensão, que foi plasmado em normas legais. La "máquina sin alma" se convierte en el vehículo del "alma del hombre", cuya esencia es la propiedad privada" (Tagg, 2005, p. 147) (A máquina sem alma se converte em veículo da alma do homem, cuja essência é a propriedade privada). Os objetivos centrais dessa ressignificação foram proteger determinadas empresas distribuidoras de imagens e impedir a cópia de fotografias já exploradas e que pertenciam a essas empresas (Gerbase, 2008). Pensa-se que essa avaliação crítica que redundou na inserção da fotografia, antes relegada à mera demonstração de uma realidade objetiva, a uma expressão criativa humana, bem demonstra o processo de paulatina importância, especialmente jurídica, mediada pelos interesses econômicos.

Carlos Gerbase apresenta outra situação ilustrativa sobre a imposição da verdade, ao tratar sobre o tratamento dispensado às obras audiovisuais no Brasil. Ele parte da indagação: O que faz o compositor do "argumento lítero-musical" (traduzindo: as músicas e canções que estão na trilha sonora de um filme), o roteirista e o direito serem considerados "autores", enquanto o montador e fotógrafo não são?" (Gerbase, 2008, p. 143). Como resposta, aduz que, para o roteirista e o diretor, a política dos autores, forjada na década de 1960, acabou por incluí-los como criadores da obra audiovisual. Para os músicos, por sua vez, considerados criadores pela Lei 9.610/98, a explicação teria uma base:

nitidamente foucaultiana: o poder político e econômico dos músicos, representados pelo ECAD, criou juridicamente a verdade que lhe interessava, da mesma forma que, em meados do século 19, as empresas de produção e distribuição de filmes, com sucessivas ações em tribunais, criaram o instituto do "recriador da realidade fotográfica e cinematográfica para, através da tutela desses direitos, e sua posterior transformação em "direitos intelectuais", transferidos para os empresários, assegurar o êxito de seus negócios. (Gerbase, 2008, p. 144)

Os músicos, nesse sentido, assumem o protagonismo na questão de distribuição dos direitos autorais à frente de diretores, roteirista, montadores e diretores de fotografia. A explicação para essa primazia atribuída aos responsáveis pela trilha sonora é explicada por Carlos Gerbase com o uso de ilustração obtida no curta-metragem "Ilha das Flores":

o mesmo mecanismo que coloca certos seres humanos atrás dos porcos na prioridade da escolha de alimentos atirados no lixo, mecanismo bem descrito no curta-metragem *Ilha das flores*, de Jorge Furtado. Os músicos têm um “dono”, o ECAD, que cerca o terreno (estabelecido legalmente por um “título de propriedade”, ou seja, a atual regulamentação dos direitos autorais) em que os dejetos (direitos autorais) são depositados. Os seres humanos (diretores e roteiristas) ficam esperando do lado de fora e consumirão os alimentos que os porcos rejeitarem, SE sobrar alguma coisa. Ou seja: as diferenças intrínsecas entre porcos e seres humanos não contam, mas, sim, os papéis que eles desempenham na cadeia de relações econômicas do capitalismo. Enquanto roteiristas e diretores não tiverem um “dono” e um “terreno” definido pelo dono, continuarão atrás dos músicos, mesmo que, perante a lei, sejam todos igualmente co-autores de uma obra audiovisual. (Gerbase, 2008, p. 146)

A análise jurisprudencial corrobora, de certa maneira, a conclusão acima trazida no artigo. O ECAD apresenta atuação ativa e efetiva na esfera judicial e na extrajudicial (mediante a prática fiscalizatória), com o claro intento de preservar a proteção econômica dos direitos autorais. Aqueles que não integram a esfera de proteção do ECAD ficam à margem e sobrevivem do que “resta”.

Os exemplos apresentados são ilustrativos e complementares à conclusão já obtida nos capítulos iniciais desta pesquisa. Desde a formação do direito autoral, vê-se um caminho trilhado que evidencia a proteção ao mercado. A despeito da disputa ideológica comum nesse tipo de avaliação, a força que tende a ser prevalente é aquela que confere a manutenção do sistema autoral já estabelecido, a preservação do *status quo*.

Repise-se, o que há de comum em todos esses momentos históricos catalogados em virtude do desenvolvimento de uma tecnologia capaz de refletir a produção de obras intelectuais? A resposta é: um mesmo discurso destinado à criação de uma verdade no debate sobre os direitos autorais. O regime de verdade aplicado ao processo histórico da fotografia é revelador para se entender a necessidade de se conhecer as forças capazes de estabelecer o regime de verdade aplicada ao direito autoral. A discussão, necessária para que se confeccione uma nova lei ou a reforma da atual, exigiria a compreensão das forças que buscam a preservação ou alteração da verdade.

Mostra-se indispensável, antes mesmo de uma abordagem sobre as técnicas legislativas que possam responder às necessidades sociais apresentadas, compreensão sobre as forças que agem para a preservação do atual sistema autoral inequivocamente contra qualquer forma que venha a ampliar a incidência de limites ao direito de autor. A identificação dos atores que integram o jogo do poder no direito

autoral permite o descortinar de uma realidade romantizada, que enxerga a proteção autoral dirigida a um criador isolado. Porquanto, a realidade crua permite a identificação de uma proteção autoral conferida, no mais das vezes, a grandes grupos e conglomerados.

Duas obras sobre o assunto servirão de guia para o desenvolvimento da parte final desse assunto. Reconhece-se a escassez de trabalhos específicos sobre essa questão, porém as obras encontradas constituem trabalhos de grande relevância e que permitem a compreensão dos interesses que orbitam em torno do direito autoral na realidade brasileira. Faz-se referência, aqui, à obra de Mariana Giogetti Valente, denominada “A Construção do Direito Autoral no Brasil” (Valente, 2019), e à tese de doutoramento de Nayara Fátima Macedo de Madeiros Albrecht, intitulada “Cultura, Poder e Democracia: O Lobby das Indústrias Criativas sobre Políticas de Direitos Autorais no Brasil” (Albrecht, 2019). A primeira obra apresenta os bastidores, discussões e interesses que estiveram presentes na edição da Lei 9.610/98, inclusive os contextos social, econômico e político que antecederam a criação da lei, abordando a outra opção apresentada, consubstanciada no Projeto de Lei 2.148/89, denominado Projeto Genoíno.

Pretende-se não se aprofundar sobre as condições que envolveram a edição da Lei 9.610/98, pois pensa-se que já foi abordada o suficiente linhas atrás, quando se tratou do desenvolvimento da formação normativa da legislação brasileira. O desejo é de tão-somente revelar ilustração de como agem as forças, para o fim de impedir a concretização de normas contrárias aos interesses que definem o regime de verdade. Antes da promulgação da Lei 9.610/98, citou-se que foi objeto de grande debate o Projeto de Lei 2.148/99 – Projeto Genoíno. O referido projeto de lei tinha um viés ideológico, nitidamente progressista e estabelecia formas mais amplas de acesso ao conhecimento e a forma mais restritiva de contratos autorais. O artigo 45, do Projeto de Lei 2.148/99, previa a redução considerável dos prazos de exclusivo³⁶³

³⁶³ Ar 45. A exclusividade para a exploração da obra depende de cláusula expressa e prazo determinado.

§ 1º. Conforme a natureza da obra ou modalidade de utilização, o prazo não excederá de:

- I - 20 (vinte) dias para as obras jornalísticas;
- II - 180 (cento e oitenta) dias para as obras publicitárias;
- III - 2 (dois) anos para as edições gráficas;
- IV - 2 (dois) anos para as edições fonográficas;
- V - 3 (três) anos para as edições videofonográficas de longa metragem;
- VI - 10 (dez) anos para as obras cinematográficas de longa metragem;
- VI - 1 (um) ano para outras modalidades.

(Valente, 2019). Contra a considerável restrição temporal para a exploração econômica das obras, inúmeras vozes se levantaram: Alfredo Machado, ex-presidente do Conselho Nacional de Direito Autoral, Vanisa Santiago e até mesmo Jorge Amado, além da SINDCINE (Sindicato dos Trabalhadores na Indústria Cinematográfica do Estado de São Paulo). Já se sabe o final dessa história: o projeto de lei não foi acolhido.

A Lei 9.610/98 surgiu a partir de projeto de lei proposto pelo senador Luiz Viana Filho (Projeto de Lei n. 249/89):

O início da Justificação do Projeto já deixava claro que sua premissa era oposta à do Projeto Genoíno: enquanto este partia da crítica de que a legislação autoral brasileira teria sido elaborada à revelia de seus maiores interessados, aqui Luiz Viana enaltecia essa mesma legislação, afirmando que "pode o Brasil orgulhar-se de ser uma das nações que melhor mais firmemente protege os direitos dos criadores intelectuais. (Valente, 2019, p. 226).

Não por acaso, pode-se atribuir aos representantes da indústria fonográfica a autoria do projeto (Valente, 2019, p. 227): "tanto João Carlos Muller Chaves quanto João Carlos Éboli, lobista e advogado na indústria fonográfica, respectivamente, afirmam que o essencial era esclarecer alguns conceitos, e não produzir mudanças estruturais; também Santiago entende que a Lei n. 5.988/73 precisava ser atualizada". O processo democrático de tramitação do projeto de lei permitiu discussões e até mesmo um substitutivo oferecido por Aloysio Nunes Ferreira, deputado estadual integrante da Comissão Especial.

Ao fim, o que se observou foi a incorporação de elementos existentes no Projeto Genoíno, os pontos mais relevantes, porém cedeu-se a interesses econômicos. O substitutivo que seria levado à votação teve supressão do tratamento que seria dispensado à cópia privada. O artigo 115 previa uma forma de compensação aos titulares de fonogramas e videofonogramas, em virtude da potencial realização de cópia privada. O referido artigo foi suprimido e, com isso, o direito de reprodução privada (sem destinação econômica), sob a alegação que a implementação dessa sistemática de compensação acabaria por tornar as obras destinadas à exportação mais caras e menos competitivas (Valente, 2019). Essa questão atraiu não somente a indústria criativa, mas também o grande setor industrial, por envolver a imposição

de ônus suportes virgens³⁶⁴. Também foi retirado destaque que tinha como proposta a desoneração da cobrança de direito autoral às empresas com faturamento de até 10 mil reais, com o objetivo de beneficiar as rádios de pequeno porte, o que foi retirado, e a emenda foi rejeitada (Costa de Mello, 2013).

A segunda obra mencionada trata do *lobby* nas indústrias criativas no Brasil (Albrechet, 2019). Acerca das pressões dos grupos interessados na influência política sobre determinados assuntos, há de se considerar, *ad initio*, que a visão não haveria de ser maniqueísta. Não seria crível ao fim proposto ser a avaliação revestida de um pré-conceito que teria como tendência julgar a atribuição de uma pecha negativa à prática realizada pelos grupos econômicos. O objetivo inicial, tendo-se por fundamento a obra citada, é verificar se o lobby dos grupos de interesse, de fato, influenciou a política autoral. Afinal, lembre-se que o objetivo central desse ponto de estudo é a identificação dos atores que integram o palco autoral, a influência. Antes de apresentar os integrantes dos grupos de pressão, a autora apresentou breve exposição sobre a cadeia econômica das indústrias criativas, diferenciando as indústrias de natureza cultural e não cultural (publicidade), já que o produto de ambas pode ser tutelado pelos direitos autorais, também abordou as diferentes formas e produtos produzidos. A heterogeneidade constitui marca indelével dos direitos autorais, refere-se, aqui, a todos os elementos que integram a cadeia produtiva e as respectivas relações jurídicas e negociais.

Viu-se que o objeto de proteção apresenta uma acepção cada vez mais ampla e abrangente. Os destinatários dos bens intelectuais, ou seja, aqueles que usam os respectivos bens, também podem ser desde uma grande empresa que utiliza um insumo para a produção de outro bem (que pode ser, inclusive, intelectual) como o consumidor final. “O mesmo se vale para o termo “titular”, uma vez que abrange os criadores e os titulares derivados, que podem ser grandes empresas” (Albrecht, 2019, p. 129). Com efeito, a multiplicidade de objetos protegidos e de relação jurídicas e negociais proporciona complexidade, que reside

³⁶⁴ Essa questão destaca que os detentores dos interesses econômicos mostram-se presentes e ativos quando a questão envolve diretamente seu espectro de atuação. Veja-se que, sobre esse acontecimento, houve oposição à disposição legal da “Confederação Nacional das Indústrias, especialmente a Basf, empresa química alemã que liderava a produção de fitas cassetes; Glória Braga mencionou ser recorrente a volta da discussão, normalmente capitaneada pela Socinpro (Sociedade Brasileira de Administração e Proteção do Direito Autoral), e recebendo a oposição da indústria da Zona Franca de Manaus” (Valente, 2019, p. 353).

na multiplicidade de agentes e de suas posições ambíguas em termos de interesses quanto aos eixos proteção-flexibilização, já que um mesmo agente pode desempenhar simultaneamente a função de “titular” e de “usuário”. Assim, um mesmo agente pode lucrar e gastar com proteção por direitos autorais. Disso reside a dificuldade de se classificar, em coalizões, os interesses econômicos e o posicionamento dos variados agentes que fazem parte do campo. (Albrecht, 2019, p. 129)

Pela complexidade apontada e diante das várias posições que um mesmo agente pode ocupar nas relações que envolvem o direito autoral, não se torna difícil somente classificar as coalizões e zonas de interesses como também estabelecer critérios capazes de equalizar os direitos autorais com outros direitos correlatos, de estabelecer limitações aos direitos autorais. Sabe-se que há de se justificar os limites ao direito de autor, dada sua natureza de direito de personalidade e de direito fundamental, porém a justificativa perpassa elementos que envolvem um aspecto teleológico da norma e que podem variar de acordo com o destinatário. Por certo, seria razoável se considerar a proteção conferida a um destinatário final, porém, a própria noção de destinatário poderá exigir tratamentos discrepantes (um destinatário final que seja o consumidor talvez não pudesse receber o mesmo tratamento se o fosse uma grande empresa). Parece que a dificuldade apontada é esclarecedora para se justificar os percalços legais que se encontram, porquanto o considerável fortalecimento do direito autoral talvez passe pela noção de um autor – pessoa física – isolado e dependente do resultado de seu forçoso trabalho intelectual.

Torna-se, inclusive, conveniente o uso dessa figura de autor, já que se torna mais factível a busca por meios de proteção ainda mais eficazes, pois, “ao ser demonstrado somente essa faceta de autor, escondem-se os interesses econômicos de maior monta sob a figura do pobre autor que está sendo roubado” (Gerbase, 2008, p. 136). Retome-se, por ora, a avaliação das forças que orbitam em torno do direito autoral brasileiro.

O levantamento feito na tese de doutoramento (Albrecht, 2019) apontou os vários grupos de pressão que integram a realidade autoral brasileira e diferenciou aqueles que defendem um direito autoral forte e aqueles que sustentam o uso justo forte e estabeleceu as zonas de interesses ao diferenciar a posição que cada integrante das relações jurídicas subjacentes pode ocupar. Entre aqueles que defendem o fortalecimento do direito autoral, encontram-se as indústrias midiáticas, dos setores literário e audiovisual (editoras, gravadoras), associações de gestão coletiva, titulares individuais originários (autores, compositores, criadores, intérpretes,

músicos), enquanto aqueles que buscam o fortalecimento do direito ao uso justo são as empresas de tecnologia (usuárias ou distribuidoras de bens intelectuais) e os estabelecimentos comerciais (hotéis, empresas de eventos), os usuários finais e instituições sem fins lucrativos ou de caráter público (biblioteca e museus).

Os integrantes dessas duas coalizões, usualmente, também demonstram interesses antagônicos³⁶⁵. Portanto, em determinadas questões, aqueles que integram uma mesma coalizão poderão assumir posições contrárias, veja-se, por exemplo, a posição dos usuários finais e a das plataformas de *streaming*, ambas apresentam um interesse inicial em comum, maior liberdade de uso, porém o custo que envolve o referido serviço constitui obstáculo e ponto de divergência entre aqueles que detinham inicialmente um interesse em comum.

Essa dicotomia de interesses divergentes também pode ser verificada de acordo com a natureza do direito autoral em análise. A legislação oferece duas espécies de titulares de direitos autorais: aqueles que detêm um direito originário (criadores da obra) e aqueles que são chamados de titulares derivados (aqueles que adquirem a obra produzida):

Embora ambos sejam favoráveis a um maior nível de proteção relativo aos direitos autorais, titulares originários e derivados possuem inicialmente interesses antagônicos entre si, se consideramos apenas a motivação econômica. De forma lógica, em um contrato de cessão, os titulares originários pretendem vender seus direitos a um preço mais alto, enquanto os titulares derivados preferem pagar menos. (Albrecht, 2019, p. 153)

Mesmo sendo titulares de direitos autorais, os titulares originários e derivados mostram, já de início, interesses discrepantes diante das posições antagônicas que representa o ato negocial. A partir disso, outras situações jurídicas poderiam decorrer desse antagonismo inicial, porquanto seria crível se crer que o titular originário viesse a ansiar a preservação de direitos morais, enquanto o titular derivado presumidamente quisesse a mitigação de tais direitos. Até mesmo entre os titulares originários há colisão quanto aos interesses, porquanto os titulares originários de direitos autorais

³⁶⁵ Nesse sentido, “As empresas de radiodifusão, por exemplo, são produtoras, difusoras e usuárias de conteúdo intelectual. Ocupam, portanto, uma posição ambígua na cadeia, visto que, de um lado, recebem pela produção e difusão de conteúdo intelectual (respectivamente direitos de autor e conexos) e, de outro, pagam para adquirir conteúdo originalmente de terceiros mediante licença ou cessão dos direitos de propriedade intelectual. As gravadoras são titulares primárias de direitos conexos e podem ser titulares secundárias caso adquiram os direitos necessários à veiculação da obra por meio de cessão. São consideradas também “intermediárias” para os fins desta tese, quando administram os direitos dos artistas e são responsáveis pela interlocução com o público mediante a produção e a divulgação de fonogramas” (Albrecht, 2019, p. 152).

conflitam, muitas vezes, com os interesses dos titulares originários de interesse conexos³⁶⁶.

Soma-se a essa miscelânea de posições e interesses entre os vários titulares do direito autoral a figura das associações de gestão coletiva, que atuam como mandatárias dos titulares originários e derivados. A mais conhecida (e contestada) é o ECAD, que atua judicial e extrajudicialmente como representante legal dos titulares do setor musical brasileiro, sendo responsável pela gestão, cobrança e distribuição dos respectivos direitos autorais.

O direito autoral, nessa perspectiva que busca a compreensão dos interesses em jogo, apresenta-se como um caleidoscópio, e, a cada movimento ou ponto de vista que se avaliam, os cenários se modificam consideravelmente. Esse mosaico de posições torna ainda mais difíceis a identificação e classificação dos integrantes desse intrincado jogo de interesses. Por isso, não bastariam a identificação e diferenciação dos integrantes que almejam um direito autoral mais livre e daqueles que buscam o fortalecimento autoral, porquanto em cada um desses grupos há interesses pontualmente discrepantes em determinados momentos, enquanto em outros há total convergência.

A autora apresentou, por ocasião da tramitação de Projeto de Lei 3.968/97, na Câmara dos Deputados, que tratava sobre limitações ao direito de autor e gestão do ECAD³⁶⁷, um resumo dos participantes e das razões das dez audiências públicas realizadas. Foram ouvidas 21 organizações³⁶⁸, representativas de vários setores e interesses, das quais, somente quatro se manifestaram favoravelmente a algum tipo de limitação. Das quatro instituições favoráveis, três delas (FECOMÉRCIO, FBHA E FOHB) defenderam exclusivamente a exclusão da cobrança aplicáveis a unidades privadas de hotéis (diante do interesse direto daqueles que representavam). Somente

³⁶⁶ Alessandra Tridente aponta essa complexidade entre as relações e posições das partes que integram a relação autoral, extremadas pelo avanço das novas tecnologias: “Como as novas mídias levam à migração para o lado da oferta de agentes que tradicionalmente participariam apenas do lado da demanda, indivíduos que usualmente figurariam apenas como consumidores de produtos de entretenimento passam a atuar no mercado cultural, lado a lado, com os fornecedores de conteúdo Tradicionais” (Tridente, 2009, p. 79).

³⁶⁷ Originalmente, o Projeto de Lei 3.968/97 tratava da não cobrança de direitos autorais relativos à execução pública de obras intelectuais para órgãos públicos e entidades filantrópicas. Porém, os 48 projetos apensados ampliaram as hipóteses de limitações ao direito de autor e incluíram a discussão sobre a cobrança e gestão do direito autoral pelo ECAD.

³⁶⁸ ABDA; ABERT; ABIH; ABPI/SICAV; ABRAÇO; ABRASEL; ARPUB/EBC; CADE; CBL; CQS; ECAD; EMBRATUR; FECOMÉRCIO; FBHA; FOHB; GAP/Procure; MinC; MPA-AL; SOCINPRO; UBEM; UBV&G.

o Ministério de Cultura, de forma tímida e pouco persuasiva, manifestou-se no sentido de que fossem acolhidas limitações ao direito autoral. A relatora do projeto de lei (deputada Renata Abreu) apresentou um projeto de lei substitutivo em 15 de março de 2017 (Projeto de Lei 3.968), que acabou por condensar as inúmeras proposições dos 48 projetos que foram apensados, cujo conteúdo restringiu-se à discussão sobre as limitações e gestão coletiva (Albrecht, 2019).

O referido projeto de lei atualmente se encontra arquivado³⁶⁹, porém o que interessa a esta tese é a demonstração da representatividade dos interesses que orbitam em torno dos direitos autorais. Em que pese tenha o substituto do projeto de lei abarcado inúmeras hipóteses de limitações, viu-se que não houve qualquer tipo de participação efetiva dos usuários finais nas discussões que envolveram o debate sobre o direito autoral. Refere-se, aqui, tanto aos cidadãos em geral, consumidores e pessoas jurídicas destituídas de interesse comercial (bibliotecas, por exemplo). Essa ausência de participação foi bem notada pela autora do estudo:

A expressão “usuário”, por outro lado, também abarca instituições sem fins lucrativos e indivíduos que se utilizam dos bens intelectuais para fruição pública. É notável que usuários não comerciais possuem muito menos acesso a recursos que usuários comerciais. A participação no debate também é inferior, visto que usuários comerciais tendem a ser mais mobilizados em termos políticos. Evidência disso é a quantidade de organizações que representam os usuários comerciais. As audiências públicas contaram com a participação de associações representativas de hotéis, bares e restaurantes. Do ponto de vista de usuários não comerciais, apenas as rádios comunitárias estiveram presentes. A defesa dos interesses dos usuários finais ou do público em geral ficou a cargo de apenas um participante isolado, membro da academia, a qual geralmente se posiciona favoravelmente à flexibilização. (Albrecht, 2019, p. 157)

Essa ausência de representação no processo político, por conseguinte, reforça uma condição de subproteção, na qual os interesses que envolvem a necessidade de equalização entre os direitos e interesses deixa de ser considerado. Nesse sentido, Farida Shaheed enfatizou em relatório confeccionado em estudo feito pela UNESCO:

Os regimes de direitos autorais podem subproteger os interesses morais dos autores porque produtores/editoras/distribuidores e outros “titulares de direitos subsequentes” geralmente exercem mais influência na elaboração de leis do que os criadores individuais, e podem ter interesses opostos quando se trata desses direitos. Isso torna importante olhar além dos direitos morais já reconhecidos nos regimes de direitos autorais para discernir interesses morais adicionais ou mais fortes do ponto de vista dos direitos humanos, como, em particular, o interesse de artistas e pesquisadores na liberdade

³⁶⁹ Conforme consulta realizada no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20529>. Acesso em junho de 2024.

criativa, artística e acadêmica, liberdade de expressão e autonomia pessoal.³⁷⁰ (UNESCO, 2014, p. 9)

A fim de se aprofundar um pouco mais sobre esse processo de ausência de representatividade do usuário final e a condução a um estado de desconsideração ao respectivo interesse, destaca-se um paralelo interessante, verificado nos Estados Unidos. Segundo Bill D. Herman, em sua tese de doutorado, denominada *The battle over digital rights management: a multi-method study of the politics of copyright management technologies*, foi apresentada uma condição histórica muito parecida com a realidade brasileira (abstraindo-se, por óbvio, as diferenças conhecidas a respeito do sistema do Direito e da formação do próprio direito autoral, que perpassa os fundamentos já estudados). Refere-se, aqui, à similitude entre a realidade brasileira e a norte-americana e ao movimento histórico e contínuo de fortalecimento de direito autoral, no qual o usuário (ou destinatário final) pouco era considerado, o que comprometia os limites ao direito autoral (considerado naquele país exceções) e, por consequência, prejudicava direitos igualmente relevantes (acesso à informação, ao conhecimento e à cultura, por exemplo). A denominada coalizão forte em prol do uso justo obteve avanços na concretização de políticas capazes de refrearem a escalada protetiva autoral, mediante interessantes práticas: i) a participação ativa dos debates sobre o *copyright*, mediante o uso da internet, com a capitalização descentralizada e acessível na *web* para ampliar a mensagem e engajar um número maior de apoiadores; ii) a realização de campanhas destinadas à conscientização do público, de modo que viessem a mobilizar apoiadores e pressionar por mudanças legislativas e de políticas públicas; iii) o engajamento de cidadãos comuns e de vários grupos e organizações não governamentais, com o incremento de diferentes perspectivas trazidas ao debate. Os avanços podem ser verificados em virtude do equilíbrio do “jogo”, antes dirigido e guiado pela coalização que buscava o fortalecimento do direito autoral e a maior concretização de proteção aos interesses públicos, com impacto nas políticas públicas, somado à maior conscientização do público em geral.

³⁷⁰ No original: *The copyright regimes may under-protect the moral interests of authors because producers/publishers/distributors and other “subsequent right-holders” typically exercise more influence over law-making than individual creators, and may have opposing interests when it comes to those rights. That makes it important to look beyond moral rights already recognized in copyright regimes to discern additional or stronger moral interests from a human rights standpoint, such as, in particular, the interest of artists and researchers in creative, artistic and academic freedom, freedom of expression, and personal autonomy.*

Trazendo-se tais lições ao cenário brasileiro, tem-se que a pouca representatividade do usuário final no debate sobre o direito autoral decorre da pouca significância econômica, mas também da dificuldade em se engajar e conscientizar o público sobre as repercussões dessa questão à realidade cotidiana do brasileiro. A *internet* surge como instrumento de engajamento, conscientização e debate sobre o assunto. Somente após tal incursão dessa discussão na realidade prática do cidadão, seria possível ser transplantada uma representatividade na esfera política. Até que isso seja concretizado, ter-se-á uma mácula no debate sobre política autoral em virtude da ausência de legitimidade de muitos que alegam buscar a proteção aos interesses públicos. As limitações ao direito autoral, por seu turno, representarão, no mais das vezes, tão-somente imposições econômicas de grupos que tenham domínio circunstancial sobre determinado aspecto, a exemplo dos hotéis e afins que buscam a não incidência da cobrança autoral em virtude da reprodução de obras audiovisuais nos locais de hospedagem.

Pode-se aparentar, em um primeiro momento, que a reafirmação dos limites ao direito de autor teria como escopo uma tentativa de enfraquecer o direito autoral. Todavia, com a realocação das restrições autoritárias, o que se busca não é a extirpação do direito de autor, mas antes seu reforço de maneira adequada e justa. A lógica deve ser invertida: há de se admitir que a ausência de limites consentâneos à finalidade de seu instituto e às necessidades sociais, culturais e econômicas acaba por fragilizar e deslocar o direito autoral. Os limites postos de maneira afinada à sua finalidade, ao invés de enfraquecerem o direito autoral, reforçam-no, ao contextualizá-lo e torná-lo integrante de uma realidade dinâmica. Ao passo que a manutenção de um direito autoral destacado e deslocado contribui, sobremaneira, para seu esvaimento, pela perda da significância face às constantes contradições, permitindo conclusões como aquelas oferecidas por Juremir Machado da Silva, autor da obra “Sociedade Medíocre: passagem ao hiperespetacular (o fim do direito autoral, do livro e da escrita)”³⁷¹.

³⁷¹ Como ilustração de suas conclusões, destaca-se: “O fim do direito autoral precede o fim do autor, que precede o fim do livro, que precede o fim da escrita, que anuncia um novo mundo de interação e produção simbólica. Pode-se lamentar e resistir, mas nada poderá barrar o avanço de uma tecnologia associada ao desejo de milhões de pessoas” (Machado da Silva, 2012, p. 213).

6.3 DO FORTALECIMENTO DA LEGISLAÇÃO AUTORAL: PODERÍAMOS CONJUGAR SIMBOLISMO COM EFICÁCIA? UMA PERSPECTIVA AOS LIMITES DO DIREITO DE AUTOR

Ao longo do desenvolvimento desta pesquisa, imagina-se ter ficado clara a forma de tratamento dispensado à legislação autoral, considerada parte específica e não integrante do sistema jurídico, que constitui conteúdo setorial distinto e não relacionado a outros conteúdos jurídicos. Como fosse um fragmento destacado e sujeito a regime peculiar totalmente discrepante do universo jurídico, o direito autoral sobrevive como uma realidade distinta e paralela à dogmática jurídica padrão, resistente à necessidade premente de coerência sistêmica, inclusive.

A impressão que se tem é que a legislação autoral apresenta a mesma reminiscência legislativa verificada nos Códigos Civis dos séculos XVIII e XIX, que, aliada a uma visão proporcionada pela Escola da Exegese³⁷², definiu a previsão tecnicista e formal da legislação, cuja intenção era conferir completude à disciplina das relações privadas, sem que houvesse necessidade da integração de quaisquer elementos externos³⁷³. Os elementos externos ao conteúdo legal previsto nos Códigos somente seriam admissíveis em caso de “lacunas” colmatadas pela admissão excepcional do direito natural³⁷⁴.

Um sistema civil hermeticamente fechado, acabado, pronto; – características de tempos passados, verificadas no direito privado e que podem ser atribuídas à legislação autoral (ainda hoje). Nesse sistema fechado, cuja premissa contempla a obra legislativa dotada de capacidade de previsão plena dos conflitos sociais, a Constituição Federal e demais valores que orbitam na realidade jurídica mais ampla

³⁷² “Preceituava a Escola da Exegese em Direito Positivo, a corrente tradicionalista por excelência, que o objetivo do intérprete seria descobrir, através da norma jurídica, e revelar a vontade, a intenção, o pensamento do legislador” (Maximiliano, 2007, p. 75).

³⁷³ Judith Martins-Costa, ao abordar o tratamento dispensado à boa-fé obrigacional, pelo método pela Escola da Exegese, concorda com a conclusão de que, mesmo um conteúdo legal, não materialmente explicitado em texto legal, não teria qualquer função, quando mais um valor ínsito ao sistema: “Esse método consistia em ligar à lei escrita todas as soluções que viessem a se apresentar, ligação esta que se dava não só do ponto de vista formal, mas igualmente no que concerne à *materialidade das soluções encontradas*. Contudo, uma disposição legal cujo conteúdo não viesse materialmente explicitado em texto legal – como ocorre necessariamente com a boa-fé obrigacional – não tem função nesta opção metodológica” (Martins-Costa, 2018, p. 75).

³⁷⁴ No caso da experiência francesa, que levou o positivismo às últimas consequências por ocasião do advento do Código Napoleônico, viu-se, pela Escola da Exegese, a negação do uso do direito natural como instrumento para a integração de lacunas, sendo afirmado que caberia ao juiz fundar-se unicamente na lei para resolver quaisquer controvérsias (Bobbio, 1995, p. 85).

são admitidos de forma excepcional e condicional, servindo para integrar inesperada falha ou omissão legislativa. Nesse sentido,

Em outra sede, já tivemos oportunidade de ressaltar o equívoco de tal concepção, ainda hoje difusamente adotada, que acaba por relegar a norma constitucional, situada no vértice do sistema, a elemento de integração subsidiário, aplicável apenas na ausência de norma ordinária específica e após terem sido frustradas as tentativas, pelo intérprete, de fazer uso de analogia e de regra consuetudinária. (Tepedino, 1999, p. 3)

Em termos gerais, esse cenário foi alterado, na experiência brasileira, a partir da década de 1990. Como destacou Gustavo Tepedino ao asseverar que a atividade, a partir de então, passou a admitir um “nexo de legitimidade entre a Constituição e as leis infraconstitucionais, bem como entre os princípios normativos e o conteúdo das cláusulas gerais” (Tepedino, 1999, p. 13), o que não foi acompanhado pelo direito autoral. Afinal, a avaliação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal deixou evidente a dissociação do direito autoral com uma realidade constitucional, que viesse a posicioná-lo em um sistema jurídico e a estabelecer o balanço necessário com os demais direitos que vez ou outra se chocam.

Viu-se, no íterim da década de 1990, surgirem legislações que demonstraram considerável senso de oportunidade, coadunadas com valores centrais de uma nova sociedade e aliadas aos princípios do Estado Democrático de Direito e da Constituição Federal de 1988. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor são exemplos dessas legislações, compromissadas com os valores primordiais de uma sociedade em transformação e dirigidas a uma atuação do Poder Judiciário, capaz de abdicar de uma atividade autômata de mero aplicador da lei, em nome da liberdade de concretizar os valores a que foram chamados. Vejam-se, a exemplo, o tratamento dispensado a direitos difusos e coletivos, pelo Estatuto de Defesa do Consumidor, ou mesmo o uso de cláusulas gerais, capazes de conferir maior plasticidade à busca por uma solução mais equânime do conflito, a disposição de princípios que passaram a dirigir as relações de consumo, os respectivos processos judiciais e a forma de solução dos conflitos.

Estranho se constatar que a Lei 9.610/98, criada no crepúsculo do século XX, em que já se vislumbrava o encetamento de inúmeras dinâmicas sociais que viriam alvorecer em uma nova era, tenha características que remetem a uma visão e técnica legislativas tão antiquadas.

Esperava-se, com efeito, fosse a legislação autoral, criada na década de 1990, reflexo desse momento histórico, inspirada, inclusive, pelos citados Estatutos, que proporcionaram impacto positivo nos seios jurídico e social. Entretanto, o que se viu foi a manutenção de uma realidade retrógrada. Sim, o direito de autor ainda constitui um microssistema hermeticamente fechado, dotado de um ensimesmamento que provém de uma crença típica da Escola da Exegese. O tecnicismo, o formalismo e o distanciamento de valores social e constitucionalmente relevantes constituem uma realidade. Questões como a função social do direito de autor, ampliação dos limites ao direito autoral e discussão da interseção com demais direitos muitas vezes colidentes constituem, no mais das vezes, discussões doutrinárias, já que a norma passa a largo de tais questões e a jurisprudência, por seu turno, raramente aborda essas controvérsias com maior profundidade.

A análise da Lei 9.610/98 permite concluir que as normas previstas no diploma legal retratam o manejo de uma técnica legislativa que desconsidera qualquer uso de simbolismos, compromissos, fins ou mesmo de cláusulas gerais. Não há previsão de princípios ou instrumentos hermenêuticos para a solução de antinomias. A lei realiza a definição técnica dos integrantes das relações autorais e dos respectivos objetos de proteção e estabelece previsões inteiramente objetivas, sem haver maiores possibilidades de abertura sistêmica.

Quando se avaliam, nessa perspectiva, os limites ao direito de autor, o que se vislumbra é um rol de hipóteses descritivas, destituído de qualquer plasticidade que venha a se coadunar com novas exigências, tampouco instrumentos que permitam o uso da equidade, boa-fé ou demais valores hábeis a conferir maior liberdade ao trabalho do aplicador do direito. Válida é a reiteração das críticas aplicadas às limitações, feitas por Sérgio Branco: “A LDA não informa que princípios gerais norteiam nosso sistema de limitações. As hipóteses são apresentadas de maneira assistemática, resultando em conjunto evidentemente incompleto, de difícil aplicação prática e que naturalmente não resiste à afirmação de que deve ser interpretado restritivamente” (Branco, 2011, p. 82).

Essas características ajudam a explicar, inclusive, o resultado obtido com a análise das jurisprudências, especialmente, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. A inexistência de qualquer vínculo normativo entre a Lei 9.610/98 com os valores constitucionais, aliada à de previsões que possibilitem uma ação mais ampla do aplicador do direito, diante da omissão quanto à existência de princípios e de cláusulas

gerais, confere um estado de rigidez normativa e de fechamento sistêmico, o que acaba por inibir a ação do aplicador do direito e, por que não, daquele que poderia postular eventual prerrogativa ou direito.

O quadro mais amplo do estado da arte do direito autoral aponta, com efeito, para uma mudança da legislação, não somente para que venha a “atualizar” as hipóteses legais de acordo com as necessidades atuais. Não seria mais cabível uma reforma mediante a troca de uma legislação meramente regulamentar por outra, pois a atual situação não seria resolvida com a simples tipificação de hipóteses rigidamente definidas (Rodotà, 1967).

Há de se legislar as questões mediante a contextualização dos valores que reflitam o compromisso do instituto, de modo que haja intersecção entre os demais direitos e interesses. Deve se estabelecer o vínculo direto com a Constituição Federal, com a inserção de princípios que venham a justificar, fundamentar e projetar as bases teleológicas de um direito autoral compromissado com a proteção e promoção do trabalho criativo conjugado com a necessária propagação e acesso ao conhecimento, cultura e ensino, sem descurar da necessária liberdade de expressão, intimidade e privacidade. Há de se construir uma tábula axiológica com base em princípios, que venham a ser conduzidos e concretizados mediante o manejo de cláusulas gerais, conforme enuncia Stefano Rodotà:

Se a legislação civil pretende voltar a ser o fio com o qual se tece a trama dos grandes institutos da sociedade, então só pode consistir em uma firme disciplina dos princípios. Se esses princípios não pretendem representar a exaurida projeção de tipos exemplares sobre experiências já acabadas, como tais inidôneos a um futuro imprevisível, então devem exprimir-se em cláusulas gerais. E, se sobre essas cláusulas deve também modelar-se a dinâmica de uma sociedade em transformação, então elas devem encontrar formulações elásticas, de modo a guiar aquela dinâmica sem serem esmagadas por ela. (Rodotà, 1967, p. 14)³⁷⁵

A definição de uma pauta de valores, com a consubstanciação em princípios aplicáveis à legislação autoral (especialmente, aos respectivos limites), e a definição de cláusulas gerais para maior flexibilidade na solução conflitos, iniciam-se com um indispensável reforço do “simbólico”. principiar-se-á, assim, com a redefinição do

³⁷⁵ No original: *e la legislazione civile vuol tornare ad essere il filo con cui si intesse la trama dei grandi istituti della società, allora non può consistere che in ferma disciplina dei principi. Se questi principi non vogliono rappresentare la stanca protezione di tipi esemplari sulle esperienze già compiute, come tali inidonei a regere un imprevedibile futuro, allora devono esprimersi in clausole generali. E se su queste clausole deve pures modellarsi la dinamica di una società in trasformazione, allora esse devono trovare formulazioni elastiche, si da guidare quella dinamica senza esserne travolte.*

resgate do elo valorativo-normativo na esfera autoral, para então se adentrar as considerações sobre questões principiológicas e normativas.

O vínculo axiológico que se deve ser atribuído ao direito autoral passa pela consubstanciação de maior simbologia da norma autoral. Para esse fim, remete-se ao estudo de Marcelo Neves, que desenvolve tema sobre a simbologia da norma, em obra intitulada “A Constituição Simbólica” (1994). Entende-se, pela análise realizada, que a norma autoral, plasmada na Lei 9.610/98, carece de profunda simbologia que venha a propiciar um ambiente seguro para a solução dos desafios na realidade brasileira complexa e multifacetada.

É comezinha uma abordagem que atribuiu efeitos negativos de uma legislação simbólica, diante da falta de eficácia normativa e de vigência social (a própria obra de Marcelo Neves infere essa visão). Pelo uso de legislação simbólica, podem-se verificar prática manipuladora política, engano da opinião pública ou mesmo distração de questões importantes (Newig, 2010) ou mesmo simulação de poder em situações de emergência, redistribuição de status em iguais situações de conflito (Klink, 2015).

Há quem defenda, todavia, seja dada uma nova conotação à legislação simbólica. Parafraseando-se a lição de Bart van Klink: antes sempre atrelada a um sentido negativo, a legislação simbólica também poderia ser considerada uma técnica legislativa alternativa, em que a legislatura emitirá comandos, não apoiados em sanções severas, mas como normas abertas e aspiracionais que se destinam a mudar o comportamento indiretamente por meio de debate e interação social³⁷⁶. Com o propósito de evitar qualquer compreensão que venha a contradizer o desenvolvimento deste tópico, há de se deixar evidente que o uso da simbologia seria voltado à busca por uma legitimação dirigida à validação de valores sociais, estranha, portanto, ao sentido negativo que a expressão muitas vezes traz consigo.

Marcelo Neves (1994), na citada obra, entende que o aspecto positivo ou o negativo diz respeito mais ao conteúdo inserido na norma simbólica do que propriamente a uma questão ontológica da espécie normativa. O autor define, assim, que a legislação simbólica serve a finalidades distintas: legislação simbólica destinada à confirmação de valores sociais; legislação-álibi; legislação simbólica de

³⁷⁶ “In this more recente e more positive understanding, symbolic legislation is an alternative legislative technique that differs from the traditional top-down approach. The legislature no longer issues commands backed up with severe sanctions, as in an instrumentalist approach, but provides open and aspirational norms that are meant to change behaviour not by means of threat but indirectly, through debate and social interaction.” (Klink, 2015, p. 20).

compromisso dilatatório. Em cada uma dessas situações podem-se observar situações positivas ou negativas.

A legislação simbólica dirigida como confirmação de valores sociais, pode ser dirigida a três efeitos diversos: i) “servem para convencer as pessoas e grupos da consistência do comportamento e norma valorados positivamente, confortando-as e tranquilizando-as de que os respectivos sentimentos e interesses estão incorporados ao Direito e por ele garantidos”; ii) “mesmo que falte eficácia normativo jurídica, conduz, as principais instituições da sociedade a servir-lhe de sustentação, de tal maneira que a conduta considerada ilegal tem mais dificuldade de impor-se do que um comportamento lícito”; iii) “distingue, com relevância institucional, quais as culturas têm legitimação e dominação pública das que são consideradas desviantes, sendo, portanto, geradora de profundos conflitos entre os respectivos grupos” (Neves, 1994, p. 51).

A legislação-álibi, por sua vez, destina-se à confirmação de uma intenção legislativa que revela importância declarada pelo Estado acerca da situação retratada pela norma. A ausência de eficácia normativa conduz ao oferecimento de aparência na busca pela solução de conflitos, de modo que o público seja convencido disso. “Parece, portanto, mais adequado afirmar que a legislação-álibi destina-se a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, sem, contudo, normalizar as respectivas relações sociais” (Neves, 1994, p. 39). Os efeitos positivos, nesse caso, dependem das consequências que tal declaração normativa (dotada de carga ideológica) pode exsurgir na esfera social, porquanto, em dadas situações somente tal declaração estatal serviria para proporcionar influências sociais positivas sobre as instituições e processos políticos³⁷⁷.

A legislação simbólica, como compromisso dilatatório, por derradeiro, tem por escopo aplacar os ânimos em disputa, não pela solução efetiva do conflito, mas pelo compromisso de que tal solução virá futuramente. “A conciliação implica a manutenção do status quo e, perante o público-espectador, uma representação-

³⁷⁷ Cita-se como exemplo de legislação-álibi a Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, ao mencionar dispositivos legais que estabelecem medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, já que não foram criados meios que impeçam o não cumprimento da medida: “na hipótese de o agressor ser coagido às medidas dos incisos II e III do art. 22 da referida lei, não há como o Estado garantir sua efetivação constante, porquanto inexistente previsão de que a autoridade policial, ou outro órgão competente, impeça o contato do agressor com a ofendida permanentemente” (Mota, 2016, p. 190).

encenação coerente dos grupos políticos divergentes” (Neves, 1994, p. 52). Veja-se que a legislação simbólica como compromisso dilatatório ou mesmo como legislação-álibi usualmente seria levada a profundo descrédito, não fosse o compromisso efetivamente realizado ou se não fossem criadas medidas capazes de efetivar a declaração normativa. Com efeito, há de se dirigir a vocação da simbologia normativa aplicada ao direito autoral em um sentido que venha a proporcionar a validação e legitimação de valores intimamente relacionados aos elementos essenciais e teleológicos do bem intelectual.

Jens Newig (2015) compartilha o entendimento trazido por Marcelo Neves, ao lecionar que a legislação simbólica, a despeito de não ter impacto direto e imediato na resolução dos conflitos, pode desempenhar papel importante na formação de valores, na mobilização social e na conscientização pública, trazendo benefícios para a sociedade em diversos níveis e áreas³⁷⁸.

Vai um pouco além, ao enunciar os elementos positivos que podem estar contidos em uma legislação simbólica. O autor defende que a legislação simbólica pode ser vista como um “quadro comunicativo”, pois nela duas mensagens diferentes são transmitidas ao mesmo tempo: a própria norma aberta e aspirativa³⁷⁹ (norma primária) e a tarefa dirigida à comunidade interpretativa de aplicar essa norma e torná-la mais concreta (norma secundária). Nessa perspectiva, a legislação simbólica cumpre várias funções. A primeira delas, a função cognitiva, consiste no vocabulário que afeta a forma como os atores jurídicos e políticos percebem a realidade. A função retórica, por seu turno, consiste na outorga de argumentos (*topoi*), que nos debates podem ser utilizados como trunfos. Ainda se tem a função constitutiva, que orienta a comunidade interpretativa ao entendimento mútuo (Klink, 2015).

³⁷⁸ O autor Jens Newig, em seu artigo *Symbolische Gesetzgebung zwischen Machtausübung und gesellschaftlicher Selbsttäuschung*, avaliou duas leis alemãs e as confrontou. Uma delas, denominada de Regulamento das Grandes Instalações de Combustão, de 1983, foi confeccionada com finalidade puramente técnica e não simbólica. De outro lado, a denominada “Lei do Ozônio”, de 1995, consistia em uma legislação simbólica, diante da dificuldade de se concretizar ações práticas. Porém, conseguiu alcançar fins políticos, como desviar atenção para questões ambientais (afastando-se da agenda política, que seria objeto de crítica ao governo), e auxiliar na conscientização sobre o problema ambiental, atendendo a uma demanda pública sem necessariamente implementar mudanças significativas (que seriam altamente complexas e politicamente desgastantes). (Newig, 2010)

³⁷⁹ Por norma aspirativa entende-se: *Since the general clauses which makes up symbolic laws consists embody importante moral aspirations, I have called them “aspirational norms”*. Em livre tradução: Uma vez que as cláusulas gerais que compõem as leis simbólicas incorporam aspirações morais importantes, chamei-as de “normas aspiracionais” (Klink, 2015, p. 24).

Sem embargo da noção negativa de uma legislação simbólica, tem-se que a enunciação de elementos que fogem à mera técnica jurídica plasmada em normas jurídicas pode contribuir para a definição de valores, a indicação de caminhos, e um compromisso futuro de solução de problemas (ainda que atuais) poderia auxiliar na realidade autoral. Obviamente, uma legislação autoral não poderia ser composta unicamente por elementos simbólicos, sem que houvesse a concretização de uma dogmática jurídica ajustada à realidade. Por isso, insiste-se em uma maior simbologia na legislação autoral que seria tão-somente o início de uma construção de uma normatividade aplicada mais afinada às necessidades prementes e cada vez mais fragmentadas, bem como se repisa: a simbologia defendida viria somente para proporcionar a validação dos valores sociais, jamais seria admitida como mera resposta à sociedade, vazia e inócua.

A indicação e afirmação de valores na esfera autoral, inseridas por uma reforma ou por um novo estatuto, poderiam contribuir para deixar estreme de dúvidas os valores que deve perseguir o aplicador do direito, propagar sentimentos e interesses que seriam açodados pela legislação. O efeito positivo de revelar o interesse do Estado em conferir um tratamento mais justo e interessado na equalização dos interesses na esfera do direito de autor também traria benefícios sociais ao, talvez, incentivar comportamentos positivos e constranger a comportamentos contrários. Vê-se como possível que uma legislação autoral com certo aspecto simbólico venha a cumprir as funções cognitiva e retórica, conforme enunciado por Klink (2015).

Poderia se supor que a simbologia legislativa seria capaz de conferir agravamento em virtude do condicionamento dos sistemas econômico e político sobre o sistema jurídico. Pode-se considerar que “é a partir do ter/não-ter que se assegura o poder/não-poder. Enquanto o código binário econômico cria regras sobre o código político, este se vale do Direito, sobrepondo-se ao código lícito/ilícito, a fim de subsistir no sistema” (Mota, 2016, p. 199)³⁸⁰. Nesse sentido,

O problema da sociedade mundial como condicionamento negativo do Estado Democrático de Direito reside no fato de que se trata de uma sociedade que se reproduz primariamente com base no código econômico. O código “ter/não-ter” configura-se como o mais forte e, por reproduzir-se regularmente

³⁸⁰ O ideal, segundo Niklas Luhmann, seria que o subsistema jurídico não viesse a ser subjugado pelos sistemas político e econômico, pois o subsistema jurídico possui sua lógica própria e autonomia, sendo capaz de manter sua integridade e cumprir sua função social, mediante o fechamento sistêmico e seu código próprio (lícito-ilícito). Por se tratar, porém, de subsistemas interligados, a influência seria provável, o que seria possível pelo acoplamento estrutural (Luhmann, 2016; Luhmann, 2010).

além de fronteiras, torna o sistema econômico relativamente “intocável” pelos Estados enquanto sistemas jurídico-políticos diferenciados segmentariamente em territórios. (Neves, 2006, p. 218)

Quando trazida essa constatação que representa uma politização do Direito, que acaba por servir de instrumento para a preservação de interesses econômicos, poderia se temer que a simbologia pudesse prejudicar ainda mais o cenário do direito autoral. Afinal, viu-se que essa intromissão da esfera da econômica sempre esteve presente na formação histórica e da legislação autoral (talvez sequer tenha sido necessário se estabelecer elementos normativos com carga simbólica para essa dominação eminentemente econômica na realidade autoral). Porém, o que se propõe não seria o uso da legislação simbólica na esfera autoral sob essa perspectiva negativa – discurso político destinado ao benefício de uma minoria, mas com o aval da maioria (Mota, 2016) –, mas para que restassem evidentes o comprometimento estatal e a confirmação dos valores que devem ser perseguidos na regulamentação das relações sobre o direito autoral. Naturalmente, o conteúdo da simbologia deve ser cuidadosamente utilizado, a fim de serem expressos valores e compromissos que permitam a equalização entre o direito autoral, em suas variadas expressões e interesses, e os demais direitos, considerando-se a dinâmica social que materializa inúmeras colisões.

Maior simbologia da legislação autoral deve vir acompanhada de elementos que possam conferir uma mudança normativa e da inserção de uma ordem lógica e adequada de princípios que venham a estruturar o estatuto autoral e guiar o intérprete no trabalho hermenêutico e de aplicação do direito. Há de se trabalhar uma reforma autoral com base nas duas dimensões da eficácia legislativa trazida por Jens Newig, a eficácia legal-material e a eficácia símbolo-política, pois o uso exclusivo desta traria efeitos desastrosos, pela ausência de solução prática, enquanto o uso exclusivo daquela materializada, uma legislação descontextualizada dos valores constitucionais e sociais, aumentando o abismo e o isolamento do direito autoral, como se vê nestas últimas décadas na realidade brasileira (Newig, 2010).

A concretização dos valores trazidos nos conteúdos simbólicos e principiológicos pode ser realizada mediante a inserção de cláusulas gerais, em que a plasticidade oportunizará uma condução a soluções mais equânimes, dotando o aplicador do direito de maior liberdade condicionada a limites impostos pela própria legislação. No que toca aos limites autorais, além dessa carga axiológica e

principiológica, com a inserção de um instrumento de cláusula geral, não se descarta, por certo, ser realizada uma revisão das hipóteses legais (específicas) de limites ao direito autoral.

Mostra-se razoável crer que a previsão de hipóteses específicas aos limites autorais sucumbiria às mudanças sociais e ao avanço tecnológico em curto espaço de tempo, tornando-as rapidamente insuficientes. Ao mesmo tempo, o manejo das restrições autorais exclusivamente por cláusulas gerais, além de contrária a uma tradição brasileira, traria insegurança jurídica a situações já consolidadas na realidade brasileira. O trabalho doutrinário (ou da comunidade interpretativa, segundo Klink) seria de valiosa contribuição para elencar novas hipóteses aos limites do direito de autor e revisar aquelas situações já previstas. O tratamento principiológico e a adição de cláusula geral aos limites ao direito de autor, assim, devem ser conjugados com uma gama de previsões específicas de restrições autorais.

Para se dar sequência à investigação, cumpre agora se abordar a questão principiológica e das cláusulas gerais. Poder-se-ia realizar o devido recorte teórico para o fim de considerar a carga normativa a ser atribuída aos princípios. Sobre essa eficácia normativa dos princípios já lecionava Ronald Dworkin, ao distinguir princípios de regras, quando apontou que as regras são aplicáveis à maneira de tudo ou nada e que os princípios são aplicáveis a partir de um peso ou importância³⁸¹ (Dworkin, 2002). No mesmo sentido, pode-se citar Humberto Ávila, que enuncia a eficácia dos princípios, que abrange a eficácia interna (quando o princípio atua sobre outras normas, quando se vislumbram as funções integrativa, interpretativa, bloqueadora, definitiva) e a eficácia externa (quando os princípios são aplicados aos próprios fatos, conferindo, muitas vezes, direitos subjetivos) (Ávila, 2005).

Não seria o propósito deste trabalho propor um rol de princípios expressos que poderiam ser objeto de previsão na legislação autoral, afinal, o conteúdo que impulsiona esta tese traduz-se no tratamento dispensado às limitações. Por isso, como elementos que poderiam compor a base principiológica dos limites, haveriam

³⁸¹ Nesse sentido, “as regras são aplicáveis à maneira de tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ele fornece deve ser aceita, ou não é válida” (p. 39); “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (...) aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um (...) as regras não têm essa dimensão” (p. 42); “podemos dizer que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes (...) mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, e tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior” (p. 43) (Dworkin, 2002).

de ser consideradas a função social do direito autoral (não necessariamente da propriedade), a necessidade de equalização entre os valores relativos à difusão do conhecimento, da cultura e da educação, sem que fosse desconsiderada a liberdade de expressão, intimidade e privacidade. Tem-se, ainda, que a inserção do direito autoral no sistema judiciário brasileiro (algo que, por incrível que pareça, não se mostra verificável na prática diária) envolveria a expressa previsão legal no sentido de que os princípios previstos na legislação, especialmente, no Código Civil deveriam ser aplicáveis nas relações autorais, salvo se expressamente contrários à dicção da Lei 9.610/98 (ou de nova lei que viesse a ser aprovada) ou à finalidade esperada pelo instituto. Com efeito, a funcionalização do direito autoral poderia ganhar a incidência de princípios e valores que inspiram o Código Civil, do que se poderiam citar a socialidade, operabilidade e eticidade (princípios que nortearam a formação do Código Civil); princípios da função social da propriedade (art 1.228, § 1º); e princípio da autonomia privada, da boa-fé, da equidade e da função social para o direito contratual. Seria possível que a citada funcionalização do direito autoral viesse a ser concretizada pela cláusula de impedimento ao uso abusivo do direito, conforme previsão do artigo 187. Nesse sentido, compartilha-se do entendimento de José de Oliveira Ascensão, quando defende a não duplicação, na Lei de Direito Autorais, dos princípios previstos no Código Civil:

duplicar os princípios do Código Civil quando não houver razão justificativa só prejudica, uma vez que suscitaria imediatamente argumentação a contrário: se certos princípios contemplados e outros não, pretender-se-á que isso significa que só esses são aceites; se se dá redação diferenciada na LDA, argumentar-se-á fatalmente que o entendimento da LDA é diverso. Seria argumentação falaciosa, mas seguramente que esgrimida em todos os pleitos judiciais. (Ascensão, 2010, p. 20)

A indicação de que a Lei de Direito Autoral teria de forma suplementar a incidência de regras e princípios previstos no Código Civil poderia evidenciar a inserção desse conteúdo no sistema jurídico, exigindo a adequação e interlocução com outras áreas afins, proporcionando auxílio para o fim do isolamento dogmático do conteúdo autoral. A legislação autoral traria ainda consigo certa abertura viabilizada por cláusulas gerais já previstas no Código Civil, que trazem como apelo a inserção de “conceitos integradores de compreensão ética, tais como os de boa-fé, equidade, probidade, finalidade social do direito, equivalência de prestações etc.” (Costa-Martins, 2018, p. 37).

Pelas cláusulas gerais, rompe-se um modelo positivista,³⁸² calcado em uma perspectiva de completude, fechamento sistêmico e rigidez, que “combina precisamente o paradigma interpretativo positivista, assentado no método axiomático-dedutivo de subsunção neutral dos fatos à norma” (Bochenek; Dalazoana, 2013, p. 13565). Talvez se possa indagar se tal modelo exegético neutro e de pura subsunção já não estaria superado, ao que se pode seguramente responder: Não! Não, no direito autoral, como se viu por ocasião da análise normativa e do levantamento dos julgados.

Sobre os limites autorais, haveria de se estabelecer, ainda, uma criteriosa revisão das hipóteses específicas de uso, com a inserção de situações que viessem a permitir acesso mais amplo ao conhecimento, à proteção à cultura, conjugado com o incentivo à criação. Em paralelo, tem-se a necessária criação de cláusula geral que venha a ser aplicada na ausência de hipótese específica, desde que devidamente justificada por valores e direitos, segundo o caso concreto apresentado. Seria assim “uma espécie de ‘respiro flexível’ diante da rigidez da determinação dos direitos dos autores e de quais são as limitações que eles comportam” (Valente; Freitas, 2017, p. 54).

Para se aprofundar a conclusão acerca do melhor caminho a ser seguido na indicação do conteúdo da cláusula geral sobre a limitação autoral, mostra-se cabível fixar premissas e fundamentos sobre a própria cláusula geral. Para tal mister, vale-se das lições de Judith Martins-Costa (Martins-Costa, 2018). A cláusula geral, na lição

³⁸² Sob a perspectiva desse modelo de um positivismo assentado no método axiomático-dedutivo, as cláusulas gerais consistiam em séria desordem sistêmica, e, no período intermediário até a necessária alteração desse método, configuravam um mal necessário. Nesse sentido, válida a lição de Stefano Rodotà (em livre tradução): Na verdade, as cláusulas gerais não devem ser necessariamente vistas com os olhos de um tempo em que bem podiam ser consideradas males necessários, descendentes de uma imperfeição íntima do direito, isto é, aquela que o impedia de resistir ao desgaste do tempo. Tais cláusulas têm agora mudado de função, e não se apresentam somente como expedientes para evitar o enrijecimento de um complexo legislativo diante de uma realidade modificada, mas representam os instrumentos mais adequados a regular uma realidade pelo dinamismo crescente, e, assim, irredutível à tipificação de hipóteses já definidas. Mudando de função, elas tendem a transformar-se, de instrumentos de “desordem” de um sistema inteiro fundado sobre componentes rígidos, nos verdadeiros modelos ordinatórios de uma realidade que se inclina a repelir em bloco os antigos instrumentos de regulação; e, assim, na única resposta “razoável” às exigências de um tempo como o nosso. Texto original: *In verità, le clausole generali non debbono essere necessariamente guardate con gli occhi di un tempo in cui ben potevano essere ritenute mali necessari, discendenti da una intima imperfezione del diritto, quella, cioè, che gli impediva di resistere alla usura del tempo. Tali clausole hanno ormai mutato funzione, e non si presentano soltanto come espedienti per evitare l’irrigidirsi di un complesso legislativo di fronte ad una realtà mutata, ma rappresentano gli strumenti più adeguati a regolare una realtà dal dinamismo crescente, e quindi irriducibile alla tipizzazione di ipotesi già definitive. Mutando funzione, esse tendono a trasformarsi da strumenti di “disordine” di un sistema tutto fondato su componenti rigide, nei veri modelli ordinari di una realtà che tende a respingerli in blocco gli antichi strumenti di regolazione; e, quindi, nella sola risposta “ragionevole” alle esigenze di un tempo come il nostro.* (Rodotà, 1967, p. 96)

da citada autora, é formada a partir de uma semântica vaga³⁸³, que constitui uma “imprecisão de significado, surgindo, então, a regra segundo a qual as noções de diversos significados necessariamente correspondem noções diversas de vagueza” (Martins-Costa, 2018, p. 94) (pois todas as expressões linguísticas são vagas, o que se vislumbra, entretanto, é a graduação dessa vagueza). Nesses termos, a cláusula geral seria um dispositivo normativo que estabelece padrões abstratos de comportamento, sem detalhar situações específicas, permitindo a aplicação flexível em diferentes contextos, geralmente compostos por elementos valorativos.

Para que possa alcançar a finalidade esperada, a norma dotada de vagueza³⁸⁴ terá de ser igualmente dotada de coercibilidade e obrigatoriedade, mediante a indicação dos critérios de aplicação, que se dará com o direcionamento do mandato ou delegação atribuídos pelo legislador ao intérprete, pois, à vista dos casos concretos, “o julgador é reenviado para elementos cuja concretização podem estar ou em outros espaços do sistema (intersistematicidade), ou, até mesmo fora do sistema (extrassistematicidade)” (Martins-Costa, 2018, p. 112). A aplicação da cláusula geral reclamará o manejo de “critérios interpretativos coerentes com a *ratio* do sistema, voltada para valores não patrimoniais, como quer, no caso brasileiro, o texto constitucional” (Tepedino, 1999, p. 10), sob pena de se outorgar uma liberdade ao julgador capaz de trazer insegurança e subjetivismo excessivo ao processo hermenêutico.

A instituição adequada e o manejo criterioso das cláusulas gerais, com efeito, permitiriam a edificação de um sistema jurídico alinhado à realidade social, já que “atuam como uma ponte entre o sistema e a realidade social, entre o sistema e os valores da sociedade, constituindo um dos instrumentos que auxiliam a abertura e a mobilidade do sistema, necessárias à consecução da função primordial do Direito, que é a busca da Justiça” (Zanini, 2008, p. 42), pois o “casuísmo está sempre exposto ao

³⁸³ Defende a autora que as cláusulas gerais não são formadas por uma linguagem geral, nem genérica ou sequer ambígua, pois uma previsão legal mais casuística poderá conter expressão geral e ser formulada em um enunciado genérico, caso atenda a um grupo de situações, sem exceção. A ambiguidade, por sua vez, envolve a dificuldade de se compreender o sentido de uma expressão polissêmica ou homonímica, que poderá existir também em um enunciado casuístico assim como em um enunciado que configure uma cláusula geral (Costa-Martins, 2018, p. 92-93).

³⁸⁴ Para Karl English, entretanto, o elemento que definia a cláusula geral era a generalidade, capaz de alcançar um maior número de situações concretas, conforme se observa da definição do instituto: “Deste modo, havemos de entender por cláusula geral uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos.” (English, 2001, p. 229).

risco de apenas fragmentária e provisoriamente dominar a matéria jurídica. Este risco é evitado pela utilização das cláusulas gerais” (English, 2001, p. 233-234).

Pela inserção de cláusulas gerais seria possível se alcançar abertura e mobilidade da realidade normativa autoral, permitindo a captação e a inserção de elementos extrajurídicos de modo a se promover a adequação valorativa do sistema bem como a “acomodação no interior do sistema desses novos elementos, conectando-os, num movimento dialético, com outras soluções sistemáticas (ressistematização)” (Martins-Costa, 2018, p. 112). Com efeito, seria verossímil a manutenção dos limites autorais sempre atualizados e afinados aos valores sociais e jurídicos, mesmo diante da ausência da atualização da legislação das hipóteses casuísticas (o que é sempre problemático), e ainda promover a inserção duradoura de novas hipóteses mediante a aplicação recorrente de um viés interpretativo da cláusula aberta, pela denominada ressistematização, que possibilita, inclusive, a criação de novos institutos vinculados aos valores contidos na cláusula geral e destinados a proporcionar estabilidade ao sistema. Nesse sentido,

É que as cláusulas gerais, ao permitirem a sistematização dos novos casos, conotam ao sistema também a característica da mobilidade internamente considerada. O processo é: abertura, assistematização, mobilidade, ressistematização, inclusive pela criação de institutos. Esses movimentos acabam por desembocar na função de estabilização, atributo de todos os enunciados normativos e também das cláusulas gerais porque se relaciona, de forma direta, aos princípios práticos gerais, o que requer, todavia, uma dogmática firmemente ancorada, tornando estáveis algumas conclusões para o intérprete, e, assim, viabilizando consenso acerca do significado dos enunciados. (Martins-Costa, 2018, p. 117)

Como se fosse um processo dialético, a inserção axiológica, por intermédio de cláusulas gerais, fixa não somente um caminho de abertura ao sistema jurídico, mas também critérios para o uso desse instrumento. Nesse processo dialético, que se inicia pela abertura, segue-se um segundo momento de certa instabilidade (assistematização), que perscruta os caminhos que deverão ser seguidos, ante o novo elemento trazido, para então se alcançar nova sistematização (ressistematização), com a definição do melhor tratamento dispensado ao valor e instrumento trazidos. Como resultado, obtém-se a preservação do sistema, com a inserção de novos

institutos capazes de equalizar o subsistema jurídico, os demais subsistemas e o ambiente social³⁸⁵.

A abertura relativa mostra-se, assim, indispensável à higidez da legislação autoral e preservação de seu sentido e eficácia, porquanto se revela premente a necessidade de inserção da tábula de valores à realidade que cerca o tema deste trabalho, como já pontuou Miguel Reale ao descrever a importância dessa abertura legislativa aos valores éticos previstos na realidade jurídica e social brasileira:

Não era possível deixar de reconhecer, em nossos dias, a indeclinável participação dos valores éticos no ordenamento jurídico, sem abandono, é claro, das conquistas da técnica jurídica, que com aqueles deve se compatibilizar. Daí a opção, muitas vezes, por normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais. (Reale, 2000, p. 1)

Reitera-se, nesse sentido, que as conquistas da técnica jurídica não devem ser descuradas e os pontos que apresentam aceitação e concordância na jurisprudência e na doutrina acerca de hipóteses legais sobre os limites devem ser preservados. A despeito da grande relevância da inserção de cláusulas gerais para o tratamento dos limites ao direito autoral, há de se preservar a prática da casuística sobre o tema. A reconhecida forma legislativa (casuística) não haveria de suprimir a nova técnica (cláusulas gerais). A conjugação da casuística, por se tratar de elemento integrante da tradição jurídica brasileira e objeto de avanços doutrinários e jurisprudenciais, com maior abertura sistêmica que alcance situações não previstas – proporcionadas pelas cláusulas gerais –, trazidas especialmente pelo avanço tecnológico, seria de grande relevância para tratamento mais adequado e atualizado dos limites autorais.

³⁸⁵ Judith Martins-Costa apresenta interessante exemplo de processo de ressystematização proporcionado pela cláusula geral da boa-fé, que deixa evidente a importância da inserção de cláusulas gerais para o desenvolvimento do sistema jurídico: “O mais expressivo exemplo está, justamente, na cláusula geral da boa-fé: num primeiro momento a sua apreensão nos arts. 187 e 422 do Código Civil conduziu a uma certa algaravia ainda não de todo cessada, misturando-se noções diversas como equidade, função social dos contratos, enriquecimento sem causa, boa-fé subjetiva, etc. Mas, pouco a pouco, se foi assentando – ainda que de modo genérico – o seu significado como norma comportamental direcionada aos vetores da lealdade e da confiança. Por outro lado, a mesma noção permitiu o ingresso no Ordenamento brasileiro de institutos, como o inadimplemento antecipado, e o adimplemento substancial, bem como a formulação de deveres (ou ônus jurídico) como o imposto ao credor, em certos casos, de mitigar o seu próprio prejuízo. Primeiramente, as decisões foram casuísticas. Algumas nem sequer «etiquetavam» o instituto ou o dever. Progressivamente, foram sendo reconduzidas aos enunciados legais, que atuavam como elementos de sua ancoragem no sistema. Uma vez referido às cláusulas gerais, o acomodamento dessas soluções ao sistema se pode processar com maior facilidade e segurança (...)” (Martins-Costa, 2018, p. 116)

Na certeza da necessidade que envolve a inserção de cláusula geral na legislação que contempla os limites aos direitos autorais, resta agora a indagação: qual seria o modelo de cláusula geral mais adequado à realidade brasileira? Dois modelos são usualmente lembrados como cláusulas gerais. O modelo típico da Europa continental, de tradição do *droit d'auteur*, denominado Teste dos Três Passos; e aquele modelo proveniente do *copyright*, intitulado *fair use*.

A regra dos três passos foi introduzida na Convenção de Berna³⁸⁶ no ano de 1967, durante a revisão em Estocolmo. Posteriormente, a mesma regra foi mantida no artigo 9.2³⁸⁷, da Convenção de Berna (revisão de Paris), incorporada no artigo 13³⁸⁸, do Acordo do TRIPS (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*)³⁸⁹, no artigo 10³⁹⁰, da TODA (Tratado da OMPI sobre Direito de Autor), no artigo 16³⁹¹, do TOEIF (Tratado da OMPI sobre Interpretação ou Execução de Fonogramas ou Tratado sobre Artistas-Intérpretes e Produtores de Fonogramas) e ainda no artigo 5º.5³⁹², da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu (22 de maio de 2001). O Brasil é signatário da Convenção de Paris e do acordo TRIPS (Souza, 2013).

³⁸⁶ Vale lembrar que “A primeira, por isto a mais importante, convenção de direito autoral foi assinada em Berna, Suíça, em 9 de setembro de 1886. Impulsionada pela Associação Literária e Artística Internacional – Alai (Association Littéraire et Artistique Internationale) e da Sociedade dos Homens de Letras – SGDL (Société des Gens de Lettres), tendo grande destaque o escritor, poeta, novelista e dramaturgo francês Victor Hugo que presidiu a primeira minuta do que seria a Convenção da União de Berna (CUB) em um congresso realizado em Roma, em 1882 (...) A convenção foi adotada em Paris (4 de Maio de 1896), revisada em Berlim (13 de novembro de 1908), adotada em Berna (20 de março de 1914), revisada em Roma (2 de junho de 1928), Bruxelas (26 de junho de 1948), Estocolmo (14 de julho de 1967) e Paris (24 de julho de 1971)¹², e emendada em 28 de setembro de 1979. Desde 1967 que a Convenção é administrada pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI)¹³, incorporada nas Nações Unidas em 1974 (...) o Brasil aderiu à Convenção de Berna em 09/02/1922” (Souza, 2013, p. 215).

³⁸⁷ Art. 9.2 da Convenção de Berna: 2) Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.

³⁸⁸ Art. 13 do Acordo TRIPS: Os membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitam com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito.

³⁸⁹ TRIPS também denominado como ADPIC (Acordo Relativo aos Aspectos do Direito de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio).

³⁹⁰ Art. 10º, da TODA: As partes contratantes poderão prever, em suas leis nacionais, as limitações ou exceções aos direitos concedidos aos autores de obras literárias e artísticas no âmbito do presente tratado, em certos casos especiais que não entrem em conflito com a exploração normal da obra ou causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor.

³⁹¹ Art. 16º, n.º 2 do TOEIF: Partes contratantes restringirão quaisquer limitações ou exceções imposta aos direitos previstas no presente tratado a determinados casos especiais que não atentem com a exploração normal da interpretação ou execução do fonograma e não causar um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do artista intérprete ou executante ou do produtor de fonogramas.

³⁹² Art. 5º, n.º 5 da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu As exceções e limitações contempladas nos 118, 219, 320 e 421 só se aplicarão em certos casos especiais que não entrem em

Nos dois tratados dos quais o Brasil é signatário observa-se um comando dirigido ao legislador para que crie norma equivalente que traduza hipótese geral de limitação ao direito autoral e que autorize a reprodução de obras, desde que observados os três passos: i) em certos casos especiais; ii) que não conflitem com a exploração comercial normal da obra; e iii) não prejudiquem injustificadamente os legítimos interesses do autor. Como é de conhecimento notório, o Brasil não criou a referida norma, deveras, a postura “esquizofrênica” do país é verificada pela proeminência do âmbito internacional e atraso e desinteresse no âmbito interno.

Por ocasião da inserção da Regra dos Três Passos na revisão em Estocolmo viu-se que o objetivo foi estabelecer uma regra ampla, capaz de dirigir a criação de toda hipótese específica de limitação aos direitos autorais, desde que relacionada à reprodução, ou seja, “os Estados-partes da Convenção de Berna manteriam a discricionariedade para estabelecer exceções aos direitos autorais, entretanto, estas necessariamente deveriam preencher as condições fixadas pelo art. 9.2 da convenção de Berna” (Basso, 2007, p. 499). Pela Convenção do TRIPS, no artigo 13, a referida norma foi inserida. Com efeito, a autora Maristela Basso (Basso, 2007) indaga a razão para essa reinserção, ao que conclui que o motivo foi ampliar o escopo de incidência do Teste dos Três Passos. Se antes a atuação do legislador doméstico teria de se conformar à regra de três passos nas hipóteses criadas que veiculassem o direito de reprodução, com a dicção trazida pelo artigo 13 do TRIPS, essa determinação passou a ser aplicável a todas as hipóteses de limitações aos direitos exclusivos dos titulares de direitos de autor (Ascensão, 2006).

Importante se considerar que a gênese da Regra dos Três Passos guarda consigo um interesse contrário à maior amplitude conferida às limitações ao direito de autor, o que se mostra aparentemente contraditório. Explica-se. Sendo essa regra dirigida ao legislador de cada país signatário, o que se vislumbra é uma imposição que restringe a ação legislativa que venha a criar formas de restrições ao direito autoral, especialmente ao seu aspecto econômico. Com a inserção dessa regra pelo TRIPS a todas as situações, a proteção autoral torna-se ainda mais aguda, já que cada hipótese criada na esfera doméstica, seja relacionada à reprodução ou não, deveria vincular-se e ser aprovada pelo referido teste.

conflito com uma exploração normal da obra ou outro material e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito.

Nos termos daquele Tratado, as obrigações dirigem-se aos Estados-membros, que devem restringir esses limites e excepções — «os Membros restringirão...». Temos assim, a partir de agora, o limite geral dos limites. Todos os limites ficam por sua vez limitados, sem necessidade de previsão específica e sem adaptação ao conteúdo dos direitos exclusivos em presença. (Ascensão, 2006, p. 89)

Estabelecida nessas condições, tem-se que a Regra dos Três Passos constitui o limite dos limites ao direito autoral. Por conseguinte, ao invés de dirigir-se à mitigação da proteção autoral diante de casos concretos que exijam uma dose de equidade, serve como preservação do próprio direito autoral contra investidas do legislador doméstico, a fim de serem evitadas hipóteses legais que tragam prejuízos injustificados aos titulares do direito.

Em um cenário ainda mais contrário à flexibilização do uso de obras sem a devida autorização, o artigo 5º. 5, da Comunidade Europeia, estabelece que as exceções e limites ao direito de autor previstos casuisticamente nos artigos 118, 219, 320 e 421 somente poderiam ser aplicados se observada, no caso concreto, a Regra dos Três Passos. Ou seja, muito embora a cláusula se torne um comando interpretativo, tem-se que tal comando conduz a uma prática ainda mais restritiva de hermenêutica, o que revela total contradição e despropósito:

O sistema instituído, de enumeração taxativa + restrição valorativa, afigura-se contraditório. Países terceiros não têm nenhuma vantagem em o seguir. Antes, o que interessa é aproveitar o carácter valorativo da cláusula e aproximar-se dela para dar maior maleabilidade ao sistema. (Ascensão, 2003, p. 92)

Pensa-se que o melhor uso para a Regra dos Três Passos seria aquele que se dirige a situações não contempladas diretamente pela legislação (em hipótese casuística), pois não seria razoável se considerar a referida regra como um limite aos limites autorais. Observa-se, nesse sentido, que alguns países acabaram por incorporar a Regra dos Três Passos em sua legislação, deixando a normativa de ser uma diretriz dirigida ao legislador, passando a constituir uma norma aplicável de direito substantivo, a exemplo da China e da Austrália (Goldstein; Hugenholtz, 2019). Afinal, caso seja utilizado de forma suplementar para tratar de situações concretas não previstas casuisticamente pela legislação, mostra-se razoável sua admissão.

Utilizada como forma suplementar para ser aplicada a situações concretas não previstas pela casuística legal (e não como “freio” à ação legislativa), pode-se considerar a Regra dos Três Passos uma forma legítima de tratamento dos limites autorais, pois alcançaria situações não previstas, mediante aplicação de critérios

dirigidos ao aplicador do Direito. Nesses termos, para uma conclusão mais assertiva acerca da utilização da regra dos três passos como meio que proporcione maior abertura e equalização dos interesses, mostra-se razoável uma análise de cada um de seus “passos”.

Vale menção à obra de Martin Senftleben, denominada *Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law* (2004). A obra trata da Regra dos Três Passos, ao definir e interpretar os critérios de aplicação, na busca pela harmonização dos limites ao direito de autor. O autor propõe o uso da regra para ser possível a promoção da denominada “equidade intergeracional”, que pode ser considerada um princípio de justiça que busca assegurar que as ações e decisões tomadas hoje não prejudiquem os recursos e as oportunidades das gerações futuras. Muito embora tal princípio não seja novo³⁹³, a aplicação ao direito autoral, como justificativa para a imposição de limites e, especialmente, para a fundamentação do cabimento à incidência da Regra dos Três Passos, mostra-se, no mínimo, peculiar.

Por essa perspectiva que busca equilíbrio entre a proteção autoral e a preservação do desenvolvimento e acesso à informação e à cultura não somente para os contemporâneos, mas também para as gerações vindouras, tem-se a inserção de regras que restringem o direito de autor, pelo incremento de instrumento que venha a aplicar o princípio da proporcionalidade. A Regra dos Três Passos, assim, passa a ser vista como uma cláusula aberta à incidência de valores capazes a concretizar um ideário de justiça, com o equilíbrio que venha a refrear a hipertrofia do direito autoral, sem anulá-lo ou extirpar o direito dos criadores e os respectivos direitos conexos.

Como visto anteriormente, a Regra dos Três Passos seria aplicável mediante a observância dos seguintes elementos: i) em certos casos especiais; ii) que não conflitem com a exploração comercial normal da obra; e iii) que não prejudiquem

³⁹³ O referido autor utiliza-se, inclusive, de ensino de John Locke, não somente para buscar justificativa à proteção do direito autoral, visto como um direito de propriedade fundamentado no trabalho, como também para justificar a aplicação do princípio da equidade intergeracional. Nesse sentido, “A teoria do trabalho de Locke leva, assim, a um equilíbrio bastante específico entre concessões e reservas da lei de direitos autorais. A noção de equidade intergeracional requer um equilíbrio adequado em relação aos indivíduos que participam do processo de criação, em vez de um equilíbrio entre autores e todos os tipos de usuários em prol do benefício da sociedade”. No original: *Locke’s labour theory thus leads to quite a specific balance between grants and reservations of copyright law. The notion of intergenerational equity necessitates an appropriate balance with regard to those individuals who take part in the process of creation, rather than a balance between authors and all kinds of users for the sake of society’s benefit* (Senftleben, 2004, p. 39).

injustificadamente os legítimos interesses do autor. Ao primeiro elemento – “certos casos especiais” –, tem-se discussão sobre o sentido e extensão do que seriam tais casos especiais. A indagação que surge é se tais casos especiais estariam limitados a hipóteses previstas em lei. Essa compreensão seria, por demais, limitante e impediria que a regra alcançasse uma finalidade voltada a conferir maior flexibilidade ao sistema de limitações. Fosse assim considerada, a própria expressão careceria de sentido, “pois todos os casos enumerados são, por natureza, especiais” (Ascensão, 2006, p. 96).

Ao tratarem sobre o primeiro passo do teste, os autores Paul Goldstein e P. Bernt Hugenholtz trouxeram a interpretação advinda do Painel da Organização Mundial do Comércio, ao interpretar o artigo 13, do TRIPS, em um caso movido pela União Europeia contra os Estados Unidos. A legislação norte-americana autorizava a isenção comercial que permitia a exibição pública de música em bares, restaurantes e afins. Na avaliação da Organização Mundial do Comércio, tal limitação não seria consentânea ao artigo 13, do TRIPS, e ao artigo 9, da Convenção de Berna, por se tratar de uma previsão ilimitada. Segundo o respectivo Painel, “a palavra “certos” implica que uma limitação deve ser bem definida, mas não é necessário identificar todas as situações possíveis em que a exceção se aplica, desde que o escopo da exceção seja conhecido. O termo “especial” refere-se a algo excepcional, significando que a exceção deve ser restrita tanto em quantidade quanto em qualidade”³⁹⁴ (Goldstein; Hugenholtz, 2019, p. 355).

No mesmo caminho, Martin Senftleben (2004) defende que a expressão “certos casos especiais” poderia conotar “alguns casos especiais”, pois os casos especiais deveriam somente ser distinguíveis entre si para serem assim reconhecidos. O papel de definir quais seriam esses casos especiais, por certo, não poderia ser dirigido exclusivamente ao legislador, sob pena de se retomar a referida crítica sobre uma imposição de limites aos limites autorais, mas especialmente ao aplicador do direito:

Argumenta-se que a tarefa de traçar essa linha divisória entre os casos especiais não precisa ser necessariamente cumprida pela legislação

³⁹⁴ No original: *The Panel then interpreted each of the three steps of Article 13. The word “certain” in the first step implies, according to the Panel, that, as a matter of legal certainty, a limitation must be well defined. However, “there is no need to identify explicitly each and every possible situation to which the exception could apply, provided that the scope of the exception is known and particularised. This guarantees a sufficient degree of legal certainty.”*³⁹ “Special,” according to the Panel, means something akin to exceptional. “In other words, an exception or limitation should be narrow in quantitative as well as a qualitative sense.”

nacional, podendo também ser deixada aos tribunais. Além da mera redação de uma limitação, a influência que os tribunais exercem sobre a definição do escopo de uma limitação pode, portanto, ser considerada. Dentro do âmbito da tradição de direitos autorais anglo-americana, a jurisprudência estabelecida pode, assim, influenciar as limitações abertas. (Senftleben, 2004, p 136).³⁹⁵

Pensa-se que a importância da definição da expressão “certos casos especiais” (ou na melhor compreensão – “alguns casos especiais”), na perspectiva dos tribunais, não seria relevante somente no sistema do *Common Law*, como faz menção Martins Senftleben, mas também no sistema romano-germânico, diante da abertura oferecida pela cláusula e dos instrumentos processuais capazes de conferir maior importância à jurisprudência (súmulas vinculantes, representativos de controvérsias etc.). O primeiro, em seu sentido negativo, seria para impedir o uso indiscriminado da regra; como bem pontua Bruno Costa Lewicki, “vedadas estariam apenas as legislações nacionais que traçassem limitações, por assim dizer, ilimitadas, com contornos imperceptíveis e tendentes a abranger uma infinidade de situações” (Lewicki, 2007, p. 92), o que significa dizer que o primeiro passo envolveria um impedimento à admissão de hipóteses extremamente abertas e destituídas de critérios identificadores e não justificados.

O segundo passo – “uso que não conflite com a exploração normal da obra” – exige a compreensão do que seria a exploração normal da obra. Afinal, qual seria o espectro de ação do titular do direito que resulte em uma esperada exploração da obra, que venha a impedir o uso não autorizado por terceiro? A resposta oferecida por Martin Senftleben exige a compreensão do contexto em que foi criado o Teste dos Três Passos. Diante da crescente ameaça da reprografia de obras, da impossibilidade em se exercer maior controle sobre essa prática e de se estabelecer instrumentos capazes de recompensar o titular do direito, havia uma compreensão restritiva sobre a incidência desse passo, porquanto todas as formas de exploração de uma obra, que têm, ou provavelmente terão, considerável importância econômica ou prática, devem ser reservadas aos autores, o que significaria dizer que o “direito de reprodução realmente pertence aos autores e não deve ser sacrificado em favor de privilégios dos

³⁹⁵ No original: *Arguably, the task to draw this dividing line between special cases need not necessarily be fulfilled by national legislation but may also be left to the courts. Besides the mere wording of a limitation, the influence which the courts have on the definition of a limitation's scope can therefore be taken into account. Within the realm of the Anglo-American copyright tradition, established case law can accordingly be of influence as regards open-ended limitations*

usuários, mesmo que possam ser socialmente valiosos” (Senftleben, 2004, p. 180)³⁹⁶. Por certo, essa interpretação afastaria a ameaça do uso irrestrito da reprodução das obras e outorgaria a incidência do Teste a hipóteses que não envolvam o direito de reprodução não autorizado.

Contrariamente a tal posição, o referido autor pontua que tal entendimento não seria crível, principalmente após a evolução tecnológica, que permitiria a correção da falha do mercado, ao possibilitar (suposto) maior controle da reprodução digital e do menor custo operacional e maior praticidade nas transações. De outro lado, diante da necessidade em se equacionar os interesses que se contrapõem ao do autor ou titular do direito autoral, tem-se que uma “exploração normal não pode ser equiparada ao uso pleno de todos os direitos exclusivos” (Senftleben, 2004, p. 181)³⁹⁷, sob pena de inviabilizar o teste³⁹⁸. Manoel J. Pereira dos Santos, ao expor seu entendimento sobre o assunto, leciona que a utilização por terceiro seja “juridicamente irrelevante ao titular”, de modo que não seja privado do “mercado efetivo ou potencial de considerável importância econômica ou prática” (Santos; Jabur; Ascensão, 2020, p. 160). O que se procura evitar é o uso por terceiro que venha a tolher o titular em obter resultado de expressiva importância, sendo acolhido o segundo passo em hipóteses que, a despeito de limitada e pontual perda, fosse o uso por terceiro justificado por fatores igualmente relevantes³⁹⁹.

³⁹⁶ No original: *Against this backdrop, the statement that ‘all forms of exploiting a work, which have, or are likely to acquire, considerable economic or practical importance, must be reserved to the authors’,⁸⁹⁷ simply clarifies that the right of reproduction is indeed due to the authors and should not be sacrificed for user privileges even though they may be socially valuable.*

³⁹⁷ No original: *Therefore, a normal exploitation cannot be equated with full use of all exclusive rights*

³⁹⁸ Bruno Costa Lewicki, a propósito, apresenta explicação sobre a necessidade de se realizar uma ponderação aplicada ao caso concreto sobre o que seria a exploração normal de uma obra, para tanto, apresenta exemplo ilustrativo de tal prática ao mostrar a forma de cálculo dos lucros cessantes, sempre limitados ao valor efetivo que o prejudicado receberia: “Este raciocínio não é de difícil intelecção para o jurista continental, muito menos para o brasileiro: para a aferição dos lucros cessantes, à guisa de exemplo, invoca-se justamente a idéia de razoabilidade para que a indenização não ultrapasse aquilo que o lesado teria direito no curso normal dos eventos. Um taxista acidentado não receberia, em nossos tribunais, uma indenização por lucros cessantes que o colocasse em situação mais benéfica do que ele estaria se não tivesse sofrido o acidente – utilizando como parâmetro, por exemplo, uma utilização ininterrupta do seu carro durante todo o período em que estará afastado da praça. De modo análogo – ainda que, lembre-se, não se está aqui a perquirir o pagamento de uma indenização, mas sim o cabimento das limitações. nacionais ao sistema de Berna – entende-se que a exploração normal não se confunde com o uso pleno de todos os direitos exclusivos conferidos pela lei ao autor” (Lewicki, 2007, p. 93).

³⁹⁹ Sobre a mitigação desse segundo elemento do teste, Jonathan Griffiths apresenta um levantamento de hipóteses que poderiam alcançar tal finalidade: Argumentou que um “conflito com a exploração normal” só deveria surgir quando as utilizações abrangidas por uma exceção fazem incursões muito substanciais no mercado potencial de um proprietário de direitos de autor (...) Também foi sugerido que o conceito de exploração “normal” deveria ser interpretado “normativamente”. Nesta perspectiva, uma

Quanto ao último passo – “não prejudiquem injustificadamente os legítimos interesses do autor” –, tem-se que o elemento crucial para sua compreensão relaciona-se ao limite hermenêutico imposto ao termo “injustificadamente”. O respectivo termo “implica o reconhecimento de que o titular poderá sofrer algum prejuízo com o uso permitido, desde que esse prejuízo seja razoável em razão dos fins colimados pela lei” (Santos; Jabur; Ascensão, 2020, p. 161). Pela exploração da obra sem a devida autorização, o último passo fará o balanço que permitirá se concluir acerca da “distinção entre perdas permissíveis e razoáveis e danos proibidos e irrazoáveis. Na medida em que o objetivo subjacente a uma limitação justifique os prejuízos causados aos interesses legítimos do autor, essa limitação pode ser aprovada” (Senftleben, 2004, p. 210) ⁴⁰⁰. De outra forma, danos excessivos ou desarrazoados não poderiam ser admitidos, porquanto se caracterizaria como prejuízo irrazoável. Importante se ressaltar que os interesses envolvidos, tanto a favor do autor quanto em favor de terceiros, não se limitam ao seu viés econômico, o que se espera seja assim considerado no âmbito das legislações nacionais e da própria Convenção de Berna, sendo, contudo, “pouco provável que tais considerações aflorem no âmbito dos tratados da Organização Mundial do Comércio e da Organização Mundial da Propriedade Intelectual” (Lewicki, 2007, p. 95), diante da transformação do direito de autor em mercadoria (o que já foi objeto de considerável atenção neste trabalho).

Vê-se que se busca a incidência de um critério de justiça, pautado pela aplicação do princípio da proporcionalidade⁴⁰¹, capaz de “balancear o interesse econômico do autor em face dos interesses públicos que determinam uma derrogação parcial da exclusividade legal” (Santos; Jabur; Ascensão, 2020, p. 161). O autor Martin

forma “normal” de exploração seria aquela que estivesse de acordo com as normas, ou valores fundamentais, subjacentes à lei dos direitos de autor. Tais normas podem ser económicas ou não económicas”. No original: *It has been argued that a “conflict with normal exploitation” should only arise when uses covered by an exception make very substantial incursions into a copyright owner’s potential Market (...) It has also been suggested that the concept of “normal” exploitation should be interpreted “normatively”. From this perspective, a “normal” form of exploitation would be one that accords with the norms, or fundamental values, underlying copyright law. Such norms could be either economic or non-economic.* (Griffiths, 2009, p. 10-11)

⁴⁰⁰ No original: *It requires the distinction between permissible, reasonable losses and forbidden, unreasonable damages. Insofar as the objective underlying a limitation justifies the entailed prejudices to the author’s legitimate interests, it can be approved.*

⁴⁰¹ Segundo a lição de Robert Alexy, a colisão entre princípios exigiria o sopesamento concreto entre os princípios, a fim de que fosse apurado qual deve prevalecer no caso concreto, sem que tal decisão viesse a repercutir abstratamente na validade daquele princípio preterido. Para tanto, haveria de se aplicar a máxima da proporcionalidade, com a adequação (idoneidade), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. (Alexy, 2006, p. 94)

Senftleben oferece alguns exemplos que ilustram a incidência do princípio da proporcionalidade, que conjugam os interesses de terceiros e o interesse de autor e titulares⁴⁰², como fosse uma ponderação entre os meios escolhidos, com o respectivo sacrifício a um interesse, e os fins alcançados, diante do interesse protegido.

Sobre a forma de interpretação e aplicação do Teste dos Três Passos, foi desenvolvido um projeto pelo *Max Planck Institute, Intellectual Property and School of Law at Queen Mary, University of London*, conjuntamente com um grupo de experts, que resultou em uma declaração, a que se denominou *Declaration: A Balanced Interpretation of the "Three-Step Test" in Copyright Law* (Geiger; Griffiths; Hilty, 2008). Após estabelecer a necessidade de ser equilibrado o multidimensional feixe de interesses, mediante o manejo lúcido dos limites, o Projeto reafirma a importância de proteção dos titulares dos direitos de autor e da promoção dos interesses coletivos. Defende a necessidade de o teste ser aplicável não somente ao titular originário da obra, mas também aos titulares derivados, a despeito de não existir expressa previsão (com maior ênfase aos portadores de direitos conexos, que muitas vezes acabam sendo prejudicados com maior intensidade pelas restrições impostas).

A declaração esclarece que o teste pode desempenhar distintas funções em diferentes esferas regulatórias e sistemas legais, pois poderia, i) em uma perspectiva internacional, servir como controle à autonomia estatal, por ocasião da elaboração das hipóteses legais; ii) em um viés interno, assistir instrumento interpretativo das normas que veiculem conteúdo sobre os limites; iii) ainda no âmbito doméstico, ser utilizado como norma que consigne uma cláusula aberta, que possa ser conjugado às hipóteses casuísticas legalmente previstas.

⁴⁰² Entende o autor, por exemplo, que seria inútil restringir privilégios de uso pessoal e interno de obras por terceiros, pois não seria possível que os autores exercessem o controle (em virtude de uma falha de mercado). A eliminação desse tipo de limitação de direitos autorais no ambiente analógico não contribuiria para a realização dos objetivos do direito autoral, tornando injustificável e ilegítimo o objeto da proteção autoral. De outro lado, permaneceria legítimo o interesse do autor em receber algum tipo de compensação. Outro exemplo trazido aborda a questão da paródia. Sabe-se que os autores se absterem de explorar suas obras nessa perspectiva (paródia), não sendo razoável impor restrição a terceiros ao uso desse expediente. Todavia, os interesses morais do autor permanecem, quando a paródia alcança o elemento moral, ao ridicularizar demasiadamente o trabalho realizado pelo autor, o que ultrajaria um interesse não econômico, caracterizado na proteção à integridade da obra. Um último exemplo envolve o direito de citação. No exercício do direito de citação, resta evidente que os direitos econômicos do autor seriam secundários, tendo-se em vista valores mais relevantes que seriam viabilizados tais como da liberdade de expressão e da equidade intergeracional. Todavia, a par da viabilização dos respectivos valores, o direito moral do autor igualmente não poderia sofrer maiores restrições. (Senftleben, 2004, p. 229-234)

Viu-se que somente neste último caso seria possível a adoção do Teste dos Três Passos como instrumento de solução de situações concretas que não tenham previsão casuística pela legislação, funcionando, assim, como uma cláusula aberta, capaz de conferir inserção de valores, dinamismo ao sistema e realizar a ressystematização. Nesse sentido, a orientação prevista seria dirigida a fim de que (a) os legisladores introduzam limitações e exceções abertas, desde que seu escopo seja razoavelmente previsível; ou (b) os tribunais (b.1) apliquem limitações e exceções enunciadas em lei *mutatis mutandis* a circunstâncias factuais similares ou (b.2) estabeleçam novas limitações ou exceções⁴⁰³. Para tanto, o teste deve ser interpretado de forma a respeitar interesses legítimos diversos ao direito de autor, inclusive, (a) interesses derivados de direitos humanos e liberdades fundamentais; (b) interesses sobre competição, notadamente em mercados secundários; e (c) outros interesses públicos, sobretudo aqueles concernentes ao progresso científico, cultural, social ou ao desenvolvimento econômico⁴⁰⁴.

Sobre a interpretação, a declaração estabelece que a interpretação aplicável às limitações não exigiria que fosse realizada de forma restritiva, desde que o trabalho hermenêutico estivesse em consonância com os objetivos e propósitos do teste, também que este deveria ser considerado conjuntamente, de modo que não fosse atribuído maior valor ou desconsideração a qualquer dos respectivos “passos”. Confirmam-se, assim, uma textura mais ampla e flexível aos limites bem como a necessidade de que os “passos” sejam aplicados de forma cumulativa e de maneira “holística”⁴⁰⁵.

⁴⁰³ No original: 4. *Limitations and exceptions do not conflict with a normal exploitation of protected subject matter, if they – are based on important competing considerations or – have the effect of countering unreasonable restraints on competition, notably on secondary markets, particularly where adequate compensation is ensured, whether or not by contractual means.* (Geiger; Griffiths; Hilty, 2008, p. 495)

⁴⁰⁴ No original: 6. *The Three-Step Test should be interpreted in a manner that respects the legitimate interests of third parties, including – interests deriving from human rights and fundamental freedoms; – interests in competition, notably on secondary markets; and – other public interests, notably in scientific progress and cultural, social, or economic development.* (Geiger; Griffiths; Hilty, 2008, p. 495)

⁴⁰⁵ Sobre a aplicação do Teste dos Três Passos, Daniel J. Gervais, em artigo intitulado *Towards a New Core International Norm: The Reverse Three-Step Test*, propõe uma forma diversa de incidência, que venha focar no direito, a partir do qual será possível se obter seus próprios limites. Trata-se do *reverse three-step* que seria pautado i) na apuração nos tipos de uso de obras protegidas que não são permitidos sob a legislação; ii) na análise se o uso traria um impacto negativo; iii) ao fim, com a identificação dos direitos autorais, de forma que reflitam as exceções que são permitidas. O tratamento é pautado não na definição preliminar das exceções, mas nos direitos, os quais, após o teste, apontarão os respectivos limites.

Poderia se indagar se o Brasil não acolheu o Teste dos Três Passos, já que subscreveu a Convenção de Berna e a TRIPS. Porém, viu-se que os referidos diplomas constituem orientação dirigida aos pactuantes, no sentido de que sejam criadas hipóteses que venham a respeitar as orientações estabelecidas. Trata-se, com efeito, de orientação dirigida, inicialmente, ao próprio legislador. Na realidade doméstica brasileira o que mais se aproximou do Teste do Três Passos foi a previsão contida no inciso VIII, do artigo 46, da Lei 9.610/98⁴⁰⁶. A norma, porém, refere-se exclusivamente a situações que envolvem a reprodução de pequenos trechos, tal norma constituiu uma hipótese casuística, não sendo considerada uma cláusula aberta, suscetível a resolver problemas mais amplos entre choques de interesses. Eventualmente é possível se vislumbrar a aplicação do teste em raras decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça⁴⁰⁷, o que leva a se crer que a referida disposição não é dotada de apelo normativo e reconhecimento suficiente capazes de darem resposta e permitirem uma análise mais detida sobre sua incidência na esfera judicial.

Outra opção que poderia erigir uma cláusula aberta seria aquela encontrada nos países vinculados ao *copyright*. Faz-se, aqui, referência ao denominado *fair use*⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: (...) VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

⁴⁰⁷ Em pesquisa aos termos “autoral” e “teste”, foram encontrados nove resultados, sendo somente três relacionados ao tema (Resp 2008122/SP; Eresp 1810440/SP; Resp 964404/ES – todos já avaliados anteriormente). A consulta aos termos “autoral” e “passos” encontrou quatro resultados, todos relacionados ao tema, dos quais, um foi diverso daqueles encontrados na consulta anterior (Resp 132007/SE). O Resp 2008122/SP tratou da prática de *clipping* de notícias e, ao aplicar o teste, estabeleceu sua limitação aos direitos de autor patrimoniais, o que se viu, não seria o melhor caminho. O voto que mais se aproximou de uma análise específica dos “passos”, aliado à conjugação dos fatos específicos do caso concreto foi aquele proferido pelo ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Resp 964.404), ao admitir o direito de reprodução, sem a cobrança do direito autoral, em evento religioso (sem finalidade comercial e com entrada gratuita), por se tratar de uma hipótese especial, em que não houve conflito com a exploração comercial da obra e não causou prejuízo injustificado a interesses legítimos do autor (por não constituir evento de grandes proporções). Ao fim determinou a aplicação de princípio da proporcionalidade, ao estabelecer que o meio (eventual tolerância ao uso de obra por terceiro) alcançaria a finalidade de conferir concretização a direito fundamental à liberdade de culto e de religião.

⁴⁰⁸ Sobre a origem do *fair use*: “a doutrina do *fair use* tem origem jurisprudencial, remontando a meados do século XIX. Sua inepção é comumente traçada a partir do caso *Folsom v. Marsh*, de 1841. No entanto, embora o termo apareça em algumas decisões oitocentistas, o *fair use* só seria verdadeiramente invocado pelos tribunais estadunidenses como um importante limite ao direito autoral no começo do século XX” (Chacarosque de Castro, 2022, p. 91).

⁴⁰⁹, cuja influência deu-se pela nominada doutrina do *fair dealing*, de origem britânica⁴¹⁰. O *fair use* foi regulamentado pelo *Copyright Act* de 1976, que apenas reafirmou a doutrina produzida pelo trabalho jurisprudencial (Santos; Jabur; Ascensão, 2020), sem nada acrescentar. A perspectiva de avaliação do *fair use* dá-se na pessoa do utente, já que a discussão não seria se a utilização estaria abrangida ou não pelo direito exclusivo, “mas se aquele modo de utilizar é *fair*. Isto está ínsito no carácter de *defense* que vimos que reveste. Mas implica também que é o utente quem tem o ônus de provar que o seu uso é *fair*” (Ascensão, 2003, p. 94).

A aplicação da citada cláusula exige a observância de quatro fatores: i) o propósito e o caráter do uso, incluindo se o uso é comercial ou destinado a fins educacionais não lucrativos; ii) a natureza da obra originária; iii) a quantidade e a substancialidade da porção usada em relação ao todo da obra originária; iv) o efeito do uso sobre o mercado potencial da obra originária ou sobre o seu valor. José Oliveira Ascensão tece avaliação prática e sintética sobre cada uma delas: i) o rol indicado no primeiro critério não é taxativo (pode envolver outras situações que não sejam ligadas a fins educacionais não lucrativos, por exemplo) e a natureza comercial do uso constitui um fator negativo, não fatalmente impeditivo, porém; ii) sobre a natureza da obra, segundo critério, conclui que as obras mais fáticas sejam de maior aplicação à doutrina do que as obras mais imaginativas; iii) no terceiro critério, pondera que até mesmo as citações seriam consideradas indevidas pela doutrina, se forem vistas como excessivamente longas e repetitivas, a ponto de representarem uma apropriação do conjunto da obra citada; iv) o último elemento constitui um dos elementos de “valoração de que resultará um juízo global. Esta é uma manifestação da maleabilidade do instituto” (Ascensão, 2003, p. 95).

Sobre o primeiro critério, Giuseppina D’Agostino (2007), após citar uma série de decisões proferidas pelos tribunais estadunidenses, concluiu que deve ser inserida nessa avaliação a boa-fé (considerada um subfator) bem como que a natureza

⁴⁰⁹ Ainda sobre a origem do *fair use*, o referido caso *Folsom v. Marsh*, de 1841. discutiu a extração de 353 páginas das cartas de George Washington por um biógrafo, a partir de uma biografia de 12 volumes. O juiz Story concluiu pela existência de infração, pois a quantidade daquilo que foi extraído poderia prejudicar a demanda pela obra original. (Samuelson, 2015)

⁴¹⁰ Usualmente, tem-se que as diferenças entre *fair dealing* e *fair use* envolvem o espectro de incidência dos limites ao direito de autor. Enquanto a doutrina do *fair dealing* tem aplicação mais restritiva, cuja aplicação é vinculada a categorias enumeradas (relacionadas à pesquisa, ao ensino, por exemplo), o *fair use* permite um uso mais amplo, desde que atendidos os fatores de aplicação. Artigo escrito por Giuseppina D’Agostino, intitulado *Healing Fair Dealing? A comparative Copyright Analysis of Canadian Fair Dealing to UK Dealing and US Fair Use*, estabelece interessante fonte de consulta.

comercial do uso não poderia ser um fator presumido e determinante, pois “confiar em tal presunção distorceria o uso justo e sugeriria uma tendência judicial nos Estados Unidos de estabelecer regras rígidas”⁴¹¹.

Sobre o critério seguinte, a autora acrescenta à distinção da natureza da obra – ficcional ou factual⁴¹² – a diferenciação que impõe a publicação ou não da obra, sendo que neste último caso aponta decisão que indica presunção contrária ao uso justo (D’Agostino, 2007). Eduardo Magrani acrescenta, ainda, outra distinção acerca desse segundo critério, qual seja, o interesse público, que serve como um indicador positivo ao uso justo (Magrani, 2019).

O terceiro critério – quantidade e substancialidade da porção utilizada em relação ao todo da obra originária – tem como foco a qualidade do uso e não necessariamente a quantidade daquilo que foi utilizado, sendo crível se admitir, em determinadas situações ainda, o uso de obras inteiras.

O último critério – o efeito do uso sobre o mercado potencial da obra originária ou sobre o seu valor – exige análise específica de acordo com o caso concreto, sendo difícil aos tribunais preverem a redução do mercado potencial, o que seria “comparado a olhar em uma bola de cristal”⁴¹³. Sobre o último critério, Bruno da Costa Lewicki acrescenta que há de se levar em conta “diversos subfatores, tais como o fato de o trabalho ser ou não facilmente acessível, a data de sua edição, o ciclo econômico do aproveitamento da obra, entre outros” (Lewicki, 2007, p. 102). A exemplo do “terceiro passo” do Teste de Berna, aqui há de se vislumbrar a necessidade de se atender à função social do direito de autor, “que consiste na promoção do desenvolvimento cultural e garantia do interesse público” (Magrani, 2019, p. 169).

Algumas críticas são dirigidas à doutrina do uso justo; a despeito de sua natureza nitidamente utilitarista, justificada pela busca pela promoção do interesse público (desde que justificado), acaba por proporcionar ambiguidade e incerteza no manejo dos critérios aplicáveis e, sobretudo, um efeito desproporcional sobre os criadores que não detenham grande poder e capacidade econômica, já que seriam

⁴¹¹ No original: *Relying on such a presumption would have distorted fair use and would have been “suggestive of a [US] judicial tendency to establish bright-line rules, evolved from in-built biases or assumptions...”* (D’Agostino, 2007, p. 36).

⁴¹² Uma vez que: *If there is substantial creativity, this tends to favour the owner* (D’Agostino, 2007, p. 37). Em tradução livre: Quando há uma criatividade substancial, isso tende a favorecer o proprietário dos direitos autorais.

⁴¹³ No original: *Still, it is difficult for courts to anticipate the curtailment of the potential market as it can be like gazing in a crystal ball* (D’Agostino, 2007, p. 39).

alijados de recursos necessários para enfrentarem as disputas legais (especialmente, na realidade norte-americana) (Tehrani, 2005). Há um problema apresentado que envolve a própria dinâmica processual, já que o ônus da prova pode ser atribuído ao réu, quanto à comprovação sobre o impacto do uso no mercado, o que nem sempre seria facilmente demonstrado, trazendo considerável dificuldade técnica na demonstração de tal fato (D'agostino, 2007). Eduardo Magrani, por seu turno, tece críticas ao modelo norte-americano, em razão da incapacidade de gerar hipóteses de incidência razoavelmente previsíveis, sendo seu “escopo incerto o suficiente para dissuadir grande parte dos usuários de fazerem uso de obras alheias, primeiro porque as potenciais sanções são minimamente intimidadoras e segundo porque cabe ao próprio acusado provar que o seu fora justo” (Magrani, 2014, p. 102)⁴¹⁴.

A despeito das críticas, tem-se que, ao propósito que se busca, qual seja, a formulação de uma cláusula geral, haveria de se indagar sobre a possibilidade de uso desse teste na realidade brasileira. José de Oliveira Ascensão, ao pontuar o confronto entre os sistemas do *copyright* e do *droit d'auteur*, concluiu que tal embate a todos interessa:

todos interessa este confronto, nomeadamente pelo contributo muito importante que o *fair use*, não obstante a diversidade do sistema de direito em que se integra, pode trazer ao aperfeiçoamento do nosso sistema. A posição de partida é muito superior, porque permite manter vivo o corpo do Direito Autoral, satisfazendo simultaneamente os objectivos culturais e outros que estão indelevelmente na sua origem. (Ascensão, 2003, p. 110)

O autor português considerou relevante a contribuição que poderia ser obtida pela admissão da doutrina do uso justo, já que a maleabilidade trazida na consecução do necessário equilíbrio entre os interesses, cada vez mais em conflito, poderia ser obtida por um uso justo.

De forma contrária, Eduardo Magrani defende que há incompatibilidade na doutrina do uso justo no sistema autoral brasileiro. Inspirado nos valores do *copyright*, o *fair use* tem como escopo principal a adequação dos interesses coletivos com os

⁴¹⁴ Michael W. Carreal, no artigo *Fixing Fair Use*, lista como desafios ao *fair use* a incerteza legal; custos legais que envolvem eventual discussão judicial sobre o uso justo; penalidades severas, em razão de compreensão equivocada pelo uso; desencorajamento no uso de obra alheia, que conduz à diminuição da liberdade criativa e de expressão. Para tanto, propõe a criação de um Conselho de Uso Justo, que serviria como um órgão consultivo, que viesse previamente a definir se, naquele caso, o uso seria justo e traria imunidade ao usuário, sendo possível, entretanto, que a decisão fosse revista.

interesses patrimoniais que cercam o direito ao exclusivo. Os critérios são definidos e interpretados a partir dessa perspectiva econômica:

Todos os quatro fatores do *fair use* são direcionados para avaliar o impacto econômico gerado pelo uso. O primeiro fator determina se o uso possui natureza comercial; o quarto fator determina o potencial impacto econômico do uso no mercado da obra original e no valor da obra em si; o segundo fator foca a natureza da obra, determinando o grau de criatividade contido na obra original para contrastar com o grau de criatividade contido no uso feito a partir dela (elemento transformativo) e, para alguns, o ineditismo; o terceiro fator, por fim, foca na quantidade e qualidade da porção utilizada em comparação com o todo da obra. (Magrani, 2014, p. 103)

Alguns critérios aparentemente não se relacionam diretamente à proteção econômica da exploração da obra (segundo e terceiro). Todavia, aqueles que assim se pautam (primeiro e quarto) acabam se tornando os critérios mais relevantes na conclusão se o uso foi justo ou não. Magrani, ao concluir que o *fair use* trata-se de um instituto “econocêntrico”, defende não ser admissível na realidade brasileira. Como se sabe, o direito autoral brasileiro, com base no *droit d’auteur*, tem nítida fundamentação humanista; demais disso, o tratamento do ordenamento jurídico brasileiro demonstra nítido alinhamento aos valores constitucionais, com considerável importância à perspectiva moral do direito autoral, vinculada a uma tábula axiológica justificada pela dignidade da pessoa humana, dentre outros valores de índole constitucional. Por isso, a “adoção de uma doutrina puramente ‘econocêntrica’, superficializaria o tratamento dispensando às questões autorais” (Magrani, 2014, p. 104).

A par das críticas apresentadas pelo citado autor, tem-se que a incidência pura e simples do *fair use* traria clara rejeição ao conteúdo axiológico que fundamenta e que deveria permear o trato aplicado ao direito autoral na realidade brasileira. Vislumbra-se igualmente profundo apelo econômico à teoria do uso justo, que, por consequência, contrária à natureza do direito de autor, considerado um direito de personalidade, tipificado, ainda, como um direito fundamental. Um tratamento que pondere essencialmente o reflexo econômico do direito de autor poderia comprometer seu conteúdo ontológico e contribuir ainda mais para a mercantilização autoral. De outro lado, tem-se que a abertura sistêmica e a maleabilidade trazida pela doutrina do *fair use* mostram-se necessárias para superação das provas que se apresentam. A resposta à indagação – qual modelo utilizar? – parece ainda não respondida, muito embora a proximidade e a familiaridade condicionem a uma preferência ao sistema do Teste dos Três Passos. A esse propósito, João Henrique da Rocha Frago,so,

mesmo não respondendo textualmente à indagação, reiterou a importância da abertura sistêmica⁴¹⁵ e estabeleceu, como instrumento para tanto, a utilização do Teste dos Três Passos, tendo em vista certa equivalência e maior adequação ao sistema brasileiro: “para a interpretação do uso justo ou leal, e longe de que daí resulte qualquer juízo além da lei, deve-se utilizar a regra prevista na própria Convenção de Berna, em seu artigo 9; 2) (e WTC, artigo 10; WPPT, artigo 16 e TRIPS, artigo 13) – base para que os anglo-saxões denominam de *three-step test*, ou teste dos três passos” (Fragoso, 2009, p. 312).

Como diretriz para a obtenção de uma resposta, dirige-se, aqui, à avaliação de uma proposta formulada, em 2002, por um grupo de juristas europeus, denominada de *European Copyright Code*⁴¹⁶. A proposta seria pela adoção de um sistema misto, que conjugasse hipóteses taxativas, com o sistema de cláusula aberta:

Reconhecendo que o rápido desenvolvimento tecnológico faz com que os futuros modelos de exploração e de uso de obras protegidas por *copyright* seja imprevisível e, por isso, requer um sistema de direitos e limitações com alguma flexibilidade, o Código advoga um modelo de limitações que combina o sistema tradicional de cláusulas fechadas com o sistema de cláusula aberta do *fair use*. (Santos; Jabur; Ascensão, 2020, p. 167)

O referido documento estabelece hipóteses casuísticas de limites ao direito de autor, classificadas em 5.1 usos com importância econômica mínima; 5.2 usos para fins de liberdade de expressão e informação; 5.3 usos permitidos para promover objetivos sociais, políticos e culturais; 5.4 usos com a finalidade de aumentar a concorrência. Como cláusula geral estabelece o título 5.5 outras limitações, ao descrever a seguinte abertura às hipóteses casuísticas:

Art. 5.5 – Outras limitações

Qualquer outra utilização comparável às utilizações enumeradas nos artigos 5.1 a 5.4(1) é permitida desde que sejam cumpridos os requisitos correspondentes da limitação relevante e que a utilização não entre em conflito com a exploração normal da obra e não prejudique irrazoavelmente os interesses legítimos do autor ou titular dos direitos, tendo em conta os interesses legítimos de terceiros.⁴¹⁷

⁴¹⁵ Nesse sentido, “Os aspectos acima esboçados nos levam a concluir que as limitações estabelecidas em nossa lei não podem ser taxativas, em especial, quando nos situamos em um País com tantos e tão grandes atrasos na área educacional: devem, pelo contrário, ser objeto de avaliação do Judiciário; acima de tudo, a interpretação das disposições deve ser pautada para os fins a que se destinam as obras utilizadas, com as cautelas necessárias para cada utilização” (Fragoso, 2009, p. 312).

⁴¹⁶ Disponível em <https://www.ivir.nl/nl/projecten/european-copyright-code/>. Acesso em julho de 2024.

⁴¹⁷ Art. 5.5 – *Further limitations. Any other use that is comparable to the uses enumerated in art. 5.1 to 5.4(1) is permitted provided that the corresponding requirements of the relevant limitation are met and the use does not conflict with the normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice*

Interessante se notar que a cláusula geral estabelece um limite aos limites autorais, porquanto impõe que eventual hipótese não catalogada, obtida a partir da referida previsão, deveria derivar de situação comparável às situações enumeradas nas disposições anteriores. Manoel J. Pereira dos Santos reconhece que essa proposta seria válida.

Essa proposta, que combina o modelo da relação exaustiva com uma cláusula geral condicionada a 'usos similares' àqueles antes identificados, parece uma alternativa excelente, na medida em que permite maior flexibilidade para o sistema de limitações sem, no entanto, criar incerteza jurídica. Além disso, como se adota um padrão internacionalmente aceito, como é a Regra dos Três Passos, como parâmetro para aplicação da cláusula geral, limita-se a imprecisão do modelo norte-americano. Santos; Jabur; Ascensão, 2020, p. 168)

O referido texto acaba por conformar-se a uma visão mais restritiva sobre os limites, quase como se fosse utilizado o recurso à analogia ou uma interpretação extensiva às hipóteses casuísticas já previstas. Há desconfiança sobre o efeito prático desse modelo, afinal, “esta fórmula não fornece uma ferramenta legal para a livre criação de novas exceções. Como isso funcionaria na prática não está claro no momento”⁴¹⁸ (Kerremans; Pessler, 2012, p. 48). Sem embargo da real segurança jurídica que outorgaria, tem-se que a flexibilidade trazida pela referida cláusula geral, presa às situações casuísticas, impediria a necessária abertura sistêmica que urge nos tempos pós-modernos.

A cláusula geral, assim, deve estar atenta à necessária conjugação dos valores humanos, não diretamente provenientes do direito autoral, mas que também o respeite em suas conotações pessoal e econômica. Tem-se que, na esfera internacional, as limitações ao direito de autor deslocaram-se a outro fórum: o dos direitos humanos. Como se pode vislumbrar do uso de fundamentos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), em especial, a necessidade de conjugação do artigo 27, em seus parágrafos 1 e 2⁴¹⁹. Como bem pontua Ysolde Gendreau,

the legitimate interests of the author or rightholder, taking account of the legitimate interests of third parties.

⁴¹⁸ No original: *The compromise exists in the fact that there should be some “comparability” between an existing exception and a new use. This formula does not provide a legal tool for the free creation of new exceptions. How this would function in practice is not clear at the moment.*

⁴¹⁹ Artigo 27º 1. Toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam. 2. Todos

Este texto consagra o triunfo da tradição humanista dos direitos de autor e esta visão pode hoje servir para moderar a viragem abertamente comercial que a propriedade intelectual tomou como um todo desde o TRIPS. Na realidade, quando apelamos hoje a esta Declaração para alimentar reflexões sobre o direito direitos autorais, é principalmente o primeiro parágrafo do artigo 27 que está em questão: “[t]odos têm o direito de participar livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que resultar disso.”⁴²⁰ (Gendreau, 2016, p. 466-467)

A incidência do comando normativo e da tábua axiológica dirigida à interpretação e aplicação dos limites ao direito de autor, em um plano internacional, deve ser espelhada por semelhante prática no cenário doméstico. Assim, os valores constitucionais que acolhem os direitos humanos e os direitos de personalidade devem integrar o habitat jurídico dos limites ao direito de autor, de modo que a normatividade não fique limitada à previsão casuística das hipóteses legais de restrição. Além do legislador, a doutrina e os intérpretes devem ser convocados para, conjuntamente, envidarem esforços na concretização do ideário autoral, com a necessária equalização geracional, de modo que as gerações futuras não sejam aleijadas do necessário acesso ao conhecimento.

Merece atenção o Projeto de Lei n. 2.370/2019, que tramita na Câmara dos Deputados e aguarda parecer do relator na Comissão de Comunicação. Na referida Comissão, há requerimento para que seja realizada audiência pública, a fim de se debater o projeto de lei⁴²¹. A proposta formulada pela deputada federal Jandira Feghali apresenta alterações consideráveis em inúmeros artigos da Lei 9.610/98⁴²² e acrescenta inúmeros outros dispositivos legais à lei⁴²³. No relato de Justificação do Projeto de Lei, a deputada trouxe elementos que coincidem com a necessidade

têm direito à protecção dos interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da sua autoria.

⁴²⁰ No original: *Ce texte consacre le triomphe de la tradition humaniste du droit d'auteur et cette vision peut aujourd'hui servir à tempérer la tournure si ouvertement commerciale qu'a prise la propriété intellectuelle tout entière depuis l'ADPIC. En réalité, lorsque l'on fait appel de nos jours à cette Déclaration pour alimenter les rél exions sur le droit d'auteur, c'est surtout du premier paragraphe de l'article 27 qu'il est question : « [t]oute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifi que et aux bienfaits qui en résultent ».*

⁴²¹ Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2198534>. Acesso em ago. 2024.

⁴²² Proposta de alteração dos artigos: 1º, 2º, 4º, 5º, 7º, 8º, 9º, 15,16, 17, 19, 20, 24, 25, 28, 29, 30, 36, 37, 38, 39, 41, 44, 45, 46, 48, 49, 50, 51, 53, 68, 77, 78, 79, 81, 86, 90, 95, 96, 97, 100-B, 101, 102, 103, 107, 108 e 109.

⁴²³ Proposta de acréscimo dos artigos: 30-A, 52-A, 52-B, 52-C, 52-D, 52-E, 61-A, 67-A, 85-A, 88-A, 88-B, 88-C, 99-C, 99-D, 110-A, 110-B, 110-C, 110-D, 110-E, 110-F, 110-G, 110-H, 110-I, 110-J, 110-K, 110-L, 111-A, 111-B, 113-A e 113-B.

encontrada nesta pesquisa no que respeita à adequação do tratamento dispensado aos limites autorais.

De início, a autora do projeto aduz a necessidade de haver compatibilização entre os valores constitucionais do direito de autor, diversidade cultural e demais direitos fundamentais. A contextualização do direito de autor e sua inserção na dinâmica jurídica constituem uma medida de ordem, e o fim do isolacionismo trata-se de necessidade premente.

A parte inicial do projeto de lei acolhe objetivos e princípios que compatibilizam a proteção constitucional do direito do autor com a diversidade cultural e demais direitos fundamentais e sociais da Constituição Federal mencionados. Entendemos que a Lei precisa explicitamente conjugar o direito autoral aos outros direitos fundamentais, tornando inequívoco que o direito autoral é um direito cultural, e retirando-o do isolacionismo ao oferecer uma orientação interpretativa equilibrada. Desta forma, reconhecer que o ordenamento jurídico é um sistema, em que as suas partes não existem isoladamente, mas de forma integrada, influenciando-se mutuamente. Esta conclusão é um princípio básico de aceitação geral no universo jurídico. O equilíbrio ausente na legislação é imposto pela determinação constitucional de atendimento à função social da propriedade.

A manutenção do estado de coisas, pautado em excessiva proteção patrimonial, e o desprezo com demais valores que diuturnamente se relacionam com o direito de autor conduziriam a um isolacionismo, cada vez mais, maior e, ao fim, a um obsoletismo da normatividade autoral, especialmente em um cenário em que os conflitos e as necessidades são alavancados por novas tecnologias e formas de expressão artística. Viu-se que a legislação autoral mostra-se defasada e incapaz de atender às necessidades que se apresentam; sobre os limites autorais, há omissão em inúmeras situações e tratamento inadequado em outras. De outro lado, a esperada ação do Poder Judiciário em proporcionar maior equidade nas soluções e conferir uma interpretação atenta aos demais valores que permeiam as relações do direito autoral, não foi encontrada. Por isso, o destaque expresso na legislação de princípios e valores constitucionais, alinhados ao direito de autor, apresenta uma simbologia que poderia servir para alterar a postura dos aplicadores do Direito e posicionar o direito autoral dentro do sistema jurídico. Ao artigo primeiro foi acrescentado o parágrafo único, que dispõe sobre critérios de interpretação da norma, que deve ser dirigida ao estímulo à criação intelectual, à diversidade cultural e à garantia da liberdade de expressão e, ainda, ser orientada pelos ditames constitucionais de proteção aos direitos autorais

em equilíbrio com os demais direitos fundamentais e sociais⁴²⁴. Essa disposição que estabelece um caráter finalístico à prática hermenêutica acaba por contribuir para o tratamento dispensado aos limites autorais, pois prevê a necessidade de ajuste entre o direito de autor e os demais direitos fundamentais, atentando-se não somente à proteção patrimonial do titular do direito, mas também aos demais interesses sociais e coletivos.

Sobre os limites autorais, a proposta legislativa atualiza as hipóteses casuísticas, alinhando-as a situações em que se viu omissão ou tratamento inadequado pela legislação atual. Importante alteração envolveu a autorização para reprodução de obra integral, legitimamente obtida (exceto por locação), desde que seja uma única cópia, realizada por pessoa física e para o uso privado e não comercial⁴²⁵; inclusive, autorizar-se-ia essa reprodução ser realizada em suporte diverso⁴²⁶. Trata-se de alteração reclamada pela sociedade, que já constava na legislação anterior à Lei 9.610/98.

O atual inciso VI, do artigo 46⁴²⁷, sofreu revisão para que fossem ampliadas as obras que poderiam ser reproduzidas no recesso familiar, ou para fins didáticos nos estabelecimentos de ensino. Demais disso, o limite, nitidamente ligado ao local onde ocorreria a reprodução (recesso familiar ou estabelecimento de ensino), foi mitigado, pois se centrou, neste último caso, na finalidade da reprodução (como recurso didático-pedagógico), que seria, então, vinculada a atividades educativas ou de pesquisa. Inseriu-se, também, elemento que guarda relação com um princípio de proporcionalidade, entre os meios e o fim a atingir⁴²⁸.

⁴²⁴ Art. 1º (...) Parágrafo único. A interpretação e a aplicação desta Lei deverão: I - atender às finalidades de estimular a criação intelectual e a diversidade cultural e de garantir a liberdade de expressão; e II - ser orientadas pelos ditames constitucionais de proteção aos direitos autorais em equilíbrio com os demais direitos fundamentais e sociais

⁴²⁵ Art. 46 (...) I - a reprodução, por qualquer meio ou processo, em uma só cópia e por pessoa física, para seu uso privado e não comercial, de obra legitimamente obtida, exceto por meio de locação, desde que realizada a partir de exemplar de obra publicada legalmente;

⁴²⁶ Art. 46 (...) II - a reprodução, por qualquer meio ou processo, em uma só cópia para cada suporte e por pessoa física, para seu uso privado e não comercial, de obra legitimamente obtida, exceto por meio de locação ou se o acesso à obra foi autorizado por um período de tempo limitado, desde que realizada a partir de original ou cópia de obra publicada legalmente, para o fim específico de garantir a sua portabilidade ou interoperabilidade;

⁴²⁷ Na redação atual da Lei 9.610/98, Art. 46 (...) VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro; I

⁴²⁸ Art. 46 (...) VI – as representações, recitações, declamações, exposições, exhibições e execuções públicas realizadas no recesso familiar ou quando usadas como recurso didático-pedagógico, a título de ilustração, em atividades educativas ou de pesquisa, incluindo os espaços públicos de formação

O direito de citação, previsto no inciso VIII⁴²⁹, seria alterado para ser suprimida a expressão “pequenos”, pois a citação não estaria limitada a pequenos trechos, exigindo-se, entretanto, a ponderação se o uso da citação estaria justificado ao fim a atingir, respeitando-se, ainda, os demais requisitos de praxe do Teste dos Três Passos (que a utilização não seja o objetivo principal da obra nova, que não prejudique a exploração normal da obra e que não cause prejuízo injustificado aos interesses dos autores)⁴³⁰.

O tratamento dispensado às pessoas com deficiência também teria maior abrangência. Enquanto na redação atual a autorização seria somente para reprodução, o projeto de lei propõe a possibilidade de o limite incidir também sobre a tradução, adaptação, distribuição, comunicação ao público, colocação à disposição do público e quaisquer outras utilizações, desde que não haja intento lucrativo e seja realizado na medida exigida para efetivar o pleno acesso à fruição da obra⁴³¹. Autorizar-se-iam, também, a reprodução e colocação à disposição do público de obras para inclusão em portfólio ou currículo profissional de obra em que foi um dos autores ou pessoa retratada⁴³².

Em atenção à dignidade da pessoa humana, também foi criado dispositivo que possibilite a representação, recitação, declamação, exposição, exibição e execução de obras, de forma gratuita e sem o intuito de lucro, exclusivamente para fins de reabilitação ou terapia em unidades hospitalares⁴³³. Do mesmo modo, como forma de

artística, desde que feitas sem finalidade comercial ou intuito de lucro, e na medida justificada pelo fim a atingir;

⁴²⁹ Na redação atual da Lei 9.610/98, Art. 46, 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.

⁴³⁰ Art. 46 (...) VIII - a utilização, em quaisquer obras, de trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes visuais, na medida justificada para o fim a atingir, sempre que essa utilização não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra utilizada nem cause prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores;

⁴³¹ Art. 46 (...) IX - a reprodução, a tradução, a adaptação, a distribuição, a comunicação ao público, a colocação à disposição do público e quaisquer outras utilizações de obras para uso exclusivo de pessoas com deficiência mediante quaisquer formatos acessíveis, na medida exigida para efetivar o pleno acesso à fruição da obra e desde que não haja intuito de lucro;

⁴³² Art. 46 (...) X - a reprodução e colocação à disposição do público para inclusão em portfólio ou currículo profissional, na medida justificada por este fim, desde que aquele que divulgue as obras por tais meios seja um dos autores ou pessoa retratada, e após a publicação da obra por aquele que a encomendou;

⁴³³ Art. 46 (...) XV - a representação, a recitação, a declamação, a exposição, a exibição e a execução públicas realizadas de forma gratuita, sem intuito de lucro e exclusivamente para fins de reabilitação ou terapia em unidades hospitalares

conferir a liberdade de culto, seria autorizada a execução musical no decorrer de atividade litúrgica e no interior dos locais de cultos⁴³⁴. Para o fim de preservar a liberdade de expressão e propagar a cultura e informação, seria permitida a execução pública realizada por prestadoras de serviço de radiodifusão comunitárias, desde que legalmente autorizadas⁴³⁵, também a exibição pública, sem finalidade comercial, de obras por associações cineclubistas⁴³⁶.

Foram propostos limites ao direito autoral, a fim de se possibilitar maior difusão do conhecimento e de informação pelas bibliotecas, medidas que reclamam sejam acolhidas. Como visto, o Brasil é um dos poucos países que não possui qualquer autorização de reprodução e de uso de obras a favor das bibliotecas, o que contraria qualquer sentido que se possa atribuir a um direito autoral contemporâneo e sensível à difusão do conhecimento e da cultura. Os dispositivos que tratam do assunto incluem também os arquivos, museus, centros de documentação, cinematecas e demais instituições museológicas oficialmente reconhecidas, de modo que sejam autorizadas a realizar a reprodução necessária à conservação, à preservação e ao arquivamento de obras, desde que não haja intento de lucro e seja realizada na medida de alcançar seu fim⁴³⁷. O outro dispositivo trata do acesso à informação disponibilizada pelas referidas instituições museológicas, ao prever a possibilidade de se colocar à disposição do público obras intelectuais em terminais localizados no interior das instalações, para fins de pesquisa ou estudos privados. Há expressa menção acerca de obras raras ou indisponível ao público, que não precisariam ter uma correspondência entre o número de exemplares ou licenças e o número de acessos simultâneos⁴³⁸. Atento às mudanças tecnológicas que poderiam conferir avanço no

⁴³⁴ Art. 46 (...) XVII - a execução musical, exclusivamente no decorrer da atividade litúrgica e estritamente no interior dos templos e locais de cultos religiosos;

⁴³⁵ Art. 46 (...) XXI- a execução pública realizada por prestadoras de serviço de radiodifusão comunitárias legalmente autorizadas;

⁴³⁶ Art. 46 (...) XIX - a exibição pública sem finalidade comercial realizada por associações cineclubistas sem fins lucrativos reconhecidas pelo Ministério responsável pela área, desde que atendidas cumulativamente as seguintes condições: a) a exibição seja realizada a partir de cópia legitimamente obtida, exceto por meio de locação; b) a associação não tenha vínculo de qualquer natureza com empresas; e c) a exibição não concorra com a exploração comercial da obra;

⁴³⁷ Art. 46 (...) XIII - a reprodução necessária à conservação, à preservação e ao arquivamento de qualquer obra, sem intuito de lucro, desde que realizada para bibliotecas, arquivos, centros de documentação, museus, cinematecas e demais instituições museológicas oficialmente reconhecidas, na medida justificada pelo fim a atingir;

⁴³⁸ Art. 46 (...) XVI - a comunicação e a colocação à disposição do público de obras intelectuais, por bibliotecas, arquivos, centros de documentação, museus, cinematecas e demais instituições museológicas oficialmente reconhecidas, em terminais no interior de suas instalações, para fins de pesquisa ou estudos privados, desde que a obra faça parte de seu acervo e sejam atendidas as

acesso à informação, foi proposto o empréstimo de obras em formato digital por biblioteca a usuário ou a outra biblioteca, respeitada a equivalência entre o número de exemplares e o número de acessos simultâneos, salvo no caso de obras raras ou indisponíveis⁴³⁹.

Além das hipóteses casuísticas de limites ao direito autoral, foi proposta a inserção de cláusula geral sobre situações não previstas no rol específico de hipóteses legais, conforme disposição do artigo 46, parágrafo segundo:

Artigo 46 (...) § 2º Também não constituem ofensa aos direitos autorais utilizações análogas às previstas nos incisos do caput, caso atendidas cumulativamente as seguintes condições:

- I - a utilização não concorra com a exploração comercial da obra e nem prejudique os interesses do autor;
- II - a utilização tenha como objetivo atender a outros direitos e garantias fundamentais; e
- III - sejam citados o autor e a fonte.

Seguiu-se, assim, a conclusão obtida neste estudo sobre a viabilidade em se conjugar hipóteses fechadas com cláusula aberta, que pudessem permitir a higidez do direito autoral. A cláusula geral trazida condiz, em parte, com o Teste dos Três Passos, que, inserida na aplicação das situações concretas, serve como instrumento de direito substancial (e não meramente como limite aos limites, quando dirigida unicamente ao trabalho legislativo). Entretanto, vê-se que a dicção seguiu os moldes igualmente desenvolvidos pela proposta europeia – *European Copyright Code*. A possibilidade de aplicação do Teste dos Três Passos exige, antes de tudo, que a situação concreta encontre uma hipótese legal casuística que lhe seja análoga⁴⁴⁰.

seguintes condições: a) o número de acessos simultâneos a uma obra deve corresponder ao número de exemplares ou de licenças da mesma obra que a biblioteca possua, exceto no caso de obra rara ou que não esteja disponível para a venda ao público, em língua portuguesa, nos mercados nacional e internacional, por três anos, contados a partir de sua última publicação; e b) não deve ser permitida a duplicação, gravação, impressão ou qualquer outra forma de reprodução;

⁴³⁹ Art. 46 (...) XXII- o empréstimo de obras em formato digital por uma biblioteca para um usuário ou outra biblioteca, desde que feito a partir de obra legitimamente obtida, que faça parte do seu acervo e que atenda as seguintes condições: a) o número de acessos simultâneos a uma obra corresponda ao número de exemplares ou de licenças da mesma obra que a biblioteca possua, exceto no caso de obra rara ou não disponível para a venda ao público, em língua portuguesa, nos mercados nacional e internacional, por três anos, contados a partir de sua última publicação; e b) não seja permitida a colocação à disposição do público da obra ou qualquer forma de reprodução;

⁴⁴⁰ Conforme se observa das justificativas ao Projeto de Lei: “As limitações constantes da Lei podem abranger situações análogas àquelas previstas nos incisos do Artigo 46, desde que o reconhecimento das limitações ao direito do autor, não previstas expressamente nessas disposições legais, observe os requisitos da legislação internacional para estipulação de limitações, ora esmiuçados nos incisos do §2º desse mesmo artigo, que correspondem à propalada regra dos três passos da Convenção Internacional de Berna.”

Para o fim de se evitar tautologia ao que já fora dito, expresse que essa restrição imposta acabaria por reduzir excessivamente a aplicação do teste, já que, para tanto, bastaria se declarar um método hermenêutico que autorizasse o uso de interpretação analógica às hipóteses que versam sobre as limitações ao direito autoral.

Se comparado com as versões de Berna e da TRIP's, verificam-se diferenças consideráveis com a proposta legal⁴⁴¹. Vê-se que na proposta não há menção sobre “certos casos especiais”, o segundo e o terceiro passo são previstos em um único inciso e há inserção de outras duas exigências (um elemento teleológico, qual seja, que a limitação sirva para atender a outros direitos fundamentais e sociais (Ascensão, 2009) e que sejam citados o autor e a fonte. Dito isso, soa até estranho se abordar que haveria adesão ao Teste dos Três Passos, até pelo fato de que, na previsão legal proposta, já não são mais “três passos”. Pois bem.

Observa-se que a dicção legal afasta o primeiro passo – situações especiais – talvez por entender que tais situações especiais seriam equivalentes às “utilizações análogas às previstas nos incisos do caput”. Parece não ser essa equiparação correta, até pelo fato de que inúmeras são as críticas ao primeiro passo, pois naturalmente as situações que justifiquem uma limitação autoral já deveriam ser tidas situações especiais. Os segundo e terceiro passos – ii) que não conflitem com a exploração comercial normal da obra; e iii) não prejudiquem injustificadamente os legítimos interesses do autor – poderiam ser tratados em incisos distintos, justamente para que ficasse claro se tratar de exigências diversas e cumulativas.

O inciso II – “a utilização tenha como objetivo atender a outros direitos e garantias fundamentais” – traz elemento estranho ao Teste dos Três Passos e deixa mais evidente que a restrição imposta a que as situações sejam “análogas” às hipóteses legais previstas no mesmo artigo (caput) mostra-se totalmente despicienda, porquanto a necessidade em se equalizar o direito de autor e outros direitos fundamentais e sociais poderá derivar de situações que não sejam, necessariamente, análogas às hipóteses legais casuisticamente previstas. Assim, haveria de se considerar a supressão dessa exigência prevista no inciso II, ou, ao que parece talvez

⁴⁴¹ Art. 9.2 da Convenção de Berna: 2) Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.

Art. 13 do Acordo TRIPS: Os membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito.

mais adequado, a imposição de que a incidência da cláusula geral venha a ser permitida nos casos análogos.

Quanto ao último inciso, cuja exigência seria que fossem citados o autor e a fonte, tem-se que tal imposição se mostra razoável tendo-se em vista o direito moral do autor. Porém, a exigência em questão, em dados casos merecerá certa mitigação, porquanto em dadas situações o uso não possibilitará tal exigência.

Interessante se abordar a maneira *sui generis* trazida pela proposta de lei, a despeito da reserva quanto à restrição que envolve a aplicação a casos análogos, que poderia ser objeto de revisão, tem-se que a busca pela equalização do direito de autor com os demais direitos fundamentais mostra-se bem-vinda, já que traz à colação um rol considerável de possibilidades de incidência e que permitiria a construção paulatina de uma base jurisprudencial hábil a preservar a eficácia normativa e a atualização constante do tratamento ao direito autoral.

O projeto de lei insere licença compulsória para uso de obra, fundamentada na figura do abuso de direito, quando os herdeiros ou qualquer titular do direito de obra de autor falecido exceder os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim econômico ou social do exercício dos direitos patrimoniais, prejudicando ao acesso ou a fruição da obra pela sociedade. Nesses termos, a autoridade judicial que permitir o respectivo uso arbitrará pagamento de remuneração⁴⁴². Trata-se de disposição legal bem-vinda e que se baseia em instituto já reconhecido e com bases doutrinárias e jurisprudenciais desenvolvidas, tendo-se em vista a inserção do instituto do abuso de direito pelo Código Civil de 2002. Interessante se destacar é a outorga atribuída aos mesmos legitimados para propositura de ação civil pública para que solicite a referida licença compulsória, sempre quando houver lesão ou ameaça a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Trata-se de declaração que seria dispensável, vez que o tratamento dispensado aos direitos individuais

⁴⁴² Art. 52-B. Poderá ser autorizada, mediante decisão judicial, a utilização de qualquer tipo de obra, fonograma, interpretação, execução ou emissão quando, ao exercer seus direitos patrimoniais, o sucessor ou qualquer outro titular derivado dos direitos sobre obra de autor já falecido:

I - exceder manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos costumes ou pelo fim econômico ou social do exercício dos direitos patrimoniais; e

II - prejudicar, em virtude do disposto no inciso I do caput, o acesso ou a fruição da obra pela sociedade.

§ 1º A autorização prevista no caput se sujeita ao pagamento de remuneração, arbitrada pela autoridade judicial competente, a ser paga ao titular dos direitos sobre a obra.

§ 2º Podem pleitear a autorização de que trata o caput os mesmos legitimados para a propositura da ação civil pública, sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

homogêneos, difusos e coletivos já guarda a possibilidade de manejo de ação civil pública. Com efeito, mesmo com a legislação atual, mostra-se plenamente possível ser articulada ação civil pública na busca pela proteção de interesses da coletividade, mediante restrição a direito autoral. Porém, dada a inexistência de qualquer apelo ao Poder Judiciário nesse sentido, pelo menos nas consultas ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, a declaração de legitimidade no uso de ação civil pública, acaba, espera-se, contemplando valor simbólico, que venha a redundar em um significado prático.

O recorte do Projeto de Lei 2.370/2019 trazido teve como enfoque o tratamento aos limites autorais. Cumpre se salientar, entretanto, que a proposta legislativa constitui ampla modificação da legislação autoral, porquanto atualiza o uso de novas tecnologias, regulamenta a obra produzida em vínculo estatutário ou de contrato de trabalho, atribui a proteção autoral aos roteiristas de obras audiovisuais, assim como aos diretores, aos autores do argumento literário e aos autores da composição musical ou literomusical⁴⁴³. Para as obras audiovisuais, o exercício do direito moral deixaria de ser exclusivamente do diretor e acabaria por ser atribuído aos demais coautores. Constitui, assim, uma modificação profunda e atenta às exigências sociais que se revelam nesse cenário em que sempre vigorou uma proteção desmedida ao titular do direito autoral, sobretudo em sua conotação patrimonial. Trata-se de um anteparo à crescente volúpia do mercado que, sob o pretexto de proteção ao autor, acaba por incrementar tutela sobre a exploração da obra produzida, em clara oposição ao direito de acesso à cultura, à informação e ao ensino, obliterando a liberdade de expressão. Chama a atenção, por outro lado, a proposta de criação de um escritório central (nos moldes do ECAD) para que seja unificada a cobrança de direitos autorais de obras audiovisuais⁴⁴⁴. Muito embora não seja o escopo do presente trabalho, constatou-se que o ECAD presta-se ao fortalecimento de um direito autoral com nítido enfoque patrimonial, sendo sua ação nem sempre voltada à efetiva proteção do autor. Com

⁴⁴³ Carlos Gerbase (2008), como vimos já havia estabelecida que a ausência de representatividade política e econômica permitiu o favorecimento da indústria musical, bem como a desconsideração de autores que integram a composição das obras audiovisuais.

⁴⁴⁴ Art. 99-C. A arrecadação e distribuição dos direitos não musicais derivados à exibição pública de obras audiovisuais será feita por meio das associações de gestão coletiva criadas para este fim por seus titulares, as quais deverão unificar a arrecadação em um único ente arrecadador, seja delegando a uma das associações já existentes, seja criando uma entidade com personalidade jurídica própria, que observará os §§ 1º a 12 do art. 98, os §§ 1º a 3º e 5º a 9º do art. 99 e os arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-B, 100, 100-A e 100-B (...)

efeito, talvez a extensão do sistema de gestão coletiva, agora aplicável às obras audiovisuais (não musicais), poderia contribuir para preservação do viés patrimonialista, em claro movimento de fortalecimento ao direito de autor.

Parece-me que o projeto de lei conduz a uma busca pelo equilíbrio de interesses, ao se conjugar interesses das coalizões que primam pelo uso justo e aquelas que anseiam pela preservação da proteção dos direitos de autor. A inserção de restrições ao direito de autor que envolvem a defesa do acesso ao conhecimento, à cultura, à ciência, à liberdade de culto proporciona evidente tentativa de tutelar os interesses dos usuários, assim como a possibilidade de reprodução da obra (em substituição à liberdade de reprodução somente de pequenos trechos). De outro lado, a regulamentação da obra realizada sob encomenda a autor com vínculo estatutário ou celetista bem como a realocação de autores, como detentores de direitos, a exemplo dos roteiristas, corrigem falha histórica. O tratamento dispensado aos limites, ainda, foi trazido com dose simbólica que permite a inserção do direito autoral no sistema jurídico, de modo que haja espaço para que os aplicadores do Direito possam estabelecer as devidas correlações com os valores humanos, propósitos constitucionais, direitos fundamentais e princípios civis. Assim, o projeto de lei avaliado, sem embargo de contradições, serve como referencial que materializa, em grande parte, a atualização normativa que espera seja realizada, ao menos, quanto aos limites autorais.

Talvez o instrumento de reforma do direito autoral que melhor reflita as necessidades seja a edição de um Código do Direito Autoral, por permitir uma sistematização mais profunda, a ponto de ordenar princípios que seriam próprios da matéria e estabelecer regras procedimentais e processuais. As boas experiências obtidas a partir da década de 1990, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor e Estatuto da Criança e do Adolescente, permitiria se crer que a adoção desse meio normativo possa estabelecer bases mais sólidas ao microssistema autoral. Afinal, sabe-se que o “código deve conter uma disciplina fundamental, coerente e integrada de um sector da ordem jurídica, com base em princípios gerais” também que o direito de autor possui princípios gerais que lhe dão estrutura, carecendo “apenas de uma formulação adequada, particularmente quando estão em causa orientações que não têm sido convenientemente apreendidas” (Ascensão, 2010, p. 28).

Pode-se encerrar com a reafirmação da lição de Gustavo Tepedino, que assevera que uma reforma legislativa “só se justifica com a adoção de princípios

normativos e de cláusulas gerais que não sejam meras estruturas formais ou neutras mas, vinculados a critérios expressamente definidos, expressem a tábua de valores da sociedade, consagrada na Constituição” (Tepedino, 1999, p. 16).

Consta-se a ineficácia de uma norma antiquada, que expressa o ápice da hipertrofia do direito autoral⁴⁴⁵. A atuação do Poder Judiciário, pródiga em exercer uma função proativa nos últimos tempos, não foi capaz de preservar a higidez normativa, tampouco de tocar em assuntos que reclamam premente atenção. À sociedade, portanto, mostra-se esse desafio de romper com uma longa tradição patrimonialista, dedicada a um senhorio mercadológico, e acolher as diversas bases de interesses que gravitam em torno do direito autoral, com o fim precípua de estabelecer instrumentos legislativos dirigidos a uma funcionalização autoral, sem haver desvirtuamento desse importante direito de personalidade.

A inserção de elementos simbólicos que permitam integração direta entre a Lei de Direitos Autorais, a Constituição Federal e os princípios do Direito Civil, expressa-se como exigência de primeira ordem. Há de se estabelecer marcos axiológicos à legislação autoral, que se imponham como diretrizes hermenêuticas e elementos teleológicos hábeis a revelar o propósito fim do direito de autor, qual seja, o estímulo à produção intelectual, ao desenvolvimento do gênio criativo, aliado à propagação do conhecimento, da cultura, do ensino e da informação.

O alcance do desiderato da legislação autoral perpassa a efetividade e adequação dos limites ao direito de autor. A efetividade e adequação dos limites ao direito de autor, ao seu tempo, seriam proporcionadas pela atualização das hipóteses legais, que considere os avanços doutrinários e legais nos planos doméstico e internacional, associado à cláusula geral. Dada a volatilidade do direito autoral, passível de absorver os inúmeros influxos sociais, econômicos e tecnológicos, a cláusula geral viria para sustentar as novas situações que as hipóteses específicas não pudessem alcançar, substancializando a equalização de interesses em conflito. Nesses termos, pode-se concluir que a condução do direito autoral ao sistema jurídico e o encerramento de seu isolacionismo reivindicam esse movimento de substituição

⁴⁴⁵ Nesse sentido, “A preservação da diversidade cultural é de fundamental importância, e com uma legislação inadequada, poder-se-á correr o risco de se retirar do povo o direito de criar a sua própria cultura, bem como, negar a sociedade a condição básica de acesso a esta cultura. Pode-se mesmo chegar ao ponto de suprimir-se a existência de uma cultura de massa advinda da base popular, dos próprios indivíduos que integram esta massa como criadores de seus próprios bens culturais” (Wachowicz, 2010, p. 100).

da legislação autoral, a remodelação dos limites e a abertura aos valores, informado por uma liberdade guiada por critérios apropriados ao Poder Judiciário.

7 CONCLUSÃO

A realidade atual traz perplexidade quando se avaliam questões sobre o direito autoral. Um quadro paradoxal é apresentado e vê-se uma escalada de proteção do bem intelectual, com a criação de novas categorias e com o recrudescimento dos termos legais de tutela, mas ao mesmo tempo a inserção de tecnologias que permitem o compartilhamento desses bens sem qualquer controle; vê-se a exasperação das penas, mas também a ineficácia da imposição da justiça penal; vê-se uma sociedade que clama pela valorização humana, mas ao mesmo tempo a manutenção do direito autoral pautado em bases patrimonialistas e individualistas.

A denominada crise contemporânea do direito autoral é atribuída, no mais das vezes, à evolução tecnológica que evidenciou um sistema legislativo incapaz de oferecer resposta rápida e atualizada sobre uma série de elementos que passaram a integrar o universo criativo. Inegável que as novas formas de expressão criativa e as diversas maneiras de acesso, distribuição e difusão do conteúdo intelectual mostram-se um desafio de difícil solução. Porém, os percalços de que padece o direito de autor são mais profundos do que o mormente anunciado, pois têm como causa remota uma gama de fissuras no seu arquétipo formador.

A tecnologia, assim, ao invés de agir como um elemento disruptivo do sistema autoral, serve como evidência da fragilidade de uma formação eivada de contradições e enganos. Por isso, os avanços nos instrumentos de acesso aos bens intelectuais não somente conferem um novo desafio ao tratamento à realidade autoral, antes revela problemas na origem e formação do próprio direito.

A História demonstrou que, de fato, a crença em uma capacidade legislativa absoluta, capaz de prever as necessidades sociais de forma casuística, quedou-se como um devaneio solipsista de um ser ensimesmado, que deixou ao largo uma mínima compreensão da grandeza e da complexidade das relações humanas. Essa perspectiva de um legislador onisciente e de capacidade plena perdurou no sistema jurídico por ocasião da formação do Estado de Direito e infelizmente na realidade autoral (ao menos brasileira) ainda se mantém, basta se ponderar acerca da disciplina oferecida pela Lei 9.610/98 sobre os limites autorais, que considera que a mera previsão casuísticas de hipóteses restritivas ao direito autoral seriam capazes de ajustar esse intrincado conteúdo, sem que fosse oferecida maior liberdade de busca

equitativa por soluções ou mesmo uma direção hermenêutica e principiológica para tal desiderato.

Lembra-se, aqui, do mito grego de Sísifo, que, dados sua astúcia e o engano praticado contra deuses, acabou por ser condenado ao enfadoso e diário trabalho de, com as forças de seu corpo, empurrar a pedra até o topo de uma montanha para que, simplesmente, visse rolá-la de volta. O legislador, dotado dessa petulância, assemelha-se ao citado mito de Sísifo. A crença de um legislador, por mais sábio que fosse, hábil a antever as situações casuais que exigissem a restrição ao direito autoral, impôs a ele a condenação que lhe exigiria um trabalho diário de previsão de novas situações casuísticas necessárias “naquele dia”, para que, no raiar de uma nova aurora, a pedra fosse novamente empurrada. A diferença entre Sísifo e o legislador, entretanto, é que aquele cumpriria seu renitente e fastidioso papel.

A compreensão sobre as origens do direito autoral é parte relevante para o entendimento do estado atual da arte quando se avaliam os limites autorais. Justamente por isso, a pesquisa exigiu ser realizada uma análise adequada sobre a formação histórica, os fundamentos filosóficos e os elementos da dogmática do direito de autor. Não seria crível uma abordagem imediata e direta de questões sobre os limites autorais, sem que fosse compreendido o processo de formação e afirmação do direito a que se dariam essas restrições.

Há de se entender que a formação histórica do direito de autor desvela-se como um fenômeno contingente, moldado por uma série de fatores, particularmente, pelos interesses econômicos que, ao longo do tempo, assumiram contornos distintos, mas que sempre se mostraram determinantes para definição do caminho que percorreu o tratamento autoral. O trabalho permitiu concluir que a formação do direito de autor diferenciou-se da constituição padrão de direitos, especialmente, aqueles considerados direitos sociais.

Vejam-se, a exemplo, os direitos dos trabalhadores ou mesmo os direitos de proteção previdenciária, que foram obtidos a partir de um cenário conflituoso, perpetrado por um grupo de sujeitos levados a condições precárias, mas que obtiveram em seu próprio favor o reconhecimento de prerrogativas. O direito de autor, por seu turno, não foi reconhecido a partir de lutas perpetradas por aqueles que nominam o respectivo direito. Não, não foram os autores que reivindicaram o direito para si, talvez tampouco tenham sido os maiores beneficiários da arquitetura autoral formada. A concepção do direito de autor ocorreu pelo engenho retórico daqueles que

exploravam o bem intelectual, e a questão subjacente sempre foi a proteção ao investimento realizado, não propriamente aquele investimento que envolveu a dedicação da atividade intelectual, mas os investimentos comerciais do negócio em si.

Esta conclusão evidencia que inúmeros elementos que se integram ao discurso que serviu como substrato ao direito autoral foram associados por conveniências conjunturais. A filosofia aplicada ao direito autoral, inclusive, serviu a esse propósito. A aplicação da teoria de John Locke, por exemplo, ocorreu para justificar a propriedade obtida a partir do trabalho e, como tal, a possibilidade que esse bem fosse livremente transferido (com as mesmas características da propriedade originária). O mesmo se diga ao utilitarismo aplicado às bases filosóficas autorais, que se prestou a justificar a edição da lei régia inglesa. Mesmo os autores alemães Fichte e Kant, a despeito de proporcionarem um salto às justificativas filosóficas por acrescentarem ao discurso o elemento moral, não tiveram compreensão plena do fenômeno autoral.

A análise crítica dessa trajetória histórica demonstra que os fundamentos filosóficos que sustentam o direito de autor, embora reconhecidos, sempre careceram de contornos mais profundos e sólidos, sendo razoável a crítica oferecida por Drummond acerca do déficit filosófico do direito de autor. O fecho do conteúdo preambular da pesquisa envolveu a cognição sobre a natureza jurídica do direito de autor, a que se inferiu tratar-se de um direito de personalidade, considerado em uma visão que alberga seu viés econômico (a exemplo do direito de imagem). Esse entendimento prioriza a pessoa do autor, em um movimento de personificação do sujeito-criador. Essa perspectiva é fundamental para a compreensão do direito autoral não apenas como um instrumento de proteção econômica, mas como uma extensão da dignidade humana e da expressão individual. A consideração do direito autoral sob essa ótica permite uma abordagem mais holística, que respeita a criação intelectual como uma manifestação da personalidade do autor, e não meramente como um ativo econômico a ser explorado.

No capítulo seguinte foi possível a avaliação dos limites autorais. Desenvolveu-se um duplo enfoque que partiu da classificação dos limites em limites intrínsecos e limites extrínsecos. A análise dos limites intrínsecos permitiu se apurar que as previsões legais circunscritas a hipóteses casuísticas são incapazes de possibilitar adequado tratamento às demandas sociais apresentadas. Inúmeras situações cotidianas que clamam por certa restrição à tutela autoral são desconhecidas pela

legislação (omissão quanto às obras órfãs, direito de reprodução de obras raras, tratamento dispensado aos museus, bibliotecas, a título de exemplo). Não fossem as omissões e incongruências da lei autoral, a forma de incidência e interpretação dos limites também demonstrou total descompasso. Costumeiramente se consideram os limites exceções ao direito de autor, devendo ser aplicados de forma excepcional, em um uso hermenêutico no qual prevalece uma interpretação restritiva e amplamente legalista, esquecendo-se de que os limites são tão-somente os contornos que delimitam o próprio direito. A ausência de uma base legal que apresente um norte hermenêutico para a interpretação das hipóteses legais de limites também acaba por trazer sérias dificuldades no manuseio mais ajustado da norma.

A disciplina dos limites extrínsecos, ao exigir interlocução com outros direitos de personalidade e fundamentais, impõe exigências de utilização de um processo hermenêutico e de compreensão sistêmica ainda mais rigoroso. Todavia, muito embora a interseção entre o direito autoral e esses direitos seja crucial para a construção de um sistema jurídico que respeite a pluralidade de interesses em jogo, a falta de diálogo e de manejo adequados que estabeleçam uma equalização de conflitos acaba por provar um ambiente jurídico fragmentado, agravando ainda mais o isolamento do direito autoral. A conclusão a que se chega é a de que o sistema legal, que disciplina os limites ao direito de autor, expressa-se de maneira totalmente discrepante às necessidades sociais, sendo obtusa a parca tentativa de qualquer conjugação dos valores em perene conflito.

O tratamento legal dos limites ao direito de autor em uma ótica teórica e doutrinária carece de atualização e de mecanismos básicos que venham a responder às necessidades impostas pelas mudanças trazidas pela tecnologia e por uma sociedade altamente conectada e fragmentada. Nítida é a inépcia do sistema autoral, dada sua incapacidade de conjugar a efetiva proteção ao sujeito-criador e de preservar os interesses voltados à difusão da cultura, do ensino e do conhecimento.

Trazendo essa avaliação teórica ao campo jurisprudencial, talvez fosse possível se imaginar que a solução dos casos apresentados pudesse mitigar os sérios problemas da legislação. A busca e a análise das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça permitiram uma visão mais ampla e completa sobre o assunto e consubstanciaram a confirmação dos problemas já constatados.

As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre o direito autoral permitiram a conclusão de que i) a abordagem realizada ocorre de forma limitada, sem que exista um corpo alinhado de decisões capazes de conferirem um entendimento unívoco e esclarecedor sobre o tratamento dos limites autorais; ii) como sói ocorrer, verificou-se a incidência considerável da denominada jurisprudência defensiva, que impede o julgamento do mérito recursal, por obstáculos envoltos em questões de ordem processual; iii) a ausência de decisões prescritivas que pudessem alterar o quadro do direito autoral, o que decorre em parte de certo desinteresse sobre o assunto e da própria sistemática que desconsidera a necessidade de formação de um entendimento único (visto que ocorre a prevalência de uma decisão singular, que é aceita pelos pares), capaz de considerar os entendimentos pretéritos da própria Corte; iv) a ausência de participação efetiva de legitimados capazes de levar ao Supremo Tribunal Federal questões que envolvam interesses não patrimoniais, o que poderia revelar a necessidade de uma abordagem menos patrimonialista e que respeitasse os demais direitos que orbitam em torno do direito autoral.

Restou claro que a atuação do Supremo Tribunal Federal limita-se a preservar a competência legislativa da União, porquanto vez ou outra um Estado acabava por extrapolar seus limites legislativos, ao prever, em leis estaduais, formas de limites ao direito autoral, o que é inconstitucional por se tratar de competência privativa da União, também a julgar situações trazidas pelo ECAD, geralmente vinculadas a discussões sobre a incidência de direitos autorais. O espectro limitado de discussões no Supremo Tribunal Federal, aliado à conduta pouco construtiva de se desconsiderar o entendimento preteritamente firmado sobre determinado assunto, expressa a pouca esperança em aguardar que pelas decisões judiciais seja alterada a rota do direito autoral.

As decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça igualmente pouco puderam acrescentar para superar as dicotomias e fragilidades da legislação autoral. Apesar da existência de um número bem mais expressivo de decisões sobre o direito autoral, se comparado às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, não se verificou um tratamento uníssono que viesse a elevar a discussão autoral a outro patamar. Há fragmentação acerca de inúmeros entendimentos, expressiva participação do ECAD (o que revela a conotação patrimonial que envolve a tutela desse direito) e discordância sobre qualquer viés hermenêutico que imponha uma abertura sistêmica mais próxima. Os pontuais pontos positivos encontrados, tais como

a confirmação do direito de autor como direito de personalidade ou mesmo decisões que ampliaram a gama de produções destinatárias da proteção autoral, não ofuscaram o silêncio sobre os sem-número de omissões legislativas, os inúmeros avanços e retrocessos sobre os limites autorais (referiu-se, aqui, a título ilustrativo, ao tratamento conferido às paródias), a inexistência da consolidação acerca de um tratamento hermenêutico crescente e consolidado sobre as restrições do direito autoral.

A análise da legislação e o levantamento das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça demonstram, em parte, um cenário que justifica a crise autoral e a preservação da denominada hipertrofia do direito de autor. Uma legislação dissociada da realidade social, que pouco considera a necessidade premente de embasar o direito autoral aos ideários sociais e humanos, aliada a uma atuação do Poder Judiciário que, por vezes confirma essa compreensão isolada, legalista e restrita dos limites ao direito de autor, e que, por outras, esbarra na difícil tarefa de estabelecer um marco hermenêutico e um tratamento harmônico que possam apontar para um norte seguro e progressivo de colocação do direito autoral inserido em uma realidade dinâmica e não só guiada por vieses econômicos, impõe a inevitabilidade de reformulação mais profunda do sistema autoral.

Como consequência irrefutável, verificou-se a necessidade de se reformular a legislação autoral. Uma nova lei autoral passaria pelo entendimento acerca dos atores que integram o universo produtivo e mercadológico dos bens intelectuais. Afinal, dos inúmeros bens intelectuais e das variadas formas de exploração, emergem relações jurídicas das mais diversas, que acabam por colocar os sujeitos integrantes das relações jurídicas ora em posições antagônicas e em outros momentos em colocações equivalentes. Esse entendimento sobre a complexidade das relações que integram o jogo de interesses no cenário autoral expressa-se como importante instrumento para a compreensão das forças que gravitam na realidade autoral, o que permite a conclusão sobre a dificuldade em se estabelecer regras restritivas ao direito de autor. Afinal, é nítido que nesse jogo de interesses costumeiramente se tutelam aqueles interesses que apresentam maior representatividade e maior influência nos órgãos deliberativos e no próprio Congresso Nacional.

Nítido que os consumidores e, muitas vezes, os sujeitos-criadores acabam tendo uma sub-representação, pois sua ordem de exigências se opõe a de outros grupos, notadamente, os grupos empresariais, que gozam de maior

representatividade e influência. Uma possível tentativa de equalização, assim, viria da sociedade civil organizada, mas, especialmente, do próprio Ministério da Cultura.

O modelo de legislação autoral haveria de ser estabelecido com um propósito de inserção do direito autoral no sistema jurídico, de modo que fosse afastado o ranço tecnicista e altamente vinculado a um proselitismo individualista e reificado. A colocação do direito autoral em bases humanistas e, até em certa medida, funcionais seria possível com a inserção de elementos principiológicos e axiológicos à legislação, feita em consonância com a tábula de valores constitucionais e civis. A demarcação desses padrões valorativos, a despeito de aparentar ser dispensável, traria consigo uma exigência de conformação na solução dos casos concretos. A tentativa mostrar-se-ia válida, já que a técnica legislativa existente atualmente, que consubstancia um mero tecnicismo, destituído de bases valorativas, pouco contribui para possibilitar a superação do isolacionismo do direito autoral.

O tratamento aplicado aos limites envolveria, em um primeiro momento, a indicação de critérios hermenêuticos para a aplicação e interpretação das situações de restrição aos direitos autorais. Haveria de ficar expressa a necessidade em se conjugar os valores relacionados à livre concorrência, intimidade, privacidade, acesso ao conhecimento, à cultura e ao ensino, com a proteção autoral, o que seria viabilizado mediante a administração dos respectivos limites. A conjugação entre hipóteses casuisticamente previstas com uma cláusula geral seria um modelo mais adequado, pois agregaria, à segurança jurídica trazida com as hipóteses legais, uma abertura sistêmica que possibilitaria a disciplina de situações que extrapolassem a previsão casuística. Para tanto, uma rigorosa atualização das situações hipoteticamente previstas deveria ser realizada, com a inserção de previsões já notoriamente reconhecidas pela doutrina e legislações alienígenas (obras raras, obras disponíveis em bibliotecas, museus ou arquivos, obras órfãs, reprodução da obra, por exemplo). Por outro lado, a cláusula geral poderia ser estabelecida em termos semelhantes ao Teste dos Três Passos, por se tratar de uma previsão mais próxima ao sistema autoral brasileiro. A proposta legislativa avaliada, o Projeto de Lei n. 2.370/2019, de Jandira Feghali, representa bem as conclusões obtidas, porquanto conjuga hipóteses casuísticas atualizadas à realidade atual com cláusula geral, próxima ao Teste dos Três Passos.

Face a todo o exposto, pode-se concluir que o direito de autor, forjado em uma realidade de um capitalismo insipiente, sempre teve como diretriz a proteção ao

investimento, do retorno àquele que empenhou capital na transformação da obra intelectual em produto de mercado. A elevação do autor como sujeito de alta relevância social decorre de uma resignificação trazida não só pelo racionalismo, mas pela importância econômica assumida, como agente capaz de fomentar a indústria de bens intelectuais, constituindo um dos elos dos mecanismos de produção. A legislação autoral seguiu esse caminho de abrigo ao bem intelectual já mercantilizado, o que significou a preservação de interesses àqueles que detinham a titularidade do mesmo bem. Nunca se tratou de proteção ao autor, efetivamente, mas da representação econômica sobre a titularidade das produções intelectuais. Como resultado, viram-se um crescimento exponencial do nível de tutela sobre o bem intelectual e um tratamento excepcional aos limites autorais, relegados a situações pontuais e pouco relevantes.

A inserção de novos atores na realidade autoral (tais como as empresas de tecnologia que lucram com a disponibilidade de obras musicais e audiovisuais aos usuários, por exemplo) tem trazido mudanças na conjugação de interesses e forças. Do mesmo modo, a maior atenção dada a valores que se opõem à imensa proteção autoral tem ganhado espaço, como se nota por movimentos que invocam uma nova disciplina ao direito autoral, como do *creative commons*. Nessa conjuntura, os limites ao direito autoral são inseridos para que seja possível se homogeneizar desejos e posições conflitantes e para que o direito autoral perpetue-se de forma factual e adequada às novas exigências.

Alinhado a esse contexto de uma realidade fluida e fragmentada, espera-se que o trabalho tenha retratado o estado da arte do direito autoral, cuja análise transpõe a avaliação legislativa e doutrinária ao abordar o posicionamento quantitativo e qualitativo do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a ponto de possibilitar a conclusão sobre a indispensabilidade de uma nova legislação autoral. Anseia-se, ainda, serem as considerações válidas e assertivas as notas sobre o modelo legislativo proposto, a fim de ser possível uma alusão aos limites autorais que permita a personificação do sujeito-criador, a guarda dos destinatários da obra intelectual, a preservação e fomento da indústria criativa, sem descuidar dos preceitos que prezam pelo conhecimento, ensino, informação, liberdade de expressão, intimidade, privacidade e livre concorrência.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO REPROGRÁFICO (ABDR), **Cartilha – Manual ABDR**, 2004.

ABRÃO, Eliane Y. **Direito de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras Privadas, Benefícios Coletivos: A Dimensão Pública do Direito Autoral na Sociedade da Informação**. 2006, 387 f. Doutorado em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2006.

ALBRECHT, Nayara Fátima Macedo de Medeiros. **Cultura, Poder e Democracia: O Lobby das Indústrias Criativas sobre Políticas de Direitos Autorais no Brasil**. Tese de doutorado. Universidade de Brasília, 2019.

ALEXY, Robert. **Derechos sociales y ponderación**. 2. ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

AMBRUS, Gauthier. Condorcet, les plagiaires et la circulation des idées, **Les Temps**, 2013.

ANAYA-QUINTERO, Laura; CRUZ-FINO, Jessica. Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del derecho de autor. **Rev. Prop. Inmaterial**, v. 26, p. 171, 2018.

ANJOS, Marco Antonio dos. O humor: estudo à luz do direito de autor e da personalidade' 31/03/2009 128 f. **Doutorado em Direito**. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

ARENDT, Hannah. **Da Revolução**. Trad. Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A Pretensa Propriedade Intelectual, **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, vol. 20, p. 243-261, jul/dez. 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ASCENSÃO, José Oliveira. O direito de autor no Ciberespaço. *In: Estudos sobre direito da internet e da sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 139-171.

ASCENSÃO, José Oliveira. **O Fair Use no Direito Autoral. Direito da Sociedade e da Informação**. Coimbra: Coimbra Editores, 2003.

ASCENSÃO, José Oliveira. O Direito intelectual em metamorfose. **Revista de Direito Autoral**, ano II, n. IV, p. 12, fev. 2006.

ASCENSÃO, José Oliveira. Os limites dos limites. a teoria dos três passos. a tensão entre os limites do direito e as medidas tecnológicas e outras relativas à informação e a gestão dos direitos. **Collección de propiedad intelectual: los límites del derecho de autor**. Coord. Carlos Rogel Vide. Madrid: Reus Editorial, 2006, p. 83-108.

ASCENSÃO, José Oliveira. Direito de autor sem autor e sem obra. **Studia Juridica 91 - Ad Honorem 3**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2008. p. 87-108.

ASCENSÃO, José Oliveira. A questão do domínio público. *In*: WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. **Estudos de Direito de Autor e Interesse Público**: Anais II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Fundação Boiteux. Florianópolis. 2008-a.

ASCENSÃO, José Oliveira. O direito autoral numa perspectiva de reforma. *In*: **Estudos de direito de autor e a revisão da lei de direitos autorais**. Marcos Wachowicz, Manuela Joaquim Pereira dos Santos (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

ASCENSÃO, José Oliveira. Direito de autor e liberdade de criação. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 33.2, jul./dez, 2013.

ATTAS, Daniel. Lockean Justifications of Intellectual Property. *In*: **Intellectual Property And Theories of Justice**. New York: Palgrave Macmillan, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BACAL, Eduardo A. Braga. Acesso à justiça e tutela dos interesses difusos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, [S. l.], v. 5, n. 5, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/23089>. Acesso em: 16 ago. 2024.

BARBOSA, Denis Borges. **Direito de autor: questões fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2 ed. 2010. Disponível em: https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/introducao_pi.pdf. Acesso em: 6 abr. 2024.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes Barbosa; GRAU-KUNTZ, Karin. **Direitos autorais e o STF**. 2022. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/377725/direitos-autorais-e-o-stf>. Acesso em: 22 abr. 2024.

BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Rio de Janeiro: Laemmert & C, 1892. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224199>. Acesso em: 10 abril de 2024.

BARROSO, Luís Roberto. Os Três Papéis Desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais Contemporâneas. **R. Emerj**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 39-62, Janeiro/Abril 2018.

BARTHES, Roland. **O rumor da língua**. Trad. Mário Laranjeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

BASSO, Maristela. As exceções e limitações aos direitos do autor e a observância da regra do teste dos três passos (*three-step-test*). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 102 p. 493 - 503 jan./dez. 2007.

BASSO, Mateus Barreto. **Direito de Autor e Publicidade**. Lisboa: Almedina, 2021.

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e Intérpretes: Sobre a Modernidade, Pós-Modernidade e Intelectuais**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BECKERMAN-RODAU, A. The Problem with Intellectual Property Rights: Subject Matter Expansion. **Yale Journal of Law & Technology**, [s. l.], v. 13, p. 36–89, 2010. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=ip,uid&db=lgs&AN=502633446&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 9 out. 2023.

BEFFA, Maria Lucia. **Proteção dos direitos autorais das bibliotecas**. 2016. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

BELLEI, Sérgio Luiz Prado. A morte do autor: revisitação da cena do crime. **Rev. Cria. Cri**, São Paulo, n. 12, p. 161-171, jun. 2014. Disponível em <https://revistas.usp.br/criacaoecritica>. Acesso em: 4 ago. 2024.

BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and legislation**. Oxford: Clarendon Press, 1907. Disponível em: https://www.econlib.org/library/Bentham/bnthPML.html?chapter_num=2#book-reader. Acesso em: 5 dez. 2023.

BEZERRA DE MENEZES, J.; AUGUSTO DE OLIVEIRA JUNIOR, V. de P. Limites Ao Direito Autoral Post Mortem. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, [s. l.], v. 11, n. 11, p. 404–428, 2012. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=ip,uid&db=lgs&AN=90541719&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 9 out. 2023.

BIAGIOLI, Mario. Genius against Copyright: Revisiting Fichte's Proof of the Illegality of Reprinting. **Notre Dame L. Rev.**, v. 86, p. 1847, 2011.

BÍBLIA SAGRADA. Trad. José Ferreira de Almeida. 2 ed. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos Atuais do Direito de Autor**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRACHA, Oren. Nont de minimis: (Improper) Appropriation in copyright. **American University Law Review**; Oct218, Vol. 68 Issue 1, p. 139-203, 65p.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; BARROS, Janete Ricken de. **Dignidade da pessoa humana e o princípio da isonomia: implicações recíprocas**. Brasília: IDP, 2014.

BRANCO, Sergio. A lei autoral brasileira como elemento de restrição à eficácia do direito humano à educação. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 6, ano 4, 2007, p. 120-141.

BRANCO, Sergio. **O domínio público no direito autoral brasileiro – uma obra em domínio público**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

BRANCO, Sérgio. A natureza jurídica dos direitos autorais. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/download/91/61/>. Acesso em: jan. 2024.

BRASIL, **Direitos Autorais: Lei n. 9.610/1998 e normas correlatas**. 4 ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/514022/001046267_Direitos_autorais_4ed.pdf. Acesso em: 15 fev. 2024.

BRASIL, Lei de 11 de agosto de 1827. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LIM/LIM.-11-08-1827.html. Acesso em: 24 abr. 2024.

BRASIL. Senado Federal. CPI do ECAD: Relatório Final. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/609935/RF_CPI_ECAD_2011.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 24 abr. 2024.

BRITO, Walter; BRANCO, Sergio. **O que Creative Commons? Novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

BRONOWSKI, Jacob. **A escalada do homem**. Trad. Núbio Negrão. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

BROWKER, Richard Rogers. **Copyright: Its History And Its Law**. New York: Houghton Mifflin Company, 1912, p. 24.

BOAVENTURA, Sousa Santo. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 7ª Ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999, p.141-157.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Direito Natural e Locke**. Brasília: Universidade de Brasília, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do Direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **O tempo de memória: da senectute e outros escritos autobiográficos**. Trad. Daniela Versioni. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

BOCHENEK, Antonio César; DALAZOANA, Vinicius. A técnica legislativa das cláusulas gerais e o novo papel dos juízes. **RIDB**, Ano 2 (2013), n. 12.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONETTO, María Susana; PIÑERO, María Teresa. **Las transformaciones del Estado – de la modernidade a la globalización**. 2. ed. Córdoba: Advocatus, 2003.

BOWREY, Kathy. Who's writing copyright's history? **European Intellectual Property Review**, 18:6, p. 322-329.

BURGOA, Ignacio. **Las Garantías Individuales**. México: Editorial Porrúa, 2008.

BURKE, Peter. Problemas causados por Gutenberg: a explosão da informação nos primórdios da Europa moderna. *In: Estudos Avançados*, n. 44, 2002,0020173-185. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/9854>. Acesso em: 15 nov. 2023.

CALOMENO, Cassiana Gomes. O direito de autor e a liberdade de expressão na sociedade em rede' 29/03/2021 94 f. **Mestrado em Direito**. Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial no STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAMPOS, Pedro de Abreu M. **Direitos Autorais de acordo com o STJ**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2022.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.

CANDIDO, Antonio. **Vários Escritos**. 4ª ed. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 2004.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANTALI, Fernanda Borghetti. Inteligência artificial e direito de autor: tecnologia disruptiva exigindo reconfiguração de categorias jurídicas, **Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 1-21, Jul/Dez. 2018

CAPELO DE SOUZA, Rabhindranath V.A. **O Direito Geral da Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARBONELL, Miguel. **Los derechos fundamentales en México.** Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2004.

CARBONI, Guilherme. Direito de Autor, Acesso ao Conhecimento e à Informação e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) no Âmbito de Bibliotecas e Arquivos Públicos, **Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade**, Curitiba, v. 1 n. 2, p. 101-136, 2021

CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor.** Curitiba: Juruá, 2009

CARRE, Stéphanie. **L'interet du public em droit d'auteur.** Tese Université Montpellier I, 2004. Disponível em: https://www.ceipi.edu/websites/ceipi/Documents/CV_Publis/These_Carre_Tome_2.pdf. Acesso em março de 2024.

CARROLL, Michael W. Fixing fair use. **NCL Rev.**, v. 85, p. 1087, 2006.

CARRIER, Michael A. Limiting Copyright Through Property. **Forthcoming in Concepts of Property in Intellectual Property (Cambridge 2013)**, 2012.

CASTELNUOVO, Enrico. O artista. In: LE GOFF, Jacques. **O homem medieval.** Lisboa: Editorial Presença, 1989.

CEREJEIRA, D. Manuel Gonçalves. **A idade média na história da civilização.** 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1953.

CHACAROSQUE DE CASTRO, João Francisco. **Direito Autoral: Exceções e Limites.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

CHARTIER, Roger. **A ordem dos livros: leitores, autores e bibliotecas na Europa entre os Séculos XIV e XVIII.** Trad. Mary Del Priore. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

CHAVES, Antônio. Desenvolvimento do Direito de Autor no Brasil após a Lei n. 5.988/73. **Revista Inf. Legisl. Brasília**, v. 16, n. 61, jan./mar. 1979. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181101/000364347.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 15 nov. 2023.

CHAVES, Antônio. **Direito de Autor: Princípios Fundamentais.** Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CONTRERAS-JARAMILLO, Juan. El Agotamiento de los derechos de autor como un remedio (Copyright Exhaustion as a Remedy). **La Propiedad Inmaterial**, n. 34, 2022.

COOK, Trevor. Exceptions and limitations in European Union copyright law. **Journal of Intellectual Property Rights**, 2012.

CRAIG, Carys J., Globalizing User Rights-Talk: On Copyright Limits and Rhetorical Risks (December 2, 2017). **AM. U. INT'L L. REV.** Vol 33, No. 1, 2017, Osgoode Legal Studies Research Paper.

CRIVELLI, Ivana Galdino. **Direito de autor: exceções, com ênfase em normas técnicas**. Mestrado em Direito Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

CRIVELLI, Ivana Galdino. **A obra sob encomenda no direito autoral**. Doutorado em Direito Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

CRONIN, Patricia; RYAN, Frances; COUGHLAN, Michael. Undertaking a literature review: a step-by-step approach. **British journal of nursing**, v. 17, n. 1, p. 38-43, 2008.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Volume IV. 4 ed. São Paulo: RT, 2020.

CONDORCET, Jan Antoine Nicolar de Carital, Marquis de. Fragments sur la liberté de la presse. In: **Oeuvres de Condorcet**. Tome Onzieme. Paris: Firmin Didor Frères, 1847, p. 310. Disponível em: <https://ia902303.us.archive.org/18/items/oeuvresdecondor03araggoog/oeuvresdecondor03araggoog.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2023.

CORREA, Carlos M. La importancia económica del derecho de autor y derecho conexos en América Latina. **Boletín de derecho de autor**, Vol. XXXIV, n. 2, 2000. Paris, UNESCO.

COSTA DE MELLO, Patrícia Maria. **Os conflitos de interesses no Direito Autoral: uma análise sob a perspectiva política, jurídica e sociológica – Da construção legislativa da Lei 9.610/98 e seus reflexos na atualidade**. 2013. Disponível em http://www.gpopai.usp.br/wiki/images/2/22/PL_n%C2%BA_5.430-B_de_1990_-_1%C2%AA_parte.pdf. Acesso em 17 mai. 2013.

COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

COSTA, Ricardo. O conhecimento histórico e a compreensão do passado: o historiador e a arqueologia das palavras. In: **Outros Tempos**. Vol. 01, p. 53-65.

CREWS, Kenneth. **Estudio sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor en beneficio de bibliotecas y archivos. organización mundial de la propiedad intelectual**, Ginebra, Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos, 2008.

CUNHA, Vanda A. da; DAMASCENO, Elane C.; SANTOS, Levi Alã N. dos; REIS, Jandira Santos dos. **Biblioteca pública, desafios, perspectivas e (des)caminhos**

na inclusão digital. 2005. Disponível em: http://www.cinform-antiores.ufba.br/vi_anais/docs/VandaElaneLeviJandira.pdf. Acesso em: 30 mar. 2024.

CZYCHOWSKI, Christian. Ein Muster im Ringen um die Unabhängigkeit der Urheber - Anhalt-Dessau-Wörlitz und seine Selbstverlagsunternehmungen (1781-1785). In: **Forum Historiae**, 19. August 1998. Disponível em: <https://forhistiur.net1998-08-czychowski>. Acesso em: 4 nov. 2023.

D'AGOSTINO, Giuseppina P. Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canadian Fair Dealing to UK Fair Dealing and US Fair Use. **McGill Law Review**, Vol. 53, No. 2, 2008. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=1014404> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1014404>. Acesso em: 2 jul. 2024

DAVID, Paul A. Intellectual Property Institutions and the panda's thumb: Patents, copyrights, and trade secrets in economic theory and history. In: **Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology**, Washington, National Academy Press, 1993, p. 53. Disponível em: <https://nap.nationalacademies.org/read/2054/chapter/4>. Acesso em: 20 nov. 2023.

DE ALMEIDA, A. R. Aspectos Da Propriedade Intelectual Relacionados Com O Comércio. **Lusíada**. Direito, [s. l.], v. 10, n. 2, p. 70–93, 2012.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos de personalidade**. 2ª ed. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.

DEAZLEY, Ronan; KRETSCHMER, Martin; BENTLY, Lionel. **Commentary on the Statute of Anne 1710**. 2008. Disponível em: https://copyrighthistory.org/cam/commentary/uk_1710/uk_1710_com_272007105424.html#_edn1. Acesso em: 20 nov. 2023.

DEAZLEY, Ronan. **Rethinking copyright: history, theory, language**. Northampton: Edward Elgar Publishing Limited, 2006.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Los principios generales del Derecho**. Trad. Juan Ossorio Morales. Barcelona: Libreria Bosch, 1953.

DIAS PEREIRA, Alexandre. **Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DÍAZ, Emma Rodrigues. A propósito de la actio iniuriarum. In: **Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo**. Madri: Editorial Boe, 2021. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-R-2021-A0056100570. Acesso em: 4 nov. 2023

DIDEROT, Denis. **Lettre sur le commerce de la librairie: la propriété littéraire au XVIIIe siècle**. Paris: L. Hachette, 1861, p. 12. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6443411c/f40.item.textelimage>. Acesso em: 24 nov. 2023.

DONGMO, Joël. **Droit d'Auteur et accès à la connaissance**. Université de Nantes, 2020. Disponível em: <https://archive.bu.univ-nantes.fr/pollux/show.action?id=ee10a1f9-90cd-44c1-a3c4-7ed320de8bdc>. Acesso em: 15 mar. 2024.

DRASSINOWER, Abraham. **Exceptions Properly So-Called**, 2009. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1538314>. Acesso em: 20 mar. 2024.

DRASSINOWER, Abraham. Labour and Intersubjectivity: Notes on the Natural Law of Copyright. **Available at SSRN 275470**, 2001.

DRUMMOND, Victor Gameiro. Direitos Humanos e Direitos de Autor: Elementos para uma melhor inter-relação temática. **Revista da ABPI**, n. 113, 2011.

DRUMMOND, Victor Gameiro. **Do círculo hermenêutico ao círculo criativo: (as novas) perspectivas filosóficas do direito de autor**. 2014. Tese de Doutorado. Tese de Doutorado em Direito–PPGD Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2014a, 724p.

DRUMMOND, Victor Gameiro. O ator e o “não-direito” do criador inominado. *In*: **Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura**, v. 6, n. 2, julho*dezembro 2020, p. 675.

DRUMMOND, Victor Gameiro. O conceito de círculo criativo: porque a viragem linguística interessa filosoficamente ao direito de autor. **Revista Eletrônica de Direito da UFSM**, v. 11, n. 3/2016, p. 1117-1139. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/24281/pdf>. Acesso em: jan. 2024.

DURANTAYE, Katharina. Ruhm und Ehre. Der Schutz literarischer Urheberschaft im Rom der klassischen Antike. *In*: **Forum Historiae Iuris**, 2006. Disponível em <https://forhistiur.net2006-04-de-la-durantaye>. Acesso em: 4 nov. 2023.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELIAS, Norbert. **O processo civilizador: Formação do Estado e civilização**. Volume II. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1993.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. *European Copyright Code*. Disponível em <https://www.ivir.nl/nl/projecten/european-copyright-code/>. Acesso em: 4 nov. 2023.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução do Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Epistemología Jurídica y Garantismo**. Colonia del Carmen: Distribuciones Fontamara, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Trad. Alexander Araújo de Souza, et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, e-book.

FERREIRA GOMES, Eduardo José dos S. Paradoxo do direito de autor na legislação brasileira. *In: Estudos de Direito de Autor e Interesse Público*. Anais do VIII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Coord Marcos Wachowicz, Marcia Carla Pereira Ribeiro, Sérgio Said Staut Jr, José Augusto Fontoura Costa. Curitiba: GEDAI, 2014.

FERREIRA, Gustavo Assed; FERREIRA, Carolina Assed. Limites dos direitos autorais no Brasil e o dilema da inclusão social das pessoas com deficiência: o Tratado de Marraquexe e a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. **Emancipação**, v. 22, n. 1, p. 1-23, 2022.

FERREIRA RODRIGUES, Roberta de Carvalho. As *lives* no período da pandemia do COVID19 e a cobrança pelo ECAD. *In: Anais do XIV Congresso de Direito de Autor e Interesse Público*. Org.: Marcos Wachowicz, José Augusto Fontoura Costa, Sérgio Said Staut Jr e Marcia Carla Pereira Ribeiro. Curitiba: GEDAI, 2021.

FICHTE, Johann Gottlieb. **Proof of the illegality of reprinting: a rationale and a parable**. Trad. Martha Woodmansee. 1793. Disponível em https://case.edu/affil/sce/authorship/Fichte,_Proof.doc. Acesso em: 5 set. 2024.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira. **Direito de autor: proteção e disposição extrapatrimonial e aspectos relevantes da transformação digital**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FISHER, William, **Theories of intellectual property**. 1998 Disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2023.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 13 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2022.

FOUCAULT, Michel. Qu'est-ce qu'un auteur? **Dits et écrits**, t. I, 1954-1988, Paris, Gallimard, 1994, p. 789-820. Disponível em: <http://1libertaire.free.fr/MFoucault349.html>. Acesso em: 25 nov. 2023.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral: da antiguidade à internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 50.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito de Autor e Copyright: Fundamentos Históricos e Sociológicos**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

FRANCISCO, Pedro Augusto Pereira; VALENTE, Mariana Giogertti. **Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil**. Rio de Janeiro: Beco do Azougue Editorial, 2016.

FRANCO JUNIOR, Hilário. **A Idade Média, nascimento do Ocidente**. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 2001.

FROMMER, Jeanne C. The Intellectual Property Clause's External Limitations. **Duke Journal**; Apr2012, Vol. 61 Issue 7, p. 1329-1414, 86p.

GALVÃO, Taís Freire; PEREIRA, Mauricio Gomes. Revisões sistemáticas da literatura: passos para sua elaboração. **Epidemiol. Serv. Saúde**, Brasília, v. 23, n. 1, p. 183-184, mar. 2014. Disponível em http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-49742014000100018&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 30 out. 2022.

GALVÃO, M. C. B.; RICARTE, I. L. M. Revisão Sistemática da Literatura: conceituação, produção e publicação. **Logeion: Filosofia da Informação**, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 57-73, 2019. DOI: 10.21728/logeion.2019v6n1.p57-73. Disponível em: <http://revista.ibict.br/fiinf/article/view/4835>. Acesso em: 20 out. 2022.

GARCIA, Paula Vega. Las nuevas excepciones al derecho de autor en la Unión Europea: en favor del empleo de la tecnología en la investigación y la edycación. **Rev. Derecho Privado** n. 43. Bogotá July/Dec. 2022.

GARFIELD, Alan E., The Case for First Amendment Limits on Copyright Law (2007). **Hofstra Law Review**, Vol. 35, 2007.

GEIGER, Christophe; GRIFITHS, Jonathan; HILTY, Reto; Towards a Balanced Interpretation of the "Three-Step Test" in Copyright Law. **European Intellectual Property Review**, January 2008. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/43234006_Towards_a_Balanced_Interpretation_of_the_Three-Step_Test_in_Copyright_Law/link/56add4b808ae28588c61935d/download?_tp=eyJjb250ZXh0Ijp7ImZpcnN0UGFnZSI6InB1YmxpY2F0aW9uIiwicGFnZSI6InB1YmxpY2F0aW9uIn19. Acesso em: 12 jul. 2024.

GEIGER, Geiger. O Direito de Autor como um Direito ao Acesso Garantido a Participação Cultural por Meio da Proteção dos Interesses dos Criadores, **PIDCC**, Aracaju, Ano IV, Volume 09 nº 02, p.001 a 030 Jul/2015.

GENDREAU, Ysolde. Les exceptions au droit d'auteur: vers une clarification des enjeux? **Université de Montréal**, mar. 2016, v. 28, p. 455-501. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/340315295>. Acesso em: 2 jul. 2024.

GERBASE, Carlos. Ensaio: a fabricação da verdade no debate sobre direitos autorais no Brasil. In PRETTO, NL., and SILVEIRA, SA., orgs. *In: Além das redes de colaboração: internet, diversidade cultural e tecnologias do poder*. [online]. Salvador: EDUFBA, 2008. pp. 133-153. ISBN 978-85-2320-889-9.

GERVAIS, Daniel J. Towards a New Core International Norm: The Reverse Three-Step. *Marquette Intellectual Property*. **Marquette Intellectual Property Law Review**, Vol. 9:1, 2005.

GIBRA, Sandro Mansur; VIANNA, Bruno Pereira. A reforma da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil. **Revista Percorso**, Curitiba, v. 4, n. 45, out/dez. 2022.

GOLDSTEIN, Paul; HUGENHOLTZ, P. Bernt. **International Copyright: Principles, Law, and Practice**. 4 ed. Oxford: Oxford University, 2019.

GOMES PEQUENO, J.; LACS SICHEL, D. A Convivência Harmônica Entre O Direito Autoral E O Direito De Acesso À Cultura E Ao Conhecimento. **Revista Foco** (Interdisciplinary Studies Journal), [s. l.], v. 16, n. 7, p. 1–24, 2023.

GONÇALVES RIBEIRO, D. M. Tratado de Marraqueche de acessibilidade a obras literárias às pessoas com deficiências visuais: a responsabilidade do mercado editorial na efetividade dos direitos da personalidade. (Portuguese). **Revista Thesis Juris**, [s. l.], v. 11, n. 2, p. 416–438, 2022. DOI 10.5585/rtj.v11i2.18183.

GRAU-KUNTZ, Karin. Direito de Autor – Um ensaio histórico. *In*: **Revista da EMARF**, n. 13, 2010. Disponível em: https://ip-iurisdictio.org/direito-de-autor-um-ensaio-historico/#_ftn3. Acesso em: 3 nov. 2023.

GRIFFITHS, Jonathan. **The 'Three-Step Test' in European Copyright Law - Problems and Solutions**. 2009. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/256003305_The_'Three-Step_Test'_in_European_Copyright_Law_-_Problems_and_Solutions. Acesso em: 8 jul. 2024.

GUIBAULT, Lucie. Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital. **Boletín de derecho de autor**, octubre-diciembre 2003, Paris, UNESCO.

HERMAN, Bill D. **The battle over digital rights management: A multi-method study of the politics of copyright management technologies**. Tese de Doutorado. University of Pennsylvania, 2009. Disponível em www.billyherman.com. Acesso em: 4 abr. 2024.

HESSE, Carla. **Publishing and Cultural Politics in Revolutionary Paris, 1789-1810**. Berkeley: University of California Press, 1991, p. 19-20. Disponível em: <http://ark.cdlib.org/ark:/13030/ft0z09n7hf/>. Acesso em: 27 nov. 2023.

HICKEY, Kevin J. Copyright Paternalism. **Vanderbilt Journal of Entertainment & Techonology Law**; Spring2017, Vol. 19 Issue 3, p. 415-471, 51p.

HILL, Christopher. **A revolução inglesa de 1640**. Trad. Wanda Ramos. Lisboa: Presença, 1983, p. 11.

HILTY, Reto M; NÉRISSON, Sylvie. Overview of national reports about “Balancing Copyright”, **Springer Verlag**, 2012, p. 1-78.

HOHLFELDT, Antonio. Imprensa das colônias de expressão portuguesa: primeira aproximação. **Comunicação & Sociedade**, Ano 30, n. 51, p. 135-154, jan./jun. 2009.

HOROWITZ, Steven. *Free Speech Theory of Copyright*. **Stanford Technology Law Review** 2, 2009.

HUGHES, Justin. **Lock's 1694 Memorandum (and more incomplete copyright historiographies)**. New York: 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=936353>. Acesso em: 01 dez. 2023.

HUMAN RIGHTS COUNCIL. Copyright Policy and the Right to Science and International Federation of Library Associations and Institutions. **Limitations and Exceptions to Copyright and Neighbouring Rights in the Digital Environment: An International Library Perspective**. *Copyright bulletin*, Mar. - June 2003, 24 p. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139675>. Acesso em: 01 abr. 2004.

IZEPÃO, Rosalina & Brito; ELOHÁ & BORGES, Leonel. (2019). Friedrich List (1789-1846) e o Sistema Nacional de Economia Política. **Revista Desenvolvimento Socioeconômico em Debate**. V. 5, n. 1 (2019), p. 25-48.

IZQUIERDO, Iván. **Memória**. 2 ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

KANT, Immanuel, **Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks**, 1785. Disponível em <https://www.projekt-gutenberg.org/kant/klschri/chap001.html>. Acesso em: 09 dez. 2023

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

KERREMANS, Robin; PESSERL, Alexandre. Limitations and exceptions for digital use of cultural organizations in Belgium na Brazil: orphan works as a use-case of reform. *In: Estudos de Direito de Autor e Interesse Público*, Anais do V Congresso de Direito de Autor e Interesse Público (2012: Florianópolis, SC) Coordenadores: Marcos Wachowicz, José Isaac Pilati e José Augusto Fontoura Costa. UFSC: Editora Boiteux, 2012.

KHONG, Dennis WK. The historical law and economics of the first Copyright Act. **Erasmus L. & Econ. Rev.**, v. 2, p. 35, 2006

KHONG, D. W. K. Copyright Doctrines, Abstraction and Court Error. **Review of Law & Economics**, [s. l.], v. 3, n. 3, p. 715–743, 2007. DOI 10.2202/1555-5879.1157. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=ip,uid&db=lgs&AN=28097611&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 9 out. 2023.

KRAETZIG, Viktoria. **Das Urheberrecht als Zensurrecht**. Disponível em <https://verfassungsblog.de/das-urheberrecht-als-zensurrecht/>. Acesso em 02 abr. 2024.

LARA, Fernanda Corrêa Pavesi; SIQUEIRA, Dirceu Pereira; DE ABREU SIQUEIRA, Andreia. A revisão sistemática da literatura como técnica de revisão de literatura na

área do direito. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 10, n. 3, p. 82-110, 2022.

LAVRADIO, Marquez. **Algumas observações sobre Inquisição, sobre as Cruzadas e outros objectos analogos**. Lisboa: Mathias José Marques da Silva, 1856, p. 70.

LE GOFF, Jacques. **A civilização do Ocidente Medieval**. Trad. José Rivair Macedo. Bauro: EDUSC, 2005.

LE GOFF, Jacques. **La baja edad media**. 14^a. ed. Buenos Aires: Producciones Gráficas SRL, 2002.

LE GOFF, Jacques. **O homem medieval**. Lisboa: Editorial Presença, 1989.

LEFEBVRE, Georges. **1789: O Surgimento da Revolução Francesa**. Trad. Cláudia Schilling. São Paulo: Paz e Terra, 1989, p. 32.

LEFEBVRE, Georges. **1789: O Surgimento da Revolução Francesa**. Trad. Cláudia Schilling. São Paulo: Paz e Terra, 1989, p. 32.

LEITE, Eduardo Lycurgo. **Direito de autor**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

LEWICKI, Bruno Costa. **Limitações aos direitos do autor–releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo**. 2007. Tese de Doutorado. Tese de doutorado defendida na Universidade Estadual do Rio de Janeiro.

LIOR, “We-intention” and the limits of copyright. **Cardozo Arts & Entertainment Law Journal**; 2006, Vol. 24 Issue 1, p99-120, 22p.

LIU, Joseph P., Fair Use, Notice Failure, and the Limits of Copyright as Property (2016). **Boston University Law Review**, Vol. 96, No. 3, 2016, Boston College Law School Legal Studies Research Paper No. 445ç.

LIMA, Humberto Alves de Vasconcelos. Justificativas econômicas utilitaristas para a propriedade intelectual. *In: IV Seminário Internacional de Análise Econômica do Direito: estudos jurídicos*, 2013, Belo Horizonte, UFMG.

LIPSZYC, Delia. **Copyright and neighbouring rights**. Paris: Unesco, 1999.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

LOPES E BARBUDA, Ciro. **Princípios do Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

LÓPEZ, Víctor Vázquez. Perspectivas de futuro en torno a los límites del derecho de autor. Las tendencias internacionales y la posición de la OMPI. **Collección de propiedad intelectual: los límites del derecho de autor**. Coord. Carlos Rogel Vide. Madrid: Reus Editorial, 2006, p. 295-308.

LUCRÉCIO CARO, Tito. **A natureza das coisas**. Trad. Antonio José de Lima Leitão. Lisboa: Typ. De Jorge Ferreira de Mattos, 1951.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria Dos Sistemas**. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2010.

LUHMANN, Niklas. **O Direito Da Sociedade**. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUNNEY JR, Glynn S. A natural right to copy. **Boston University Law Review**; Dec2019, Vol. 99 Issue 6, p. 2491-2519, 28p.

MACHADO DA SILVA, Juremir. **A sociedade medíocre. Passagem ao hiperespetacular (o fim do direito autoral, do livro e da escrita)**. Porto Alegre: Sulina, 2012.

MAGRANI, Eduardo J. Guedes. Exceções e Limitações no Direito Autoral Brasileiro: Críticas à Restritividade da Lei Brasileira, Historicidade e Possíveis Soluções. **Revista Emarf**, Rio de Janeiro, v. 30, n. 1, p. 1-422, mai./out. 2019.

MAGRANI, Eduardo. As limitações no Direito Norte-Americano e a Inaplicabilidade do *Fair Use* ao Contexto Brasileiro. In: **Anais do VIII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**. Coord. Marcos Wachowicz, Marcia Carla Pereira Ribeiro, Sérgio Staut Jr, José Augusto Fontoura Costa. Curitiba: 2014.

MAN, John. **A revolução de Gutenberg: a história de um gênio e de uma invenção que mudaram o mundo**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

MAPHERSON, C.B. **A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke**. Trad. Nelson Dantas. Rio de Janeiro: Paz Terra, 1979.

MARK, Joshua. **A imprensa e a reforma protestante**. Trad. Ricardo Albuquerque (2022). Disponível em: <https://www.worldhistory.org/trans/pt/2-2039/a-imprensa-e-a-reforma-protestante/>. Acesso em: 13 nov. 2023.

MARENTES, Juan F. Córdoba; LONDOÑO, María Carmelina. Los límites al derecho de autor en el comercio internacional: una fórmula para la búsqueda del bien común em los procesos de integración económica. **Rev. Ius**, vol. 8, n. 33. Puebla ene/jun. 2014.

MARTÍNEZ-SALCEDO, Juan Carlos. Las reproducciones provisionales y la copia privada digital como límites al derecho de reproducción. **Opinión Jurídica – Universidad de Medellín**; Vol. 12, n. 24, p. 119-134, 2013.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Nuria. **Los fines educativos y de investigación como límite al derecho de autor**. Madrid: Dykinson. 2018.

MARTINS, Humberto. Origem, estrutura e função constitucionais do Superior Tribunal de Justiça: 20 anos da jurisdição federal, **Revista do advogado**, n. 29, n.

103, p. 62-69, 2009.

MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Alemão. Decisões Anotadas sobre Direitos Fundamentais**. Volume 2: Liberdade de Consciência e crença, Liberdades de Expressão e de Comunicação Social, Liberdades Artísticas e Científica. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos estudos CEBRAP**, v. 58, p. 183-202, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MELLO, Renato Dolabella. Direito Autoral e a independência das autorizações de uso. **PHRONESIS - Revista do Curso de Direito da FEAD**, [s. l.], n. 5, p. 89–104, 2009.

MOFFAT, Viva R. Human Capital as Intellectual Property? Non-Competes and the limits of ip protection. **Akron Law Review**; 2017, vol. 50 Issue 4, P. 903-931, 29p.

MÜLLER, Eugélio Luis. A Publicação, a Divulgação e a reprodução de Obras Intelectuais na Internet: Mudanças e Desafios para o Direito do Autor' 31/01/2004 156 f. **Mestrado em Direito** Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2004.

MCLUHAN, Marshall. **A galáxia de Gutenberg: a formação do homem tipográfico**. Trad. Leônidas Gontijo de Carvalho e Anísio Teixeira. São Paulo: Editora Nacional, 1972, p. 205.

MERGES, Robert P. **Justifying Intellectual Property**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

MILL, John Stuart. **Utilitarianism, liberty, and representative government**. J.M. Dent & Sons Ltd. London, 1a edição, 1910. Disponível em: <https://archive.org/details/utilitarianismli0000mill/page/n9/mode/2up>. Acesso em: 05 dez. 2023.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2012

MIRANDOLLA, GIOVANNI PICCO. **Discurso pela dignidade do homem**. Trad. Antonio Minghetti. Porto Alegre: Editora Fi, 2015.

MIZUKAMI, Pedro Nicoletti; LEMOS, Ronaldo; MAGRANI, Bruno; PEREIRA DE SOUZA, Carlos Affonso. Exceptions and Limitations to Copyright in Brazil: A Call for Reform. Access to Knowledge in Brazil. **New Research on Intellectual Property**,

Innovation and Development. Ed. Lea Shaver. London: Bloomsbury Academic, 2008. 41–78.

MOMIGLIANO, Arnaldo. **Os limites da helenização: a interação cultural das civilizações grega, romana, céltica, judaica e persa.** Trad. Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

MOORE, Adam. Lockean Foundations of Intellectual Property. *In*: **WIPO**, 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/283420927_Lockean_Foundations_of_Intellectual_Property. Acesso em: 01 dez. 2023.

MORAES, Rodrigo. **Os direitos morais do autor: repersonalizando o direito autoral.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

MOREIRA, Rodrigo Pereira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; BARROS, Janete Ricken. Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: âmbito de proteção e reconhecimento como direito fundamental atípico. *In*: **Dignidade da pessoa humana e o princípio da isonomia: implicações recíprocas**—Brasília: IDP, 2014.

MOTA, Kaio César da Silva. Constituição Simbólica: a discrepância entre o simbolismo constitucional e sua ineficácia normativo-jurídica. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, 2016. ISSN 1982-310X

NASCIMENTO, Marcos Roberto. Do manuscrito ao livro, do livro ao leitor: os caminhos da modernidade. *In*: **R. bras. est. po.**, v. 37, 1-5, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.20947/S0102-3098a0114>. Acesso em: 13 nov. 2023.

NEVES, Marcelo. **A Constituição Simbólica.** São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEWIG, Jens. **Symbolische Gesetzgebung zwischen Machtausübung und gesellschaftlicher Selbsttäuschung.** 2010. Disponível em https://www.academia.edu/672962/Symbolische_Gesetzgebung_zwischen_Machtaus%C3%BCbung_und_gesellschaftlicher_Selbstt%C3%A4uschung. Acesso em julho/2024.

NEWMAN, Christopher M., Transformation in Property and Copyright (October 6, 2010). **Villanova Law Review**, Vol. 56, No. 2, pp. 251-325, 2011, George Mason Law & Economics Research Paper No. 10-51.

NOBRE, Mateus Ferreira; LEITE, Rodrigo de Almeida. Perspectiva culturalista dos direitos autorais no Brasil. **Derecho y Cambio Social**, n. 36, XI, 2014, Lima. Disponível em: <https://www.derechoycambiosocial.com/revista036/INDICE.htm>. Acesso em: 18 mar. 2024.

NUNES, Rizzato. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito.** 7ª ed. São Paulo:

Saraiva, 2007.

OKEDIJI, Ruth, The Limits of International Copyright Exceptions for Developing Countries (May 6, 2019). **Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law**, Vol. 21, No. 3, 2019, Harvard Public Law Working Paper No. 19-34.

O'SULLIVAN, Kevin. Regulation Copyright Enforcement Online: Defining Plurarism through the Neo-Liberal Limits of Copyright. **Annual International Conference On Law**, Regulations & Public Policy; 2014, p. 18-24.

OLIVEIRA RODRIGUES, Daniela. Limites aos direitos de autor sob a perspectiva do direito internacional dos direitos humanos: estudo dos limites aos direitos de autor frente aos direitos de acesso ao conhecimento e à educação nos ordenamentos internacional e interno. **Mestrado em Direito** - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

PARILLI, Ricardo Antequera. Los límites del derecho subjetivo y del derecho de autor. **Collección de propiedad intelectual: los límites del derecho de autor**. Coord. Carlos Rogel Vide. Madrid: Reus Editorial, 2006, p. 7-82.

PARIS, Thomas. **Le droit d'auteur: l'idéologie et le système**. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.

PATRY, William F. **How to fix copyright**. New York: Oxford University Press, 2011.

PATTERSON, Lyman Ray. **Copyright in Historical Perspective**. Nashville: Vanderbilt University Press, 1968.

PEREDA MIRABAL, Ana María. Derechos de autor vs derecho de acceso a la cultura: en busca del justo equilibrio. **Universidad y Sociedad**, Cienfuegos, v. 12, n. 3, p. 151-159, jun. 2020.

PEREDA MIRABAL, Ana María. Límites Al Derecho De Autor En Favor De Las Bibliotecas Digitales Como Presupuesto Del Derecho Fundamental De Acceso a La Cultura (July 30, 2018). **La Propiedad Inmaterial** N° 25, Enero-Junio 2018.

PEREZ, Ana María, Análisis Económico Del Derecho De Autor (Economic Analysis of the Related Rights to the Copyright) (November 30, 2011). **La Propiedad Inmaterial**, No. 15, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PERZANOWSKI, Aaron, The Penumbra Public Domain: Constitutional Limits on Quasi-Copyright Legislation (October 14, 2010). **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law**, Vol. 10, No. 5, p. 1081, 2008

PIMENTA, Eduardo. **Princípios de Direitos Autorais: Um Século de Proteção Autoral no Brasil 1898-1998**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PIZZOL, Ricardo Dal. Evolução histórica dos direitos autorais no Brasil: do privilégio

conferido pela Lei de 11/08/1827, que criou os Cursos Jurídicos, à Lei 9.610/98. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 113, p. 309-330, jan/dez. 2018.

PRATA DE CARVALHO, Angelo Gamba. Do *sham litigation* ao abuso de direito de petição, p. 38-52, RDC, Vol. 7, nº 2. Novembro 2019. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/364/234>. Acesso em: 06 de abr. 2024.

Protecting Ravenstail: Cultural Appropriation and the Outer Limits of Copyright Law. **Cardozo Arts & Entertainment Law Journal**, [s. l.], v. 40, n. 3, p. 893–925, 2023. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=ip,uid&db=lgs&AN=164422916&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 9 out. 2023.

PONTES, Hildebrando. Legislação Autoral e Jurisprudência. In: **O Autor Existe**. Coord. Sydney Sanches, Karina Callai. Rio de Janeiro: Litteris Editora, 2022.

REALE, Miguel. **Nova Fase do Direito Moderno**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

RECENA, Martina Gaudie Ley. A proteção autoral dos jogos eletrônicos no Brasil: análise dos elementos visuais no caso Zynga v. Vostu' 08/01/2020 180 f. **Mestrado em Direito** Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020.

RIBAS, Marcos José Ferraz. As Limitações do Direito de Autor (Lei 9610/98)' 31/05/2002 149 f. **Mestrado em Direito das Obrigações** Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, São Paulo, 20002.

RIBEIRO, Gerlaine Marinotte; CHAGAS, Ricardo de Lima; PINTO, Sabrine Lino. O renascimento cultural a partir da imprensa: o livro e sua nova dimensão no contexto social do Século XV. In: **Akrópolis**, Umuarama, v. 15, n. 1 e 2, p. 29-36, jan/jun. 2007, p. 33.

RICCIO, Giovanni Maria. Direito de Autor e Privacidade na Itália. In **Direito de Autor e Direitos Fundamentais**. Coord. Manoel J. Pereira dos Santos. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROCHA DE SOUZA, Allan. Etapas iniciais da proteção jurídica dos direitos autorais no Brasil. **Justiça & História**, vol. 6, n. 11, 2006.

ROCHA DE SOUZA, Allan. Os limites dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional. In: **Anais do XIV Congresso Nacional do Conpedi**. Unifor – Fortaleza: Boiteux, 2005.

ROCHA, Daniel. **Direito de Autor**. São Paulo: Irmãos Vitale, 2001.

RODAS, João Grandino. **Propriedade intelectual e Direito Concorrencial são complementares**, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-14/olhar-economico-propriedade-intelectual-direito-concorrencial-sao->

complementares/. Acesso em 06 abr. 2024.

RODOTÀ, Stefano. A antropologia do *homo dignus*. Trad. Maria Celina Bodin de Moraes. **Civilística.com**. Rio de Janeiro: a. 6, n. 2, jan.-mar.2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-antropologia-do-homo-dignus/>>. Data de acesso 07 jul. 2022.

RODOTÀ, Stefano. Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile. In **Rivista del Diritto Commerciale**, 1967, I.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo: Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

RODRIGUES, Leandro Nascimento; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Análise crítica do Recurso Especial 201.819-8 e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815. **R. Dir. Gar. Fund.**, Vitória, v. 19, n. 2, p. 11-42, maio/ago. 2018.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro)**. São Paulo: Editora FGV, 2013.

ROSA, Christian Fernandes Gomes. Jeremy Bentham e a Constituição do Conceito de Direito no Pensamento Jurídico Moderno. **Revista Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, A. 14 n.20, p. 01-348, 2010

SAID VIEIRA, Miguel, La 'Carta de São Paulo por el acceso a los bienes culturales' y las limitaciones al derecho de autor: Análisis de la pertinencia a las legislaciones brasileña y venezolana (The 'São Paulo Letter for Open Access to Cultural Goods' and Limitations to Copyright: Analysis of Its Pertinence to Brazilian and Venezuelan Legislation) (December 1, 2008). **Master's thesis**. Caracas: SAPI /UBV/OCPI, 2008.

SAID VIEIRA, Miguel, Limitaciones al derecho de autor: Equilibrio entre titulares y la sociedad (November 6, 2008). **Slides for a lecture presented at the IV FILVEN** (Venezuela's International Book Fair), Caracas, 2008.

SAMUELSON, Pamela. Justifications for copyright limitations & exceptions. **Copyright law in an age of limitations and exceptions**, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2476669>. Acesso em: 5 de set. 2024.

SAMUELSON, Pamela. Justifications for Copyright Limitations & Exceptions (February 10, 2015).

SAMUELSON, Pamela, Justifications for Copyright Limitations & Exceptions (February 10, 2015). **Forthcoming chapter in Ruth Okediji** (ed.), Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions.

SANTANA, Daniela Cristina Alves. As criações de moda e o direito de autor 31/12/2006 202 f. **Mestrado em Direito** Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Objeto e limites da proteção autoral de programas de computador 31/01/2003 256 f. **Doutorado em Direito** Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

SANTOS, Hermano de Oliveira; SPOSATO, Karyna Batista. **Repensando as Leituras da Jurisprudência**. Conpedi 25; 2016; Brasília.

SANTOS, Manoel J. Pereira. Principais tópicos para uma revisão da lei de direitos autorais brasileira. *In: Estudos de direito de autor e a revisão da lei de direitos autorais*. Marcos Wachowicz, Manuela Joaquim Pereira dos Santos (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

SANTOS, Manoel J. Pereira; JABUR, Wilson Pinheiro; ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SANTIAGO, Vanisa. A Lei n. 9.610 de 19 de fevereiro de 1998 – aspectos contraditórios. **Revista CEJ**, Brasília, n. 21, p. 8-15, abr./jun. 2003.

SAPIRO, Gisèle. Droit et histoire de la littérature: la construction de la notion d'auteur. *Revue d'histoire du XIXe siècle* [En ligne], 48 | 2014, mis en ligne le 17 septembre 2014. Disponível em <http://journals.openedition.org/rh19/4660>. Acesso em: 26 nov. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.), **Dimensões de Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SALA MERCADO, José Pablo. El derecho de autor frente a las nuevas tecnologías desde una perspectiva ius privatista y su reflejo actual en el derecho argentino. **Rev. chil. derecho tecnol.**, Santiago, v. 6, n. 2, p. 97-120, dic. 2017.

SEIXAS, Elaine Teixeira. Possibilidades de proteção às receitas culinárias pelo direito de autor: limites e desafios ' 23/07/2020 72 f. **Mestrado Profissional em Propriedade Intelectual e Inovação** Instituto Nacional da Propriedade Industrial, Rio de Janeiro, 2020.

SENFTLEBEN, Martin. **Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law**. Amsterdã: 2004. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/254853092>. Acesso em: 23 de julho de 2024.

SIEBRASSE, Norman, A Property Rights Theory of the Limits of Copyright (July 7, 2001). **University of Toronto Law Journal**, Vol. 51, No. 1, pp. 1-61, 2001.

SCHACK, Haimo. **Urheber-und Urhebervertragsrecht**. 9ª. ed. Rottenburg: Computersatz Staiger, 2019.

SCHWABE, Jürgen. Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. **Trad. Beatriz Hennig (et. al.). Montevideo: Fundación Konrad-Adenaur, 2005.**

SIDDAWAY, A. P.; WOOD, A. M.; HEDGES, L. V. How to do a systematic review: **a best practice guide for conducting and reporting narrative reviews, meta-analyses, and meta-syntheses**. *Annual Review of Psychology*, v. 70, n. 1, p. 747–770, 2019.

SIIRIAINEN, Fabrice. Droit d’auteur contra droit de la concurrence: versus droit de la régulation, **Dans Revue internationale de droit économique** 2001/4 (t. XV, 4), pages 413 à 446. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2001-4-page-413.htm>. Acesso em: 04 de abr. 2024.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SMIERS, Joost; Marieke van, SCHIJNDEL. **Imagem um mundo sem direitos do autor nem monopólios**. Trad. Helena Barradas, João Pedro Bernad, Lena Bragança Gil, Manuela Torres, Miguel Castro Caldas. 2009.

SMITH, Virgínia Luna. **Plágio, Pirataria, Fair Use e a (Des)criminalização da Violação de Direito Autoral**. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, p. 263, 2012.

SOLÓRZANO SOLÓRZANO, Raúl; REJANOVINSCHI TALLEDO, Moisés. Museos virtuales y la necesidad de un nuevo límite o excepción al derecho patrimonial de autor, **Derecho PUCP**, núm. 88, 2022, Enero-Junio, pp. 235-263 Pontificia Universidad Católica del Perú – PUC.

SOUSA ALVES, Marco Antônio. A batalha do *Droit D’auteur* na França do Século XVIII. In: **Revista Rede de Direito Digital, Intelectual e Sociedade**, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 181-206, 2022-a.

SOUSA ALVES, Marco Antônio. A emergência do *copyright* na Inglaterra do Século XVIII, **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 38, n. 2, p. 319-334, jul/dez. 2022-b.

SOUSA ALVES, Marco Antônio. Autoria, personalidade e propriedade: as contribuições de Kant e Fichte para o direito de autor. **Direito, Estado e sociedade**, n. XX, 2021.

SOUSA ALVES, Marco Antônio. A autoria em questão a partir de Foucault: Autor, Discurso, Sujeito e Poder. **Matraga**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 37, jul/dez. 2015, p. 79-97.

SOUSA E SILVA, Nuno. Uma Introdução ao Direito de Autor Europeu. **Revista da Ordem dos Advogados**, Vol. IV (2013), p.1331-1387. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/19224?mode=simple>. Acesso em: 20 fev. 2024.

SOUSA, Marcos Rogério. Nem tanto ao mar nem tanto à terra: “regra dos três passos” e as limitações aos direitos autorais. **Revista Jurídica ESMP-SP**, V.3, 2013: 211-227.

SOUSA ALVES, Marco Antônio. A batalha do *Droit D’auteur* na França do Século XVIII. In: **Revista Rede de Direito Digital, Intelectual e Sociedade**, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 181-206, 2022-a.

SOUSA ALVES, Marco Antônio. A emergência do *copyright* na Inglaterra do Século XVIII, **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 38, n. 2, p. 319-334, jul/dez. 2022-b.

SOUSA ALVES, Marco Antônio. Autoria, personalidade e propriedade: as contribuições de Kant e Fichte para o direito de autor. **Direito, Estado e sociedade**, n. XX, 2021.

SOUSA, Marcos Rogério. Nem tanto ao mar nem tanto à terra: “regra dos três passos” e as limitações aos direitos autorais. **Revista Jurídica ESMP-SP**, V.3, 2013: 211-227.

SOUSA E SILVA, Nuno. Uma Introdução ao Direito de Autor Europeu. **Revista da Ordem dos Advogados**, Vol. IV (2013), p.1331-1387. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/19224?mode=simple>. Acesso em: 20 fev. 2024.

SOUZA, Guilherme Queiroz; NASCIMENTO, Renata Cristina de Souza. **Dicionário: Cem Fragmentos Biográficos – A Idade Média em Trajetórias**. Goiânia: Tempestiva, 2020.

SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos culturais e as obras audiovisuais cinematográficas: entre a proteção e o acesso' 31/05/2010 266 f. **Doutorado em Direito** Universidade do Estado do Rio De Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

SOUZA, Maria Clara Maia de. Os Direitos Autorais na Dança: em busca do eixo para equilíbrio entre a proteção dos autores e o acesso à cultura' 03/05/2022 129 f. **Mestrado em Direito** Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2022.

SPERLI, Fabian Mori. O Direito De Autor À Luz Do Direito Civil Contemporâneo' 31/10/2006 149 f. **Mestrado em Direito** Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

STERN, Simon. Towards a Pre-History of the Public Domain: Copyright Law and Its Limits in Eighteenth-Century England. **This is a pre-review draft of a chapter in the Oxford Literature Handbooks series (2015)**, 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2537447. Acesso em: 19 nov. 2023.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11^a. ed. Porto Alegre: Livraria do

Advogado, 2014.

STRECK, Lenio. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SUAIDEN, Emir José. A biblioteca pública no contexto da sociedade da informação. **Ci. Inf.**, Brasília, v. 29, n. 2, p. 52-60, maio/ago. 2000

SUEYOSHI, Tabir Dal Poggetto Oliveira. Aspectos jurídicos do plágio literário' 12/06/2013 139 f. **Doutorado em Direito** Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari; PINTO, Henrique Motta. Três desafios para melhorar a jurisdição constitucional brasileira. In: VOJVODIC, Adriana et al. (orgs.). *In: Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUTHERSANEN, Uma. Copyright law: a stakeholders palimpsest. F. Macmillan (ed.) **New Directions in Copyright Law**: Volume 5, Edward Elgar, pp.119-134, 2007. Disponível em: https://www.academia.edu/6995322/Copyright_Law_A_Stakeholders_Palimpsest. Acesso em: jan. 2024.

SUZUKI, Ivina Cavalcanti. Direitos de autor e a gestão coletiva no Brasil: uma perspectiva regulatória como instrumento limitador do abuso de direito' 31/08/2012 138 f. **Mestrado em Direito** Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2012.

TAGG, John. **El peso de la representacion**. Barcelona: Editorial Gustavo Gili, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TAVARES, André Ramos. Liberdade de expressão-comunicação em fase do direito à privacidade. In: **Direito à Privacidade**. Coord. Ives Gandra da Silva Martins e Antonio Jorge Pereira Junior. São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005, p. 219.

TEHRANIAN, John. Et Tu, Fair Use? The Triumph of Natural Law Copyright. **UC Davis Law Review**, Vol. 38, 2005. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=486283> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.486283>. Acesso em: 1 jul. 2024.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Iniciação na Ciência do Direito**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. **Trabalho apresentado no painel Crise das Codificações, no âmbito da XVII Conferência da Ordem dos Advogados do Brasil**, realizada no campus da Universidade do Rio de Janeiro, de 29 de agosto a 2 de setembro de 1999.

THEOPHILO, Patricia Silva. **O Direito de Autor e seus Limites**. Mestrado em Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2002.

TOCQUEVILLE, Alexis. **O antigo regime a revolução**. Trad. Yvonne Jean. 4ª. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 60.

TOVAR, Leonardo Zehuri. Promessas da modernidade e Ativismos Judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 518-536.

TRABUCO, Cláudia. Direito de Autor, intimidade privada e ambiente digital: reflexões sobre a cópia privada de obras intelectuais. **Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades**, Año 9, Nº 18, Segundo semestre de 2007

TRANFIELD, David; DENYER, David; SMART, Palminder. Towards a methodology for developing evidence-informed management knowledge by means of systematic review. **British journal of management**, v. 14, n. 3, p. 207-222, 2003.

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

UNESCO. **Report of the Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights, Farida Shaheed: the right to freedom of artistic expression and creativity**, 2014. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/755488?v=pdf>. Acesso em: 30 set. 2024.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, **O mercado de livros técnicos e científicos no Brasil: subsídio público e acesso ao conhecimento**. coordenação de: Gisele Craveiro, Jorge Machado e Pablo Ortellado. Bauru, SP: Canal 6, 2008.

VALENTE, Marian Giogetti. **A construção do direito autoral no Brasil: cultura e indústria em debate legislativo**. Belo Horizonte: Letramento, 2019.

VALENTE, Marian Giogetti; FREITAS, Bruna Castanheira. **Manual de direito autoral para museus, arquivos e bibliotecas**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

VAN KLINK, Bart. Symbolic Legislation: An Essentially Political Concept. In: Bart van Klink, Britta van Beers, Lonneke Poort (eds.), **Symbolic Legislation Theory and New Developments in Biolaw**, Springer 2015 Forthcoming, VU University Amsterdam Legal Studies Paper Series. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2540471>. Acesso em: 05 de setembro de 2024.

VIEIRA, José Alberto. **Direito de Autor: Dogmática Básica**. Coimbra: Almedina, 2020.

VILAR, Pierre. **Iniciación Al Vocabulario del Análisis Histórico**. Trad. M Dolors Folch. 6 ed. Barcelona: Crítica, 1999.

VOVELLE, Michel. **A Revolução Francesa explicada à minha neta**. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Editora Unesp, 2007, p. 19

WACHOWICZ, Marcos. A Revisão da Lei Brasileira de Direitos Autorais. In: **Estudos**

de direito de autor e a revisão da lei de direitos autorais. Marcos Wachowicz, Manuela Joaquim Pereira dos Santos (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

WEBSTER, Jane; WATSON, Richard T. Analyzing the past to prepare for the future: Writing a literature review. **MIS quarterly**, p. 13-23, 2002.

WERDET, Edmond. **Histoire du livre en France depuis les temps les plus reculés jusqu'en 1789.** Paris: E. Dentu, 1861-1864. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k111400x/f315.item>. Acesso em: 25 nov. 2023.

WILLIAMS, M. Silence and Postmodern Copyright. **Cardozo Arts & Entertainment Law Journal**, [s. l.], v. 29, n. 1, p. 47–84, 2011. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=ip,uid&db=lgs&AN=502643880&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 9 out. 2023.

WOLFF, Francis. **Aristóteles e Política.** Trad. Thereza Cristina Ferreira Stummer, Lygia Araújo Watanabe. São Paulo: Discurso Editorial, 1999.

XAVIER DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius. Existem direitos absolutos? Direitos Humanos, autonomia do Direito e esfera do indecidível. **Revista de Direito da Cidade**, vol. 11, n. 1, pp. 736-759, jun. 2018.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A modernização do e as cláusulas gerais. **Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região**, Brasília, out./nov. 2008.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O Estatuto da Rainha Ana: estudos em comemoração dos 300 anos da primeira lei de copyright. **Revista de Doutrina do TRF4**, Porto Alegre, n. 39, dez. 2010. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/e-dicao039/leonardo_zanini.html. Acesso em: 20 nov. 2023.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A proteção internacional do direito de autor e o embate entre os sistemas do copyright e do droit d'auteur. **Videre**. Dourados, ano 3, n. 5, p. 107-128, jan./jun. 2011.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A tutela das criações e a existência do direito de autor na Antiguidade Clássica. **Revista de Direito**, [S. l.], v. 5, n. 02, p. 113–131, 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/1378>. Acesso em: 3 nov. 2023.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Direito de autor em perspectiva histórica. **Revista CEJ**, Brasília, n. 63, p. 15-24, maio/ago. 2014.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito de Autor.** São Paulo: Saraiva, 2015.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Uma visão geral da lei autoral alemã. **Revista Direitos Culturais Santo Ângelo**, v. 17, n. 41, p. 135-157, jan./abr. 2022.

ZEMER, L. “We-intention” and the Limits of Copyright. **Cardozo Arts &**

Entertainment Law Journal, [s. l.], v. 24, n. 1, p. 99–120, 2006. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=ip,uid&db=lgs&AN=502633218&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 9 out. 2023.