

A FUNÇÃO SOCIAL DOS DIREITOS DE AUTOR

LA FUNCIÓN SOCIAL DEL DERECHO DE AUTOR

Sônia Barroso Brandão Soares* – ICM-UFF

Na loja, nós os vendemos e compramos,
mas, na verdade, os livros não têm dono.
Cada livro que você vê aqui foi o
melhor amigo de um homem.

Carlos Ruiz Zafón

Resumo

O presente artigo tem como objeto os direitos de autor, com ênfase na problemática acerca da sua função social. Inicialmente são esboçados os contornos que definem os direitos de autor. Em seguida os direitos do autor são contrapostos aos direitos de acesso à cultura no âmbito constitucional, bem como se examinam esses direitos, sob o ponto de vista da sua função social, na Convenção de Berna. Posteriormente são apresentadas as limitações aos direitos autorais trazidas pela Lei nº 9.610 de 1998, sendo questionado se tais limitações são ou não capazes de realizar a função social dos direitos de autor. Ademais, são elencadas algumas alternativas à forma tradicional de regulação da autoria, bem como mecanismos aptos a promover um melhor equilíbrio entre os direitos de autor e o interesse público no acesso à cultura.

Palavras-chave: direitos; autor; propriedade; função social

Resumen

El objeto de estudio de este trabajo son los derechos autorales, con énfasis en la cuestión relativa a su función social. Inicialmente son esbozadas las líneas generales que definen los derechos de autor. Entonces, los derechos de autor son colocados lado a lado con lo derecho de acceso a la cultura en el contexto constitucional, y estos derechos son examinados, desde el punto de su función social, en la Convención de Berna. Posteriormente, son presentadas las limitaciones del derecho de autor introducidas por la Ley nº 9.610 de 1998 y pregunta-se si tales limitaciones son capaces de realizar la función social del derecho de autor. Además, son listadas algunas de las alternativas a la forma tradicional de regulación de la autoría, así como algunos mecanismos capaces de promover un mejor equilibrio entre el derecho de autor y el interés público en el acceso a la cultura.

Palabras chaves: derechos; autor; propiedad; función social

*Doutora em Direito. Prof. Adjunta do ICM-UFF-Macaé. Membro da American Economics Association. Avaliadora da CAPES e CNPq. Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Direito do Petróleo e Gestão Sustentável de Recursos em Macaé. O artigo foi escrito em parceria com a Graduada em Direito pelo Instituto de Ciências da Sociedade de Macaé – ICM-UFF, Pérola Bolettini Chaffer, membro do Grupo de Pesquisa Inovações Contemporâneas do Direito de Propriedade.

Sumário: 1.Introdução. 2. Noções gerais acerca dos direitos de autor. 3. A função social dos direitos de autor. 4. O acesso à cultura e a função social dos direitos de autor.5. Considerações finais. 6. Referências.

1.INTRODUÇÃO

A lógica legitimadora do direito autoral sempre foi orientada por uma visão individualista, conferindo aos autores a possibilidade exclusiva de explorar suas obras como forma de fomentar o seu trabalho criativo. Percebe-se, portanto, que os direitos de autor se baseiam numa premissa paradoxal, pois apesar dos direitos autorais se concretizarem através de medidas que cerceiam o acesso e a utilização das obras, dando ao autor o monopólio sobre a exploração da sua criação, pretende-se, com isso, fomentar a produção intelectual, tornando-a financeiramente atrativa, de forma que mais obras sejam criadas. Ou seja, ao mesmo tempo em que limitam o acesso às obras, os direitos de autor pretendem como finalidade última o enriquecimento cultural da sociedade através de uma maior produção intelectual.

Destarte, para que a função social dos direitos de autor se realize é necessário que tais direitos preservem seu caráter incentivador à produção de obras, bem como não restrinjam demasiadamente o acesso às criações, permitindo seu uso quando for socialmente adequado.

No entanto, nem a Constituição Federal de 1988, nem a Lei nº 9.610 de 1998, denominada Lei de Direitos Autorais, positivaram adequadamente a dimensão social e solidária dos direitos de autor.

A Lei nº Lei nº 9.610 de 1998 se restringe a delimitar um rol taxativo de situações em que as obras protegidas podem ser utilizadas livremente, ou seja, sem a autorização dos titulares de direitos autorais, o que não é suficiente para resolver os conflitos entre interesses individuais e coletivos. Por sua vez, a Carta Magna não deixa expressa a necessidade de a propriedade intelectual do autor atender ao interesse social e ao bem comum, ao contrário do que faz com a propriedade intelectual (inovações tecnológicas e modelos de utilidade) e com a propriedade sobre bens tangíveis.

Tais fatos justificam o presente artigo, o qual pretende demonstrar a inadequação dos meios atuais para a realização da função social da propriedade intelectual, bem como defender uma regulamentação mais abrangente da função social dos direitos de autor, que abarque não somente as limitações previstas em lei, mas também outras limitações relativas à estrutura dos direitos de autor, a partir da utilização de mecanismos que ofereçam alternativas à forma tradicional de exercício desses direitos.

O artigo é fruto de uma pesquisa realizada em sede de grupo de estudos voltado à investigação dos novos desdobramentos da propriedade no século XXI, tomando por base as inovações trazidas pela Internet, tais como as publicações eletrônicas e sítios de acesso a criações musicais e filmes. A metodologia empregada foi a documental e bibliográfica referenciada ao final do presente artigo.

2. NOÇÕES GERAIS ACERCA DOS DIREITOS DE AUTOR

O primeiro país a legislar sobre os direitos autorais foi a Inglaterra, que no ano de 1710 instituiu o *Copyright Act*, o qual tinha como finalidade ser “*um ato para a promoção do conhecimento, encorajando os homens instruídos a compor e escrever obras úteis*”, através da “*concessão de um monopólio temporário*”, e definiu os contornos do atual direito de autor (INGLATERRA, 1976).

Ao se falar de propriedade intelectual é necessário separar o conceito de propriedade de um de seus elementos fundamentais, o princípio da exclusividade; daí a grande dificuldade em tratar os direitos do autor como direitos reais propriamente ditos. Isso porque, no momento em que uma ideia é transmitida é impossível que ela permaneça como uma propriedade exclusiva do autor.

Nesse sentido, Joseph Stiglitz (1999, *apud* Carboni, 2009, p. 192/193) aponta que “*a informação é diferente de outros bens, particularmente porque tem características de bens públicos*”.

Note-se que o processo criativo não teria razão de ser se fosse voltado unicamente para dentro, do autor para o autor, pois se extinguiria em si mesmo. A criação intelectual só tem significado quando atinge outro indivíduo, ou ao menos quando tem a possibilidade de fazê-lo, como é o caso da obra guardada inédita. Da mesma forma, o objetivo das pessoas ao adquirem livros é o de acrescentar ao seu conhecimento as ideias ali expressas.

Conforme coloca Carlos Alberto Bittar (2013, p. 73):

Embora possam existir manifestações intelectuais destinadas ao inédito (por força de razões pessoais do autor), ou de circulação restrita, de regra as obras intelectuais são criadas exatamente para comunicação ao público, em resposta aos anseios do criador e pela própria vocação natural dessas criações.

Ou seja, a criação intelectual pertence ao seu autor, mas para que tal criação tenha sentido, e mesmo para que o autor possa usufruir economicamente do ato criativo, é necessário que ela seja difundida, vindo o autor a perder a total exclusividade sobre aquela ideia.

Assim, tem-se que:

Os benefícios econômicos oriundos da arrecadação auferida dos direitos autorais asseguram o incentivo ao trabalho intelectual, que é exercido pelo autor. Sob este aspecto, quanto mais oportunidade de criar for dada ao autor intelectual, mais obras serão criadas e, conseqüentemente, maior será a disponibilidade das obras à população, o que propiciaria uma maior oportunidade de acesso às mesmas (LOT JÚNIOR, 2009).

Disso extraí-se o paradoxo sobre o qual o direito de autor é construído, pois confere direitos exclusivos que limitam o acesso e a utilização das obras, pretendendo, em última análise, incentivar a criação dessas obras e o conseqüente enriquecimento cultural da sociedade como um todo (CARBONI, 2009, p. 192/193). Ora, a função social dos direitos de autor vai se realizar quando houver um equilíbrio entre os dois polos desse direito, de forma que ele mantenha sua função de servir como um incentivo à produção intelectual, ao mesmo tempo em que não restrinja em demasia o acesso às obras, permitindo o seu uso quando for socialmente adequado.

Nesse sentido, é pertinente a visão de Bittar (2013, p. 27), ao colocar que o direito de autor “*inscreve-se no âmbito do Direito Privado, embora entrecortado por normas de ordem pública exatamente para a obtenção de suas finalidades*”. Ou seja, cabe ao poder público orientar o direito de autor de maneira que não constitua um fim em si mesmo, mas que, para além da proteção individual do autor, seja verdadeiramente um meio para a difusão do conhecimento.

Buscando um conceito para esse ramo do direito, Antônio Chaves (1987, p. 17 *apud* CARBONI, 2009, p. 05) emprega a seguinte definição ao se referir aos direitos de autor:

[...] conjunto de prerrogativas que a lei reconhece a todo criador intelectual sobre suas produções literárias, artísticas ou científicas, de alguma originalidade; de ordem extrapecuniária, em princípio, sem limitação de tempo; e de ordem patrimonial, ao autor, durante toda a sua vida, com o acréscimo, para os sucessores indicados na lei, do prazo por ela fixado.

Por sua vez, Carlos Alberto Bittar coloca que as relações regidas pelo direito de autor

nascem com a criação da obra, exurgindo do próprio ato criador direitos respeitantes à sua face pessoal (como os direitos de paternidade, de nomeação, de integridade da obra) e, de outro lado, com sua comunicação ao público, os direitos patrimoniais (distribuídos por dois grupos de processos, a saber, os de representação e os de reprodução da obra, por exemplo, para as músicas, os direitos de fixação gráfica, de gravação, e inserção em fita, de inserção em filme, de execução e outros). (2013, p. 27)

Destarte, o referido doutrinador esclarece que os direitos de autor não se cingem nem à categoria dos direitos reais, nem à dos direitos pessoais, pois não se limitam unicamente à vertente patrimonial ou moral.

Como se pode perceber através dessas colocações trata-se de um direito *sui generis*, pois ao se analisar o objeto de proteção do direito de autor verifica-se a coexistência de dois direitos independentes, sendo um deles de viés moral e outro de cunho patrimonial. A esta forma de visualizar os direitos autorais é dado o nome de teoria dualista (CARBONI, 2009, p. 06), adotada pela legislação pátria quando define no artigo 22 da Lei nº 9.610 de 1998 que “*pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou*”. Ou seja, admite sua natureza moral, classificando-o como direito da personalidade, ao mesmo tempo em que reconhece a produção de efeitos patrimoniais assemelhados aos direitos reais.

Os direitos morais do autor advêm do vínculo estrito que ele mantém com sua obra, sendo está uma emanção de seu espírito. O autor, através do seu processo criativo, insere algo novo e único no mundo, que jamais seria exteriorizado por outro indivíduo da mesma maneira, razão pela qual a obra é indissociável da personalidade do seu criador.

Os direitos morais são enumerados taxativamente no artigo 24 da Lei nº 9.610 de 1998 e possuem as seguintes características fundamentais, enumeradas por Carlos Alberto Bittar (2013, p.69): pessoalidade, perpetuidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade e irrenunciabilidade. Destarte, é bastante pertinente a lição de Carlos Alberto Bittar (2013, p. 69), o qual ensina que os direitos morais do autor “*destinam-se a resguardar a personalidade do autor, garantindo a perene ligação com sua obra para a realização da defesa de sua personalidade*”.

Por sua vez, os direitos patrimoniais caracterizam-se pela possibilidade exclusiva conferida ao autor de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica, nos termos do artigo 28 da Lei nº 9.610 de 1998. Conforme ensina Carlos Alberto Bittar (2013, p.71), são características básicas dos direitos patrimoniais o cunho real: o caráter de bem móvel, fazendo com que possa ser disposto pelos meios possíveis; a alienabilidade, que permite sua comercialização; a temporaneidade, pois são protegidos por um lapso temporal determinado, após o qual a obra cai em domínio público podendo ser livremente explorada; a penhorabilidade, ou seja, a possibilidade de sofrer constrição judicial; e, por fim, a prescritibilidade, que significa a perda do direito à demanda judicial decorrente da inércia.

Ainda segundo Carlos Alberto Bittar (2013, p.72), os direitos patrimoniais são estruturados de forma a possibilitar a integração ao patrimônio do autor todas as receitas produzidas pelo uso econômico da obra de sua criação. O artigo 29 da Lei nº 9.610 de 1998 enumera de forma exemplificativa as formas de utilização da obra intelectual, que sempre dependerão da prévia e expressa autorização do autor.

Note-se que, não obstante o artigo 3º da Lei nº 9.610 de 1998 reputar a qualidade de bens móveis aos direitos autorais, há de se ressaltar que apesar de tais direitos se relacionarem com o conceito de propriedade o objeto de proteção tem caráter imaterial. Na maioria das vezes a obra intelectual irá se ligar a um suporte físico – embora não necessariamente, como nas apresentações teatrais. No entanto a criação não se confunde com o aporte no qual é divulgada. Nesse sentido, o artigo 37 da Lei nº 9.610 de 1998 determina que “*a aquisição do original de uma obra, ou de exemplar, não confere ao adquirente qualquer dos direitos patrimoniais do autor, salvo convenção em contrário entre as partes e os casos previstos nesta Lei*” (BRASIL, 1998). Nisso tem-se da diferenciação entre o *corpus mechanicum* que é o suporte material através do qual a obra se realiza, e o *corpus mysticum*, que é a própria obra intelectual.

Destarte, Sérgio Branco (2007) esclarece que “*a aquisição de um livro cuja obra se encontra protegida pelo direito autoral não transfere ao adquirente qualquer direito sobre a obra, que não é o livro, mas, se assim pudermos nos expressar, o texto que o livro contém*”. Ou seja, a comercialização da obra não conduz à automática autorização para sua utilização, de que trata o artigo 29 da Lei nº 9.610 de 1998, não implica na cessão dos direitos patrimoniais.

Ou seja, o princípio básico que rege os direitos patrimoniais é o de que qualquer utilização fica sob a exclusividade do autor, compreendidas as existentes e as que vierem a ser introduzidas pela técnica das comunicações (BITTAR, 2013, p. 73). De fato, esta é a lógica do *copyright* que, conforme se verá adiante, pode ser traduzida como “*todos os direitos protegidos*”.

Assim pretende-se conciliar a transmissão da criação, mas não a propriedade sobre ela. De fato, os direitos de autor conseguem esse equilíbrio na medida em que protegem a forma de expressão de uma ideia, mas não a ideia em si, conforme artigo 8º, incisos I e II, da Lei nº 9.610 de 1998. Ou seja, os aspectos formais da obra, a maneira e disposição pelas quais as ideias são colocadas em frases e palavras, ficam para sempre sobre a propriedade do autor, mas essas ideias podem ser expressas por terceiros através de diversas outras

composições. A título de exemplo, os ditos “clichês” podem ser recriados centenas de vezes sob outras formas sem que isso configure qualquer ofensa aos direitos autorais.

De fato, nem toda criação é protegida pelos direitos de autor. Para tanto, a obra deve apresentar os seguintes elementos essenciais: esteticidade, ou seja, possuir valor estético autônomo, independente da sua origem ou destinação; aporte trazido pelo autor, o que significa ser resultado o de uma atividade intelectual independente e representar alguma inovação; forma única, diferente de qualquer outra já utilizada; inserção em um suporte, quando sua natureza o permitir, seja ele tangível ou intangível; e originalidade, características próprias que a tornem inconfundível (CARBONI, 2006, p. 156). Tendo essas qualidades, basta que a obra exista para ser protegida.

3. A FUNÇÃO SOCIAL DOS DIREITOS DE AUTOR

3.1 – Direito de acesso à cultura e a função social dos direitos de autor na Carta Magna

A Constituição Federal, a fim de garantir a ampla propagação cultural, atribuiu ao Estado a tarefa de garantir à população, de modo abrangente e democrático, o acesso às fontes da cultura, nos termos do artigo 215 do texto constitucional, conforme segue:

Artigo 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.

O fomento à disseminação cultural pretendido pelo Estado também fica patente pelo teor dos parágrafos 2º e 3º do artigo 216 da Constituição Federal, sendo que o primeiro determina a obrigação da administração pública em gerir a documentação governamental, bem como franquear sua consulta a quem quer que dela necessite. Por sua vez, parágrafo 3º do referido artigo determina que a lei fixe incentivos para a produção e difusão do conhecimento de bens e valores culturais.

Outrossim, o direito à informação, complementar ao direito de acesso à cultura, é protegido pela Carta Magna no seu artigo 5º, inciso XVI, o qual dispõe que “*é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo de fonte, quando necessário ao exercício profissional*” (BRASIL, 1988).

Ademais, o artigo 3º, inciso II da Constituição Federal assim determina um dos objetivos fundamentais da República Federativa é garantir o desenvolvimento nacional. Ora, tal desenvolvimento não se restringe ao âmbito econômico, mas atinge também as

esferas sociais, políticas e culturais, uma vez que a divulgação de obras intelectuais e o seu devido acesso pela coletividade propiciam a geração de conhecimento, o que favorece o desenvolvimento do país.

Nesse sentido, Alcides Tomasetti Junior (1996 *apud* CARBONI, 2006, p. 175), destaca que o supramencionado artigo 3º da Constituição Federal submete a conceituação da função social da propriedade às metas de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como promover o bem de todos. Fica claro, portanto, que o desenvolvimento pretendido pela Carta Magna não é meramente e econômico.

Entretanto, tais direitos encontram obstáculos frente aos direitos autorais, sendo, por sua vez, as balizas para as limitações sofridas por esses últimos. Os direitos de propriedade intelectual foram incluídos no rol dos direitos e garantias fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal. A propriedade industrial está prevista no inciso XXIX e o direito de autor, nos incisos XXVII e XXVIII desse mesmo artigo.

Percebe-se através da leitura do texto constitucional que ao versar sobre a propriedade industrial o artigo 5º, inciso XXIX determina que o privilégio temporário deve observar o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país, em consonância com o disposto no inciso XXIII do mesmo artigo, o qual assevera que “*a propriedade atenderá a sua função social*” (BRASIL 1988).

Tal menção à função social não encontra respectivo nos incisos antecedentes, que tratam dos direitos de autor, no entanto, por uma interpretação sistemática constitucional, é imperioso consignar os direitos de autor com os dispositivos que tratam do acesso à cultura. Dessa forma tem-se que os direitos autorais também são orientados pelo interesse público, uma vez que o direito autoral é uma espécie de propriedade, devendo cumprir sua função social (CARBONI, 2009).

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 condiciona a validade dos negócios e demais atos jurídicos à realização da função social da propriedade, não fazendo qualquer ressalva quanto à propriedade intelectual, conforme a determinação do artigo 2.035 do referido código:

“Artigo 2.035 – A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

Segundo Guilherme Carboni (2006, p. 172), no estudo da função social em geral é preciso levar em conta a evolução do Estado liberal para o social, a fim de que se possa entender melhor as transformações decorrentes do papel do poder público, de mero fiscal da manutenção da ordem jurídica, com pouca interferência na vida privada, para o dirigismo estatal nas relações entre os indivíduos, objetivando o bem-estar social. Conforme o mencionado doutrinador, direitos de caráter individualista, típicos do liberalismo, vem perdendo essa característica em benefício do cumprimento da sua função social. Obviamente, essa tendência não se restringe à propriedade material.

Nesse sentido, José de Oliveira Ascensão (2002, p. 48 *apud* CARNONI, 2006, p.180) esclarece que, quando a Constituição Federal menciona a propriedade, está abrangendo todos os direitos patrimoniais privados.

Destarte, a função social da propriedade indiscutivelmente também se aplica ao direito de autor. No entanto, abrange apenas os aspectos patrimoniais desses direitos, uma vez que os direitos morais, na qualidade de direitos da personalidade, não seriam, a princípio, suscetíveis de limitação por parte do Estado (CARBONI, 2006, p. 180).

Conforme ensina Guilherme Carboni (2006, p. 97) essa função social se consubstancia na:

promoção do desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico, mediante a concessão de um direito exclusivo para a utilização e exploração de determinadas obras intelectuais por certo prazo, findo o qual, a obra cai em domínio público e pode ser utilizada livremente por qualquer pessoa.

Assim, o desafio que se impõe é o de equilibrar o direito de autor com o direito social de acesso à informação e à cultura, pois se exacerbados os direitos autorais tendem a deixar de ser mecanismos de difusão cultural para se transformarem em ferramentas de entrave ao acesso à cultura, em prol dos interesses econômicos de seus detentores. Em razão disso a aplicação de tais direitos não pode se afastar de sua função social.

3.2 – A função social dos direitos de autor na Convenção de Berna

Não bastasse o colocado acima, diversos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário consagram a função social dos direitos de autor ao privilegiarem o direito de acesso à cultura, tais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, a Convenção de

Genebra e o Acordo TRIPS. A Convenção de Berna destaca-se, no entanto, pois é o principal tratado sobre o assunto e, diferente dos outros mencionados, não se limita a consagrar o direito de acesso à cultura, mas define algumas diretrizes pelas quais a função da social da propriedade intelectual pode ser alcançada.

Com a propagação cada vez maior das obras intelectuais e a decorrente internacionalização dessas obras, tornou-se necessário estabelecer tratados internacionais que orientassem as legislações autorais das nações participantes, de forma a proporcionar proteção e garantia aos autores na publicação de suas obras no exterior, estabelecendo a reciprocidade no tratamento jurídico da autoria.

Em virtude desta necessidade surgiram diversos tratados, que culminaram com o surgimento da Convenção de Berna, realizada em 1886 na Suíça, onde os países signatários comprometeram-se a fazer valer as garantias de proteção aos autores ali estabelecidas em suas legislações nacionais. Ressalta-se que o texto da Convenção de Berna vigente atualmente corresponde à sua última revisão, realizada em 1971, com modificações registradas no ano de 1979. Por sua vez, o Brasil aderiu à Convenção de Berna com o decreto nº 75.699, de 06 de maio de 1975.

A Convenção de Berna não menciona expressamente a função social do direito de autor, mas ainda assim estabelece a possibilidade de se fixar limites à proteção absoluta, justificados pelo interesse público, na medida em que, conforme assevera Carboni (2006, p. 103/104) permite aos países signatários legislares sobre:

- (i) a reprodução não autorizada de obras em casos especiais, desde que tal reprodução não prejudique a exploração normal da obra nem cause um prejuízo injustificado aos interesses do autor;
- (ii) as citações tiradas de uma obra, que se tornou licitamente acessível ao público, na condição de serem conformes os bons costumes e na medida justificada pelo fim a atingir.
- (iii) as reproduções de obras literárias ou artísticas, a título de ilustração do ensino, por meio de publicações, emissões de radiodifusão ou de gravações sonoras ou visuais, na medida justificada pelo fim a atingir;
- (iv) a reprodução pela imprensa, a radiodifusão ou transmissão por fio ao público, dos artigos de atualidade de discussão econômica, política ou religiosa, publicados nos jornais ou recolhas periódicas, ou das obras radiodifundidas, tendo o mesmo caráter;

(v) a reprodução de obras literárias ou artísticas utilizadas no decurso de acontecimento da atualidade por meio de fotografia, de cinematografia ou por meio de radiodifusão ou de transmissão por fio ao público.

Daí se extrai a “regra dos três passos”, a qual permite que os Estados fixem limitações aos direitos de autor desde que respeitadas as seguintes condições: se trate de casos especiais; expressamente tipificados e de interpretação restrita; e que não atentem contra a exploração normal da obra nem causem prejuízo injustificado ao autor (CARBONI, 2006, p. 104/105).

Nesse sentido, cumpre esclarecer que a expressão “casos especiais” significa essencialmente que as hipóteses de utilização livre devem abranger um campo limitado de situações, não podendo ser de natureza ampla e genérica. Não obstante, entende-se que a restrição a casos especiais aplica-se tanto para o modelo legislativo que enumera taxativamente o rol de limitações dos direitos autorais, quanto àquele que aplica as exceções a cada caso concreto, como o americano (CARBONI, 2009, p. 75).

No que tange a “exploração normal da obra”, tem-se que

“a exceção não será permitida se cobrir qualquer forma de exploração que tenha ou possa vir a ter importância considerável. Não se poderia, pois, estabelecer uma exceção que limite, injustificadamente, um mercado comercialmente relevante já existente ou que plausivelmente surgirá. Mas, desde que haja um fim público e tal interferência seja por este fim maior justificada, a interferência será lícita”. (CARBONI (coord.), 2009, p. 75)

Por fim, o “prejuízo injustificado”, segundo Guilherme Carboni (2006, p. 105):

“reflete a necessidade de se estabelecer um equilíbrio entre a proteção dos direitos morais e patrimoniais do autor e o interesse público e de outros autores de terem acesso às obras protegidas, tanto para delas fruírem, como para poderem criar a partir das obras já existentes”.

Nesse sentido, o referido doutrinador ressalta que o prejuízo sempre existirá. Mas deve apresentar uma justificativa sob a ótica do interesse público. Ademais, o prejuízo deve incidir sobre interesses legítimos do detentor dos direitos de autor, entendidos esses como os autorizados ou permitidos por lei, sempre se levando em conta que mesmo direitos legítimos não podem ser exercidos de forma abusiva (CARBONI, 2009, p. 79).

Ou seja, a Convenção de Berna permite aos Estados adotarem limitações que possam ter impacto negativo no direito de autor, desde que tais limitações sejam socialmente justificáveis e não tenham escopo de lucro (Carboni, 2006, p. 106). Destarte, a partir de tais limitações os Estados deverão procurar atender o interesse público e com isso realizar a função social dos direitos de autor.

3.3 – Limitações aos direitos autorais na Lei nº 9.610 de 1998

Os direitos patrimoniais de autor constituem um meio para permitir que, em primeiro lugar, autores e titulares de direitos autorais sejam compensados pela criação e disseminação de obras novas e, como objetivo principal, que a sociedade como um todo seja beneficiada por um maior fluxo de conhecimento. Consequentemente, a proteção aos direitos exclusivos, por si só, não deve constituir a finalidade do sistema de direitos autorais, da mesma forma que a garantia à remuneração econômica dos autores e titulares de direitos autorais não deve ser feita em prejuízo ao acesso e utilização das obras protegidas (CARBONI, 2009, p. 82).

Nesse sentido, é pertinente o posicionamento de José de Oliveira Ascensão ao questionar se os direitos autorais de fato vêm sendo um mecanismo hábil a incentivar a criação cultural. Diante dessa arguição, chega-se a conclusão de que a exacerbada proteção autoral não é benéfica ao processo criativo. Como ensina Ascensão (2011, p. 29):

Todo direito autoral cria zonas de acesso interdito ou pelo menos de utilização condicionada. Mas, quanto mais se reforça o direito autoral mais se limita a normal liberdade de utilização de bens intelectuais. Estes são bens culturais, indispensáveis ao diálogo social. Mas por efeito do direito autoral deixam de poder ser utilizados livremente. No extremo, deixam de poder ser acedidos, se estiverem colocados na internet, ou de poder ser utilizados de todo por qualquer outro meio pelo mero arbítrio do titular – por exemplo, por descaso, ou para criar a escassez, que permita subir os preços num próximo lançamento.

Conforme assevera Carlos Alberto Bittar (2013, p. 20):

todo autor, antes de ser autor, fala um idioma que foi socialmente aprendido, lê livros que foram criados por outros autores, é educado num tipo de cultura determinada, nasce dentro de um arranjo e contexto sociais particulares, é formado dentro de um tipo de formação familiar, para, então, tornar-se autor.

Para Bittar, portanto, a obra estética carece do individual, como carece do que precede ao autor, ou seja, do coletivo. Continuando, o referido doutrinador ensina que a obra é fruto do espírito singular do autor que opera com qualidades pessoais o acervo de elementos que se encontram à disposição de todos por força das tradições e formas de transmissão da cultura do conhecimento e dos legados socialmente compartilhados. (BITTAR, 2013, p. 21).

Ou seja, é baseando-se na produção precedente que os autores criarão suas obras. Assim, ao cercear demasiadamente o acesso ao arcabouço cultural, a produção de novas obras tende a cair, tanto quantitativa quanto qualitativamente.

Destarte, é preciso estabelecer equilibradamente as restrições ao direito do autor, sem o preconceito de considerá-lo um direito absoluto, no sentido de não comportar limites, a fim que o incentivo à produção cultural não impeça o acesso às obras criativas, prejudicando a obtenção do retorno pela criação e deixando de realizar sua função social.

A Lei nº 9.610 de 1998 impõe determinados limites aos direitos de autor, seja restringindo a abrangência da proteção aos direitos do autor, seja sintetizando sua incidência dentro de um lapso temporal, conforme se verá adiante.

3.3.1 – A limitação temporal e o domínio público

De fato, primeiro fator de limitação dos direitos autorais é o tempo. Nesse sentido, o artigo 7º da Convenção de Berna dispõe que “*a duração da proteção concedida pela presente convenção compreende a vida do autor e cinquenta anos depois de sua morte*”, sendo que tal proteção pode se estender por lapso temporal superior a este a critério da legislação do país signatário, consoante expressa determinação do artigo 6º do mesmo dispositivo.

Assim, tem-se que no Brasil o prazo de proteção aos direitos patrimoniais do autor é de setenta anos contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua morte, sendo igual prazo aplicado às obras póstumas, conforme o artigo 41 da Lei nº 9.610 de 1998.

Por sua vez, o artigo 42 da Lei nº 9.610 de 1998 dispõe sobre o prazo de proteção da obra realizada em coautoria, nesse caso, em virtude do prazo de setenta anos ser indivisível, este será contado a partir da morte do último dos coautores sobreviventes. Caso algum dos coautores faleça sem deixar sucessores seus direitos patrimoniais serão acrescidos à cota dos sobreviventes.

Igualmente de setenta anos é o prazo de proteção dos direitos patrimoniais sobre as obras anônimas ou pseudônimas, sendo contado a partir de 1º de janeiro do ano imediatamente posterior ao da primeira publicação da obra. Porém, se o autor declarar sua identidade antes do término desse prazo, valerá o disposto no artigo 41 da Lei nº 9.610 de 1998, de acordo com o artigo 43 da mesma legislação.

No que tange aos direitos morais, o direito de paternidade e de nomeação, o direito de inédito e direito de assegurar a integridade da obra subsistem mesmo após a morte do autor, sendo transmitidos aos seus sucessores e ao Estado, quando a obra cai em domínio público, consoante o artigo 24, §§ 1º e 2º da Lei nº 9.610 de 1998. Segundo Guilherme Carboni (2006, p. 162) a “*transmissão desses direitos aos sucessores do autor e ao Estado*

tem como fundamento o interesse público na preservação da obra e, principalmente, em assegurar sua paternidade, mesmo após a morte do autor.”.

Destarte, após o transcurso do lapso temporal de setenta anos, a obra fica livre para utilização, ressalvada a proteção aos direitos morais não atingidos pela morte do autor, cuja proteção passa a ser responsabilidade do Estado. Ou seja, estar em domínio público significa que a obra poderá ser utilizada pelo público em geral, sem necessidade de autorização prévia e sem a necessidade de pagamento de retribuição pela utilização.

Sérgio Branco (2011, p. 254) ressalta que a obra que ingressou em domínio público poderá ser utilizada por qualquer pessoa, independente de remuneração ou autorização, e classifica essa faculdade como um direito subjetivo, oponível *erga omnes*. Destarte, informa que mesmo que um particular seja o proprietário do suporte físico da obra intelectual caída em domínio público, esta deve poder ser livremente acessada e reproduzida, e coloca que qualquer obstáculo ao legítimo exercício do uso de obra em domínio público deve ser encarado como violação a direito subjetivo, devendo ser tomadas as medidas judiciais cabíveis no caso concreto.

Conforme ensina Branco (2011, p. 254), a função social do domínio público se realiza quando o seu conteúdo serve como garantia aos direitos integrantes da dignidade da pessoa humana. Entre estes direitos, destaca o direito à livre expressão do pensamento, o direito à educação, o direito de acesso ao conhecimento e à cultura, o direito ao lazer, e o direito à livre iniciativa e à exploração econômica das obras em domínio público.

Cabe indagar, no entanto, se o lapso temporal até a obra entrar em domínio público é condizente com o cumprimento de sua função social, ao que se chega a uma resposta negativa. José Oliveira Ascensão (2011, p. 22) assevera que esse prazo é exagerado e que não tem nenhuma relevância prática no sentido de incentivar a produção cultural, nesse sentido, o referido doutrinador questiona:

“Que interesse ou estímulo sente um autor por saber que mesmo após a sua morte o exclusivo virá a durar setenta anos? Que irá porventura beneficiar os pentanetos? Ninguém é impulsionado à criação para eventuais pentanetos. O alongamento do exclusivo, que é feito invocando a proteção do autor, é um logro, porque não é o autor quem é beneficiado”.

Continuando, Ascensão (2011, p. 23) coloca que quem é realmente beneficiado com os longos prazos de proteção são as empresas de *copyright*, às quais procuram um monopólio mais amplo possível e pretendem tirar o máximo de proveito de cada bem, sem nenhuma preocupação com o interesse social na liberdade dos bens intelectuais.

Corroborando essa opinião, Sérgio Branco (2011, p. 271) esclarece que um prazo tão longo representa um desequilíbrio nas relações entre autor e sociedade. Nesse sentido, assevera que os frutos econômicos decorrentes da exploração da obra normalmente se esgotam antes de decorrido o lapso temporal de setenta anos, enquanto é praticamente impossível que qualquer pessoa viva tanto tempo a ponto de desfrutar livremente de uma obra de um contemporâneo por esta ter ingressado em domínio público.

Nesse sentido:

“Todos aqueles que criam obras artísticas são inevitavelmente influenciados por toda a produção cultural que lhes serve de fonte. Desde sempre o homem criou a partir de trabalhos alheios. O domínio público permite que essa tendência natural seja exteriorizada sem se tornar dependente de autorização por parte de quem quer que seja, ou de pagamento pelo uso da obra.” (BRANCO, 2011, p. 277)

Ou seja, com um prazo de proteção exageradamente extenso a cultura perde seu elemento de atualidade, prejudicando as novas criações e a formação de uma identidade específica de cada época.

Cumprir lembrar que, para além do simples acesso, o domínio público permite a produção de obras derivadas, ou seja, a criação de novos trabalhos a partir da versão original, que poderão ser aproveitados economicamente.

É indubitável que a garantia do uso de obras caídas em domínio público contribui para a efetivação de diversos princípios garantidos constitucionalmente, os quais são mais facilmente alcançados na medida em que a sociedade tem um acervo em domínio público amplo e de fácil acesso. No entanto, a atual regulação do instituto não está em plena consonância com os dispositivos constitucionais que pregam o acesso à cultura e o desenvolvimento nacional, uma vez que, pelo exagerado prazo de proteção, o instituto deixa de atender às razões sociais e econômicas que se espera dele, ainda mais quando os tratados e declarações internacionais permitem um prazo de proteção mais curto. (BRANCO, 2011, p. 278)

3.3.2 – As limitações de interesse público

Além do elemento tempo, a Lei nº 9.610 de 1998 trás outras limitações aos direitos de autor, enumeradas taxativamente nos artigos 46 a 48, que são hipóteses de livre utilização de uma obra protegida.

Isto posto, cumpre observar que José de Oliveira Ascensão (p. 248/249 *apud* CARBONI, 2006, p. 167), distingue duas hipóteses de reprodução da obra intelectual, conforme envolva ou não o uso privado da obra intelectual. Para Ascensão, o uso privado

foge da esfera de incidência do direito de autor, pois ainda que tal utilização privativa possa diminuir os lucros da atividade criativa, não é função do direito de autor garantir essa lucratividade.

Nesse sentido, Carboni (2006, p. 75) ensina que:

“Ao contrário das leis de incentivo fiscal à produção de bens culturais, o direito de autor não funciona como uma recompensa ou reembolso direito ao autor pelas despesas ocorridas com o ato da criação. É somente com a exploração econômica da obra [...] que o autor será recompensado ou ressarcido pela sua criação.”

Assim, seguindo o pensamento de Ascensão (1997, p. 248/249 *apud* CARBONI, 2006, p. 167), a repressão deve se dar apenas quando a reprodução está relacionada à comercialização ilícita. Porém, assevera que o principal problema envolve outras formas de utilização da obra intelectual que não a estritamente privativa ou ao comércio ilícito, pois nesse caso tem-se de um lado o interesse na expansão dos meios de informação no ensino, na investigação científica, na empresa e na comunicação pública em geral, e de outro a defesa dos interesses dos titulares quanto ao benefício pela utilização da obra.

Tal situação demonstra que as limitações previstas na Lei nº 9.610 de 1998 não são suficientes para atender as demandas sociais sobre a utilização da propriedade intelectual, uma vez que tais limitações se prestam apenas superficialmente a atender a finalidade sociocultural e educativa dos direitos autorais.

Em especial tem-se a problemática da cópia privada, pois esse que seria um dos principais meios para garantir a efetivação da função social da propriedade intelectual torna-se praticamente infrutífero em razão das restrições que a lei coloca à sua realização, conforme será esmiuçado adiante.

3.3.2.1 – A problemática da cópia privada

Em meio às limitações previstas pelo artigo 46, da Lei nº 9.610 de 1998, encontra-se a previsão no inciso II, de que não constitui ofensa aos direitos autorais: “*a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro*”.

Por sua vez, a Lei nº 5.988 de 1973, revogada pela atual lei de direitos autorais, ao tratar das limitações, trazia em seu artigo 49, inciso II a determinação sobre a cópia privada, considerando que não representava ofensa aos direitos do autor: “*a reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contanto que não se destine à utilização com intuito de lucro*”.

Ou seja, em um retrocesso, a partir da Lei nº 9.610 de 1998 a cópia integral de qualquer obra tutelada pelo direito de autor tornou-se proibida. Verifica-se ainda que a lei coloca uma série de restrições à cópia privada, quais sejam, seja feita a cópia em um único exemplar e apenas de pequenos trechos, seja de uso privado do copista, que a cópia seja feita pelo próprio copista, bem como esteja ausente o intuito de lucro.

Justifica-se essa restrição da cópia privada a “pequenos trechos” em função do prejuízo que a cópia acarretaria aos interesses econômicos dos titulares de direitos de autor. No entanto, é preciso se ter em conta que para se computar um prejuízo é preciso assumir que existe um mercado legal para a aquisição de obras, e há casos em que esse mercado simplesmente não existe, seja porque a obra não se encontra mais disponível, seja porque não se encontra no formato desejado (CARBONI, 2009, p. 95/96).

Ademais, não se pode assumir que todas as cópias realizadas substituem a aquisição de um exemplar original. Nesse sentido, só seria adequado calcular como perda causada aos autores aquelas cópias que substituiriam a aquisição de um exemplar original, sendo que esse número é inferior ao total de cópias produzidas, seja porque a obra em questão não está disponível para aquisição, no caso, por exemplo, de edições esgotadas, seja porque o copista encontra-se fora do mercado. Destarte, chega-se a ideia de que o uso da cópia pelas parcelas menos abastadas da população não afetaria em nada o titular dos direitos de autor, nem retiraria desse direito seu caráter de incentivador à produção cultural, exatamente porque tais copistas estão fora do mercado, ou seja, não iriam adquirir a obra original, pois não teriam recursos financeiros para tanto, por outro lado, permitindo-se a cópia nesses casos, o direito de autor cumpriria sua função social. Portanto é importante que o cálculo dos prejuízos causados seja feito com cautela e não assumindo que toda e qualquer cópia cause prejuízo econômico aos autores (CARBONI, 2009, p. 95/96).

Cumprir destacar ainda que a Lei nº 9.610 de 1998 não definiu o que seriam “pequenos trechos”. Assim, apesar da clara preocupação com a proteção dos interesses dos titulares de direitos de autor, a lei deixa a cargo do bom senso do copista a dosagem do que seria lícito copiar. A restrição da cópia a um único exemplar se dá em virtude da presunção de que isso seria o suficiente para permitir que um indivíduo faça uso privado de uma obra, no entanto tal restrição é excessiva, uma vez que observada a finalidade de uso privado e a ausência do intuito lucrativo, seria indiferente o número de cópias produzidas (CARBONI, 2009, p. 95/96).

No que tange ao uso privado, essa restrição se refere ao fato de que a obra não deve ser submetida ao aproveitamento coletivo, podendo, no entanto, ser disponibilizada para outras pessoas além do ambiente íntimo e de relacionamento pessoal do copista (CARBONI, 2009, p. 88).

Nesse sentido, tem-se abaixo um exemplo desse entendimento pelo Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO DE AUTOR. RECURSO ESPECIAL. ECAD. EXECUÇÕES MUSICAIS. EVENTO RELIGIOSO. AUSÊNCIA DE FINS LUCRATIVOS. ECOBRANÇA DE INGRESSO. RECESSO FAMILIAR. ART. 46, VI, DA LEI N.º 9.610/98. REGRA DOS 3 (TRÊS) PASSOS. DIREITOS AUTORAIS NÃO DEVIDOS. I. A Lei n.º 9.610/98, regulando a matéria de forma extensiva e estrita, aboliu o auferimento de lucro direto ou indireto pela exibição da obra como critério indicador do dever de pagar retribuição autoral, erigindo como fato gerador da contribuição tão somente a circunstância de se ter promovido a exibição pública da obra artística, em local de frequência coletiva. **II. Quanto às execuções musicais, estas não dependem de autorização do autor quando realizada no recesso familiar ou para fins exclusivamente didáticos nos estabelecimentos de ensino, desde que não haja intuito de lucro.**

III. Entende-se por "recesso familiar" não apenas o recinto do lar, em sentido estritamente físico. A atuação que se permite é aquela realizada nos limites do círculo familiar e com "intuito familiae". Dessa forma, a execução que se der num local onde não seja a residência da família, mas se encontra, momentaneamente, a intenção de gerar um ambiente familiar, não deve sofrer a incidência de encargos autorais. IV. De acordo com a Regra dos 3 Passos, será admissível limitar o direito de exclusivo do autor quando: (i) se estiver diante de certos casos especiais; (ii) a utilização não prejudicar a exploração normal da obra e (iii) a utilização não causar prejuízo injustificada aos legítimos interesses do autor. V. Recurso especial conhecido e provido. (*grifos nossos*)

Processo: REsp 1320007/SE Recurso Especial 2012/0082234-4, relator: Ministra Nancy Andrighi; órgão julgador: Terceira Turma, data do julgamento: 04/06/2013, fonte/data da publicação: DJe 09/09/2013

Por sua vez, a exigência de que a cópia seja feita pelo próprio copista parece sem razão de ser, a não ser causar entrave à realização da cópia privada, como bem colocado no trecho adiante:

“Parece-nos inadequado exigir que a cópia seja feita pelo próprio copista, especialmente nos casos em que os meios para realizar a cópia são inacessíveis, de modo geral, aos usuários das obras. Não parece razoável concluir que aqueles que possuam os meios financeiros para possuir um equipamento de reprodução (tal como uma máquina copiadora) possam realizar cópias livremente ao passo que os que não possuam condições de ter tais equipamentos não possam fazê-lo. Além disso, tal interpretação restringiria também a reprodução de uma obra feita à mão por um terceiro a pedido de outra pessoa. Claramente,

pouco feito será causado à exploração da obra pelo autor, não obstante uma interpretação estrita vedar tal prática.” (CARBONI, 2009, p. 88).

Por fim, a ausência do intuito de lucro é traduzida no sentido de que a utilização da obra não pode visar o enriquecimento financeiro ou ser comercial.

Ora, muitas são as situações que podem envolver a cópia privada, tais como a reprodução de uma obra esgotada, a reprodução para a preservação do original, a reprodução de uma obra para a produção de compilações particulares, a reprodução de obras para utilização em outros tipos de formato ou aparelhos ou para que o usuário possa dela desfrutar em um momento mais conveniente e a reprodução de livros em bibliotecas para fins de estudo e pesquisa, bem como o acesso por aquelas pessoas que estão fora do mercado, impossibilitadas financeiramente de adquirirem a obra original. Por essa razão são válidos os dizeres de José de Oliveira Ascensão (1997, p. 164 *apud* CARBONI (coord.), 2009, p. 105) quando assevera que:

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

Com isso espera-se ter demonstrado a insuficiência e inadequação das limitações aos direitos de autor determinadas na Lei nº 9.610 de 1998, fim de assegurar o cumprimento da função social de tais direitos. Destarte, a seguir abordar-se-á algumas alternativas ao modelo atualmente empregado.

4. O ACESSO À CULTURA E A FUNÇÃO SOCIAL DOS DIREITOS DE AUTOR

Como colocado acima, é de interesse público estimular a produção e a difusão de bens culturais, o que deve ser feito através da efetiva proteção aos direitos autorais, respeitando-se sua função social, de forma a incentivar o aproveitamento das obras produzidas.

Destarte, é preciso reconhecer que os dispositivos da Lei nº 9.610 de 1998 não são satisfatórios para o tratamento de todas as questões envolvidas, pois a exacerbada proteção aos interesses patrimoniais dos titulares dos direitos de autor impede que a função social da propriedade intelectual se realize plenamente, cerceando a liberdade de utilização das obras, a qual deveria prevalecer em algumas situações patentemente necessárias e aceitáveis, como é o supracitado caso da cópia privada.

Isto posto, neste tópico serão apresentadas algumas alternativas aptas a conduzir a um melhor aproveitamento social das obras criativas favorecendo o acesso à cultura e demonstrando a função social dos direitos de autor.

4.1 – A opção aos países subdesenvolvidos oferecida pela Convenção de Berna

A natureza *sui generis* dos direitos autorais torna o licenciamento compulsório uma alternativa delicada no que se refere aos direitos autorais, em razão dos direitos morais de autor não serem suscetíveis de alienação ou transmissão, ainda mais sem a vontade do autor (CARBONI, 2009, p. 132). Não obstante, seguindo a “regra dos três passos” já mencionada anteriormente, a Convenção de Berna permite aos Estados adotarem limitações que possam ter impacto negativo no direito de autor, desde que tais limitações sejam socialmente justificáveis e não tenham escopo de lucro (CARBONI, 2006, p. 106).

Em razão disso, a Convenção de Berna conferiu aos países subdesenvolvidos a possibilidade de licenciamento compulsório para a tradução de obras que não tenham sido traduzidas em uma língua de uso geral da nação após um período de três anos, ou de um período mais longo a ser determinado pela legislação do país em questão, a contar da data da primeira publicação de uma obra, ou ainda caso estejam esgotadas todas as edições da sua tradução.

Conforme o artigo IV do Anexo da Convenção de Berna, a licença compulsória apenas poderá ser concedida:

se o requerente, em conformidade com as disposições em vigor no país em causa, justificar ter pedido ao titular do direito a autorização para fazer uma tradução e publicá-la, ou para reproduzir e publicar a edição conforme o caso, e não ter podido obter a sua autorização, ou, após as devidas diligências da sua parte, não o ter podido localizar. Ao mesmo tempo em que formula este pedido junto do titular do direito, o requerente deve informar do fato qualquer centro nacional ou internacional de informação.

Por sua vez, o artigo II, item 5, do referido anexo limita o uso da licença compulsória para a tradução ao âmbito escolar, universitário ou de pesquisa. Em respeito ao direito moral do autor de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, o artigo II, item 8, do Anexo determina que “*nenhuma licença pode ser concedida em virtude do presente artigo quando o autor tenha retirado da circulação todos os exemplares da sua obra*”.

No entanto, consoante o artigo I do Anexo à Convenção de Berna, para fazerem jus à faculdade da licença compulsória, os países em desenvolvimento deveriam entregar uma

notificação ao Diretor Geral no momento do depósito de adesão ou ratificação daquele tratado, manifestando a vontade de fazerem uso da série de faculdades que visam facilitar a circulação e produção de bens intelectuais nos países subdesenvolvidos. O referido artigo também confere a possibilidade de se invocar o benefício posteriormente através de uma declaração conforme os ditames do próprio Anexo, conforme o artigo I, item 1:

“Artigo I

1) Qualquer país considerado de conformidade com a prática estabelecida na assembleia Geral das Nações Unidas, como país em via de desenvolvimento, que ratifique o presente Ato, do qual o presente Anexo forma parte integrante, ou que a ele adira, e que, em vista de sua situação econômica e de suas necessidades sociais e culturais, em condições de tomar as disposições próprias para assegurar a proteção de todos os direitos, tais como previsto no presente ato pode, mediante notificação deposita junto ao Diretor-Geral, no momento do depósito de seu instrumento de ratificação ou de adesão ou, sem prejuízo no disposto no artigo V.1) c), em qualquer data ulterior, declarar que invocará o benefício da faculdade prevista pelo artigo II ou daquela prevista pelo artigo III ou de ambas as faculdades. Pode, em lugar de invocar o benefício da faculdade prevista pelo artigo II, fazer uma declaração conforme o artigo V. 1) a).

Ocorre que o Brasil, ao aderir à Convenção de Berna optou por não fazer uso das vantagens oferecidas pelo Anexo, deixando de depositar a declaração mencionada no artigo I, item 1, e assim renunciando às vantagens e facilidades proporcionadas aos países em desenvolvimento para a difusão cultural, desprestigiando injustificadamente a função social dos direitos de autor (CARBONI, 2009, p. 133).

4.2 – Licenciamento compulsório

O mecanismo do licenciamento compulsório pode ser mais abrangente mais casos do que o proposto pela Convenção de Berna. Adotada originalmente pelos Estados Unidos da América, o mecanismo da licença compulsória permite que o indivíduo use e divulgue a obra sem a necessidade de obter uma autorização do titular dos direitos, mas apenas pagando o preço pelo uso. No Brasil, porém, jamais houve previsão legislativa acerca dessa possibilidade no âmbito dos direitos de autor (CARBONI, 2006, p. 134 e 136).

Ocorre que, apesar da adoção de mecanismos de licenciamento compulsório nos mostrar um maior potencial para resultados rápidos e eficientes, não se coaduna com o ordenamento jurídico brasileiro, de forma que, para sua aplicação, seria necessário algumas adequações para sua efetivação, como: (i) o cabimento e a conveniência da criação de um órgão administrativo com a prerrogativa de conceder licenças estipular retribuições, gerenciar os ganhos provenientes de tais licenças, bem como arbitrar conflitos de interesses

baseados no exercício de direitos autorais e direitos conexos, bem como (ii) o cabimento e a conveniência do desenvolvimento de instrumentos jurídicos e de uma ação judicial específica para a concessão de licenças compulsórias, cuja análise e decisão caberia ao Poder Judiciário (CARBONI, 2009, p. 146).

Destarte, tanto a via administrativa quanto a judiciária poderiam ser hábeis para a realização do licenciamento compulsório, feitas as conformações necessárias.

A fim de manter um equilíbrio com os direitos de autor e a devida proteção aos titulares desse direito, também seria preciso que fosse definido um conceito do que seriam “obras injustificadamente mantidas fora do alcance do público”. Outrossim, aponta-se a necessidade de registro da obra, para que só assim ela passasse a contar com a proteção dos direitos autorais (CARBONI, 2009, p. 146).

Assim, tem-se que, apesar do licenciamento compulsório exigir algumas mudanças estruturais na organização dos direitos autorais atual, é um mecanismo válido para a efetivação da função social dos direitos de autor, pois ao mesmo tempo em que contribui ativamente para o acesso à cultura, prestigia os direitos patrimoniais de autor, prevendo remuneração e indenização pela utilização da obra.

4.3 – Desapropriação

O Decreto-Lei nº 3.365 de 1961, o qual regula as desapropriações por utilidade pública, dispõe expressamente sobre a possibilidade de desapropriação em sede de propriedade intelectual em seu artigo 5º, alínea “o” quando coloca:

Artigo 5º - Consideram-se casos de utilidade pública:

[...]

o) a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária;

[...]

Consoante o artigo 6º do Decreto-Lei nº 3.365 de 1961, essa utilidade pública deve ser declarada por decreto do Presidente da República, do Governador ou do Prefeito, sendo vedado ao Poder Judiciário no processo de desapropriação decidir sobre esse mérito, o que é determinado no artigo 9º do mesmo texto legal (BRASIL, 1961).

Questiona-se, no entanto, se o instituto da desapropriação teria deixado de incidir sobre a propriedade intelectual por macular os direitos morais de autor, consagrados no ordenamento pátrio com a edição da Lei nº 9.610 de 1998. Repare que, mesmo que a desapropriação se propusesse a atingir apenas a esfera patrimonial dos direitos de autor, o artigo 24, incisos III e VI da referida Lei nº 9.610 de 1998 coloca que o autor possui os

direitos morais de inédito e de arrependimento, os quais fatalmente seriam atingidos pela desapropriação.¹

Por essa razão Bittar (2013, p. 128/129) coloca que:

“Não se pode, com efeito, entender como se conciliário o exercício do poder expropriatório com os dos direitos personalíssimos do autor, à luz da evolução, inclusive legislativa, havida quanto à concepção e à natureza dos direitos autorais. Ademais, a prática revelar-se-ia de sufocante e inadmissível ingerência estatal sobre a liberdade de expressão e sobre direitos morais, especialmente em temas de direitos fundamentais da pessoa humana, que a moderna consciência jurídica repele, e a Constituição de 1988 não permite (artigo 5º, inciso XXVII).”

Outrossim, segundo Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida (1986, p. 350 *apud* CARBONI, 2009, p. 132), o referido decreto não é compatível com a Lei nº 9.610 de 1998, uma vez que esta consagra os supramencionados direitos morais de inédito e de arrependimento que, como direitos da personalidade, não seriam passíveis de desapropriação. De acordo com a referida autora, a desapropriação somente poderia ocorrer quando a recusa, devidamente fundamentada, do autor a divulgar obra inédita ou reeditar obra já publicada estiver baseada “em motivos outros que não, respectivamente, o direito de inédito ou de arrependimento” e, para tanto, deve o Estado, previamente à desapropriação, notificar o autor para que decline, de modo fundamentado, os motivos de sua recusa, não sendo aceitáveis meros caprichos pessoais. E conclui, dizendo que somente a recusa fundada em direito de inédito ou de arrependimento seria hábil a obstar a desapropriação.

Por sua vez, José Afonso da Silva (2012, p. 269 *apud* SANTOS; DI NAPOLI, 2013, p. 10) se posiciona nesse mesmo sentido, colocando que a desapropriação não pode ocorrer enquanto o autor da obra estiver vivo, já que conservá-la inédita ou fora de circulação se inclui entre os seus direitos morais, personalíssimos e inalienáveis.

No entanto, ressalta-se que, apesar do fundamento teórico da desapropriação ser a supremacia do interesse coletivo sobre o individual, quando incompatíveis estes também há a preocupação com o direito individual, ao prever a justa indenização (SANTOS; DI NAPOLI, 2013)

¹ Artigo 24 – São direitos morais do autor:

[...]

III - o de conservar a obra inédita;

[...]

VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

[...]

Destarte, não se trata de privar o autor de seu justo direito, visto que a obra será ligada perenemente ao seu autor, o qual merece uma justa compensação pelo seu trabalho criativo, o que incluirá a remuneração e indenização em caso de desapropriação SANTOS; DI NAPOLI, 2013, p. 20).

Ao indenizar o autor de modo justo, estarão garantidos os direitos individuais dos autores e, ao mesmo tempo se possibilita a concretização da função social da propriedade intelectual. Ou seja, desapropriar uma obra intelectual não significa despojar, mas sim possibilitar que a sociedade tenha acesso a determinada obra, democratizando as possibilidades de vivência cultural sem a necessidade do consentimento do autor, necessidade esta que pode gerar entraves ao desenvolvimento e difusão do saber. .

Assim, a fim de privilegiar a função social da propriedade intelectual, a desapropriação deve ocorrer sempre que necessária à propagação da cultura.

4.4 – Copyleft

O *copyleft* originou-se como uma alternativa ao *copyright*, que é o modelo padrão de proteção autoral, segundo o qual o autor tem todos os direitos reservados sobre sua obra. Assim sendo, segundo o *copyright* a modificação, alteração, distribuição e a criação de obra derivada, só podem ser realizadas com a expressa permissão do autor. Por sua vez, com o *copyleft* tais usos são permitidos sem a necessidade de autorização (LEMOS; VIEIRA BRANCO, 2006).

Destarte, conforme ensina Guilherme Carboni (2010, p. 162), o mecanismo do *copyleft* pode ser entendido como:

“uma forma de usar a legislação de proteção dos direitos autorais como o objetivo de retirar barreiras à utilização, difusão e modificação de uma obra criativa devido à aplicação clássica das normas de propriedade intelectual, sendo assim diferente do domínio público que não apresenta tais restrições.”

Complementando, o supramencionado autor assevera que as licenças de *copyleft* permitem que qualquer um possa utilizar, modificar e redistribuir determinada obra desde que, ao redistribuí-la, mantenha essas mesmas condições de licença (CARBONI, 2010, p. 162). Tal modelo originou-se no âmbito do desenvolvimento de *software*, no entanto, atualmente se estendeu para outros campos criativos, dando origem ao *creative commons*, detalhado abaixo.

4.5 – *Creative Commons*

O projeto *creative commons* foi elaborado por Lawrence Lessig, professor da Universidade de Stanford nos Estados Unidos da América, tendo sido traduzido e adaptado à legislação autoral brasileira pelo Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (CARBONI, 2010, p. 164).

O projeto oferece aos autores uma alternativa ao modelo de proteção autoral pré-estabelecido em lei, o *copyright*, que declara aos potenciais usuários que todos os direitos sobre aquela obra são reservados ao autor. Por sua vez, as licenças do *creative commons* permitem que os autores renunciem publicamente a certos direitos conferidos pela legislação. Ou seja, os titulares dos direitos de autor desistem de algumas prerrogativas enquanto mantêm outras.

Portanto, a proposta do *creative commons* é alcançar um meio-termo consistente em “nem todos os direitos reservados” nem “nenhum direito reservado”, mas sim “alguns direitos reservados”, que permita aos criadores disponibilizar o conteúdo de suas obras de acordo com sua conveniência.

Nesse sentido, o site do *Creative Commons Brasil* conceitua o projeto da seguinte maneira:

“*Creative Commons Brasil* é um projeto sem fins lucrativos que disponibiliza licenças flexíveis para obras intelectuais. O *Creative Commons Brasil* disponibiliza opções de licenças que garantem proteção e liberdade de artistas e autores. Partindo da ideia de ‘todos os direitos reservados’ do direito autoral tradicional nós a recriamos para transformá-la em ‘alguns direitos reservados’.”

O *creative commons*, portanto, baseia-se na premissa de que o autor tem liberdade legal para permitir ou não o uso de sua obra e em que termos esse uso pode ocorrer, o que se faz através de licenças que criam uma alternativa ao direito de propriedade intelectual tradicional, pois em vez de restringir-se ao modelo criado por lei, deixa a cargo do autor definir a abrangência das limitações que cairão sobre sua obra.

Conforme ensina Guilherme Carboni (2010, p. 163):

“Ao conceder a licença “*creative commons*” o autor deverá optar positiva ou negativamente em relação aos quatro tópicos seguintes: (a) se haverá ou não obrigatoriedade de o usuário sempre ter de atribuir a autoria; (b) se haverá ou não permissão para uso comercial; (c) se haverá ou não permissão para a realização de obra derivada; e (d) se a obra será ou não aberta para o domínio público.”

Ressalta-se ainda que a licença *creative commons* determina a obrigatoriedade de o usuário somente poder disponibilizar a obra com base na mesma licença e sob a mesma

forma, no que se refere às possibilidades enumeradas acima, em que recebeu a licença do autor original. Outrossim, destaca-se que no Brasil não existe a possibilidade de o autor deixar a obra aberta para o domínio público (CARBONI, 2010, p. 164/165). Os detentores dos direitos de autor, seja o próprio criador da obra ou seus sucessores, é que decidem aderir ou não ao *creative commons*. Para tanto, só precisam acessar o site do projeto² e escolher a licença que melhor atenda aos seus interesses, havendo, inclusive, a possibilidade de realizar combinações entre elas.

Destarte, o autor pode escolher rápida e facilmente entre as opções de licença, sem a burocracia de uma autorização formal para o uso da obra. O tipo de permissão escolhida, ou seja, quais utilizações poderão ser dadas a obra, são informadas aos usuários através de símbolos explícitos e em linguagem acessível ao público em geral.

Trata-se, como ensina Carboni (2009, p. 42) de um direito flexível, que não se opõe ao direito de autor tal como concebido atualmente, mas que tenta complementá-lo e oferecer uma alternativa para os casos em que esse direito se mostre demasiadamente rígido.

Por fim, é válida a posição de Ângela Kretshmann (2011, p. 236) ao afirmar que o *Criative Commons* torna evidente a insatisfação de grande parte, ou ao menos de um número considerável, de pessoas em relação ao direito. Destarte, destaca que o *creative commons* funciona como um instrumento de facilitação ao acesso de obras protegidas, ainda que a partir da exclusiva vontade expressamente manifestada do autor, consubstanciando-se em um poderoso instrumento de crítica ao sistema de direito autoral.

4.6 – Fair Use

Fair use significa uso justo, e é a denominação do sistema pelo qual os Estados Unidos definem limites aos direitos autorais. Ao contrário do rol taxativo de limites encontrados na Lei nº 9.610 de 1998, o *fair use* se caracteriza pela utilização de uma cláusula geral aberta, onde apenas determinados fatores são previstos e a interpretação é feita em conformidade com cada caso concreto (CARBONI, 2009, p. 127).

Um rol taxativamente previsto em lei torna rígida a interpretação do direito, impossibilitando a melhor aplicação do sistema normativo ao interesse público. Devido a esse fato é interessante um sistema que permita aos interpretes da lei a flexibilizarem, adaptando-a para os casos em que o interesse social sobrepuje o interesse privado. Assim,

² <http://creativecommons.org.br/>

normas mais fluídas permitiriam que o direito de autor fosse respeitado, ao mesmo tempo em que não prejudicariam o interesse social da coletividade.

Em razão disso, a Comissão de Direito Autoral da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI) apresentou uma proposta de alteração legislativa relativa ao artigo 46 da Lei nº 9.610 de 1998, reconhecendo assim que os limites atualmente impostos são insatisfatórios, tendo em vista sua precária eficácia para resolver conflitos entre os interesses dos titulares dos direitos de autor e o interesse público de acesso ao conhecimento. Resumidamente pode-se dizer que a proposta amplia o rol de limitações dos direitos autorais por meio de princípios gerais a serem aplicados ao caso concreto, no lugar do rol taxativo de hipóteses.

Se adotada a referida proposta, o artigo 46 da Lei nº 9.610 de 1998 passaria a ter a seguinte redação:

Artigo 46 – Não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução parcial ou integral, a distribuição e qualquer forma de utilização de obras intelectuais que, em função de sua natureza, atenda a dois ou mais dos seguintes princípios, respeitados os direitos morais previstos no art. 24:

I – tenha como objetivo crítica, comentário, noticiário, educação, ensino, pesquisa, produção de prova judiciária ou administrativa, uso exclusivo de deficientes visuais em sistema Braile ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários, preservação ou estudo da obra, ou ainda, para demonstração à clientela em estabelecimentos comerciais, desde que estes comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização, sempre na medida justificada pelo fim a atingir;

II – sua finalidade não seja essencialmente comercial para o destinatário da reprodução e para quem se vale da distribuição e da utilização das obras intelectuais;

III – o efeito no mercado potencial da obra seja individualmente desprezível, não acarretando prejuízo à exploração normal da obra.

Parágrafo Único. A aplicação da hipótese prevista no inciso II deste artigo não se justifica somente pelo fato de o destinatário da reprodução e quem se vale da distribuição e utilização das obras intelectuais ser empresa ou órgão público, fundação, associação ou qualquer outra entidade sem fins lucrativos.

Nesse sentido, Guilherme Carboni (2006, p. 134) assevera que por ser um princípio geral e não um rol fechado de situações legalmente definidas de restrições aos direitos de autor, o *fair use* permite uma maior flexibilidade do poder judiciário para efetivar o interesse público de livre utilização de obras intelectuais sobre o interesse particular do autor pela sua proteção.

Sobre isso, o referido doutrinador leciona:

“Verifica-se, portanto, que as limitações aos direitos autorais traçadas pela legislação brasileira não são suficientes para resolver os conflitos

entre o direito individual do autor e o interesse público à livre utilização de obras intelectuais. A enumeração fechada dessas limitações contraria a função social do direito de autor. É por essa razão que se pode argumentar que a regulamentação das limitações aos direitos autorais deveria se dar na forma de princípios gerais (tal como no fair use norte-americano) e não na enumeração de situações taxativas. Isso porque o princípio geral pode ser moldado pelo juiz no caso concreto, além de sobreviver mais facilmente às mudanças sociais e tecnológicas.” (CARBONI, 2006, p. 134)

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto pela exposição acima o ordenamento brasileiro possui uma forte vertente patrimonialista, tendendo privilegiar os interesses dos titulares dos direitos de autor em detrimento do direito de acesso à cultura. De fato, o longo tempo de proteção até que a obra entre domínio público, bem como os entraves colocados à realização da cópia privada, demonstra claramente essa tendência patrimonialista.

Destarte, é preciso reconhecer que os dispositivos da Lei nº 9.610 de 1998 não são satisfatórios para o tratamento de todas as questões envolvidas, pois a exacerbada proteção aos interesses patrimoniais dos titulares dos direitos de autor impede que a função social da propriedade intelectual se realize plenamente, cerceando a liberdade de utilização das obras, a qual deveria prevalecer em algumas situações patentemente necessárias e aceitáveis.

Tanto o direito de acesso à cultura quanto o direito de autor são protegidos constitucionalmente, havendo, pois, que se estabelecer um equilíbrio entre ambos. Para tanto, deve-se ter o interesse público como limite para os direitos de autor, para além do rol taxativo de limitações previsto pela Lei nº 9.610 de 1998. Nesse sentido foram apresentados alguns mecanismos aptos a conduzir a uma reestruturação dos direitos de autor, privilegiando sua vertente social em prol de um equilíbrio entre os interesses patrimoniais e o interesse público. No entanto, a efetivação de tais mecanismos depende de um esforço estatal nesse sentido, sendo que a vertente patrimonialista adotada pelo direito pátrio não parece levar a esta necessária adequação.

Ressalta-se que o direito de autor não deve ser um fim em si mesmo, assim, não deve voltar-se unicamente para a proteção dos autores, mas constituir um mecanismo de fomento à produção cultural. Ocorre que, se exacerbados, os direitos de autor tendem a se afastar desse seu objetivo final. Ora, não se pode olvidar que a produção cultural se dá em um ciclo, com as criações anteriores funcionando como inspiração e base para a criação de

novas obras, assim, se o acesso às obras é cerceado as novas produções tendem a cair, quantitativa e qualitativamente.

Assim, tem-se que o direito de autor deve ser manejado de forma a fomentar o a interação intelectual, e não obstá-la.

6. REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de Autor e a Liberdade de Criação. In: WACHOWICZ, Marcos (org.). **Propriedade Intelectual e Internet**. Curitiba: Juruá, 2011. v. II. p. 17-40.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 5 ed., rev., atual. e ampl. por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRANCO, Sérgio. **A lei autoral brasileira como elemento de restrição à eficácia do direito humano à educação**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=A18064452007000100007&script=sci_attext>. Acesso em: 25/10/2013.

BRANCO, Sérgio, **O Domínio Público no Direito Autoral Brasileiro**: Uma obra em domínio público. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2011.

BRASIL, **Decreto nº 76.905, de 24 de dezembro de 1975**: Promulgada a Convenção Universal sobre Direito de Autor, revisão de Paris, 1971. Diário Oficial da União. 26/12/1975. Seção 1, p. 17079.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União. 5/10/1988. Seção 1, p. 1.

BRASIL, **Lei nº 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998**: Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Diário Oficial da União. 20/2/1998. Seção 1, p. 3.

BRASIL, **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. 11/1/2002. Seção 1, p. 1.

CARBONI, Guilherme. **Direito Autoral e Autoria Colaborativa**: na Economia da Informação em Rede. São Paulo: Quartier Latin. 2010.

_____ (coord). **Série Pensando o Direito**: Propriedade Intelectual. São Paulo: Ministério da Justiça, 2009.

_____. **Função Social do Direito de Autor**. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. Direitos Autorais, Trabalho Imaterial e Novas Formas de Autoria: Processos Interativos, Meta-Autoria e Criação Colaborativa. In: WACHOWICZ, Marcos (org.). **Propriedade Intelectual e Internet**. Curitiba: Juruá, 2011. v. II. p. 199-222.

INGLATERRA. **Copyright Act**. 1976. Disponível em:
<<http://www.copyrighthistory.com/Anne.html>>. Acesso em: 10/10/2013.

KRESTCHMANN, Ângela, O Acesso à Cultura e o Monopólio de Obras Intelectuais: Onde Está o Bem Público? E Para onde Vai o Direito Autoral?. In: WACHOWICZ, Marcos (org.). **Propriedade Intelectual e Internet**. Curitiba: Juruá, 2011. v. II. p. 223-247.

LEMOS, Ronaldo; BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Copyleft, Software Livre e Creative Commons: A Nova Feição dos Direitos Autorais e as Obras Colaborativas**. 2006. Disponível em: <http://biblioteca.digital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2796/Copyleft_Software_Livre_e_CC_ANova%20Feicao_dos_Direitos_Autorais_e_as_Obras_Colaborativas.pdf?sequence=1>. Acesso em: 14/10/2013.

LOT JÚNIOR, Rafael Ângelo. **Função Social da Propriedade Intelectual: O Patrimonialismo Autoralista em Contraste com o Direito de Acesso à Cultura**. 2009. p. 107. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2009.

_____. O que é o CC?. Disponível em: <<http://creativecommons.org.br/o-que-e-o-cc/>>. Acesso em: 03/11/2013

SANTOS, Nivaldo; DI NÁPOLI, Ana Carolina Almeida. **Desapropriação na Propriedade Intelectual Aplicada ao Direito Autoral**. 2013. Disponível em: <<http://www.faar.edu.br/portal/revistas/ojs/index.php/arel-faar/article/view/49/25>>. Acesso em: 20/11/2013